

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

VOLUME II – Nº 03

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Dossiê Temático

"Criminologia e Direito"


REVISTA
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

VOLUME 2 – Nº 3 – 2020

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Editor-chefe da RDPDF

Alberto Carvalho Amaral

Editores responsáveis por este número

Willis Santiago Guerra Filho

Paola Cantarini

Thiago Aguiar de Pádua

Djefferson Amadeus de Souza Ferreira

ISSN Eletrônico: 2674-5755

ISSN Impresso: 2674-5739

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal <i>Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship</i>	Brasília	v. 2	n. 3	p. 216	out.-dez.	2020
---	----------	------	------	--------	-----------	------

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Defensora Pública-Geral

Maria José Silva Souza de Nápolis

Subdefensores Públicos-Gerais

Danniel Vargas de Siqueira Campos
João Carneiro Aires

Corregedor-Geral

João Marcelo Mendes Feitoza

Ouvidora-Geral

Patrícia Pereira de Almeida

CONSELHO SUPERIOR

Brunna Lucy de Sousa Santos – 2ª Categoria
Filipe Bastos Nogueira – 2ª Categoria
Lídia Leite Aragão Marangon – 2ª Categoria
Denianne de Araújo Duarte – 2ª Categoria

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal
vol. 2, n. 3 (2020). Brasília: Defensoria Pública do Distrito Federal, 2020.

ISSN Eletrônico: 2674-5755

ISSN Impresso: 2674-5739

Quadrimestral.

Disponível também online: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

1. Direito. 2. Assistência Jurídica, periódico. 3. Defensoria Pública, Brasil. Escola de Assistência Jurídica

CDDir 340.0581

Ficha catalográfica elaborada pela Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Coordenação e distribuição

Escola de Assistência Jurídica da Defensoria Pública do Distrito Federal (EASJUR)

Endereço: Setor Comercial Norte, Quadra 01, Lote G, Ed. Rossi Esplanada Bussiness, térreo
70.711-070 - Brasília/DF

Tel.: (61) 3318-0287

Visite nosso site: <http://revista.defensoria.df.gov.br/>

E-mail: escoladpdf@gmail.com

Diretor: Evenin Eustáquio de Ávila

Conselho Editorial

Antônio Carlos Fontes Cintra, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Bianca Cobucci, Defensora Pública do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Fernando Henrique Lopes Honorato, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Reinaldo Rossano Alves, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Conselho Consultivo

Alexandre Bernardino Costa, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil.

Bruno Amaral Machado, Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Carlos Sávio Gomes Teixeira, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro-RJ, Brasil.

Daniel Pires Novais Dias, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo-SP, Brasil.

David Sanchez Rubio, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.

Gabriel Ignacio Anitua Marsan, Universidad Buenos Aires, Argentina.

Jose Geraldo de Sousa Junior, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Lourdes Maria Bandeira, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Nair Heloisa Bicalho de Sousa, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Talita Tatiana Dias Rampin, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Editor-chefe

Alberto Carvalho Amaral, Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Equipe Técnica

Layout da Capa e Diagramação

EASJUR e RDPDF

Acesso aberto e gratuito – Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores – Citação parcial permitida com referência à fonte.

Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

CORPO DE PARECERISTAS

- Ph.D. Adriane Melo de Castro Menezes (UFRR - RR, Brasil)
- Ph.D. Aline Camilla Romão Mesquita (UnB - DF, Brasil)
- Ph.D. Ana Miriam Wuensch (UnB - DF, Brasil)
- Ph.D. Andreia Cabral Colares Pereira (PUCRS - RS, Brasil)
- Ph.D. Ângela Maria Carrato Diniz (UFMG - MG, Brasil)
- Ph.D. Carlos Henrique Rodrigues (UFSC - SC, Brasil)
- Ph.D. Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo (USP - SP, Brasil)
- Ph.D. Cynthia Pereira de Araújo (PUCMG - MG, Brasil)
- Ph.D. Daniel Vieira Martins (UERJ - RJ, Brasil)
- Ph.D. Edison Tetsuzo Namba (USP - SP, Brasil)
- Ph.D. Gilda Maria Giraldes Seabra (PUCSP - SP, Brasil)
- Ph.D. Guilherme Lourenço (UFMG - MG, Brasil)
- Ph.D. Jeferson Ferreira Barbosa (Universitat Regensburg, Alemanha)
- Ph.D. José Aurélio de Araújo (UERJ - RJ, Brasil)
- Ph.D. Juliana Cesario Alvim Gomes (UFMG - MG, Brasil)
- Ph.D. Juliana Soledade Barbosa Coelho (UFBA - BA, Brasil)
- Ph.D. Juscelino Francisco do Nascimento (UFPI - PI, Brasil)
- Ph.D. Linair Moura Barros Martins (UnB - DF, Brasil)
- Ph.D. Lourival Novais Neto (UFRR - RR, Brasil)
- Ph. D. Luciana Stoimenoff Brito (UnB - DF, Brasil)
- Ph.D. Mauro Fonseca Andrade (UFRGS - RS, Brasil)
- Ph.D. Maria Eugênia Ferraz do Amaral Broda (USP - SP, Brasil)
- Ph.D. Marina Maria Magalhães (UnB - DF, Brasil)
- Ph.D. Marisa Dias Lima (UFU - MG, Brasil)
- Ph.D. Patricia Tuxi dos Santos (UnB - DF, Brasil)
- Ph.D. Pedro Ivo Gricoli Iokoi (USP - SP, Brasil)
- Ph.D. Regina Maria de Souza (UNICAMP - SP, Brasil)
- Ph.D. Tânia Ferreira Rezende (UFG - GO, Brasil)
- M. Sc. Olinda Vicente Moreira (Universidade de Coimbra - Coimbra, Portugal)
- M. Sc. Vinícius Alves Scherch (UENP - PR, Brasil)

Sumário

Editorial11

Editorial

(Alberto Carvalho Amaral)

Dossiê temático

Apresentação – Um grito no deserto: manifesto antirracista, antifascista, antiLGBTfóbico e antimachista (Apresentação)13

Presentation – A scream in the desert: anti-racist, anti-fascist, anti-LGBTphobic and anti-chauvinist manifest

(Willis Santiago Guerra Filho)

(Paola Cantarini)

(Thiago Aguiar de Pádua)

(Djefferson Amadeus de Souza Ferreira)

1) Criminologia cultural25

Cultural criminology

(Jeff Ferrell)

2) Criminologia cultural31

Cultural criminology

(Keith Hayward)

3) A política internacional de “guerra às drogas” no contexto da tríplice fronteira amazônica35

The international ‘war on drugs’ policy in the context of the triple Amazonian frontier

(Mônica Nazaré Picanço Dias)

(Daniel Britto Freire Araújo)

4) Análise teórico-empírica da prisão cautelar para garantia da ordem pública53

Theoretical-empirical analysis of precautionary prison to guarantee the public order

(Aírto Chaves Junior)

(Luciana Bittencourt Gomes Silva)

5) A perseguição do rap pelas agências estatais de controle social79

Persecution of rap music by state social control agencies

(Andressa Loli Bazo)

(Renata Silva Souza)

6) Diálogos socráticos, derreflexão e modulação de atitude: contribuições ao modelo de justiça regenerativa de Hansen e Umbreit103

Socratic dialogues, dereflection and attitude modulation: contributions to Hansen and Umbreit's model of regenerative justice

(Gustavo de Lima Pereira)

(Hidemberg Alves da Frota)

7) Um novo paradigma de assistência às vítimas de crimes e a proteção dos direitos humanos pela Defensoria Pública.....127

A new paradigm of assistance to victims of crimes and the protection of human rights by Defensorship

(Bianca Cobucci Rosière)

(Antonio Carlos Ayrosa Rosière Júnior)

8) A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes.....151

The subversion of the assumption of the 'preservation of the public order' to motivate preventive prison in drug crimes

(Marcelo Carneiro Pereira)

Artigos

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado171

The premonitory registration and its applicability on tax execution procedure in light of the debtor's procedural guarantees

(Thiago Ribeiro Deienno)

Pareceres, recursos, ações civis públicas e peças relevantes

Voto em processo do Conselho Superior: remoção por permuta...191

Vote in process of the Superior Council – exchange by permute

(Jorge Bheron Rocha)

Sobre os autores	209
<i>About the authors</i>	

Regras para envio de textos.....	213
<i>Author Guidelines</i>	

Editorial

Finalizando o ano de 2020, a Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal apresenta seu terceiro número, de seu segundo volume, no qual recebemos contribuições para o dossiê temático “Criminologia e Direito”. Agradeço todos os autores que submeteram trabalhos para este volume, bem como nossos pareceristas externos, que laboraram com primor para a seleção e melhoria dos artigos recebidos.

Certamente, esse número apenas foi possível pelo empenho dedicado pelos editores convidados para o dossiê temático “Criminologia e Direito”, professores Drs. Willis Santiago Guerra Filho, Paola Cantarini, Thiago Santos Aguiar de Pádua e Djefferson Amadeus de Souza Ferreira, pelo que fica registrado nosso sincero agradecimento pelos trabalhos que compõe este número, após rigoroso processo de seleção.

Conhecer as teorias e críticas criminológicas mostra-se pressuposto, cada vez mais relevante, para os profissionais jurídicos, especialmente aqueles que lidam como defensores e defensoras, pois são confrontados diariamente com as dinâmicas excludentes de um sistema hierarquizado e elitista, classista, racista e misógino, de uma reação social que, muitas vezes, objetifica corpos, desprestigia a liberdade ao restringir condutas não-ofensivas e penaliza estratos sociais. As discussões sobre os vieses de nosso direito criminal, aliás, ganharam projeção destacada em 2020, em um ano marcado pelo isolamento de pessoas, de corpos e famílias, mas, principalmente, de direitos, que evidenciou como nossa sociedade ainda está amargamente fincada em processos de criminalização preconceituosos e que demandarão energia e coragem para serem superados.

Compreender os limites postos e ultrapassar os dogmas que encarnam discursos e políticas criminais autoritárias, é necessário para se situar e para buscar caminhos outros que possam ser mais humanos e sensatos na tutela de bens jurídicos.

O convite para a reflexão, para a discussão crítica e para a problematização da nossa sociedade e de suas conformações a partir do direito criminal e seus vieses, dos processos de criminalização e suas dinâmicas, está aberto.

Alberto Carvalho Amaral

Editor-chefe – Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

(Apresentação)

Um grito no deserto: manifesto antirracista, antifascista, antiLGBTfóbico e antimachista

A scream in the desert: anti-racist, anti-fascist, anti-LGBTphobic and anti-chauvinist manifest

Willis Santiago Guerra Filho^{*}

Paola Cantarini^{**}

Thiago de Águiar Pádua^{***}

Djefferson Amadeus de Souza Ferreira^{****}

Resumo: O presente texto realiza a apresentação do dossiê especial da Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, cuja temática versa sobre “Criminologia e Direito”, realizando também, como fica evidente, um ato político de manifesto, reconhecendo, todavia, que manifestos se tornam mais efetivos se o pergaminho com que são escritos se transformarem em pavios de coquetéis molotov. Fogo no pavio, fogo no pavio.

Palavras-chave: Apresentação; Revista da Defensoria Pública; Dossiê sobre Direito e Criminologia.

Abstract: This paper serves as a presentation of the special dossier of the Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship, whose theme is about ‘Criminology an Law’, also performing, as is evident, a political act of manifesto, recognizing, however, that manifestos become more effective if the parchment with which they are written turns into molotov cocktail wicks. Fire in the wick, fire in the wick.

Keywords: Presentation; Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship; Dossier on Law and Criminology.

Recebido em: 06/12/2020

Aprovado em: 12/12/2020

Como citar este artigo:
GUERRA FILHO, Willis
Santiago; CANTARINI, Paola;
PÁDUA, Thiago de Águiar;
FERREIRA, Djefferson
Amadeus de Souza. Um grito
no deserto: manifesto
antirracista, antifascista,
antiLGBTfóbico e
antimachista. Revista da
Defensoria Pública do Distrito
Federal, Brasília, vol. 2, n. 3,
2020, p. 13-24.

^{*}Professor Doutor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/SP; professor da graduação em direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO. Advogado.

^{**} Professora universitária, artista plástica, Doutora em Filosofia do Direito pela Università del Salento. Doutora em Direito pela PUC/SP. Pesquisadora grupo de estudos USP-IEA, Instituto de Estudos avançados, pesquisadora LAWGORITH. Pesquisadora IEA-USP - Humanidades computacionais. Advogada.

^{***}Professor do PPGD – Mestrado em Direito do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Doutor e Mestre em Direito. Presidente do Comitê de Direitos Humanos do UDF. Membro da Academia Brasileira de Letras. Membro e Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM. Advogado.

^{****}Mestre em Direito e Hermenêutica Filosófica com ênfase em processo penal (UNESA-RJ / Bolsista Capes). Coordenador do Instituto de Defesa da População Negra (IDPN), Membro do Movimento Negro Unificado (MNU), da Instituição da Advocacia Negra Brasileira (IANB) e Pesquisador da Fiocruz (Coop. Social). Advogado Criminalista e Eleitoralista.

Todos os que até hoje venceram participam do cortejo triunfal, em que os dominadores de hoje espezinham os corpos dos que estão prostrados no chão. Os despojos são carregados no cortejo, como de praxe. Esses despojos são o que chamamos bens culturais. O materialista histórico os contempla com distanciamento. Pois todos os bens culturais que ele vê têm uma origem sobre a qual ele não pode refletir sem horror. Devem sua existência não somente ao esforço dos grandes gênios que os criaram, como à corveia anônima dos seus contemporâneos. Nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie. E, assim como a cultura não é isenta de barbárie, não o é, tampouco, o processo de transmissão da cultura. Por isso, na medida do possível, o materialista histórico se desvia dela. Considera sua tarefa escovar a história a contrapelo (BENJAMIN, p. 225).

“Fogo no pavio, fogo no pavio...” (GOG, 2002), repete o sugestivo refrão de Gog, o poeta popular da periferia do Planalto Central que também denuncia o Terror (GOG, 2000): “Fal[a] do crime, de um povo que sofre enquanto nas mansões da minoria transbordam os cofres, [d]o burguês [que] discrimina [e] fala mal de mim, de você, da sua mina, apoia a chacina, desmerece o artista, o ativista, [e] deturpa a entrevista”. Suas letras realizam também um perene escovar da história à contrapelo, como evidenciado no esforço poético do cancionero repentista, também um materialista histórico:

Amanheceu e as paradas lotadas, o mesmo gado já não tão novo e suas marcas, o calor, a multidão, a fila pra (pra pra) pegar a condução. A escravidão, as chibatadas levadas na senzala se mantêm vivas todo dia no quarto sala: amordaçados por horas em frente à televisão! Efeito bem pior que o da radiação... “País infeliz, bombardeado pela alegria” Tom Zé define assim expressando sabedoria! Vou lhe fazer uma confissão um desabafo: às vezes sinto vontade de jogar tudo pro alto! Mas que nada! Não vou me entregar às armas ou à guerra, quem sabe faz a hora não espera. FHC Joaquim Silvério dos Reis dos dias atuais, traidor da nação, um dólar a mais! Caixa dois até a boca! Dignidade é pouca! Impune, à solta, merece a força! Vendeu a própria alma sem trauma! Dificilmente esse, o salmo salva! Poesia, verso, rima, prosa! Envenenado pelos livros, Em Nome da Rosa! Infância proibida! País infanticida! 57 mil se vão na primeira semana de vida! Fábrica de anjos. A marmita do pai ao laudo, somado ao saneamento básico confira o saldo: Brasil pecado, realidade trágica, estômagos vazios à espera de cestas básicas... Salário mínimo: atentado, incentivo ao crime maluco! Congresso, Planalto assalto de vida em um lucro! Xadrez! De vez! Para esses canalhas! Ou que ardam nas fornalhas, pagando por suas falhas! Revolucionários do Brasil! Fogo no pavio! Fogo no pavio! Fogo no pavio!” (GOG, 2002)

De fato, são mais que meros jogos de conexão, sendo impossível não recordar dois outros textos. O primeiro, a fina ironia de Maurice Joly em seu famoso “Diálogo no Inferno Entre Maquiavel e Montesquieu” (JOLY, 2010). O Segundo, o não menos famoso e célebre “Manual do

Guerrilheiro Urbano”, de Carlos Marighella (1969). Este último possui uma introdução propedêutica que não pode ser esquecida, enquanto o primeiro revela consciência de classe do grupo dominante a partir do sistema de justiça, instrumento de proteção e vingança da elite. Vejamos o segundo:

Eu gostaria de fazer uma dupla dedicatória deste trabalho; primeiro, em memória de Edson Souto, Marco Antônio Brás de Carvalho, Nelson José de Almeida ("Escoteiro") e a tantos outros heroicos combatentes e guerrilheiros urbanos que caíram nas mãos dos assassinos da polícia militar, do exército, da marinha, da aeronáutica, e também do DOPS, instrumentos odiados da repressora ditadura militar. Segundo, aos bravos camaradas - homens e mulheres - aprisionados em calabouços medievais do governo brasileiro e sujeitos a torturas que se igualam ou superam os horrendos crimes cometidos pelos nazistas. Como aqueles camaradas cujas lembranças nós reverenciamos, bem como aqueles feitos prisioneiros em combate, o que devemos fazer é lutar. Cada camarada que se opõe a ditadura militar e deseja resistir fazendo alguma coisa, mesmo pequena que a tarefa possa parecer. Eu desejo que todos que leram este manual e decidiram que não podem permanecer inativos, sigam as instruções e juntem-se a luta agora. Eu solicito isto porque, baixo qualquer teoria e qualquer circunstâncias, a obrigação de todo revolucionário é fazer a revolução.

De outro lado, o primeiro mencionava que o grupo no poder possui sempre as melhores peças do xadrez, pois “não tem senão de escolher os instrumentos que devem servir ao seu furor; ele encontrará sempre juízes prontos a sacrificar a consciência em favor dos seus projetos de vingança ou de raiva” (JOLY, 2010, p. 168). Por isso, evidentemente, o controle da interpretação judicante apegado a um determinado legalismo (legalismo que só pode ser feito à imagem e semelhança dos grupos dominantes), que presidiu o espírito de criação das Cortes de Cassação, como didaticamente apontado por Castanheira Neves (2010, p. 29 e ss):

Uma outra atitude, sem o radicalismo da que acaba de ser referida – pois dava-se já conta de que a exclusão da interpretação era impossível e de que o único recurso à interpretação autêntica era impraticável, como o comprova o próprio fracasso do *reféré legislatif* –, mas sem abandonar de todo o mesmo espírito (ou a anterior atitude de suspeição), viria a traduzir-se na criação de instituições destinadas ao controle da interpretação judicial. O exemplo histórico mais relevante oferece-no-lo o tribunal de cassação. Pois ainda que não se tenha mantido a versão originária da *Cour de Cassation*, que a compreendia mais como órgão político que judicial, e por isso “*établi auprès du corps législatif*” [estabelecido próximo ao corpo legislativo] (art. 19 da Constituição Revolucionária de 1791), a sua instituição judiciária não foi menos inequivocamente marcada pelo objetivo de garantir a estrita obediência às leis que se receava pudesse ser frustrada por uma interpretação jurisdicional autônoma (...) certo é que o objetivo que continuou a presidir a todas as cassações foi menos o de reapreciação do concreto juízo jurisdicional do que o controle da

legalidade abstrata das decisões judiciais a ela submetidas – e, com isso, a defesa dessa mesma legalidade contra o poder juridicamente criador dos juízos através da atividade interpretativa.

Atualíssimo, se pensarmos que as prisões brasileiras e os atos cotidianos continuam como os denunciados “calabouços medievais do governo brasileiro e sujeitos a torturas que se igualam ou superam os horrendos crimes cometidos pelos nazistas”, impregnados de oficialismo preconceituoso e deletério, numa evidente luta de classes que possui cor, cifrão, gênero e nacionalismo identitário como características elementares, e, além disso, privilégios os mais bizarros e bizantinos não só dos detentores do poder, mas também do corpo jurídico destinado a mantê-lo, caricaturais como o caso de certos Promotores que pediram preferência para vacinação e imunização contra o letal Covid-19, em detrimento de camadas populares mais vulneráveis, ou da juíza adepta do governo federal executivo ora vigente que, desrespeitando os advogados criminalistas, disse que “o primeiro juiz da causa é o delegado de Polícia”, para justificar a suposta desnecessidade das audiências de custódia, ou do juiz e do membro do MP e do advogado em recente audiência que não apenas revitimizaram uma vítima de estupro como violaram sua dignidade com gestos, palavras e agressões. Afinal de contas, foi o poder judiciário brasileiro que, há não muito tempo, chancelou o envio de uma mulher grávida e judia para os campos de concentração nazista de Hitler¹, e também foi o poder judiciário nacional que chancelou o bloqueio de ativos financeiros da população sob a égide do desgoverno do presidente afastado em 1992².

Aliás, conforme observado por um dos autores desta apresentação, ainda sobre os desatinos políticos do poder judiciário, e, portanto tomada de lado, a imolação daquele princípio apresentado por nós³ com tanta esperança ao País - eu, no opúsculo publicado em 1989, “Ensaio de Teoria Constitucional”, e o Mestre pranteado Paulo Bonavides, na reedição de seu “Direito Constitucional”, do ano seguinte, como o consagrado “Curso de Direito Constitucional”: o princípio constitucional da proporcionalidade. É que já em 1990, como relatado, o então Procurador da República, Gilmar Ferreira Mendes, hoje notório Ministro do STF, quando Chefe

¹ Foi sob esse prisma de entendimentos normativos que o Brasil, num dos mais dramáticos e vergonhosos capítulos de nossa história constitucional, por meio do Supremo Tribunal Federal, entregou Olga Benário Prestes, grávida, judia e comunista, para o criminoso regime da Alemanha nazista no caso do HC 26.155, Rel. Ministro Bento de Faria, julgado em 17.6.1936, num inusitado caso de habeas corpus impetrado para manter a prisão no Brasil, pois a entrega ao país estrangeiro significaria (como de fato significou) a sentença de morte da paciente, da qual o Supremo Tribunal Federal é corresponsável. Sobre o Famoso caso Olga, confira-se os seminais textos de Arnaldo Godoy e Fernando Moraes. Cfr. GODOY, 2008, p. 26-72; MORAIS, 1989.

² O caso é o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Medida Cautelar ADI 534, em 1991, relacionada ao “bloqueio das cadernetas de poupança”. Cfr. MENDES, 1991; PÁDUA, 2020, p. 365.

³ Referência a Willis Santiago Guerra Filho. Cfr. GUERRA FILHO, 2020, p. 25.

da Assessoria Jurídica da Secretaria- Geral da Presidência da República, chancela com base neste princípio a insanidade promovida pelo seu depois impedido ocupante, Fernando Collor de Mello, de bloqueio geral dos ativos financeiros de toda a população brasileira, pois tal bloqueio “não teria representado sacrifício desmedido ou desproporcional” (sic). E assim se destinava à incompreensão, por inverter o seu sentido, este que deveria ser o grande guia para a preservação da dignidade humana entre nós, para realizar o Estado Democrático de Direito almejado pelo povo brasileiro e em seu nome instituído pela Constituição de 1988. Igual destino invertido seria dado a institutos como o mandado de injunção, o instrumento para a efetivação de direitos fundamentais que o STF tornou inefetivo, ou as medidas provisórias, cujo uso abusivo não coibiu, a serem usadas em situações emergenciais e excepcionais, tornadas instrumento de regular exercício do governo, trazendo como consequência inafastável a transformação do Estado de Direito entre nós em estado de emergência, logo, de exceção.

Como mencionado por outro⁴ dos autores desta apresentação, falando sobre as recentes alterações legislativas no âmbito juscriminal, num diálogo com seu irmão:

Meu irmão, também negro, depois de ouvir minha explicação sobre o famigerado pacote “anticrime”, indagou-me o seguinte: – redução de danos? Qual a parte boa? Boa pra quem? Devemos comemorar? Respondi, citando Mano Brown: não há o que comemorar; não curta esse clima de festa, ao que ele me interrompeu, indagando-me o porquê. – Porque somos negros, disse eu. E concluí: nosso povo não pode mais aceitar ser tratado como corpos negociáveis. Teu corpo não é passível de escambo!!!.

No mesmo sentido, outros dois autores⁵ desta apresentação, ao mencionarem tratar-se de um problema de biopolítica, e esta, a biopolítica:

é imunização, havendo uma absoluta coincidência entre ambos, ocorrendo a progressiva indistinção entre norma e exceção, por uma absoluta identificação dos opostos e a multiplicação exponencial dos riscos que se pretendia evitar, ou seja, pelo excesso de defesa, como no que ocorre com a doença autoimunitária, autoimunidade no sentido trabalhado pioneiramente por Jacques Derrida, em seu texto contido na obra coletiva, que ele organizou, sobre a religião. A questão que se coloca, então, é de como sobreviveria o sistema social global, que é a sociedade mundial, diante de um ataque por componentes dele mesmo, como para alguns ocorreria no setor financeiro do sistema econômico, diante do excesso de especulação, ou de cidadãos que ao invés de participarem politicamente por meio do voto optam por protestos cada vez mais violentos, ou quando pessoas se

⁴ Referência a Djefferson Amadeus de Souza Ferreira. Cfr. AMADEUS, 2019.

⁵ Referência a Paola Cantarini e Willis Santiago Guerra Filho. Cfr. CANTARINI; GUERRA FILHO, 2019.

tornam suspeitas e, mesmo, praticantes do que se vem qualificando como terrorismo, sendo destratados como portadores de direito, na situação descrita por Giorgio Agamben com a figura do antigo direito penal romano do *homo sacer*, que é, como vimos, a de uma vida puramente biológica e, enquanto tal, matável sem mais. Eis como o sistema (jurídico) imunológico da sociedade, como o concebe Niklas Luhmann, pode ser confrontado com um problema similar ao de um organismo que sofre de uma disfunção autoimune. A autoimunidade é uma aporia: aquilo que tem por objetivo nos proteger é o que nos destrói. O paradoxo da autopoiese do direito terminando em autoimunidade revela o paradoxo da inevitável circularidade do Direito e suas raízes políticas nas constituições.

O presente texto realiza a apresentação do dossiê especial da Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, cuja temática versa sobre “Criminologia e Direito”, realizando também, como fica evidente, um ato político de manifesto, reconhecendo, todavia, que manifestos se tornam mais efetivos se os pergaminhos com que são escritos se transformarem em pavios de coquetéis molotov. Fogo no pavio, fogo no pavio. Todos os textos que compõem a presente edição são convidativos à reflexão, mas pensar e refletir são atividades complementares.

Pensemos em cascatas de imagens, como sugerido por Latour (2008, p. 112). Imaginemos, primeiro, uma moça, como aquela mulher cantada na música: “menina, mulher da pele preta”, Jorge Ben sampleado pelo Rapper Xis (“Só por você”). Essa menina, antes muito bela e impetuosa, agora, num segundo quadro, é vista sendo brutalmente estuprada. Homens coletivamente levantam sua saia e arrancam sua calcinha, seguram seus braços e a penetram por todos os orifícios, enquanto ela grita e recebe socos, chutes e tapas ao som de gargalhadas dos estupradores, enquanto ela sangra, chora e soluça. Num terceiro quadro essa moça já foi reduzida a pequenos pedaços de ossos, similares a palitos de dentes, e num quadro subsequente um grupo de homens, os mesmos que a estupraram, agora se alimentam de seu sangue e palitam os dentes com seus restos mortais, enquanto arrotam despreocupados, sujos de sangue. Esse parece ser o grau de (des)respeito pela dignidade humana no Brasil atual.

A propósito, se pensarmos com Borges que “linguagem é poesia fóssil” e que “todas as palavras abstratas são, de fato, metáforas, inclusive a palavra metáfora que em grego significa translação” (BORGES, 1999, p 495), esse “giro de imagens” seria a representação metafórica de parcela do poder judiciário nacional e de parcela de membros do Ministério Público, em sua maioria representantes de uma classe que acaba sendo um grupo de comensais da dor e da morte, além do estado de exceção, eis que abalam os pilares do Estado Democrático de Direito: a soberania popular infiltrada pela dignidade da pessoa humana (VALIM, 2017, p. 26). Abalam-na quando se mostram (ou toleram comportamentos) racistas, fascistas, lgbtfóbicos e machistas.

Reflitamos um pouco mais: todos os dias um jovem preto, como **Beto**, assassinado pelo hipermercado Carrefour (como na “metáfora” do estupro coletivo), morre violentamente vítima de racismo e preconceito. Igualmente, todos os dias uma **Maria da Penha** morre em decorrência de algum feminicídio. Também todos os dias uma **Dandara** morre brutalmente vítima de lgbtfobia. O ciclo se repete, igualmente, pois todos os dias presenciamos comportamentos fascistas (sinônimo evidente de governo federal ora vigente), que provocam dor e sofrimento. Assim como, evidentemente, **jovens pobres e de pele escura** são tratados de maneira desumana em audiências criminais, presídios e celas provisórias pelas agências de controle penal.

Recordemos da história do “Homem que Cantava e da Mulher que se Manteve Calada” (MASON, 2016, p. 13), apenas – mas não somente – para lembrar a dor de irmãos africanos, que o Brasil, eterna colônia, também repristina diariamente, distante de importantes, embora inefetivas comissões da verdade:

Phila Ndwandwe e Harald Sefola, cujas mortes durante a Luta foram descritas à Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação por seus assassinos. Phila Ndwandwe foi morta à tiros pelas forças de segurança depois de ser mantida nua durante semanas na tentativa de fazer com que ela delatasse seus companheiros. Manteve sua dignidade confeccionando calcinhas usando uma sacola plástica azul, vestimenta que foi encontrada envolvendo sua pélvis quando de sua exumação. “Ela simplesmente não falava”, testemunhou um dos policiais envolvidos em sua morte. “Meu Deus... Ela era corajosa”.

Harald Sefola foi eletrocutado com dois companheiros em um campo nos arredores de Witbank. Enquanto esperava para morrer, pediu para cantar Nkosi Sikelel iAfrika. Seu assassino recordou que “era um homem muito corajoso que acreditava com todas as forças no que estava fazendo.

Um elemento comum é o cinismo dos assassinos, que pareciam descrever uma cena para um filme ou documentário no qual se supunham estrelas e astros de uma barbárie, daí a importância de recordar a epígrafe de W.B sobre escovar a história à contrapelo, e o elemento barbárico presente. É por isso que as Comissões da Verdade no Brasil, de há muito, parecem ser as letras das denúncias realizadas pelas músicas de rap. É por isso que diremos: vidas pretas importam, vidas não padronizadas importam, vidas femininas importam e vidas coloridas importam. Vidas periféricas importam. E diremos isso quer isoladamente (um tema), quer coletivamente (dois ou mais temas).

Veio em muito boa hora a proposta do “dossiê temático” da Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, que recebeu inúmeros textos de autorxs tratando de temas os mais diversos,

preocupadxs com a fundamentação das decisões judiciais, formas de manifestação do poder, cultura afro-musical, rap e movimentos marginalizados que, em regra, vocacionam e vocalizam as dores dos excluídos. De fato, diante de um poder judiciário que possui traços de um profundo enraizamento de racismo estrutural, machismo institucional, preconceito e autoritarismo como marcas centrais, tais temas devem ocupar a ordem do dia dos debates jurídicos nacionais.

Este breve texto de apresentação, demais de sua “proposta visual”, serve também para externalizar um manifesto cultural, à imagem de um manifesto antropofágico, antropomágico e antropotrágico, sobre aquilo que vivenciamos no primeiro quarto do Século XXI, numa espécie de síntese dos anos anteriores, em que o procedimento de seleção de membros das carreiras jurídicas quase que de maneira “mágica” acaba selecionando um grupo de membros representantes da elite brasileira, com valores encharcados de racismo, machismo, lgbtfobismo e fascismo eterno, tal como descrito por Umberto Eco. Mais trágico ainda, aliás, sob o desgoverno autoritário de um já identificável governismo executivo federal homicida, observamos que permanece nas entranhas da sociedade brasileira um fétido e putrefato aspecto que tematiza feridas purulentas que teimam em não cicatrizar.

Deixamos de punir quando era preciso (os juristas, clérigos, empresários e militares da ditadura civil-empresarial-militar de 1964, valhacouto de covardes genocidas, perpetradores de crimes contra a humanidade) e passamos a punir quando não se faz necessário (crimes de tráfico, de furto, e, de uma maneira geral, encarceramos uma camada fragilizada da sociedade, majoritariamente composta de pessoas de pele escura, sem recursos financeiros e sem que sobrevivem de trabalhos informais e marginalizados). Ao lado disso, observamos que a cor da pele faz toda a diferença no momento da sentença penal condenatória, ou de deferimento de benefícios para sequestrados pelo sistema de justiça criminal. O gênero e a chamada “questão” sexual também são fatores fundamentais no momento de utilização dos mecanismos de deflagração da jurisdição, especialmente para omissão, vilipêndio e denegação de direitos fundamentais.

Na verdade, explicar a sociedade brasileira deste quarto de século é uma tarefa um tanto quanto “fácil”, desde que observemos complexas tramas sugestivas de pontos de contato. Imaginemos Clarice Lispector e o seu texto sobre o assassinato de “Mineirinho”. Um homem que morreu com 13 (treze) tiros, numa emboscada na favela. Como mencionado por Clarice Lispector, bastava um tiro, todo o resto era vontade de matar. Como no caso do já mencionado assassinato do Beto, por meio do Hipermercado Carrefour. Para assassinar um homem negro e favelado, em tempos recentes, testemunhávamos uma bala, um soco ou uma adaga. Agora, no entanto, as

dezenas de socos, chutes, pontapés, quedas de cabeça e violência bestial era apenas a exacerbação da vontade de matar. Mencionava Clarice:

Esta é a lei. Mas se há alguma coisa que, se me faz ouvir o primeiro e o segundo tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina - porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro (LISPECTOR, 1999).

Quase ninguém quer ser o outro. Quase ninguém quer ser Dandara, Maria da Penha ou Beto, já que não parece haver um sentimento de mortificação quando barbáries acontecem, e mais importante, o sistema de justiça criminal e as agências de criminalização e controle buscam estigmatizar exatamente aqueles grupos cujos direitos historicamente são denegados por meio de violências institucionais oficiais as mais diversas.

A possibilidade de violência institucional por parte do poder judiciário está devidamente expressa na convenção do Belém do Pará. Existe principalmente quando da imoralidade dos seus servidores quando expressam juízos de desvalor usando o mero senso comum, a partir de paradigmas pautados em subjetivismos preconceituosos por exercício de sexismo, machismo, classismo, racismo, ao invés de observar os documentos processuais produzidos em normativas pátrias ou internacionais, e, em conceitos científicos solidificados, exercendo-se a violência institucional. Não seria exagero dizer que a violência institucional é um assassinato em vida, transformando pessoas, titulares de dignidade humana, em meras sobreviventes da violência perpetrada por aqueles cujo ofício pressupõe o dever legal de garantir-lhes uma vida livre de violências⁶.

Pois bem, a análise interdisciplinar e empírica dos vieses do fenômeno criminal, que abarcam o delito (desvio), criminosos (desviante), vítimas e o sistema de controle, define a criminologia, campo teórico, epistemológico e com perspectivas práticas singular para o Direito Penal, Política Criminal e ciências afins. Com o objetivo de fomentar a discussão envolvendo as relevantes contribuições da Criminologia para o Direito, suas vertentes, os limites e as perspectivas postas pelas diferentes concepções da responsabilização pelo desvio, pela gestão de pessoas e controle social, a Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal instigou e convidou

⁶ Fragmento inspirado e sugerido pela ativista dos direitos das mulheres Dinah Lima, advogada.

pesquisadores da comunidade acadêmica a submeterem artigos sobre essa temática, e eles chegaram. O Dossiê Especial conta com artigos plurais, preocupados com temas relevantes sobre o controle de poder no sistema de justiça criminal.

Temos a tradução e publicação dos dois verbetes sobre criminologia cultural, de autoria de Jeff Ferrell e de Keith Hayward, explicitando não apenas a necessidade de uma nova teoria do delito, mas ressaltando aspectos do comportamento desviante que normalmente são negligenciados pelas agências de controle penal.

Também contamos com o texto *A política internacional de guerra às drogas no contexto da tríplice fronteira amazônica*, de autoria de Daniel Britto Freire Araújo e Mônica Nazaré Picanço Dias, destacando o fracasso da guerra às drogas e o drama brasileiro, igualmente negligenciado pelas esferas de poder, que historicamente tratam o tema de maneira equivocada.

A seu turno o texto *Análise teórico-empírica da prisão cautelar para garantia da ordem pública*, de Aírto Chaves Junior e Luciana Bittencourt Gomes Silva, desvenda e desvela a artificialidade das decisões judiciais determinadoras e impositivas de segregação e privação da liberdade a partir de um sugestivo estudo empírico raras vezes visto, de uma importância impar para novas e renovadas reflexões sobre a prisão, a partir de pesquisa que se debruçou sobre 605 acórdãos prolatados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, entre 01/07/2019 e 01/07/2020.

O mesmo tema é objeto de análise no texto *A subversão do pressuposto da "garantia da ordem pública" para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes*, de autoria de Marcelo Carneiro Pereira, vocalizando preocupações com a artificialidade da fundamentação da decisão judicial na área criminal, especialmente sobre o problema da caracterização da ordem pública.

Por sua vez, o artigo *A perseguição do Rap pelas agências estatais de controle social*, de autoria de Andressa Loli Bazo e Renata Silva Souza tocam em tema altamente importante para a criminologia cultural, cuidando de preencher uma séria lacuna da literatura jurídica nacional.

Já o texto *Diálogos socráticos, derreflexão e modulação de atitude: contribuições ao modelo de Justiça Regenerativa de Hansen e Umbreit*, escrito por Hidemberg Alves da Frota e Gustavo de Lima Pereira, trabalha com a ideia de familiarizar a comunidade acadêmica de língua portuguesa com a proposta de Toran Hansen e Mark Umbreit de transformar a Justiça Restaurativa em Justiça Regenerativa, além de buscar densificar o incipiente arcabouço teórico do modelo regenerativo.

Em *Um novo paradigma de assistência às vítimas de crimes e a proteção dos direitos humanos pela Defensoria Pública*, Bianca Cobucci Rosiere e Antonio Carlos Ayrosa Rosière Júnior buscam demonstrar as possibilidades de atuação da Defensoria Pública como instituição protetora dos direitos humanos, com vistas a assegurar o acesso à justiça das vítimas, enquanto componentes de grupo considerado vulnerável.

Convidamos todxs para a leitura dos artigos que compõem o Dossiê Temático “Criminologia e Direito” da já tradicional Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal (RDPDF) - (*Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship*), iniciativa acadêmica que se consolida e que se propõe a rediscutir as grandes categorias analíticas que estão envoltas nas questões jurídicas, sociológicas, antropológicas entre outras, que marcam a atuação dentro do sistema de justiça. Desejamos uma boa leitura a todxs, assim como um bom estímulo à ação concreta. O convite também se estende, evidentemente, ao “fogo no pavio”. Como não poderia deixar de ser, o convite também se destina à sensibilização de todxs pelas artes, pela filosofia e pela literatura, fecundando os ovários da esterilidade desértica do direito. Fogo no pavio!

Referências

AMADEUS, Djefferson. Pacote “anticrime”: não há redução de danos aos negros! *Justificando*, 10 dezembro de 2019.

BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica, Arte e Política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996, p. 225.

BORGES, Jorge Luis. *Ars Magna*, em: BORGES, Jorge Luis. *Obras Completas III*, São Paulo: Globo, 1999.

CANTARINI, Paola; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Breve alusão ao atual estado (inconstitucional) de exceção em que estamos vivendo e morrendo*. Revista Jurídica - UNICURITIBA. V. 4, n. 57, 2019.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes. *A História do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil – 1935-1965*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GONÇALVES, Genival Oliveira (G.O.G). *Fogo no Pavio*, 2002. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CPsIz1qEHgg>

GONÇALVES, Genival Oliveira (G.O.G). *É o Terror*, 2000. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=R7-k1vO6LLI>

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Prefácio*. Em: PÁDUA, Thiago Aguiar. *Ao Vencedor o Supremo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

JOLY, Maurice. *Diálogo no Inferno entre Maquiavel e Montesquieu*. Trad. Isolina Vianna. Bauru: Edipro, 2010.

LATOUR, Bruno. *O que é Iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem?* Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 14, n. 29, p. 111-150, jan./jun. 2008.

LISPECTOR, Clarice. *Mineirinho*. Em: Para não esquecer. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

MARIGHELLA, Carlos. *Mini-Manual do Guerrilheiro Urbano*. 2 ed. Sabotagem: 1969. JOLY, Maurice. *Diálogo no Inferno entre Maquiavel e Montesquieu*. Trad. Isolina Vianna. Bauru: Edipro, 2010.

MASON, Judith. *O Homem que cantava e a Mulher que se Manteve Calada*. Em: SACHS, Albie. *Vida e Direito: uma estranha alquimia*. Trad. Saul Leal. São Paulo Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar. *A reforma monetária de 1990: problemática jurídica da chamada retenção dos ativos financeiros*. Revista de Informação Legislativa, v. 28, n. 112, p. 235-298, out./dez. 1991.

MORAIS, Fernando. *Olga*. São Paulo: Alfa-ômega, 1989.

PÁDUA, Thiago Aguiar. *Ao Vencedor o Supremo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

VALIM, Rafael. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

Criminologia cultural¹

Cultural criminology

Jeff Ferrell*

Tradução de Thiago Pádua**

Resumo: A criminologia cultural explora as muitas maneiras nas quais as dinâmicas culturais se entrelaçam com as práticas do crime e do controle criminal na sociedade contemporânea; em outras palavras, a criminologia cultural enfatiza a centralidade do significado e da representação na construção do crime como evento momentâneo, um esforço subcultural e uma questão social. Desse ponto de vista, o assunto apropriado da criminologia transcende as noções tradicionais de crime e causalidade do crime, para incluir imagens de comportamentos ilícitos e exibições simbólicas de aplicação do direito; construções de cultura popular do crime e ação criminal; e as emoções compartilhadas que animam eventos criminosos, percepções de ameaças criminais e esforços públicos no controle do crime

Palavras-chave: Criminologia; criminologia cultural, sociology.

Abstract: Cultural criminology explores the many ways in which cultural dynamics intertwine with the practices of crime and criminal control in contemporary society; in other words, cultural criminology emphasizes the centrality of meaning and representation in the construction of crime as a momentary event, a subcultural effort and a social issue. From this point of view, the appropriate subject of criminology transcends traditional notions of crime and causality of crime, to include images of illicit behavior and symbolic displays of law enforcement; constructions of popular culture of crime and criminal action; and the shared emotions that animate criminal events, perceptions of criminal threats and public efforts to control crime.

Keywords: Criminology, cultural criminology, sociology.

Recebido em: 14/08/2020
Aprovado em: 28/10/2020

Como citar este artigo:
FERRELL, Jeff.
Criminologia cultural.
Tradução de Thiago Pádua.
Revista da Defensoria
Pública do Distrito
Federal, Brasília, vol. 2, n.
3, 2020, p. 25-30.

*Professor de Sociologia na Universidade Cristã do Texas, EUA, e Professor Visitante de Criminologia na Universidade de Kent, no Reino Unido. Ele é o autor dos livros "Crimes of Style", "Tearing Down the Streets", "Empire of Scrounge", e, com Keith Hayward e Jock Young, "Cultural Criminology: An Invitation", vencedor de 2009 do distinto prêmio "Book Award" American Society of Criminology's Division of International Criminology.

**Doutor e Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professor da graduação em direito da UDF e da Pós-graduação em Ciências Criminais na FASAM. Advogado

¹ Verbete disponível no dicionário "Blackwell Encyclopedia of Sociology": FERRELL, Jeff. Cultural Criminology. Em: Blackwell Encyclopedia of Sociology, org. by George Ritzer. Nova Jersey: Wiley-Blackwell, 2007.

A criminologia cultural explora as muitas maneiras nas quais as dinâmicas culturais se entrelaçam com as práticas do crime e do controle criminal na sociedade contemporânea; em outras palavras, a criminologia cultural enfatiza a centralidade do significado e da representação na construção do crime como evento momentâneo, um esforço subcultural e uma questão social. Desse ponto de vista, o assunto apropriado da criminologia transcende as noções tradicionais de crime e causalidade do crime, para incluir imagens de comportamentos ilícitos e exibições simbólicas de aplicação do direito; construções de cultura popular do crime e ação criminal; e as emoções compartilhadas que animam eventos criminosos, percepções de ameaças criminais e esforços públicos no controle do crime. Esse foco cultural mais amplo, argumentam os criminólogos culturais, permite que os estudiosos e o público entendam melhor o crime como atividade humana significativa, e penetrem mais profundamente na disputada política de controle criminal.

Desta forma, em um nível fundamental, a criminologia cultural integra os *insights* da criminologia sociológica com as orientações em relação à imagem e ao estilo oferecidos pelo campo dos estudos culturais. Dentro dessa ampla confluência entre a criminologia e a cultural, a criminologia cultural emergiu de uma coevolução bem mais complexa da sociologia, da criminologia e da análise cultural. Um ponto de partida fundamental dessa emergência é o trabalho de acadêmicos associados à Escola de Estudos Culturais de Birmingham, a Conferência Nacional sobre Desvios e a “nova criminologia” na Grã-Bretanha durante a década de 1970. Reconceituando a natureza do poder contemporâneo, esses estudiosos exploraram as dimensões culturais e ideológicas da classe social, examinaram mundos de lazer e subculturas ilícitas como locais de resistência estilizada e de significados alternativos, bem como investigaram as ideologias mediadas que impulsionavam o controle jurídico social. Na mesma época, a sociologia americana forneceu um segundo ponto de partida para o que se tornaria a criminologia cultural: a abordagem interacionista simbólica do crime e do desvio. Conforme foi conceituado pela teoria da rotulagem e foi incorporado no estudo de caso naturalista, esse modelo interacionista também destacou a contestada construção de significados em torno de questões criminais e de desvio e, neste sentido, explorou a política situada até mesmo nos crimes mais comuns.

Essas duas orientações coevoluíram (com interacionistas e etnógrafos americanos fornecendo inspiração fenomenológica para estudiosos britânicos, e teóricos culturais britânicos e “novos criminólogos” oferecendo aos estudiosos americanos sofisticadas críticas do controle jurídico e ideológico) os fundamentos transatlânticos para a criminologia cultural que atualmente foram estabelecidos. Com o rápido crescimento dos sistemas punitivos de justiça criminal nos

Estados Unidos e na Grã-Bretanha, durante as décadas seguintes, e com a concomitante ascendência de uma “justiça criminal administrativa” no lugar de uma criminologia sociológica crítica, pouco foi construído imediatamente a partir dessas fundações. A partir de 1995, com a publicação de “*Cultural Criminology*”, de Ferrell e Sander, foi que uma distinta criminologia cultural começou a emergir. Embora tenham se baseado em conceituações britânicas e americanas anteriores, os criminólogos culturais também começaram a integrar em seu trabalho as sensibilidades do pós-modernismo e da desconstrução; ao elaborar o “simbólico” na interação simbólica, eles começaram a explorar o aspecto circular das imagens, o *locus* representativo da sala dos espelhos, que cada vez mais definem a realidade do crime e da justiça. Em um eco das conversações transatlânticas anteriores, a contemporânea criminologia cultural (intencionalmente) também emergiu como uma integração do trabalho acadêmico da Grã-Bretanha, Estados Unidos e além mar (ver, por exemplo, *Crime, Mídia, Culture: An International Journal*; Ferrell e all., 2004; Hayward e Young, 2004; *Theoretical Criminology*, 2004).

Da mesma forma que os quadros teóricos da criminologia cultural se desenvolveram a partir de seus fundamentos culturais, críticos e interacionistas, seus métodos emergiram de suas raízes a partir do estudo de caso naturalístico. Enquanto a criminologia cultural incorpora uma variedade de métodos (entre os quais a análise textual, semiótica e visual), alguns dos trabalhos mais proeminentes da criminologia cultural têm sido caracterizados por formas de etnografia extrema. Mergulhando em subculturas ilícitas, tentando, às vezes, “tornar-se o assunto”, construindo outras vezes “auto-etnografias” de suas próprias vivências, criminólogos culturais adotaram o método etnográfico como um caminho para o significado situado no simbolismo sutil, construído dentro de eventos e subculturas criminais. Em parte, essa abordagem foi sustentada pela conceitualização da criminologia cultural de subculturas ilícitas como “coletividades de significado” e de percepções compartilhadas, ligadas tanto por elaborados códigos simbólicos quanto pelo esforço criminal calculado. No entanto, também foi fundada em uma etiologia particular do crime que aponta, pelo menos parcialmente, para as origens do crime dentro do imediatismo do evento criminal e para as experiências e emoções compartilhadas que se desenvolvem em momentos de criminalidade e controle criminal (Lyng, 1990; Katz, 1988). Para os criminólogos culturais, a primazia de subculturas criminais, eventos criminosos, significados e emoções que eles geram, confirmam a importância de métodos que podem mover os criminólogos

para dentro deles; da mesma maneira, tal enfoque reconfirma o valor de uma criminologia e sociologia weberiana, orientada pelo *verstehen*² (entendimento).

Tais experiências e emoções também entram em foco como parte da ênfase da criminologia cultural na existência cotidiana como uma parte essencial da criminalidade e do controle. A criminologia cultural ilumina as correntes de prazer, risco e excitação carnavalesca, que animam a vida cotidiana, mas igualmente as muitas capilaridades do controle diário projetadas para conter e mercantilizar esses eventos e experiências (Presdee, 2000). Na verdade, os criminólogos culturais argumentam (e essa é a mesma tensão que explica várias confluências contemporâneas entre o crime e a cultura) que: o policiamento agressivo de subculturas alternativas e seus estilos, e o consumo mediado do crime, são a excitação e o entretenimento mercantilizados, as fronteiras mutáveis e sempre disputadas entre arte e a pornografia, a música e a provocação política, o entretenimento e a agressão, o crime e a resistência. Em todos esses casos, os criminólogos culturais tentam explicar a economia política do crime, localizando-a dentro da dinâmica do cotidiano, em meio às ambiguidades da transgressão e do controle do dia-a-dia.

Ao explorar os significados cotidianos do crime e do controle, os criminólogos culturais, dessa forma, igualmente se esforçaram para situar esses significados dentro de padrões históricos mais amplos. Num mundo contemporâneo, moldado pela circulação infinita de imagens e símbolos, por ex., as dualidades convencionais do “real” e do “representacional” parecem fazer cada vez menos sentido e, assim, a criminologia cultural enfatiza a permeabilidade das imagens enquanto ela flutua a partir da mídia de massa, das subculturas criminais e das agências de controle do crime, e também sobre o papel essencial da imagem e da ideologia na construção das políticas e das práticas de controle criminal. Seguindo essa linha de análise, a criminologia cultural sugere que a justiça criminal cotidiana se tornou, em vários aspectos, uma questão de exibição pública e orquestrada, bem como um policiamento contínuo das percepções do público em relação às questões de crime e de ameaça. Por sua vez, mudanças como essas ainda refletem outras dimensões da vida contemporânea, dentre elas, o surgimento de uma economia globalizada da imagem e do consumo, na tensão entre padrões de modernidade tardia de inclusão e de exclusão social, e as dinâmicas incertas de identidades pessoais e culturais dentro desses arranjos (Young, 2003). Neste contexto, os criminólogos culturais destacam especialmente a importância da cidade global para a compreensão do crime e do controle do crime. Com seus disputados espaços culturais de consumo e de exibição, e seu amálgama nas dinâmicas subculturais ilícitas e suas práticas espaciais e

² Em geral, no contexto da filosofia alemã e das ciências sociais em geral, *Verstehen* tem sido utilizado a partir do final do século XIX com o sentido “interpretativo ou participativo” dos fenômenos sociais, estando intimamente vinculado ao trabalho de Max Weber.

simbólicas de policiamento cotidiano, a cidade parece uma incorporação essencial das tendências sociais e culturais contemporâneas.

Em toda essa gama de trabalhos substantivos e teóricos, os criminólogos culturais têm explicitamente desafiado as práticas convencionais da criminologia e da justiça criminal em duas frentes. Um primeiro desafio foi lançado da perspectiva do estilo. Voltando sua crítica cultural para a prática da criminologia contemporânea e da justiça criminal, os criminólogos culturais notaram um estilo de escrita desejoso de elegância e engajamento, de uma cultura de ciência social ofuscada e desapegada, operando para manter uma fachada de neutralidade objetiva. Em resposta, os criminólogos culturais notaram a política escorregadia de tais códigos representacionais - códigos que funcionaram, tanto no surgimento histórico da criminologia, quanto na ascensão contemporânea da justiça criminal, como exibições culturais que mascaram alianças intelectuais com os poderes político e econômico. Igualmente, os criminólogos culturais notaram o papel dessa cultura criminológica na higienização daquilo que, de outra maneira, estariam entre os assuntos mais envolventes: crime, violência, culpa e transgressão. Neste contexto, os criminólogos culturais têm procurado revitalizar o empreendimento da criminologia e restaurar algo de sua orientação humanista, através de estilos de pesquisa e da apresentação projetados para engajamento e efeito. Juntamente com a textura e as nuances oferecidas pela pesquisa etnográfica, estas incluíram o desenvolvimento de estilos de escrita biográfica e autobiográfica, bem como a incorporação de esboços evocativos retirados da cultura popular e a inclusão de materiais visuais e de análise visual. Ao mesmo tempo em que melhor comunica a importância cotidiana do crime e do controle criminal, os criminólogos culturais argumentam que tais estilos também oferecem um controle mais honesto do envolvimento dos criminólogos com a política criminal e do controle do crime.

O segundo desafio da criminologia cultural ocorreu nos reinos da teoria e do método. Os criminólogos culturais argumentam que os métodos de pesquisa e análise quantitativa de dados - modos dominantes de pesquisa dentro da cultura objetivista da criminologia e da justiça criminal, permanecem dominantes não por seu mérito acadêmico inato, mas devido em grande parte à sua utilidade na geração do tipo destilado dos dados necessários para a administração do sistema de justiça criminal. De fato, criminólogos culturais sustentam que tais métodos de pesquisa permanecem úteis, neste contexto, precisamente porque são sem sentido, ou seja, porque eles drenam do crime o seu significado e o seu simbolismo sedutor, deixando para trás apenas os resíduos da análise estatística. Igualmente, a teoria da escolha racional e as teorias criminológicas semelhantes, fundadas em pressupostos de racionalidade instrumental, omitem, do ponto de vista da criminologia cultural, a própria essência da criminalidade cotidiana: o prazer, a excitação, a raiva e o risco. Tal como acontece com outras abordagens reducionistas, tais teorias podem

reforçar os apelos à responsabilidade individual e à justiça punitiva e, neste sentido, podem encontrar um lar dentro da prática atual da justiça criminal, mas dificilmente podem explicar a sensualidade inerente, a ambiguidade e a própria irracionalidade do crime em si.

Emergindo das criminologias alternativas e críticas dos anos 70, a criminologia cultural provê, intencional e praticamente, uma criminologia alternativa contemporânea e uma crítica cultural dos arranjos contemporâneos do controle do crime. Com seus fundamentos interdisciplinares e ênfase no significado, no estilo e na representação mediada, também pode sustentar a possibilidade de expandir significativamente o alcance analítico e o escopo substantivo do futuro do estudo criminológico.

Veja Também: Birmingham School; British cultural studies; conflict theory and crime and delinquency; culture; deviance and the media; labeling theory; qualitative methods; subcultures, deviant; symbolic interaction.

Referências e leituras sugeridas

FERRELL, Jeff. Cultural Criminology. *Annual Review of Sociology* 25, 395-418, 1999.

FERRELL, Jeff; SANDERS, C.R. (eds.) *Cultural Criminology*. Northeastern, Boston, 1995.

FERRELL, Jeff.; HAYWARD, K.; MORRISON, W.; and PRESDEE, M. (eds.) *Cultural Criminology Unleashed*. Cavendish/Glasshouse, London, 2004.

HAYWARD, K.; YOUNG, J. Cultural Criminology: Some Notes on the Script. *Theoretical Criminology* 8 (3), 259-73, 2004

KATZ, J. *Seductions of Crime*. New York: Basic Books, 1988

LYNG, S. Edgework: A social psychological analysis of voluntary risk taking. *American Journal of Sociology* 95, 851-86, 1990

PRESDEE, M. *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*. Routledge, London, 2000.

YOUNG, J. *Theoretical Criminology* 8 (3). (2004) Special Issue: Cultural Criminology, 2003.

YOUNG, J. Merton with energy, Katz with structure: The sociology of vindictiveness and the criminology of transgression. *Theoretical Criminology* 7 (3), 389-414, 2003

Criminologia cultural¹

Cultural Criminology

Keith Hayward*

Tradução de Thiago Pádua**

Resumo: A criminologia cultural é uma aproximação teórica, metodológica e intervencionista para o estudo do crime, e que coloca a criminalidade e seu controle no contexto da cultura; isto é, considera o crime e as agências e instituições de controle do crime como produtos culturais - como constructos criativos. E como tal, devem ser lidos de acordo com os termos dos significados que carregam. Mais que isso, a criminologia cultural procura iluminar a interação entre dois elementos-chave: a relação entre as construções “de cima” e as construções “de baixo”. Seu foco está sempre na geração contínua de significado ao redor da interação; regras criadas, regras quebradas, uma constante interação de empreendedorismo moral, inovação política e transgressão.

Palavras-chave: Criminologia; criminologia cultural; sociologia.

Abstract: Cultural criminology is a theoretical, methodological and interventionist approach to the study of crime that places criminality and its control in the context of culture; that is, it views crime and the agencies and institutions of crime control as cultural products - as creative constructs. As such they must be read in terms of the meanings they carry. Furthermore, cultural criminology seeks to highlight the interaction between two key elements: the relationship between constructions upwards and constructions downwards. Its focus is always upon the continuous generation of meaning around interaction; rules created, rules broken, a constant interplay of moral entrepreneurship, political innovation and transgression..

Keywords: Criminology; cultural criminology; sociology.

Recebido em: 14/08/2020

Aprovado em: 28/10/2020

Como citar este artigo:

HAYWARD, Keith.

Criminologia cultural.

Tradução de Thiago Pádua.

Revista da Defensoria

Pública do Distrito Federal,

Brasília, vol. 2, n. 3, 2020, p.

31-33.

*Professor de Criminologia. Publicou amplamente nas áreas de teoria criminológica, teoria espacial e social, cultura visual e popular, terrorismo e fanatismo. Como uma das principais figuras no campo da criminologia cultural, é o autor, coautor ou editor de dez livros, sendo o mais recente “Cultural Criminology” (2018), uma coleção editada em quatro volumes para a série Routledge’s Major Works.

**Doutor e Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professor da graduação em direito da UDF e da Pós-graduação em Ciências Criminais na FASAM. Advogado

¹ Verbete disponível em: *Cultural Criminology - The Dictionary of Youth Justice*, ed. por Barry Goldson. Cullompton; Willan, 2007.

Definição

A criminologia cultural é uma aproximação teórica, metodológica e intervencionista para o estudo do crime, e que coloca a criminalidade e seu controle no contexto da cultura; isto é, considera o crime e as agências e instituições de controle do crime como produtos culturais - como constructos criativos. E como tal, devem ser lidos de acordo com os termos dos significados que carregam. Mais que isso, a criminologia cultural procura iluminar a interação entre dois elementos-chave: a relação entre as construções “de cima” e as construções “de baixo”. Seu foco está sempre na geração contínua de significado ao redor da interação; regras criadas, regras quebradas, uma constante interação de empreendedorismo moral, inovação política e transgressão.

Discussão

Muito embora a criminologia cultural seja um desenvolvimento relativamente recente (datando de meados da década de 1990; cfr. Ferrell e Sanders, 1995), ela realmente se baseia em uma rica tradição do trabalho criminológico de inspiração sociológica, desde as primeiras ideias subculturais e naturalistas da escola de Chicago, passando por análises teóricas politicamente mais associadas à criminologia crítica dos anos 70. Contudo, embora indubitavelmente muitos dos temas e ideias chave associados à criminologia cultural tenham sido expressos em outros lugares na tradição criminológica, é evidente que esse corpo dinâmico de trabalho oferece algo novo (principalmente na forma como ele procura refletir as peculiaridades e particularidades do meio sociocultural de modernidade tardia).

Com seu foco no significado estabelecido, na cultura da juventude, na identidade, no espaço, no estilo e na cultura de mídia, juntamente com seu compromisso de compreender e explicar as transformações e flutuações em curso, associadas ao hipercapitalismo, a criminologia cultural é uma tentativa de criar uma teoria do crime pós-moderna ou tardia. Aqui, o comportamento criminoso é reinterpretado como uma técnica para resolver certos conflitos psíquicos e emocionais que são, por sua vez, vistos como indelevelmente ligados a várias características da vida contemporânea (sobre o relacionamento entre consumismo e certas formas de ‘criminalidade expressiva’, cfr. Hayward, 2004). Em outras palavras, a criminologia cultural procura fundir uma ‘fenomenologia da transgressão’ a uma análise sociológica da cultura moderna tardia. Assim, é uma abordagem que é vista cada vez mais por muitos como possuidora de extrema

utilidade para nos auxiliar a entender as várias formas de criminalidade juvenil, incluindo vandalismo, roubo, destruição de carros, início de incêndios, assaltos, “trote” nas chamadas de serviço de emergência, violência de grupo, e outras formas de delinquência de rua que têm muito a ver com a auto-expressão e com o exercício de controle dos bairros onde, frequentemente, os caminhos tradicionais de estimulação e esforço juvenil há muito tempo evaporaram.

Tais focos complexos exigem a utilização de um amplo conjunto de ferramentas analíticas. Portanto, não surpreende que a criminologia cultural seja estridentemente interdisciplinar, transversalizando não apenas com estudos de criminologia, sociologia e justiça criminal, mas também com perspectivas e metodologias extraídas, *inter alia*, de estudos culturais, midiáticos e urbanos, filosofia, teoria crítica pós-moderna, geografia cultural, antropologia, estudos de movimentos sociais e outras abordagens de pesquisa de ‘ação’. Para citar Jeff Ferrell, o objetivo da criminologia cultural é ser “menos um paradigma definitivo” do que uma “diversidade de perspectivas” (Ferrell, 1999, p. 396). A força da “abordagem cultural”, então, situa-se na maneira como ela aborda o tema do crime e da criminalização a partir de uma variedade de novas perspectivas e disciplinas acadêmicas. Neste sentido, sua missão é manter o “caleidoscópio” sobre o modo como nós pensamos sobre o crime e, principalmente, as respostas jurídicas e sociais oferecidas a ele.

Textos Centrais e Fontes

FERRELL, Jeff. ‘Cultural Criminology’, *Annual Review of Sociology*, 25, 395-418, 1999.

FERRELL, Jeff; SANDERS, C. *Cultural Criminology*. Boston: Northeastern University Press, 1995.

FERRELL, Jeff; HAYWARD, K; MORRISON, W.; PRESDEE, M. *Cultural Criminology Unleashed*. London: GlassHouse, 2004.

HAYWARD, K. J. *City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*. London: Glasshouse, 2004.

HAYWARD K. J.; YOUNG, J., (eds) *Special Edition on Cultural Criminology, Theoretical Criminology* 8: 3, 2004

A política internacional de “guerra às drogas” no contexto da tríplice fronteira amazônica

The international ‘war on drugs’ policy in the context of the triple amazonian frontier

Mônica Nazaré Picanço Dias*

Daniel Britto Freire Araújo**

Resumo: O presente estudo versa sobre os efeitos da política de guerra às drogas na tríplice fronteira amazônica (Brasil, Colômbia e Peru). Tal região, desde a década de 70, por diversos fatores, tem sido marcado por um fluxo constante de tráfico de drogas, sobretudo a cocaína. É analisado o contexto nacional e internacional do combate ao uso e tráfico ilícito de entorpecentes, pondo em relevo as convenções internacionais e as normas jurídicas internas que buscam reprimir a circulação dessas substâncias. São examinadas as razões para o fracasso da atual política penal de repressão às drogas e seus efeitos deletérios nas sociedades do mundo contemporâneo, como o aumento da violência, a superlotação dos presídios e o surgimento e fortalecimento de organizações criminosas, as quais obtêm grandes lucros com o comércio de substâncias entorpecentes. Para tanto, enxerga-se a tríplice fronteira amazônica como um microcosmo dessa complexa questão, na qual se verifica, de maneira nítida, todas as consequências negativas do atual modelo de enfrentamento do comércio de drogas.

Palavras-chave: guerra às drogas; tríplice fronteira; superencarceramento; organizações criminosas.

Abstract: The present study deals with the effects of the drug war policy on the triple Amazonian border (Brazil, Colombia and Peru). This region, since the 1970s, due to several factors, has been marked by a constant flow of drug trafficking, especially cocaine. The national and international context for combating the illicit use and trafficking of narcotics is analyzed, highlighting international conventions and internal legal rules that seek to suppress the circulation of these substances. The reasons for the failure of the current penal policy of drug repression and its deleterious effects on societies in the contemporary world are examined, such as the increase in violence, the overcrowding of prisons and the emergence and strengthening of criminal organizations, which obtain large profits from trade in narcotic substances. Therefore, the triple Amazonian frontier is seen as a microcosm of this complex issue, in which all the negative consequences of the current model of coping with the drug trade are clearly seen.

Keywords: War on drugs, triple border, overcrowded prisons, criminal organization.

Recebido em: 10/10/2020

Aprovado em: 09/11/2020

Como citar este artigo:
DIAS, Mônica Nazaré Picanço; ARAÚJO, Daniel Britto Freire. A política internacional de “guerra às drogas” no contexto da tríplice fronteira amazônica. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 2, n. 3, 2020, p. 35-51.

*Doutora em Ciência Jurídica UNIVALI/SC (2013). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2008). Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (2001). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Federal do Amazonas

**Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2020). Pós-graduado (Especialista) em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2008). Defensor Público do Estado do Amazonas.

Introdução

O presente trabalho versa sobre os impactos da atual política de drogas na tríplice fronteira amazônica, que abrange três importantes países da América do Sul: Brasil, Peru e Colômbia.

Desde a década de 70 a mencionada região fronteiriça convive com uma intensa atividade de tráfico de drogas, notadamente o tráfico de cocaína, em razão sobretudo da proximidade com as zonas produtoras da matéria prima, bem como pela existência de grandes rios navegáveis, que possibilitam o escoamento da droga para outras regiões do Brasil, conhecida como a Rota Solimões.

A política de enfrentamento repressivo das drogas, surgida no decorrer do Século XX, com motivações diversas, fracassou. A cada ano que passa aumenta a quantidade de drogas produzidas, o que reflete um aumento no número de consumidores ao redor do mundo.

Além de não diminuir o uso de tais substâncias, a chamada política de “guerra às drogas” gera consequências deletérias às sociedades. Pretende-se, com o presente estudo, demonstrar que as consequências negativas nessa forma de se encarar a questão das drogas também estão presentes na região da tríplice fronteira, tais como o aumento da violência, a superlotação dos presídios e o surgimento e fortalecimento de organizações criminosas, as quais obtêm grandes lucros com o comércio de substâncias entorpecentes.

1. O fracasso da política criminal de guerra às drogas

Os seres humanos sempre se utilizaram de substâncias para alteração da consciência e de seu estado anímico, seja com finalidade recreativa, seja com finalidade religiosa. A própria Bíblia, por exemplo, faz menção ao uso de álcool, conforme se lê no Livro de Genesis (Capítulo 9, Versículos 20 e 21): “E como Noé era lavrador, começou cultivar a terra, e plantou uma vinha. E tendo bebido vinho, embebedou-se e apareceu nu na sua tenda”. O uso do álcool, aliás, se encontra fortemente presente na história de egípcios, gregos e romanos.

Curiosamente, as primeiras guerras envolvendo a questão das drogas¹ foram as “guerras do ópio”, em 1839 e 1856, as quais foram travadas em favor do livre comércio de tais substâncias. À época, a enorme lucratividade obtida pela Companhia Inglesa East Índia Company com a exportação do produto para a China, fez com que se instaurasse um conflito bélico entre China e Inglaterra em face da proibição do comércio de ópio pelo Imperador chinês (VALOIS, 2017).

Posteriormente, já no Século XX e com indisfarçáveis motivações econômicas, os Estados Unidos iniciaram um movimento de criminalização das drogas, conforme explica Orlando Zaccone:

Os Estados Unidos, um dos protagonistas do desenvolvimento do capitalismo moderno, eram o Estado mais interessado em frear o desenvolvimento inglês, liderando – através de um apelo moralista de resgate aos bons costumes – a convocação da Convenção de Haia, com o fim de ratificar a proibição realizada na Comissão de Xangai. O próprio criminólogo Sebastian Sheerer aponta este interesse econômico imediato, ao observar que a iniciativa americana se limitava a um acordo internacional que se destinaria a salvar o povo chinês do vício, o governo chinês da colonização e o mercado chinês dos monopólios europeus, interrompendo as exportações anglo-indianas de ópio para China e seus vizinhos (ZACCONE, 2007, p.80).

Posteriormente, em 1912, foi realizada a Convenção de Haia, que estabeleceu a proibição do livre comércio das drogas no plano interno e internacional. Na ocasião, os ingleses, por se sentirem prejudicados com a proibição do comércio do ópio, condicionaram sua participação na Convenção de Haia à inclusão de outras substâncias no rol das proibidas, tais como os derivados do ópio e a própria cocaína, fazendo, assim, com que o ônus econômico da proibição de tais substâncias, recaísse também sobre outros países, como, por exemplo, a Alemanha, Holanda e França, que comercializavam a cocaína através de sua indústria farmacêutica. Não obstante algumas resistências, o acréscimo das demais substâncias foi aprovado, dando início ao controle internacional das drogas (ZACCONE, 2007).

É importante frisar que, apesar das resoluções adotadas pela Convenção de Haia em 1912 terem sido praticamente abandonadas nos anos entre as duas guerras mundiais, o modelo proibicionista ali estabelecido foi triunfante. Em 1961, já sob a coordenação da Organização das Nações Unidas-ONU, foi realizada a Convenção Única sobre Entorpecentes, a qual implantou no

¹ A palavra “droga” é um termo polissêmico e ambíguo. Para os fins do presente artigo será adotado o conceito farmacológico de droga, qual seja: substância que, quando administrada ou consumida por um ser vivo, modifica uma ou mais de suas funções, com exceção daquelas substâncias necessárias para a manutenção da saúde normal.

cenário global o paradigma proibicionista no seu formato atual. Os países signatários da mencionada Convenção se comprometeram a lutar contra o "flagelo das drogas", de modo a punir todo aquele que, de algum modo, colaborasse na produção, venda ou consumo de tais substâncias² (FIORE, 2012).

Desta forma, pode-se dizer que o paradigma proibicionista é composto de duas premissas fundamentais³: (i) o uso dessas drogas é prescindível e intrinsecamente danoso, portanto, não pode ser permitido; 2) a melhor forma de o Estado fazer isso é perseguir e punir seus produtores, vendedores e consumidores.

Do ponto de vista da criminologia crítica, é inegável que o paradigma da proibição e a consequente “guerra às drogas” que se instaurou com a sua aprovação no plano internacional, se dá no contexto da ideologia da defesa social, a qual, por sua vez é orientada pelos princípios do bem e do mal, da legitimidade e do interesse social, conforme explica Alessandro Baratta:

- a) Princípio de legitimidade: O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais; b) Princípio do bem e do mal: o delito é um dano para a sociedade. O

² Os principais alvos escolhidos pelo paradigma proibicionista como objeto de proibição e repressão foram três conjuntos de substâncias e/ou plantas: papoula/ópio heroína, coca/cocaína e cannabis/maconha.

³ Tais premissas são bem explicadas por Maurício Fiore (2012), que esclarece o seguinte: “A ingestão de qualquer uma das drogas proscritas é fisiológica e mentalmente danosa. Os danos fisiológicos podem ocorrer em curto ou médio prazo. Caso seja continuado, o consumo dessas drogas encadeia graves consequências, podendo levar, inclusive, à morte, seja por deterioração da saúde geral, seja por intoxicação acidental (overdose). Não há padrão, quantidade ou nível seguro para o consumo dessas drogas. Essas drogas provocam dependência. Por ser inicialmente prazeroso, seu consumo tem grande chance de levar seus consumidores à repetição ou à substituição por uma substância mais potente, numa escalada que culmina com a perda do autocontrole e da capacidade de livre escolha. A dependência dessas drogas, ainda que possa variar para cada indivíduo, é uma patologia associada aos seus efeitos neuroquímicos, o que acarreta uma perda gradual de outros interesses, uma busca incessante por novas doses e uma dolorosa síndrome de abstinência - grande sofrimento psíquico e/ou fisiológico pela suspensão do consumo. Além da dependência, elas potencializam outros transtornos mentais graves, como depressão, psicose e esquizofrenia. Crianças e adolescentes são mais vulneráveis ao consumo dessas drogas, o que é especialmente grave na incompletude de sua formação intelectual. O consumo de drogas gera, também, graves consequências sociais, como o comportamento descontrolado e a deterioração dos laços sociais. Na medida em que seus efeitos suspendem o julgamento normal dos indivíduos, essas drogas levam a ações inconsequentes e, muitas vezes, violentas, agravadas pela incapacidade que muitos dependentes enfrentam para bancar a compra de novas doses. Dado esse conjunto de danos e considerando que o consumo dessas drogas é totalmente prescindível, já que elas não têm aplicação médica, cabe ao Estado proibi-las. Para tanto, ele goza de legitimidade para perseguir e punir quem as produz, vende ou consome. (...) Com a legitimidade conferida pela primeira premissa, o Estado deve agir em duas frentes: impedir a produção e o comércio dessas substâncias e reprimir seus consumidores. Com esse objetivo, a Convenção da ONU obriga os Estados a aplicar duras sanções penais aos produtores e vendedores dessas drogas, classificados, então, como traficantes. Para seus consumidores, as Convenções pregaram, inicialmente, a dissuasão via legislação penal. Nas últimas décadas, no entanto, a possibilidade de tratamento passou a ser considerada uma alternativa, desde que se inserisse num conjunto de sanções que deixasse clara a proibição da prática” (FIORE, 2012, p.10).

delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem; c) Princípio do interesse social: o núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos (BARATTA, 2011, p.42).

Já na década de 70 se delineia com maior precisão a chamada ideologia da diferenciação, um modelo médico-jurídico que tem como principal característica diferenciar o traficante, encarado como criminoso, do consumidor, que deve ser tratado como um doente (DEL OLMO, 1990). É possível ver claramente a aplicação da ideologia da diferenciação na lei de drogas brasileira (Lei nº 11.343/2006) que estabelece graves penas privativas de liberdade para o traficante⁴, enquanto o usuário se submete a sanções mais brandas que não envolvem a privação de sua liberdade⁵.

A própria Constituição da República de 1988 é um reflexo desse paradigma proibicionista, na medida em que considera o tráfico de drogas um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art.5º, inciso XLIII), chegando inclusive a admitir (art. 5º, inciso LI) a extradição de brasileiros naturalizados em caso de envolvimento com o tráfico de entorpecentes. Tais dispositivos constitucionais, no entendimento de Salo de Carvalho (1997, p.108), “alça o tráfico à principal categoria delitual, encontrando-se, no plano repressivo, superior a qualquer tipo de crime”.

Após décadas e muitos bilhões de dólares investidos na repressão ao comércio e uso de drogas, o resultado prático da política de guerra às drogas, no Brasil e no mundo, é de um retumbante fracasso. O Relatório Mundial sobre Drogas do ano de 2019, divulgado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), indica que, ano após ano, aumenta a quantidade de drogas ilícitas comercializadas no mundo, em decorrência do aumento do número de consumidores. Relevante, nesse contexto, a leitura do seguinte trecho do mencionado Relatório da UNODC:

⁴ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

⁵ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em 2017, estima-se que 271 milhões de pessoas - ou 5,5% da população mundial entre 15 e 64 anos - usaram drogas no ano anterior. Embora essa estimativa seja semelhante à de 2016, uma visão de longo prazo revela que o número de pessoas que usam drogas aumentou 30% na comparação com 2009. Apesar de esse aumento ser devido, em parte, a um crescimento de 10% da população mundial na faixa etária analisada, os dados agora mostram uma maior prevalência do uso de opioides na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do uso de maconha na América do Norte, na América do Sul e na Ásia em relação a 2009. A estimativa sobre a fabricação ilícita global de cocaína alcançou o recorde de 1.976 toneladas em 2017, um aumento de 25% em relação ao ano anterior. Ao mesmo tempo, a quantidade global de cocaína apreendida em 2017 aumentou 13%, chegando a 1.275 toneladas, a maior quantidade já registrada (UNODC, 2019, p.5).

Além de não resolver o problema do uso de drogas, a política proibicionista materializada na chamada “guerra às drogas” cria uma série de problemas, dentre os quais podem ser elencados os seguintes: (i) fortalecimento das organizações criminosas, que auferem lucros exorbitantes com o comércio ilícito de drogas; (ii) aumento da violência nas sociedades, resultado direto do confronto armado entre traficantes, policiais, o que resulta, inclusive na morte de inocentes; (iii) o fenômeno do superencarceramento⁶ verificado, por exemplo, nos EUA e Brasil.

Diante desse fracasso da função declarada da política proibicionista, exsurge a função real (e oculta) do direito penal da guerra às drogas: a criminalização da pobreza e a neutralização dos consumidores falhos⁷. Conforme explica Luís Carlos Valois:

De uma metáfora utilizada para congregar esforços contra as drogas, o termo guerra às drogas tem mostrado a sua incoerência e passa a poder ser ironicamente usado para desvendar uma guerra real contra pessoas. Guerra às drogas é sinônimo da criminalização arbitrária de certas relações que o ser humano trava com algumas substâncias, mas drogas não morrem, não levam tiros e não são encarceradas, enfim, aos poucos o termo guerra às drogas vem revelando a sua face exclusivamente desumana de uma guerra contra pessoas (VALOIS, 2017, p.16).

⁶ Os EUA possuem a maior população carcerária do planeta, contando com mais de dois milhões de presos. O Brasil, por sua vez, ocupa a terceira posição nesse ranking, com uma população carcerária de aproximadamente 750 mil presos. A maioria dos presos está encarcerada por delitos que envolvem, direta ou indiretamente, o tráfico de drogas.

⁷ A noção de consumidores falhos é trazida pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2008), ao explicar que numa sociedade de consumo, como a contemporânea, os não-consumidores ou consumidores falhos são vistos como uma subclasse, uma espécie de escória numa sociedade que avalia e julga as pessoas pela sua capacidade de consumo, sendo, portanto, um aborrecimento para aqueles aptos a consumir com regularidade. Confira-se: “Subclasse evoca a imagem de um agregado de pessoas que foram declaradas fora dos limites em relação a todas as classes e à própria hierarquia de classes, com poucas chances e nenhuma necessidade de readmissão: são pessoas sem um papel, que não dão contribuição útil às vidas dos demais, e em princípio além da redenção. Pessoas que, numa sociedade dividida em classes, não constituem nenhuma classe própria, mas se alimentam das essências vitais de todas as outras, erodindo, desse modo, a ordem da sociedade baseadas em classes” (BAUMAN, 2008, p.156).

Nesse contexto o tráfico de drogas na região da tríplice fronteira amazônica (Brasil, Colômbia e Peru) pode ser encarado como um verdadeiro microcosmo no cenário do paradigma proibicionista que se materializa na chamada “guerra às drogas”, na medida em que nesse espaço geográfico podem se verificar, ao longo da história e também na atualidade, todas as práticas e consequências danosas desse tipo de política criminal.

2. Tríplice fronteira amazônica: A Rota Solimões

A tríplice fronteira amazônica, constituída por Brasil, Colômbia e Peru, está localizada próxima à área central da bacia amazônica, uma área geograficamente estratégica que atua como eixo na comunicação entre os rios Amazonas e Solimões e na qual se localiza as cidades de Tabatinga (Brasil), Letícia (Colômbia) e Santa Rosa (Peru).

Esta zona de fronteira, desde a década de 70, serve como entrada de substâncias entorpecentes – sobretudo cocaína – no território brasileiro. A droga é proveniente das zonas produtoras do Peru e Colômbia (os maiores plantadores de folha de coca do mundo, ao lado da Bolívia) e é escoada através dos rios amazônicos, tendo como destino os mercados consumidores do Brasil e, principalmente, Europa e África.

As redes internacionais de tráfico de drogas começaram a atuar na região da tríplice fronteira nos anos 70, período que coincide com o aumento da demanda no consumo de cocaína nos países centrais. Luiz Fábio S. Paiva (2019) explica o início da atuação das organizações criminosas e nomeia seus principais agentes:

Um relatório oficial de 1973 informava que por seu aeroporto (Letícia) saíam 1.200 quilos a cada ano de alcaloide (cocaína). As referências ao início do tráfico na região remetem ao trabalho da organização dos irmãos Camilo e Wilson Rivera, em articulação com Verônica Rivera de Vargas, conhecida como *reina de la coca*, na Colômbia. A esses primeiros esforços de produção e distribuição da droga em escala internacional, segue o trabalho da organização de Evaristo Porras Ardila, que comandou durante a década de 1980 o tráfico na região, sendo um dos principais articuladores dos esquemas de narcotráfico como Cartel de Medellín na Colômbia. Ardila foi o líder do Cartel de Letícia e aliado de Pablo Escobar. Atuou na tríplice fronteira desde o final dos anos de 1970 até os de 1990 (PAIVA, 2019, p.5).

Do ponto de vista econômico, a região da tríplice fronteira amazônica, sobretudo durante a década de 80, viveu o período conhecido como *bonanza coquera*. Essa expressão é utilizada para designar o período áureo do comércio de cocaína na região, que acabou por gerar um significativo desenvolvimento econômico em alguns setores, principalmente como resultado da prática de lavagem de dinheiro⁸ proveniente do tráfico de drogas (PAIVA, 2019).

Diversos fatores contribuem para a existência de uma forte atividade do narcotráfico na região da tríplice fronteira amazônica: (i) a proximidade com as zonas produtoras do Peru e da Colômbia; (ii) e existência de uma infraestrutura que possibilita o escoamento da droga, como aeroporto e rios navegáveis e (iii) a falta de oportunidades de trabalho lícito na região. Thiago Rodrigues (2003) aponta estes e outros fatores que contribuem para a expansão do mercado de cocaína nessa região:

A sedução econômica para faixas pauperizadas das populações latino-americanas – dos camponeses andinos aos miseráveis urbanos, o negócio ilegal do tráfico de drogas tornou-se, a despeito de qualquer reprovação moral, o mais rentável trabalho a se dedicar; as condições preexistentes na América Latina, tais como as de natureza geoclimáticas, bem como de natureza social – como a cultura milenar da folha de coca nos Andes e os tradicionais circuitos de ilegalidade (como o contrabando e o tráfico de pedras preciosas) que constituíram know-how para as organizações narcotraficantes que se formavam (RODRIGUES, 2003, p.51).

Mesmo após o fim dos grandes cartéis de droga, o tráfico de cocaína permanece ativo na região da tríplice fronteira amazônica, o que atrai, por sua vez, a atuação dos órgãos de repressão dos países envolvidos, tanto no plano interno, como também através de instrumentos de cooperação internacional.

⁸ A atividade de lavagem de dinheiro está necessariamente presente no contexto da criminalidade do tráfico de drogas. Como é uma atividade altamente lucrativa, que envolve ganhos na faixa dos milhões de dólares, é necessário dar uma aparência de legalidade a esse capital, conforme explica Luiz Fábio Paiva: “Lavar dinheiro é um problema sério a ser considerado nas instâncias de comercialização da cocaína, precisando sempre se desenvolverem boas justificativas para que um dinheiro sujo possa parecer limpo e dignamente adquirido. Assim, adquirir comércios ou serviços é uma maneira viável de possibilitar a transformação de recursos do tráfico em dinheiro limpo. Ademais, as campanhas eleitorais na região são constantes alvos de suspeitas, por proporcionarem arranjos que possibilitam a lavagem de dinheiro” (PAIVA, 2019, p.7).

Em território brasileiro, a segurança das áreas de fronteira é feita pelo Exército⁹ e pela Polícia Federal¹⁰. Ademais, como o tráfico de drogas que ocorre na região da tríplice fronteira amazônica apresenta uma dimensão internacional, a cooperação internacional entre os países afetados se revela necessária para a repressão dessa atividade.

A República Federativa do Brasil, firmou tratados de cooperação sobre entorpecentes com os outros dois países que compõe, junto com ele, a tríplice fronteira amazônica, quais sejam, Colômbia¹¹ e Peru¹². Tais acordos internacionais constituem uma base legal que possibilita a troca de informações e de inteligência policial entre as instituições de segurança dos países signatários (DIAS, 2015).

Diante disso, resta claro que atividade do narcotráfico presente na tríplice fronteira amazônica é uma infração de caráter transnacional¹³, que possui, no dizer de Eric Hobsbawm

⁹ O fundamento legal dessa atuação do Exército se encontra no art. 17-A, inciso IV, da Lei Complementar nº 97/1999 (alterada pela Lei Complementar nº 117/2004) que dispõe: “Art. 17-A. Cabe ao Exército, além de outras ações pertinentes, como atribuições subsidiárias particulares: (...) IV – atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: a) patrulhamento; b) revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e c) prisões em flagrante delito.

¹⁰ Tal atribuição da Polícia Federal se encontra na própria Constituição da República de 1988, em seu art. 144, § 1º, inciso III, *in verbis*: “§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras”.

¹¹ Dentre os acordos firmados bilateralmente entre Brasil e Colômbia, merecem destaque os seguintes: (i) Acordo de Assistência Recíproca para a Prevenção do Uso e Tráfico Ilícitos de Substâncias Estupefacientes e Psicotrópicas vigente e celebrado em 1981, pelo qual os organismos de ambos os países encarregados pela repressão do tráfico ilícito de drogas devem prestar mútua assistência técnico-científica, além de estimular troca de informações sobre traficantes individuais ou associados; (ii) Em 1997, foi celebrado o Acordo de Cooperação para Impedir o Uso Illegal de Precursores e Substâncias Químicas Essenciais para o Processamento de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em que ambos os países se comprometem a empreender esforços conjuntos e intercâmbio seguro, permanente e ágil de informações; (iii) Também em 1997 o Brasil e a Colômbia celebraram o Acordo de Cooperação Mútua para Combater o Tráfego de Aeronaves Envolvidas com Atividades Ilícitas Transnacionais, que possibilita maior cooperação entre as Forças Aéreas dos países. O acordo prevê intercâmbio de informações de caráter estratégico-operacional, treinamento técnico ou operacional, fornecimento de equipamento e recursos humanos para serem utilizados em programas específicos e assistência técnica. Além disso, visa a intensificar a troca de experiências no combate a aeronaves envolvidas em atividades ilícitas transnacionais, especialmente o narcotráfico.

¹² Com o Peru foi celebrado, em 1999, o Acordo sobre Cooperação em Matéria de Prevenção do Consumo, Reabilitação, Controle da Produção e do Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e seus Delitos Conexos. Esse acordo prevê assistência técnica, troca de informações para repressão do tráfico de drogas ilícitas, esforços no sentido do desenvolvimento alternativo, prevenção e reabilitação, bem como define a possibilidade de recorrer à INTERPOL para transmitir pedidos de assistência recíproca. O acordo prevê ações coordenadas de autoridades competentes em seus respectivos territórios, ações de interceptação de embarcações suspeitas de realizar tráfico ilícito de drogas nas vias fluviais limítrofes, assim como prevê a possibilidade de designar oficiais de ligação. Além disso, cria a Comissão Peruano-Brasileira, que serve de canal de comunicação e propõe planos e projetos de ação.

¹³ Carla Piffer e Paulo Márcio Cruz (2018) enumeram os requisitos necessários para que uma infração penal seja considerada de caráter transnacional: “a) For cometida em mais de um Estado; b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado” (PIFFER; CRUZ, 2018, p. 21).

“implicações negativas para a política e a economia dos países que fazem parte de sua rota, passando a gerar perdas muito significativas, tanto de ordem política quanto econômica, aos países envolvidos”(HOBSBAWN, 2007, p.135).

Apesar de todos os esforços na tentativa de diminuir o tráfico de drogas, a atividade continua fortemente presente na região da tríplice fronteira, trazendo, com ela, todas as consequências negativas inerentes à política proibicionista: violência urbana, superlotação dos presídios e fortalecimento das organizações criminosas.

O Município brasileiro de Tabatinga, por exemplo, no ano de 2013, apresentou uma média de 46,3 homicídios por 100 mil habitantes, quando a média nacional (que já é altíssima) é de 27 homicídios por 100 mil (DEEPASK, 2013), o que faz com que a cidade seja uma das mais violentas do interior do Amazonas. Ademais, a Unidade Prisional de Tabatinga, encontra-se superlotada, na medida em que sua capacidade total é de 108 presos, mas contava, em 2014, com 234 internos (ACRITICA, 2014).

Toda a atividade ilícita do narcotráfico, que oferece inúmeros riscos aos envolvidos (desde a possibilidade de ser preso pelas agências de segurança, ou até mesmo morto por outros traficantes rivais ou pela polícia), tem uma única motivação: o lucro exorbitante resultado da venda de cocaína, uma mercadoria muito valiosa no mercado internacional.

3. A cocaína como mercadoria valiosa

Quando o químico alemão Albert Niemann isolou, pela primeira vez, o alcalóide cloridrato de cocaína, em 1859, ou quando Sigmund Freud a receitava para seus pacientes para curar as “doenças da alma”, não poderiam imaginar que aquele pó branco iria movimentar um mercado de centenas de bilhões de dólares na segunda metade do Século XX em diante. Nenhum produto oferece lucros astronômicos como a cocaína, conforme explica Allan de Abreu:

Nada no planeta proporciona um lucro tão fabuloso em tão pouco tempo como a cocaína. Uma liquidez fabulosa. Entre os países andinos e o continente europeu, o ganho do tráfico assusta. Um quilo de cloridrato de cocaína, a droga pura, é adquirido na região de Santa Cruz de la Sierra, Bolívia, a US\$ 1 mil. Na fronteira com o Brasil, já dobra o preço. Em São Paulo, é negociado a US\$ 8 mil. Quando chega à Europa, vale pelo menos US\$ 50 mil. Uma diferença de 1.900% que se explica não pelo produto, mas pelos riscos que dezenas de homens assumiram para fazer com que o entorpecente chegasse ao seu destino final – os traficantes

precisam deslocar em segredo tanto seu produto quanto seus lucros, lavados em fazendas, empresas e veículos, além de fugir constantemente da morte ou prisão. Mas, se as perdas são irrisórias comparadas ao volume movimentado, e se a prisão é um risco distante, o tráfico de drogas subverte as leis da economia, em que o lucro é proporcional aos riscos do negócio. Aplicações em fundo de investimento ou mesmo ações na bolsa de uma multinacional sólida embutem as oscilações naturais do mercado. Com a cocaína não é assim. Sempre haverá demanda sólida. Basta planejamento e sorte para escapar da polícia. O capitalismo ideal, sem risco (ABREU, 2017, p. 16-17)

É importante ressaltar, todavia, que as folhas da planta de coca (*Erythroxylum coca*), matéria prima para a produção do cloridrato de cocaína, são utilizadas pela população andina desde aproximadamente 3000 a.C, com fins alimentícios e religiosos. Seu uso também foi estimulado pelo colonizador espanhol que, inclusive, lucrava com o comércio das folhas de coca, o que é bem explicado por Eduardo Galeano:

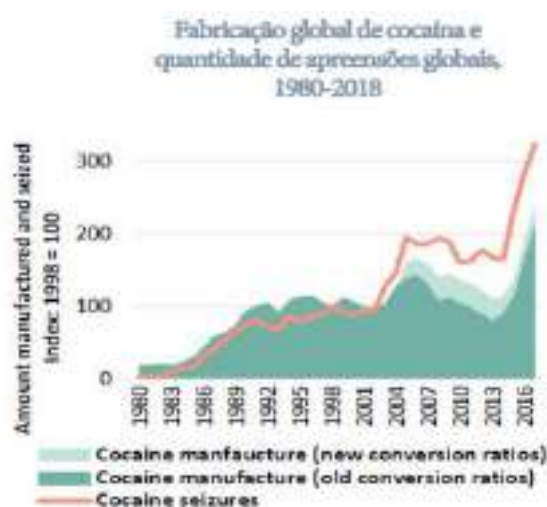
Os espanhóis estimularam intensamente o consumo da coca. Era um esplêndido negócio. No século XVI, em Potosí, gastava-se tanto em roupas europeias quanto em coca para os oprimidos. Em Cuzco, 400 mercadores espanhóis viviam do tráfico de coca; nas minas de prata de Potosí, entravam anualmente 100 mil cestos com 1 milhão de quilos de folhas de coca. A igreja arrecadava impostos da droga. O inca Garcilaso de la Veja nos conta, em seus “comentários reais”, que a maior parte da renda do bispo, dos cônegos e demais ministros da igreja de Cuzco provinha dos dízimos sobre a coca, e que o transporte e a venda deste produto enriqueciam muitos espanhóis. Com as escassas moedas que obtinham em troca do trabalho, os índios compravam folhas de coca em vez de comida: mastigando-as, podiam suportar melhor as mortais tarefas impostas, ainda que ao preço de abreviar a vida (GALEANO, 2013, p.73).

Após evidenciados os efeitos negativos para saúde decorrente de seu uso, bem como por interesses econômicos de alguns países como Inglaterra e Estados Unidos, a cocaína foi proibida pela Convenção de Haia, que entrou em vigor em 1921. Atualmente, o cultivo e a produção de cocaína tem sido alvo de repressão por parte de agências de segurança nacionais e internacionais. Essas ações têm respaldo jurídico-normativo em três Convenções das Nações Unidas sobre o controle de drogas, quais sejam: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (ZACCONE, 2007).

Em razão da ilegalidade que permeia toda a atividade do tráfico de drogas, não existem dados precisos acerca da quantidade de droga consumida e do dinheiro obtido com a venda dos entorpecentes. Todavia, estimativas indicam que, apenas nos EUA, o país com o maior mercado

de cocaína do mundo, essa droga movimentava aproximadamente US\$ 100 bilhões de dólares todos os anos (MIRANDA, 2020).

No tocante à quantidade de cocaína produzida, o Relatório elaborado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) no ano de 2019, estima uma fabricação recorde de 1.976 toneladas em 2017, o que significa um aumento de 25% em comparação com o ano anterior. O gráfico abaixo demonstra a estimativa de fabricação e quantidade de apreensões globais de cocaína no período de 1980 a 2018:



Fonte: World Drug Report 2019

Os números acima expostos demonstram que a atividade repressiva das instituições e agências estatais não tem dado conta de frear o consumo de cocaína ao redor do mundo, o que pode ser explicado pelo aumento no número de consumidores e na criação de novas estratégias de dissimulação desse comércio por parte dos traficantes, cada vez mais com mais conhecimento do sistema financeiro global e práticas avançadas de lavagem de dinheiro (ABREU, 2017).

No caso específico do tráfico de cocaína na tríplice fronteira amazônica, a produção é feita principalmente por agricultores peruanos e chega às cidades brasileiras de Tabatinga e Benjamin Constant como pasta-base¹⁴, ocorrendo em seguida uma série de negociações entre as pessoas que

¹⁴ À partir da pasta-base ou da pasta oxidada de cocaína são produzidos o cloridrato de cocaína – em forma de pó, que pode ser aspirada ou injetada – e o crack – em forma de pedra, que pode ser fumado (PAES MANSO; NUNES DIAS, 2018).

A política internacional de “guerra às drogas” no contexto da tríplice fronteira amazônica financiam a produção e dão início ao processo de comercialização da droga em território brasileiro, tanto para o mercado interno com para o mercado internacional (PAIVA, 2019).

O combate à atividade do narcotráfico na região encontra diversas dificuldades como as características geográficas, extensão da fronteira, escassez de recursos e de pessoal na fiscalização, corrupção de agentes estatais. Tais fatores contribuem para dificultar o controle por parte do Estado, fazendo com que o tráfico seja uma alternativa econômica viável e que fortaleça organizações criminosas como a FDN (Família do Norte), com forte atuação no Estado do Amazonas.

4. Fortalecimento das organizações criminosas: a Família do Norte

A falida política criminal de guerra às drogas gera, no Brasil e em outros países do mundo, o fenômeno deletério da superpopulação¹⁵ carcerária decorrente da criminalização do uso e tráfico de drogas. Tal circunstância, somada com os altos lucros obtidos com a atividade comercial da venda de substâncias entorpecentes gera um outro efeito nefasto nas sociedades contemporâneas: o fortalecimento das organizações criminosas. O Estado brasileiro, portanto, é o principal responsável pelo fortalecimento e pela própria existências das autodenominadas facções ou gangues. Confira-se:

Existem mais de 2,6 mil estabelecimentos penais no país, com mais de 740 mil presos, mais de sete vezes acima dos 90 mil do total em 1990. A grande maioria dos presos não pertence às facções, mesmo quando sujeitos às disciplinas e ordens internas estabelecidas por esses grupos. A construção de milhares de novas unidades ergueu um mundo novo, uma espécie de distopia, em que pessoas são confinadas em gaiolas insalubres com pouco espaço, pouca comida. A passagem por uma dessas unidades costuma produzir uma marca indelével, que cria estigmas e bloqueia os caminhos possíveis para um futuro longe do crime. As prisões, em vez de recuperar, acabam assim empurrando as pessoas para o crime. As gangues se fortaleceram e se popularizam como a solução interna para sobreviver nessa distopia. Ajudam a criar ordem num mundo de confinamento (PAES MANSO; NUNES DIAS, 2018, p.243)

¹⁵ Dados constantes do Levantamento Nacional de Informações – INFOPEN (2014, p.71) informam que os crimes relacionados às drogas tornadas ilícitas são responsáveis por 35,1% da população prisional brasileira”, o que contribui para superlotar, ainda mais, o já precário e abandonado sistema penitenciário brasileiro, sendo causas de diversas rebeliões e massacres de todo o tipo (VALOIS, 2017).

A região norte do Brasil também possui uma grande facção criminosa para chamar de sua: é a Família do Norte, surgida no Estado do Amazonas. A FDN, sigla pela qual é conhecida, é fruto de um sistema penitenciário¹⁶ caótico e medieval, e se fortaleceu sobretudo com o dinheiro auferido pelo tráfico de drogas na região da tríplice fronteira amazônica (Brasil, Peru e Colômbia), sendo atualmente a organização criminosa que domina a chamada “Rota Solimões” do tráfico de cocaína.

A Polícia Federal brasileira, em 2015, realizou uma investigação criminal, denominada de “Operação La Muralla”, que evidenciou a existência de um grande esquema de tráfico de cocaína desenvolvido pela organização criminosa conhecida como Família do Norte (FDN). Na ocasião foram apreendidas aproximadamente 2,2 toneladas de drogas, avaliadas em aproximadamente 18 (dezoito) milhões de reais, além de armas de fogo de grosso calibre, como submetralhadoras 9mm e granadas explosivas de mão, dinheiro em espécie, instrumentos e artigos de luxo proveitos do crime (Polícia Federal, 2016).

No relatório da referida operação policial, a Família do Norte é apontada como a terceira maior facção criminosa do país, atrás apenas do Primeiro Comando da Capital (PCC) e Comando Vermelho (CV). Sua força decorre, sobretudo, do domínio dos esquemas de transporte de drogas entre Tabatinga e Manaus, e daí para outros Estados do Brasil, o que gera lucros exorbitantes para a mencionada organização criminosa. Ademais, a FDN controla os presídios do Estado do Amazonas, os quais lhes fornecem a mão de obra necessária para o desempenho de sua atividade criminosa. Isso se depreende da leitura do relatório final da “Operação La Muralla”. Confira-se:

[...] o controle absoluto dos presídios amazonenses, e consequentemente, o domínio de todos aqueles que trabalham em uma das maiores rotas de escoamento de drogas do mundo, a chamada “ROTA SOLIMÕES” (percurso entre TABATINGA/AM, na região da tríplice fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru, a MANAUS/AM, pelo navegando pelo Rio Solimões), alcançando quase que o monopólio da distribuição de drogas no Estado do Amazonas (Polícia Federal, 2016, p.63).

¹⁶ O Sistema Penitenciário do Estado do Amazonas já se tornou famoso, no Brasil e no mundo, da pior maneira possível com as rebeliões e massacres que resultaram na morte de dezenas de presos nos anos de 2017 e 2019. O Relatório de Visitas Prisionais, elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2019 informa que: “O cenário preocupante de que se cuida é acentuado por índices que traduzem bem a realidade encontrada no Amazonas. O Estado possui ocupação prisional de 152,60% (cento e cinquenta e dois vírgula sessenta por cento), com um déficit de 3.334 (três mil, trezentas e trinta e quatro) vagas. Não fora isso, apenas 5,38% (cinco vírgula trinta e oito por cento) dos apenados estão matriculados em unidades de ensino e 8,03% (oito vírgula zero três) deles desenvolvem atividade laboral no cárcere. Aos dados enfocados some-se o total de mortes, fugas, rebeliões e faltas graves ocorridas no sistema prisional local, evidenciando o clima de instabilidade nos estabelecimentos penais, o que redundou nos episódios de violência vivenciados intra e extramuros no Estado desde 2017 e, agravados, em maio de 2019” (BRASIL, 2019, p.68-69).

A política internacional de “guerra às drogas” no contexto da tríplice fronteira amazônica

Assim, constata-se que todas as consequências deletérias da atual política de guerra às drogas podem ser verificadas na tríplice fronteira amazônica, que funciona, portanto, como uma espécie de microcosmo dessa delicada questão, na qual a violência, a superpopulação carcerária, bem como o surgimento e fortalecimento de organizações criminosas se combinam e estão intimamente relacionadas, de modo a afetar, negativamente, todo o tecido social.

5. Conclusão

Por tudo quanto foi exposto no presente estudo, pode-se concluir, em síntese, que:

a) Após décadas e muitos bilhões de dólares investidos na repressão ao comércio e uso de drogas, o resultado prático da política de guerra às drogas, no Brasil e no mundo, é de um retumbante fracasso. Relatórios e estudos internacionais indicam que, ano após ano, aumenta a quantidade de drogas ilícitas comercializadas no mundo, em decorrência do aumento do número de consumidores;

b) A abordagem de repressão através de leis penais, além de não funcionar, gera efeitos deletérios para as sociedades contemporâneas, notadamente o aumento da violência, a superlotação dos presídios e o surgimento e fortalecimento de organizações criminosas que enriquecem e ganham poder através do tráfico de drogas;

c) A tríplice fronteira amazônica (Brasil, Colômbia e Peru) é uma região de intensa atividade do narcotráfico, constituindo um verdadeiro microcosmo das problemáticas decorrentes da política do proibicionismo: Apesar das tentativas de repressão por parte dos três Estados diretamente envolvidos, o tráfico de drogas continua fortemente presente na região;

d) Dentre as consequências negativas advindas da atividade ilícita do tráfico de drogas, merecem especial destaque na região da tríplice fronteira amazônica: o aumento da violência urbana e da população carcerária, bem como, no Brasil, o fortalecimento da facção criminosa denominada “Família do Norte”, a qual obtém altos lucros com o tráfico de cocaína por dominar a Rota do Solimões.

Referências

ABREU, Allan de. *Cocaína: a rota caipira*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BÍBLIA, Português, *Bíblia Sagrada*. Tradução do Centro Bíblico Católico. 186 Edições, São Paulo: Ed. Ave Maria, Gênesis 9: 20-21.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Relatório de Visitas Prisionais- Amazonas 2019*. CNMP: Brasília, 2019. Disponível em: https://cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/setembro/Relatório_de_Visitas_Prisionais_-_Amazonas_-_Final_-_Ok.pdf. Acesso em 18 ago. 2020.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE VITTO, Renato Campos Pinto (coord.). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. Brasília-DF: Departamento Penitenciário Nacional – MJ, 2014.

DEL OMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

DIAS, Michelle Gallera. *Cooperações Bilaterais do Brasil com Bolívia, Colômbia e Peru no Combate ao Tráfico de Drogas Ilícitas*. 1º Seminário Internacional de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, set.2015.

IORE, Maurício. *O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas*. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 92, p. 9-21, Mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 ago. 2020.

GALEANO, Eduardo H. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e território*. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

MIRANDA, Boris. EUA: O país sem megacartéis que movimenta US\$ 100 bilhões em cocaína. UOL, São Paulo, 1º de agosto de 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/08/01/eua-o-pais-sem-megacarteis-que-movimenta-us-100-bilhoes-em-cocaina.htm>>. Acesso em: 15 ago. de 2020.

PAES MANSO, Bruno; NUNES DIAS, Camila. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. São Paulo: Todavia, 1ª ed., 2018.

PAIVA, Luiz Fábio S. *As dinâmicas do mercado ilegal de cocaína na tríplice fronteira entre Brasil, Peru e Colômbia*. Revista Brasileira de Ciências Sociais – Vol.34, n. 99.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). *Transnacionalidade e Sustentabilidade: Dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação*. Porto Velho: Emeron, 2018.

POLÍCIA FEDERAL. *Operação La Muralla*. Relatório Final. 2016. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-Macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/01/>>

Relatório-final-I PL-222-de-2014- DRE-OPERAÇÃO-LA-MURALLA.pdf > Acesso em : 17 ago. 2020.

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: uma guerra na guerra*. São Paulo: Desatino, 2003.

Superlotação e precariedade dominam Unidade Prisional de Tabatinga, no Amazonas. *Jornal A Crítica*, Manaus, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/superlotacao-e-precariedadedomnam-unidade-prisional-de-tabatinga-no-amazonas>>. Acesso em: 18 ago. de 2020.

Taxa de homicídios: Veja número de assassinatos por cidade do Brasil – TABATINGA/AM. *Deepask*, 2020. Disponível em: <deepask.com/goes?page=tabatinga/AM>. Acesso em: 18 ago. 2020.

UNODOC. *Relatório Mundial sobre Drogas 2019*. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2019_-35-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-por-uso-de-drogas--enquanto-apenas-1-em-cada-7-pessoas-recebe-tratamento.html> Acesso em: 14 ago. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

ZACCONE, Orlando D’Elia Filho. *Acionistas do nada: quem são os verdadeiros traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Análise teórico-empírica da prisão cautelar para garantia da ordem pública

Theoretical-empirical analysis of precautionary prison to guarantee the public order

Airto Chaves Junior*

Luciana Bittencourt Gomes Silva**

Resumo: O artigo compreende um estudo teórico-empírico da prisão preventiva, realizado por meio da pesquisa de 605 acórdãos lavrados pelas Câmaras Criminais do TJSC no período de 01/07/2019 a 01/07/2020, que examinaram a necessidade da manutenção ou decretação de prisões preventivas em processos relativos ao tráfico de drogas. Os votos foram analisados com o objetivo de aferir os motivos pelos quais se prende preventivamente e verificar se os fundamentos utilizados alinham-se ao embasamento teórico e legislativo que regula a matéria. Do exame, concluiu-se que, em expressiva proporção, as prisões foram motivadas por justificativas não cautelares, decorrentes de uma abrangente interpretação dada ao conceito de garantia da ordem pública, possibilitando que os limites da lei e seus requisitos teóricos fossem ultrapassados. Quanto à metodologia, na fase de investigação, denota-se a utilização dos métodos indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica, e empírico, tendo em vista a análise crítica dos precedentes jurisprudenciais.

Palavras-chave: Prisão Preventiva, Garantia da Ordem Pública, Processo Penal, Câmaras Criminais do TJSC, Análise teórico-empírica.

Abstract: The article comprises a theoretical-empirical study of precautionary detention through research of 605 court decisions issued by the TJSC Criminal Chambers between 07/01/2019 to 07/01/2020, that have been analysed the requirement of keeping or decreeing provisional prisons related the narcotic traffic criminal processes. The verdicts where been analyzed to find out the reasons of prisons and if the subject-matter is in accordance with the law. The result concluded that most prisons were been justified by non-precautionary fundamentals, caused by interpretation of the public order exceeding the law and theoretical requirements. Regarding the adopted methodology, it was pointed out that the option was based on the inductive method and the techniques of the referent, the category, the operational concepts, the bibliographic research, and the empirical, due to the analysis of verdicts.

Keywords: Precautionary Detention, Public Order, Criminal Process, TJSC Criminal Chambers, Theoretical-empirical analysis.

Recebido em: 02/11/2020

Aprovado em: 16/11/2020

Como citar este artigo:
CHAVES JUNIOR, Airto;
SILVA, Luciana Bittencourt
Gomes. Análise teórico-
empírica da prisão cautelar
para garantia da ordem
pública. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 2, n. 3, 2020, p. 53-77.

*Mestre e Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Advogado criminalista.

**Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Pós-Graduada pela Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Técnica Judiciária Auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Introdução

A prisão cautelar, antes do trânsito em julgado da sentença, é uma realidade no Brasil e no mundo. Fala-se em abuso na utilização da prisão preventiva: prende-se cautelarmente de forma demasiada. Mas, quanto e por quais motivos?

No cenário brasileiro, das 880.199 pessoas atualmente presas, 586.699 (66,65%) aguardam um julgamento definitivo, número composto por 394.009 prisões provisórias e 192.690 em execução provisória da pena (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Os motivos são os mais diversos, mas em sua grande maioria, manifestamente afastados das funções cautelares do processo penal.

A função da prisão cautelar, no entanto, é processual, não material. Ou seja, não implica em juízo de probabilidade de responsabilidade penal. Por isso, é de cunho excepcional, provisório e proporcional (CPP, art. 282), e desde que necessária ao Processo Penal (CPP, art. 312).

O presente estudo tem por objetivo verificar, no campo empírico, se as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decretam/mantêm prisões preventivas a partir de fundamentos legais e para fins processuais e, a partir disso, quais são esses fundamentos.

Para tanto, apresentar-se-á pesquisa realizada nos 605 (seiscentos e cinco) acórdãos lavrados pelas 5 Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça Catarinense no período de 01/07/2019 a 01/07/2020, que analisaram a necessidade da manutenção/decretação das prisões preventivas dos investigados/acusados, levados a exame no segundo grau de jurisdição e que cuidam de processos relacionados ao crime de tráfico de drogas. Dos precedentes, 99,53% dos acórdãos em que a prisão foi decretada com fundamento no art. 312 do CPP, foi feita referência à garantia da ordem pública, ou seja, em quase todos eles.

Porém, como a “garantia da ordem pública” é cláusula legal demasiadamente aberta e sem referencial semântico adequado, cumpre investigar as justificativas não cautelares que mais transitaram nos votos dos acórdãos consultados.

Ao final, procurar-se-á responder a seis questões:

a) Qual o percentual de prisões preventivas é fundado, isoladamente, na “conveniência da instrução criminal”?

b) Qual o percentual de prisões preventivas é fundado, isoladamente, na “garantia da aplicação da lei penal”?

c) Qual o percentual de prisões preventivas é fundado, isoladamente, na “garantia da ordem pública”?

d) Há fundamentos extralegais (apócrifos) utilizados nos acórdãos para se decretar/manter a prisão preventiva?

e) Quais são os fundamentos que dão sustentação aos acórdãos que decretam/mantém a prisão para garantia da ordem pública?

f) Em que percentuais esses fundamentos apócrifos figuram nos acórdãos?

Para compreender a dimensão jurídica do fenômeno da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, bem como as justificativas a ela alinhadas, o método de pesquisa conjuga análise bibliográfica teórica e verificação de dados oficiais coletados dos precedentes do TJSC.

1. A liberdade e suas restrições no âmbito constitucional

A liberdade de locomoção, também chamada de liberdade de ir e vir (e ficar), sempre foi uma figura central para o sistema das liberdades fundamentais, de tal sorte que se constitui em presença constante desde a fase inaugural do constitucionalismo (SARLET, 2017, p. 564). Tanto que José Afonso da Silva (2014, p. 363) fala de uma “regra constitucional ôntica¹ da liberdade”, a qual figura a estrutura de um ser constitucional.

Ao tratar dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli (2002, p. 40) anota que o direito de liberdade integra a classe dos Direitos Humanos compreendidos como os direitos primários de todo ser humano. Trata-se de direito primário da pessoa humana, dentre os quais também se encontram o direito à vida e às liberdades fundamentais, atribuídos pelas normas internacionais a todas as pessoas, independentemente de distinção de *status* (FERRAJOLI, 2007, p. 623).

No sistema jurídico brasileiro, a partir da leitura do art. 5º, *caput*, da CRFB/88, pode-se verificar que o direito à liberdade assume papel de extrema relevância no rol dos direitos

¹ Observa o autor que “ôntico é adjetivo de origem grega que se refere à estrutura do ser; convenção ôntica é aquela que dá origem a um ser. Então, as regras que oferecem a organização do jogo, que dão estrutura à convenção para que o jogo exista, são regras ônticas, pois definem a própria existência do ser, como as que definem a estrutura, a forma do tabuleiro do jogo de xadrez ou a estrutura, a forma do campo de futebol. Essas regras que exprimem uma necessidade, no sentido de que são necessárias para que o jogo exista, porque criam o espaço em que o jogo deve realizar-se; por isso, como foi dito, são regras ônticas, regras que se expressam mediante o verbo ser”. Ver: (SILVA, 2014, p. 363).

fundamentais, principalmente porque se outorga à liberdade e aos demais direitos ali consignados a garantia de sua inviolabilidade. No bojo da Constituição Federal estão expressamente previstos, dentre outros, os seguintes direitos de liberdade: a) liberdade de locomoção (art. 5º, XV); b) liberdade de pensamento (art. 5º, IV); c) liberdade de consciência, crença e culto (art. 5º, VI); d) liberdade de imprensa (art. 5º, IX); e) liberdade de associação (art. 5º, XVII).

O dispositivo referente ao Direito de Locomoção tem no inciso XV do art. 5º da CRFB/88 a seguinte redação: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988). Nesse contexto, a liberdade de locomoção se verifica como figura central para o sistema das liberdades fundamentais (SARLET, 2012, p. 470), inclusive, assegurando-se a utilização do remédio constitucional do *habeas corpus* em caso de sua violação, conforme art. 5º, LXVIII da CRFB/88².

É claro que a liberdade é um direito que não se revela ilimitado ou imune a intervenções restritivas. Porém, ainda que cientes de que a liberdade não é, em princípio, absoluta, mas sim, juridicamente conformada e limitada, não se pode recair no extremo oposto, qual seja, a de entendê-la como uma entidade criada pelo aparelho regulamentador estatal. Na verdade, como Direito Inato que é a liberdade, já que o ser humano, por força de sua própria natureza e dignidade, é livre³, deve-se resistir à tese apresentada por Jürgen Schwabe⁴, no sentido de que toda e qualquer atuação dos particulares, em última análise, decorra da autorização ou não-proibição do Estado (SARLET, 2000, p. 136). Desse modo, permissões nada mais são do que a ausência de limitações⁵. Mas, sendo a liberdade de locomoção passível de limitações, em que circunstâncias ou condições poderia ela ser restringida?

² “[...] LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

³ Aliás, neste ponto, importa anotar que a redação do art. 5º, XV, da CRFB/88 traz norma de eficácia contida e aplicabilidade imediata por conter a expressão “nos termos da lei”, ou seja, estando ausentes leis ulteriores que regulamentem a questão, sua aplicação será imediata, pois dependem de restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite a sua aplicabilidade (SILVA, 1998, p. 83). No mesmo sentido, o art. 5º, §1º da CRFB/88 prevê que as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata, mas, o referido preceito possui exceções, conforme o exemplo citado. Canotilho, neste ponto, anota que “[...] se esta ideia de aplicabilidade direta significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através de entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade direta das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjetivos, concretos e definitivos” (CANOTILHO, 2003, p. 438). Por fim, vale a assertiva trazida por Robert Alexy (2008, p. 234): “[...] toda ação (fazer ou não-fazer) é permitida, a não ser que seja proibida por meio de uma norma jurídica formal e materialmente compatível com a Constituição”.

⁴ Professor de Direito Público na Universidade de Hamburgo, Alemanha.

⁵ Enunciado encontrado em August Thon a partir de Robert Alexy (2008, p. 231).

Conforme registra Ingo Sarlet (2017, p. 570), essas limitações ao direito de liberdade de locomoção decorrem da necessidade de salvaguardar outros direitos fundamentais ou mesmo bens jurídico-constitucionais. Três são, neste ponto, as possibilidades constitucionalmente previstas: a) flagrante delito; b) ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente⁶; c) vigência de Estado de Sítio.⁷ As duas primeiras hipóteses estão previstas no art. 5º, LXI, da CRFB/88⁸; a terceira encontra previsão do art. 139, inciso I, do texto constitucional⁹.

O presente estudo se ocupa da análise da restrição da liberdade fundada apenas na segunda possibilidade (letra “b”), mais especificamente no âmbito da Prisão Preventiva e dos pressupostos que viabilizam a restrição da liberdade pela via desse instrumento.

2. A prisão Preventiva e sua instrumentalidade qualificada

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar¹⁰ de natureza processual decretada pelo juiz (ou Tribunal), a requerimento do Ministério Público, do querelante¹¹ ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, sempre que estiverem presentes os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores (CPP, artigos 311 e 312), e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, artigo 319 e 320¹²). Claus Roxin (2003, p. 257) define a prisão preventiva como a “privação da liberdade do imputado com o fim de assegurar o processo de conhecimento ou a execução da pena”.

⁶ Pode-se dar na modalidade de prisão preventiva (CPP, artigos 311 a 316), prisão temporária (Lei 9.760/89), prisão domiciliar (CPP, artigos 317 e 318) e, ainda, prisão civil, hoje, somente permitida em razão do descumprimento da obrigação alimentar (Súmula Vinculante nº 25, do STF).

⁷ Há algumas exceções a essas três regras, também previstas no texto constitucional, a exemplo da restrição da liberdade do militar nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (conforme art. 5º, LXI, *parte final*).

⁸ CRFB/88, art. 5º, LXI, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]. (BRASIL, 1988).

⁹ CRFB/88, Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada [...]. (BRASIL, 1988).

¹⁰ Basileu Garcia (1945, p. 7) define a prisão cautelar como um “instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal”.

¹¹ Ao que parece, a requerimento do querelante, só se admite nos casos de ação penal privada subsidiária da pública (CPP, art. 29), tendo em vista que o art. 313, I, do Código de Processo Penal limita essa modalidade de medida cautelar (prisão preventiva) aos crimes em que a pena máxima cominada é superior a quatro anos.

¹² Ao lado da revitalização do instituto da fiança, talvez essa tenha sido a mais importante inovação trazida pela Lei n. 12.403/2011: a previsão de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, colocando à disposição do juiz um leque de possibilidades de instrumentos para cautela do processo penal, diferentes da prisão. Deve-se lembrar que essas medidas diferentes da prisão devem guardar prioridade dentre os instrumentos de cautela, de maneira que a prisão preventiva só deva ser utilizada quando essas medidas diversas se mostrem inadequadas ou insuficientes no caso concreto. Por fim, vale lembrar aquilo que anota Aury Lopes Junior (2016, p. 513) sobre a impossibilidade de

Historicamente, a detenção cautelar do investigado/acusado está estritamente alinhada ao princípio da presunção de inocência de forma que, “na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo” (FERRAJOLI, 2002, p. 443).

Na qualidade de prisão cautelar, deve ela apresentar devido ajuste às suas finalidades, ao seu objeto. É que, assim como nos demais procedimentos cautelares, a finalidade imediata é assegurar a eficácia do procedimento definitivo¹³. A característica básica da prisão preventiva é a “instrumentalidade qualificada”: até o trânsito em julgado, ela só pode ser decretada em razão exclusiva de requisitos vinculados ao processo penal.¹⁴

E isso quer dizer que ela exige fim processual, não material, de cunho excepcional, proporcional e provisório. Não pode ser confundida com qualquer modalidade de “tutela de evidência (instituto previsto no Novo Código de Processo Civil Brasileiro), pois isso é incompatível com o regime de presunção de inocência (ROSA, 2020, p. 449).

Aliás, é neste sentido que a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou orientação de que do disposto no art. 8.2 da Convenção deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que não impedirá o desenrolar eficiente das investigações e que não prejudicará a ação da justiça, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva (STEINER, 2000, p. 120).

Em razão da gravidade das suas consequências, que afeta mais que o mero direito à liberdade de locomoção da pessoa a ela submetida, mas, notadamente, direitos fundamentais relacionados à integridade física, psíquica e a sua honradez, pode-se afirmar que a prisão preventiva é medida que merece observância em grau máximo dos critérios de necessidade e adequação, bem como dos princípios da razoabilidade, legalidade e proporcionalidade.

restrição de direitos (por meio da prisão ou medidas diversas) fora dos limites legais: o juiz ou tribunal está atrelado ao rol de medidas previsto em lei, não podendo “criar” outras além daquelas previstas no ordenamento. Processo Penal é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal.

¹³ Ao tratar da efetividade do processo, Eugênio Pacelli de Oliveira anota que é necessário preservar o adequado funcionamento de um (o processo) e outra (a jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal (OLIVEIRA, 2015, p. 550). É importante, em qualquer dos casos, não confundir os institutos para não subverter as suas finalidades.

¹⁴ E a doutrina parece caminhar neste mesmo sentido. Gustavo Badaró (2015, p. 956), por exemplo, reforça o caráter instrumental da prisão cautelar ao afirmar que ela não se constitui um fim em si mesma, mas, como qualquer outra medida cautelar, é “um instrumento para atingir a finalidade de assegurar a utilidade e eficácia de um futuro provimento principal”; Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 549) registra que “a prisão preventiva revela sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo”.

Para tanto, é imperioso avaliar se a gravidade das consequências geradas pela prisão não supera às dos fins pretendidos, em especial nos casos em que, ao final do processo, seja aplicada uma pena não privativa de liberdade, pois é evidente que “a vantagem produzida pela prisão cautelar não supera as desvantagens advindas da sua utilização no caso de penas concretas não privativas de liberdade” (BADARÓ, 2015, p. 958).

O critério de excepcionalidade decorre da gravidade da medida e, conforme Norberto Avena (2019, p. 910), deve ser observado tanto sob o ângulo geral – decretação somente nos casos em que a lei ampara e observando o princípio da presunção da inocência - evitando-se, assim, a antecipação da pena, como também numa perspectiva de excepcionalidade restrita, que confere seu caráter de supletividade com relação às demais medidas cautelares previstas na lei.

Conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; e, d) para assegurar a aplicação da lei penal. Tem-se, aqui, o chamado *periculum libertatis*. Além disso, a parte final do dispositivo traz outro pressuposto condicionante para a decretação da medida: o *fumus commissi delicti*, que nada mais é do que a prova da existência do crime (materialidade delitiva), indícios suficientes da autoria ou participação e, por fim, perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

No que se refere ao *periculum libertatis*, a aceção dos termos que compõem os fundamentos de “aplicação da lei penal” ou por “conveniência da instrução criminal” até podem expressar algum caráter instrumental e de serventia ao processo penal/investigação criminal, muito embora algumas categorias ali empregadas sejam de uma fluidez que perturbam, a exemplo da palavra “conveniência”¹⁵.

Não se pode afirmar isso, porém, da justificação “para a garantia da ordem pública”, eis que, aqui, tem-se cláusula legal demasiadamente aberta, de conceito vago, impreciso, indeterminado e sem referencial semântico adequado (BADARÓ, 2015, p. 977). E essa indeterminação acaba por pavimentar um caminho para o abuso na utilização da prisão frente à inobservância concreta de suas causas e condições, sobretudo, porque a ordem pública é alheia a fundamentos processuais.

¹⁵ Ora, a prisão de alguém não pode se dar por mera conveniência, mas sim de “indispensabilidade demonstrada para a instrução criminal. Assim, falar em “conveniência” permite o surgimento de interpretações no sentido de que o acusado ou investigado pode ser preso preventivamente se criar “inconveniências” para o “bom andamento do processo”, a exemplo de faltar audiência, residir fora da comarca onde o processo tramita, etc. (FRAGOSO, 2015, p. 330).

3. Ordem Pública¹⁶: da carência de instrumentalidade processual às tentativas de compensação por circunstâncias alheias ao processo penal

A cautelaridade da prisão só guarda sentido se verificado o devido ajuste às exigências de caráter cautelar com os fins estritamente processuais. Do contrário, trata-se de sequestro estatal. Um sequestro que, desde a sua origem, tem-se revelado verdadeira “pena cautelar”¹⁷, em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.

Com o advento dos regimes fascista e nazista na Europa da década de 1930 do século passado, a presunção de inocência entrou em crise, momento em que a prisão preventiva passou a ser utilizada como “medida de segurança processual”, “necessária para a defesa social” e, ainda, indispensável sempre que o delito tivesse desencadeado “grave clamor público” (FERRAJOLI, 2002, p. 444). É neste período em que o nazifascismo busca uma justificativa para se prender indesejáveis sem motivo concreto que a prisão preventiva assume a fisionomia de medida de prevenção.¹⁸ Na época, passa-se a sustentar que “a missão do sistema judicial é contribuir para a preservação e a segurança do povo diante de certos elementos que, como antissociais, lutam para se esquivar de deveres comuns ou que pecam contra esses interesses comuns” (GELLATELY,

¹⁶ Entender o que é “ordem” é tarefa bastante complexa. Isso porque a ordem não é de *per si* positiva, assim como o caos não é de *per si* negativo. Há uma mútua dependência entre ambos. Nicola Abbagnano (2007, p. 730-731) faz referência à noção geral de ordem proposta pelo matemático alemão Gottfried Wilhelm Leibniz. Conforme ele, o que passa por extraordinário é extraordinário somente em relação a alguma ordem particular, estabelecida entre sujeitos porque, quanto à ordem universal, tudo é perfeitamente harmônico. Tanto isso é verdade que no mundo não só nada acontece que esteja absolutamente fora de regra, como também não se saberia sequer imaginar algo semelhante. Desse modo, a ordem consiste simplesmente na possibilidade de expressar com uma regra, ou seja, de maneira geral e constante, uma relação qualquer entre dois ou mais objetos quaisquer. A noção de ordem, neste sentido, não se distingue da noção de relação constante. Para a categoria “ordem pública”, talvez a compreensão seja melhor extraída do sociólogo norte-americano Joel Charon (1999, p. 148), o qual trata a categoria “ordem social”, que para ele, “significa que as ações entre os indivíduos são previsíveis, ordenadas, padronizadas, baseadas em regras. Cada ator é, em certa medida, governado pela sociedade. Existindo a ordem, os atores não agem de modo como desejam. A ação é governada por expectativas mútuas e um contrato governa o relacionamento”.

¹⁷ Materialmente, é isso que se tem. A prisão preventiva é pena cautelar porque, por precaução, “o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente esses investigados/acusados a uma medida e revisando-se com grande parcimônia essas condenações, num processo que pode se arrastar anos a fio, com o intuito de verificar se corresponde a uma pena formal”. A revogação da prisão preventiva, no caso, “representa uma absolvição, pois corresponde a quase todos os seus efeitos” (ZAFFARONI, 2019, p. 70).

¹⁸ Antes disso, porém, a expressão “ordem pública” já aparecia no art. 48 da Constituição de Weimar. Giorgio Agamben conta que a história desse dispositivo está tão estreitamente entrelaçada com a história da Alemanha entre as duas guerras que não é possível compreender a ascensão de Hitler ao poder sem uma análise preliminar dos usos e abusos deste artigo nos anos que vão de 1919 a 1933. O texto do art. 48 dizia o seguinte: “Se a segurança e a ordem pública no *Reich* alemão forem seriamente (*erheblich*) perturbadas ou ameaçadas, o presidente do *Reich* pode tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Com este fim pode suspender no todo ou em parte os direitos fundamentais (*Grundrechte*) estabelecidos nos artigos 114.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 124.º e 153.º” (AGAMBEN, 2010, p. 30).

2011, p. 74-75). Aliás, outra íntima semelhança da prisão para garantia da ordem com o regime nazista pode ser verificada no rompimento com o princípio da legalidade. É bastante tranquilo no plano doutrinário (ROSA, 2020, p. 421) que este princípio também se aplica às medidas cautelares no Processo Penal, mormente em tema de prisão preventiva, pois inexistem medidas cautelares atípicas. Por isso, as medidas cautelares processuais penais são somente aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei as autoriza, pois é ela (a lei) o limite (do Poder Punitivo do Estado para com o sujeito) e a garantia (do sujeito para com o Estado). Por isso é que se pode sustentar com razoável segurança que a indeterminação e o consequente casuísmo incorporado na expressão “garantia da ordem pública” se afasta do princípio liberal de “nenhum crime sem lei”, ao passo que suscita uma odiosa aproximação do slogan “nenhum crime sem punição”. Conforme se verifica na história, o Processo Penal, na medida em que regula os embates entre a autoridade pública e o particular em torno do exercício do poder punitivo, é um fértil campo para manifestações autoritárias (FRAGOSO, 2015, 327).

No Brasil, os requisitos previstos em lei figuram num plano meramente retórico. Nos tribunais, a utilização da prisão cautelar para garantir a ordem pública tem sido deliberadamente aplicada às mais diversas situações, deixando nu o autoritarismo intrínseco do sistema. Conforme se mostrará na sequência, pouco importa se há referente processual de risco de fuga do investigado/acusado ou, ainda, interferência na produção de informações ou provas que possam interessar à investigação ou à futura e eventual ação penal, o que confirma aquilo que Zaffaroni (2019, p. 70) vem registrando desde a década passada: “o poder punitivo se opera na América Latina por meio das contenções cautelares”.

De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN¹⁹, referentes ao período de julho a dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), constata-se que 29,75%²⁰ do total de 748.009 pessoas presas, aguardavam julgamento dentro do Sistema Prisional Brasileiro (são investigados ou processados não condenados).

E esse número de prisões cautelares é confirmado pelos índices apresentados pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - CNJ²¹, que, com cifras mais fidedignas à realidade,

¹⁹ Sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, cuja metodologia fora reformulada em 2020, passando a ser apresentado no formato de painéis dinâmicos online que sintetizam os dados sobre os estabelecimentos penais e a população prisional.

²⁰ O que corresponde a 222.558 pessoas presas.

²¹ Banco de dados, integrado nacionalmente e alimentado, de forma dinâmica e em tempo real, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, implantado pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2016 como instrumento de gestão de processos, direcionado aos juízes e ao cidadão, como forma de cumprimento às providências determinadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 e RE 641.320/RS.

informam que das 880.199 pessoas atualmente presas²², 586.699 (66,65%) aguardam um julgamento definitivo, número composto por 394.009 prisões provisórias e 192.690 em execução provisória da pena (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Do ponto de vista formal, isso constitui uma inversão do Sistema Penal. Porém, os estudos no âmbito da criminologia (ZAFFARONI, 2019, p. 7) mostram que isso revela um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medida de contenção provisória* transformada definitivamente na prática. Dito de outro modo: é bastante evidente que o poder punitivo brasileiro atua sob a forma das restrições da liberdade mediante o instrumento da prisão preventiva.

4. Análise teórico-empírica das diversas interpretações da “garantia da ordem pública” na Jurisprudência Criminal Catarinense

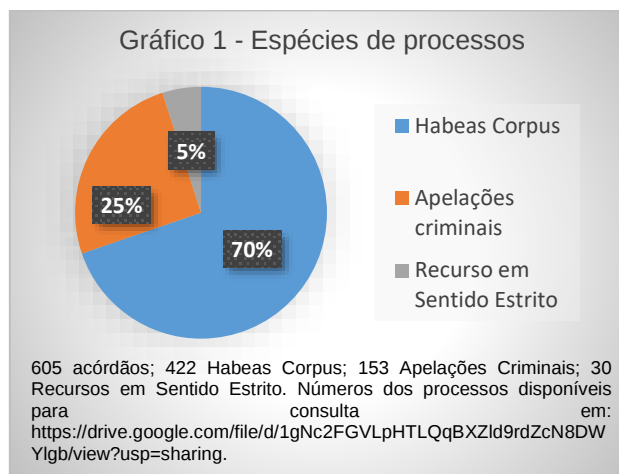
O alto percentual de encarceramento cautelar no Estado de Santa Catarina não destoa dos números gerais do restante do país, correspondendo, até dezembro de 2019, a praticamente um quarto de toda a população carcerária dessa Unidade Federativa (24,23%) (BRASIL, 2019). Contudo, o cerne da problemática não reside apenas nos números daí extraídos, mas na persistência e aparente normalização dessa situação extrema, oportunizada e avalizada, cada vez mais, pelo Poder Judiciário. Dada a fluidez e ausência de densidade normativa do suposto conceito de ordem pública, a categoria é moldada a partir de outros critérios (não previstos em lei), outras interpretações (de mera conveniência). E isso cria um sistema paralelo de encarceramento fundamentado em critérios atípicos, arbitrários e casuísticos.

A presente pesquisa analisou 605 (seiscentos e cinco) acórdãos²³ lavrados pelas 5 Câmaras Criminais do Tribunal Catarinense no período compreendido entre 01/07/2019 e 01/07/2020, que decretaram ou mantiveram as prisões preventivas dos investigados/acusados levados a exame do segundo grau de jurisdição por meio do ajuizamento de Habeas Corpus, interposição de Apelação Criminal e de Recurso em Sentido Estrito²⁴ (Gráfico 1):

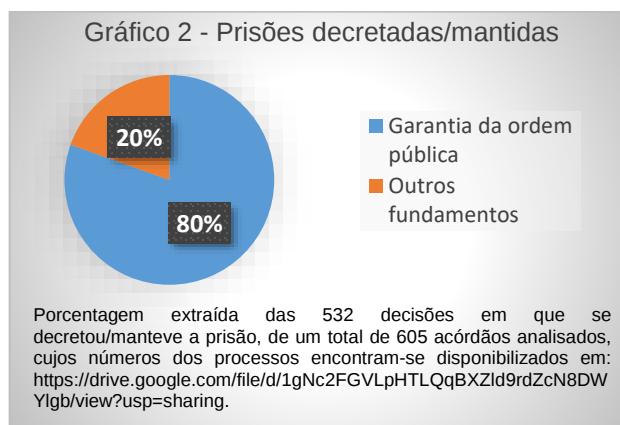
²² Incluídas, nessa contagem, as 1.359 prisões civis.

²³ Relação dos processos consultados disponível para consulta em: <https://drive.google.com/file/d/1gNc2FGVLpHTLQqBXZld9rdZcN8DWYlgb/view?usp=sharing>.

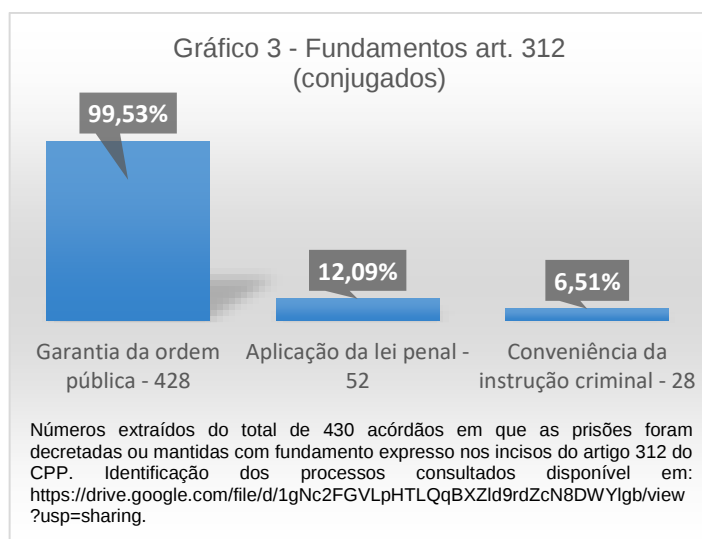
²⁴ Importa afirmar que todos os Acórdãos pesquisados têm como objeto de apuração o crime de tráfico de drogas, sobretudo, em razão da sua alta incidência nos índices totais de encarceramento que, atualmente no Brasil, alcança o número de 200.583 presos por crimes desta natureza, o que constitui o motivo de 27,52% das prisões no Estado de Santa Catarina (BRASIL, 2019).



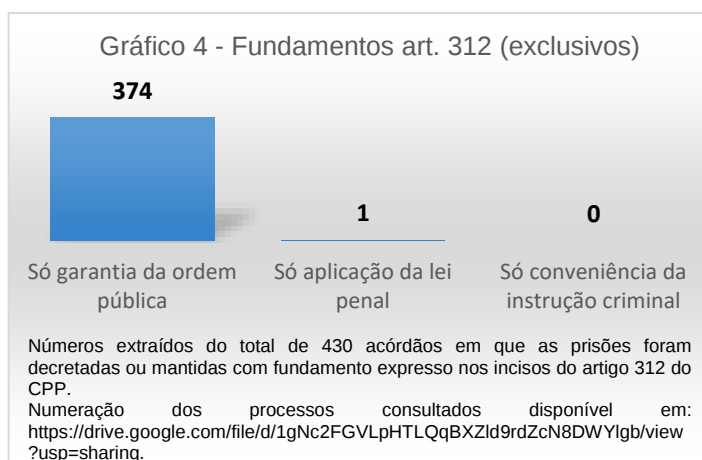
Do exame realizado nesses precedentes, verificou-se que em 80% dos casos (512 casos) em que se decretou ou se manteve a prisão preventiva, um dos fundamentos incorporados à decisão foi o da garantia da ordem pública (Gráfico 2):



Considerando as decisões em que se conjugaram os demais fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, observa-se um expressivo aumento na porcentagem: agora, são 99,53% os acórdãos em que foi feita referência à garantia da ordem pública (Gráfico 3):



Outra constatação extraída dos julgados é que, mesmo quando se conclui que a prisão não é mais necessária nem conveniente para a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, o cárcere cautelar subsiste para a garantia da ordem pública. Nestes casos, a prisão preventiva foi mantida para garantia da ordem pública em 374 dos 430 acórdãos (86,97%), incluindo-se, aqui, situações em que a prisão havia sido decretada originariamente, com base naqueles dois fundamentos (conveniência da instrução criminal e asseguramento da aplicação da lei penal) do art. 312 do Código de Processo Penal (Gráfico 4):



Na sequência, abordar-se-ão as **cinco justificativas** não cautelares que mais transitaram nos votos dos acórdãos dos 605 precedentes consultados e que decretam ou mantêm a prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, quais sejam: a) intranquilidade coletiva no seio da comunidade; b) características ligadas ao sujeito (periculosidade, por exemplo); c) merecimento; d) suposta futura reiteração da conduta delitiva; e, e) assegurar a credibilidade da justiça.

4.1. Prisão como garantia da ordem pública em virtude de suposta intranquilidade coletiva no seio da comunidade

Essa primeira interpretação que se opera à ordem pública é abarcada por parte da doutrina brasileira, a exemplo de Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 559). Conforme o autor, a ordem pública só poderia fundamentar a prisão preventiva na hipótese de se constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade. Guilherme de Souza Nucci também reconhece que a repercussão social gerada pela prática do delito pode fundamentar a prisão

preventiva, mas desde que cumulada com outras duas circunstâncias (também sem relação com o processo): a gravidade do crime e a periculosidade do agente (NUCCI, 2008, p. 547).

Dos acórdãos pesquisados, esse fundamento foi diagnosticado em 114 julgados. Para tanto, o TJSC se utilizou de assertivas como “a liberdade causa temor”, “proteção da coletividade” ou “prisão para acautelar o meio social”, dentre outras de equivalente teor.²⁵

Além disso, a intranquilidade social também respaldou a prisão em 102 casos analisados, nos quais, valendo-se da regra geral de que o delito de tráfico “fomenta a prática de outros crimes”, a prisão foi imposta como medida necessária para afastar o perigo do crime da coletividade.²⁶

Mas, da leitura dos precedentes, as perguntas que surgem são quase automáticas: o que seria “intranquilidade coletiva”? Essa coletividade não poderia ser manipulada pelos meios de mídia ou instruída maliciosamente por (des) informações das redes sociais? O fato é que não se pode ignorar que essa “intranquilidade coletiva”, mencionada nos acórdãos e por parte da doutrina é muito bem manipulada pelos meios de mídia. Há crimes que geram intranquilidade coletiva porque são alvos de cobertura jornalística com intensidade tão parcial e implacável que a liberdade do investigado passa a ser avaliada como sinal de perigo para aquela leitura que se tem de sociedade. Hoje, aquilo que as pessoas conhecem (em sua forma e extensão) é trazido a elas, principalmente, pela mídia e pelas redes sociais, as quais funcionam como verdadeiro instrumento de mediação do conhecimento (CHAVES JUNIOR; OLDONI, 2014, p. 70). Leve-se em conta, ainda, o fenômeno mais recente das *fake news*, que comportam o incomensurável poder de destruir a imagem e reputação de pessoas em poucas horas. Há situações em que, por mais absurda que a

²⁵ Veja-se, a título exemplificativo: “No que atine à imperiosidade da clausura cautelar, as circunstâncias que permeiam a conjuntura sob exame – [...] – denotam que a sua liberdade, neste momento, representa nítido *risco à paz social*, sendo certo que a *proteção da coletividade* e a credibilidade da Justiça são elementos que também devem ser considerados. [...] Frisa-se que a repercussão resultante da narcotraficância, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade, evidencia *concreta ameaça à sociedade*, tendo em vista que sabidamente é precursora de diversos outros injustos, os quais muitas vezes são cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, de forma a tornar imperiosa a conservação da clausura.” (HC 4025971-12.2019.8.24.0000); Outro: “Demais disso, a criminalidade advinda da comercialização e da distribuição de drogas causa efetivo *desassossego social* em prejuízo da ordem pública, já que fomenta a prática de diversos delitos, principalmente os de cunho patrimonial”. (HC 4023384-17.2019.8.24.0000). (Sem grifos no original).

²⁶ “Por fim, consigna-se que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes é crime grave e *fomentador de outros delitos*.” (HC 4019332-75.2019.8.24.0000). “Afora isso, o tráfico ilícito de entorpecentes é delito equiparado a hediondo, que gera relevante *perturbação na sociedade* ao disseminar infelicidade nos lares e *fomentar a prática de outros delitos*, o que caracteriza severo prejuízo à ordem pública.” (HC 4018764-59.2019.8.24.0000); “Ora, é amplamente cediço que a distribuição da droga *instala a infelicidade nos lares e provoca a desgraça de jovens e adultos*, em manifesto *ato contra a sociedade organizada*, além de *fomentar a prática de crimes* outros cuja razão maior é a obtenção de lucros fáceis com a desgraça de muitos, característica especial do delito de tráfico, que traz consequências nefastas àquela, razões pelas quais se faz mister a prisão do paciente.” (HC 4021704-94.2019.8.24.0000); “É cediço que o tráfico de entorpecentes, *fomentador da crescente onda de criminalidade violenta*, é delito de concreta gravidade e possui repercussão social com reflexos negativos perante a sociedade, fatos estes que devem ser sopesados no conceito de garantia da ordem pública.” (RESE 0008552-75.2019.8.24.0023). (Sem grifos no original).

informação (ou opinião divulgada) se mostre, possui enormes chances de ser incorporada como realidade no processo de cognição do ouvinte, leitor ou telespectador. Enfim, prende-se a partir de suspeitas não provadas.

Dito isso, conforme se observa, muito facilmente a “tranquilidade coletiva” pode ser abalada e, muitas das vezes, por fatores alheios à causa. Tem-se, portanto, um “corpo estranho” nos sistemas de pressupostos de decretação da prisão preventiva porque, definitivamente, não se trata de qualquer condição de cautelaridade do Processo Penal.

4.2. Prisão como garantia da ordem pública em razão da suposta periculosidade social do investigado/acusado

A **segunda** justificativa (ainda que simulada no âmbito da fundamentação judicial) é a correlação com critérios ligados à própria prática do delito ou referentes às características do sujeito. Em 99 acórdãos, a prisão preventiva foi decretada ou mantida com fundamento na suposta gravidade da conduta, deduzida a partir de atos relativos à própria execução do delito de tráfico ou às características do sujeito, notadamente à sua periculosidade.²⁷

Em 20% dos casos (106 acórdãos em que a prisão foi mantida ou decretada) constatou-se a referência a expressões relativas à própria adequação típica para fundamentar o *periculum libertatis*, tais como “foram localizados petrechos comumente utilizados na atividade ilícita”, “há notícia de que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, como entregador”, “há fortes indícios de que a droga era destinada à venda”, ou fazendo-se a simples alusão a “indícios de que pratica a narcotraficância”. Isso leva à conclusão de que o fato de realizar os verbos que compõem o tipo objetivo do tipo penal de tráfico de drogas pode automaticamente ensejar a decretação de uma prisão cautelar.²⁸

²⁷ Veja-se, por exemplo: “Isso porque a hipótese de resguardar a ordem pública fundamentou-se na necessidade de se *acautelar o meio social* em razão da *periculosidade do agente*, especialmente em virtude da gravidade concreta do delito perpetrado, o que se verificou a partir das circunstâncias da apreensão do entorpecente – paciente flagrado realizando suposta transação de drogas e que tentou dispensar assim que viu a guarnição da polícia.” (HC 4030131-80.2019.8.24.0000); “Logo, todos os elementos coincidem de modo a evidenciar a *periculosidade do agente* e autorizar a prisão processual, a bem da garantia da ordem pública, desponta a correção da decisão hostilizada.” (HC 4028993-78.2019.8.24.0000). (Sem grifos no original).

²⁸ “No que tange ao *periculum libertatis*, as peculiaridades do flagrante, principalmente a quantidade de tóxico e *petrechos relacionados ao ramo do narcotráfico apreendidos*, aliado ao histórico criminal desabonador do paciente (certidão de p. 25/28), são aspectos suficientes para manter a prisão decretada como garantia da ordem pública e obstar a aplicabilidade de medidas diversas do encarceramento.” (HC 4024892-95.2019.8.24.0000); “No caso concreto, tem-se que foram apontados elementos concretos de denotar a necessidade da segregação cautelar para a garantia da ordem pública. Isso porque a autoridade impetrada fez menção expressa à quantidade de material entorpecente apreendida (cerca de trezentos e setenta e cinco gramas de maconha), além de ressaltar que foram localizados *petrechos*

Com base nessas asserções, é possível verificar a constante confusão entre os requisitos materiais para a configuração do delito e as questões processuais referentes à prisão cautelar e a liberdade. Os mesmos fatos observados para apuração da ocorrência do crime de tráfico são utilizados como pressuposto, como requisito e como fundamento da prisão preventiva, evidenciando que, ao fim do processo, invariavelmente, as mesmas evidências que sustentaram a prisão fundamentarão a provável condenação, misturando-se questões processuais com materiais.

Semelhante inadequação foi verificada quanto à definição da finalidade da prisão e do próprio processo, manifestada em decisões em que se afirmou que “uma das funções do processo é a proteção da sociedade” (ACr. 0001096-45.2018.8.24.0044; ACr. 0001417-05.2017.8.24.0048; ACr. 0003526-92.2015.8.24.0005; ACr. 0007477-53.2019.8.24.0038; 0005317-37.2018.8.24.0023), demonstrando um (des)entendimento de imanência entre institutos materiais e processuais penais.

Essa problemática justificação da prisão, ligada a critérios materiais ou pessoais, acaba por gerar a inoperabilidade da cláusula da imprevisão, a que toda prisão cautelar deve ser submetida, com vistas a sujeitar sua permanência à presença efetiva dos motivos que a ensejaram. Quando a motivação é baseada em fatos ligados à pessoa do acusado (periculosidade, por exemplo) e não à conduta por ele praticada, as chances da prisão se prolongar por todo o processo são exponencialmente aumentadas, sobretudo porque elementos intrínsecos à pessoa do agente o acompanham indefinidamente. Além disso, “periculosidade” é critério para imposição de medida de segurança e, aqui, não há nada que ateste esse “perigo”, tal como se faz com os doentes mentais. A constatação é meramente verificacionista (a partir de um relatório policial de investigação, por exemplo). Não há um laudo pericial atestando essa “periculosidade” por razões físicas/mentais, cuja alteração possa ser aferida por método equivalente, diante do que, essa evidência se transforma em verdade intocável e se perpetua, não cedendo espaço para rediscussão.

A análise da periculosidade do agente, realizada na grande maioria dos julgados consultados nesta pesquisa, permite que se estabeleça um paralelo quanto à seletividade do público-alvo dessas contenções cautelares, que ocorre desde o momento em que se elegem os crimes que oferecem maior perigo para a sociedade, os quais por suas especificidades, facilitam a

comumente utilizados na atividade ilícita (balança de precisão, faca com resquícios da droga em questão e filme de PVC), bem como as notícias de que *o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, como entregador [...]* (HC 4030012-22.2019.8.24.0000); “[...] a hipótese de resguardar a ordem pública fundamentou-se na necessidade de se acautelar o meio social em razão da periculosidade do agente, especialmente em virtude da gravidade concreta do delito perpetrado, o que se verificou a partir das circunstâncias da apreensão do entorpecente – *paciente flagrado realizando suposta transação de drogas* e que tentou dispensar assim que viu a guarnição da polícia.” (HC 4030131-80.2019.8.24.0000). (Sem grifos no original).

fundamentação do encarceramento prévio. Aliás, a partir do momento em que o Brasil, assim como grande parte dos países latino-americanos, aderiu à ideia norte-americana de declarar “guerra às drogas”, os delitos relativos a entorpecentes foram alçados a uma periculosidade generalizada, que, para fins de prisão, pouco diferencia o seu exercício em escalões altos ou baixos, gerando um aumento no encarceramento em níveis absurdos, além de permitir a punição de usuários, sob o pretexto de proteger a saúde pública²⁹. Desse modo, invocar a periculosidade do investigado/acusado como pretexto para se prender preventivamente é sempre um expediente que propicia o autoritarismo, eis que tal invocação é frequentemente fundada em pensamentos estereotipados acerca desse agente (FRAGOSO, 2015, p. 329).

4.3. Prisão como garantia da ordem pública pelo merecimento da “sanção”

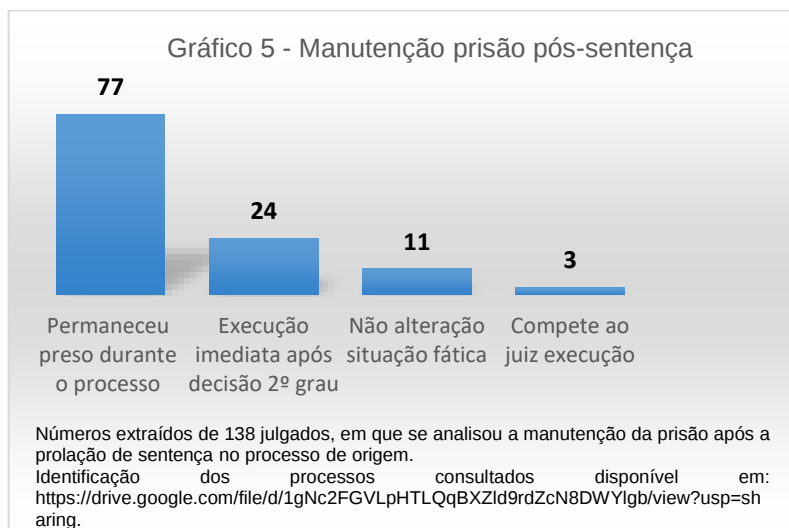
A **terceira** possibilidade de prisão como garantia da ordem pública, bastante exercitada pelo TJSC, mas também enrustida, é a justificativa do merecimento, em que se utiliza a medida cautelar como verdadeira antecipação da pena com base num (pré) juízo de culpabilidade já enraizado na percepção do julgador. E aqui se opera uma fatal confusão entre os fins das medidas cautelares e os fins da pena de prisão, pois se incrementa a indevida importação de todas aquelas finalidades da pena (retribuição, prevenção, etc.) para dentro do processo.³⁰ Aliás, aqui fica evidente que o caráter retributivo da pena, que não é capaz de justificar com suficiência nem mesmo as sanções definitivas, migrou para a prisão preventiva e nela encontrou morada definitiva como um instrumento autoritário de contenção, avalizado pelo Poder Judiciário.³¹

Em processos já sentenciados ou com a instrução concluída, verificou-se uma grande incidência da manutenção da prisão preventiva em razão de o réu ter “permanecido preso durante todo o processo”, argumento que figurou em 55,79% dos acórdãos referentes a processos já sentenciados na origem (Gráfico 5).

²⁹ Para uma crítica da Saúde Pública como objeto de tutela do Estado pela via do Direito Penal, ver: (CHAVES JUNIOR, 2020, p. 60-80).

³⁰ Atualmente, no Brasil, é muito comum se ouvir tão logo se decreta uma prisão preventiva: “até que enfim, ele vai pagar pelo que fez”.

³¹ Conclusão confirmada por Gustavo Badaró (2015, p. 977), que anota que a prisão decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública, em regra, acaba por se caracterizar em uma execução penal antecipada”.



Evidencia-se, assim, a existência de um direito penal de prevenção, que franqueia a manifestação do poder punitivo por meio das contenções cautelares, satisfazendo o efeito simbólico de proteção da sociedade com a neutralização e afastamento de quem não se quer por perto. Nesses casos, incide a justificativa do merecimento de uma sanção que ainda não existe no plano definitivo.³²

Sabe-se, porém, que a prisão preventiva (assim como qualquer outra medida cautelar) não se destina a “fazer justiça” nem tem relação alguma com “merecimento” (pagamento), mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Não tem eficácia material, pelo que, não pode ser empregada como sanção penal, pois é instrumento a serviço do processo.³³ E, embora isso pareça figurar num plano bastante óbvio, é tanto melhor que esteja explicitado no âmbito da norma, o que é feito hoje³⁴, a partir da previsão do art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal, que passou a vedar a prisão preventiva para o fim de antecipação do cumprimento de pena.³⁵

³² “Assim, tendo o apelante *respondido todo o processo segregado*, com posterior condenação, sem nenhuma alteração fática que tenha alterado à gravidade concreto do crime, bem como a garantia da ordem pública, a revogação da prisão preventiva se mostra inapropriada.” (ACr. 0004203-52.2017.8.24.0135); “Réu, ademais, que *permaneceu preso durante toda a instrução*. Constrição preservada.” (ACr. 0004199-35.2018.8.24.0020). (Sem grifos no original).

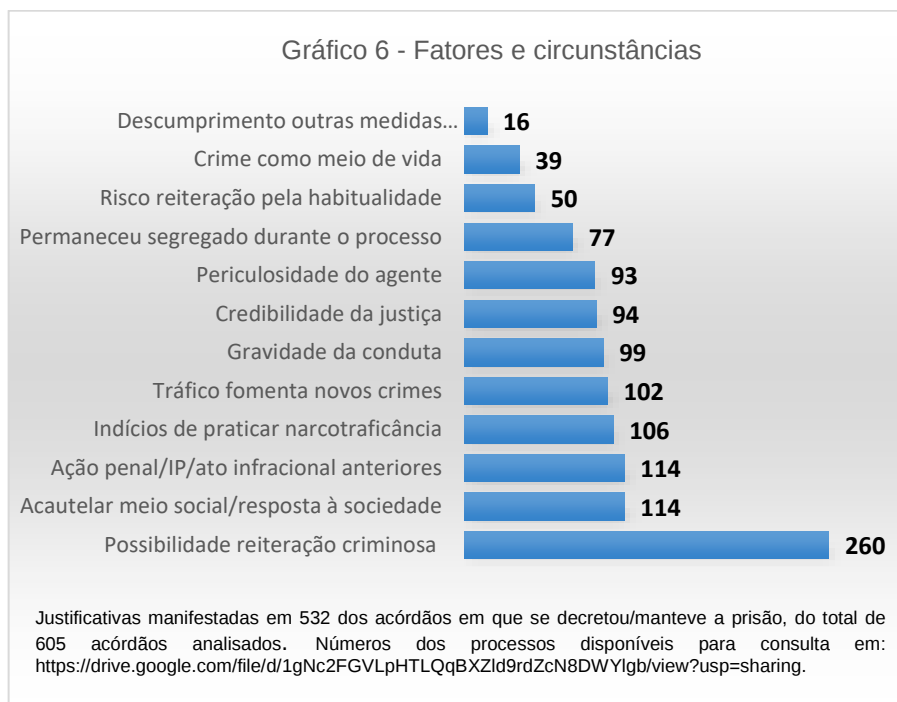
³³ Aqui, Aury Lopes Junior (2016, p. 566-567) anota que a prisão preventiva deixa de ser instrumento cautelar quanto se afasta de seu objeto e de suas finalidades.

³⁴ Diz-se, hoje, porque essa previsão passou a vigorar apenas em janeiro de 2020, com a edição da Lei 13.964/2019.

³⁵ Código de Processo Penal, art. 313, § 2º: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

4.4. Prisão como garantia da ordem pública em razão da suposta futura reiteração da conduta delitiva

Espécie de “prisão de segurança”, a **quarta** justificativa estampada na pesquisa é a de evitar uma provável “reiteração da conduta delitiva”³⁶, mencionada em 260 dos acórdãos (equivalente a 48,87% das decisões que decretaram ou mantiveram a prisão preventiva) (Gráfico 6):



A esse fator, somam-se as alusões, feitas em mais 50 julgados, ao risco da reiteração criminosa pela habitualidade da conduta, em vários dos casos, presumido pelo caráter lucrativo do tráfico.³⁷

Na mesma linha de uso da prisão para barrar atividades criminosas futuras, o uso da expressão “fazer do crime meio de vida” reforçou a fundamentação para a decretação de 39 contenções, evidenciando-se mais uma especificidade do crime de tráfico de drogas que conduz à prisão.³⁸

³⁶ Atualmente, na Alemanha, não se utiliza a expressão “garantia da ordem pública”, mas um conceito mais restrito, porém semelhante: “perigo de repetição” (*Wiederholungsgefahr*). Conforme Claus Roxin (2003, p. 261), isso teve início em 1964, quando a prisão pelo perigo de reiteração delitiva foi introduzida para determinados delitos sexuais que, conforme a experiência prática, muitas das vezes são cometidos como delitos em série.

³⁷ “Situação a indicar *habitualidade e risco concreto de reiteração*. Efetiva necessidade de acautelar o meio social.” (HC 4021959-52.2019.8.24.0000); “Portanto, considerando [...] a natureza do crime em voga (hediondo), que, por si só, culmina em um juízo de *probabilidade de reiteração delitiva* (especialmente *em razão do lucro* gerado pelo narcotráfico), [...] tenho por demonstrado, indene de dúvidas, a imprescindibilidade do resguardo da ordem pública e da aplicação da lei penal por meio da segregação preventiva em segunda instância.” (ACr. 0001096-45.2018.8.24.0044). (Sem grifos no original).

³⁸ “A garantia da ordem pública está respaldada no fato de que, caso posto em liberdade, o paciente colocará em risco a tranquilidade do meio social, uma vez que sobre ele recaem indícios de que se valia da *prática de delitos como um de seus meios de vida* e, caso retorne às ruas, reiterará tais condutas.” (HC 4025231-54.2019.8.24.0000); “Logo, diante

Novamente, não se trata de um caso de asseguramento do processo, mas de uma detenção por segurança imposta por uma suspeita não provada, tanto no que diz respeito ao fato punível cometido quanto ao que ainda se espera que seja cometido” (ROXIN, 2003, p. 261-262). Com esse fundamento, a prisão preventiva assume a fisionomia de atividade tipicamente de polícia (LOPES JUNIOR, 2016, p. 567), utilizada indevidamente como medida de segurança pública e tutela coletiva,³⁹ e é justamente neste cenário que se possibilita o exercício arbitrário das prisões.

4.5. *Prisão como garantia da ordem pública para assegurar a credibilidade da Justiça*

Uma **quinta** possibilidade em que encarcera provisoriamente sob a justificativa de garantir a ordem pública, verificada nos acórdãos pesquisados, cada vez mais utilizada no âmbito do processo é a prisão como meio de “assegurar a credibilidade da justiça”. Conforme anota Aury Lopes Junior (2016, p. 556), a restrição da liberdade do investigado ou acusado, nestes termos, “seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público” servindo, indevidamente “para reafirmar a ‘crença’ no aparelho estatal repressor”.

De acordo com a pesquisa, esse expediente foi utilizado em 94 julgados (Gráfico 6), correspondente a 21,96% dos casos de decretação/manutenção da prisão com base na garantia da ordem pública.⁴⁰ Esse fundamento é rotineiramente invocado para se prender alguém em casos de repercussão midiática. No entanto, além de ser um argumento apócrifo, não confere credibilidade à Justiça; pelo contrário, promove o autoritarismo para se fazer crer que a Justiça é alcançada por meio do cárcere.

de tais argumentos – [...] – não há falar em inexistência de risco concreto à ordem pública, porquanto evidenciada a *habitualidade da conduta*, fazendo, em tese, *do comércio odioso seu modo de vida*, considerando que não trabalha. É sabido que não trabalhar não é razão para qualquer modalidade de cerceamento da liberdade. Entretanto, sem atividade lícita e operando com narcóticos, resta claro que haverá *reiteração delituosa* e demonstra a periculosidade do agente.” (HC 4030191-53.2019.8.24.0000). (Sem grifos no original).

³⁹ Acerca da evolução italiana a respeito do tema, ver: FERRAJOLI (2002, p. 444-445).

⁴⁰ “No que atine à imperiosidade da clausura cautelar, as circunstâncias que permeiam a conjuntura em apreço – realização do comércio espúrio em região conhecida por tal prática – denotam que a sua liberdade representa nítido risco à paz social, sendo certo que a proteção da coletividade e a *credibilidade da Justiça* também devem ser consideradas.” (RESE 0006625-74.2019.8.24.0023); “Desse modo, considerando que a prisão preventiva, *in casu*, possui o condão de preservar a ordem social e de garantir a ordem pública, assim como a *credibilidade da Justiça*, bem como evitar a reiteração criminosa, ficam plenamente preenchidas as exigências legais da referida medida, evidenciando-se sua necessidade.” (HC 4025084-28.2019.8.24.0000); “Assim, entende-se que as circunstâncias do caso concreto são suficientes à demonstração da necessidade de manutenção da segregação cautelar, que visa também acautelar o meio social e a própria *credibilidade da Justiça*.” (HC 4025513-92.2019.8.24.0000). (Sem grifos no original).

5. Um adendo, (a)final

A partir do emprego maciço dessas cinco justificativas flagrantemente dissociadas das finalidades da medida cautelar, revela-se que a grande maioria das prisões preventivas decretadas ou mantidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina escapam a evidência concreta da ocorrência dos dois pressupostos efetivamente cautelares do *periculum libertatis*: conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.⁴¹

E diante da inexistência de fatos concretos que levem a concluir que o acusado efetivamente irá prejudicar a investigação ou a instrução do processo, ou diante da ausência de indicativos seguros de uma real tentativa de fuga, que o levaria a se eximir de cumprir uma pena aplicada em suposta futura sentença condenatória, a fundamentação da prisão para garantia da ordem pública se apresenta como um método eficaz para manter o acusado preso durante todo o processo, conforme se verifica nas decisões em que, afastados os demais fundamentos, a garantia da ordem pública permanece a sustentar a prisão (ver, a título aproximativo, o Gráfico 4).

Lembram Claus Roxin e Bernd Schünemann que “o processo penal é o sismógrafo da Constituição”. No plano dos Direitos Fundamentais, fala-se numa “regra constitucional ôntica da liberdade”. Desse modo, a possibilidade de o Estado privar alguém do exercício desse direito deve guardar absoluto respeito às cláusulas constitucionais e legais de restrição. A liberdade é um direito inato do ser humano e, por isso, regra. De outra parte, a prisão cautelar é entidade criada pelo aparelho regulamentador estatal para fins específicos e, nesta perspectiva, exceção.

Neste campo de exercício de direitos e possibilidades de limitações a esses direitos, regulam-se complexos embates entre a autoridade pública que exerce o poder de encarcerar e o particular que tem suportado essas manifestações do exercício do poder punitivo. Por isso, para fazer valer o direito à liberdade, não se pode abandonar a acepção sustentada por Luigi Ferrajoli (2008, p. 36) de que a lei deve se afirmar como protetora do mais fraco em situação de contraposição ao mais forte; de que o Processo Penal é instrumento de garantia para o acusado, instrumento de proteção de excessos e abusos do Estado.

Porém, conforme se verifica dos números trazidos na pesquisa, a função da prisão preventiva é deslocada de sua previsão inicial (tutela do processo) para se transformar em

⁴¹ A prisão preventiva decretada sob um desses dois pressupostos fáticos deve trazer, em seu fundamento, o fato claro e determinado a partir do qual se pode concluir que se busca acautelar o processo penal com essa prisão. Não se admite, pois, “ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos)” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 558).

aparência de segurança pública, sempre com o proveito da anemia semântica da expressão “ordem pública”. De acordo com os dados registrados, fica mais fácil compreender o que se esconde entre os fundamentos legais e a disposição dos agentes que atuam no processo, quase que sempre a partir de argumentos retóricos banhados de frases feitas do tipo “segurança coletiva”, “escalada da criminalidade” (ROSA, 2020, p. 460), dentre outras situações criadas *a la carte*.

Desse modo, por meio da aplicação da lei se permite a violação velada dos limites necessários à própria existência do Estado e à manutenção da Democracia, tudo a partir da operacionalidade de um sistema normativo paralelo ou, de outro modo, na configuração daquilo que Giorgio Agamben (2010, p. 13) denomina de estado de exceção. O discurso de que há um estado permanente de medo e de criminalidade “além dos limites aceitáveis” incrementa, voluntariamente, um estado de emergência permanente (mesmo que isso não seja assim declarado). Opera-se, aqui, um mecanismo de crenças dos agentes processuais que se convencem que quaisquer dessas cinco “razões” estampadas na pesquisa justificariam a prisão, pelo que, seria um alvo a se buscar. Dito de outro modo, os motivos são tão fluidos que é possível, a partir deles, invocar-se qualquer argumento para se prender alguém.

Não se pode deixar escapar, por fim, o efeito mediato dessa operacionalidade marginal à lei: os casos de investigados/acusados presos preventivamente revelam uma resistência flagrante em se absolver, de modo que só se decide favoravelmente ao preso quando o julgador não encontra nenhuma possibilidade de condenação (ZAFFARONI, 2019, p. 71), numa evidente inversão de sinais e violação à presunção de inocência.⁴²

6. Considerações finais

Os índices divulgados no banco de dados INFOPEN e no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões apontam para a ocorrência de um número excessivo de prisões provisórias no Brasil. No entanto, essas estatísticas não abordam as razões pelas quais tantas prisões se concretizam, o que motivou o desenvolvimento da presente pesquisa.

Na coleta de dados, foram pesquisados 605 (seiscentos e cinco) acórdãos lavrados pelas 5 Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça Catarinense no período de 01/07/2019 a 01/07/2020,

⁴² Esse fenômeno talvez possa ser explicado pela Teoria da Dissonância Cognitiva. Sobre o tema, ver: SCHÜNEMANN (2012).

que analisaram a necessidade da manutenção/decretação das prisões preventivas dos investigados/acusados em processos relacionados ao crime de tráfico de drogas, levados a exame no segundo grau de jurisdição.

Após minuciosa análise, as respostas aos problemas inicialmente propostos foram assim deduzidas:

a) Qual o percentual de prisões preventivas é fundado, isoladamente, na “conveniência da instrução criminal”? Essa fundamentação exclusiva figurou em apenas 1 (um) julgado, representando 0,23% dos casos em que se decretou a prisão com fundamento no art. 312 do CPP.

b) Qual o percentual de prisões preventivas é fundado, isoladamente, na “garantia da aplicação da lei penal”? A resposta a esse questionamento restou prejudicada, em razão de o fundamento não ter sido verificado isoladamente, em nenhum dos votos lavrados.

c) Qual o percentual de prisões preventivas é fundado, isoladamente, na “garantia da ordem pública”? Constatou-se a incidência desse fundamento exclusivo em 86,79% dos votos⁴³.

d) Há fundamentos extralegais (apócrifos) utilizados nos acórdãos para se decretar/manter a prisão preventiva? Sim, foi constatada a menção a vários fundamentos apócrifos nos votos analisados.

e) Quais são os fundamentos que dão sustentação aos acórdãos que decretam/mantém a prisão para garantia da ordem pública? Foram identificados cinco fundamentos que figuraram com maior frequência nos acórdãos que decretaram/mantiveram a prisão para garantia da ordem pública, quais sejam: a intranquilidade coletiva no seio da comunidade; características ligadas ao sujeito (periculosidade, por exemplo); merecimento; suposta futura reiteração da conduta delitiva e para assegurar a credibilidade da justiça.

f) Em que percentuais esses fundamentos apócrifos figuram nos acórdãos? Esses fundamentos figuraram, muitas vezes cumulados e não excludentes, nos seguintes percentuais⁴⁴:

f.1) a intranquilidade coletiva no seio da comunidade foi constatada em 40,60% dos julgados⁴⁵;

⁴³ Percentual referente ao total de 430 acórdãos em que as prisões foram decretadas ou mantidas com fundamento expresso nos incisos do artigo 312 do CPP, sob a análise de fundamentação exclusiva para cada inciso.

⁴⁴ Porcentagem extraída do total de 532 acórdãos que decretaram/mantiveram a prisão preventiva.

⁴⁵ Número total de 216 acórdãos, considerando a soma dos 114 em que foram utilizados termos como “a liberdade causa temor”, “proteção da coletividade” ou “prisão para acautelar o meio social”, e equivalentes, aos 102, em que por meio da regra de que o tráfico “fomenta a prática de outros crimes”, admitiu-se a prisão para afastar o perigo do crime da coletividade.

f.2) as características ligadas ao sujeito ou à execução do delito viram-se mencionadas em 38,53% dos acórdãos⁴⁶;

f.3) o fator do merecimento foi verificado em 55,79%⁴⁷ dos votos lavrados em processos já sentenciados na origem ou com instrução já concluída;

f.4) a suposta reiteração da conduta delitiva constou em 48,87% das decisões que decretaram ou mantiveram a prisão preventiva⁴⁸;

f.5) a credibilidade da justiça respaldou a prisão em 17,66% dos julgados⁴⁹.

Diante disso, considerando que as prisões preventivas foram mantidas ou decretadas, em uma alta proporção, sob a justificativa de se garantir a ordem pública, e que em várias oportunidades, essa justificativa substituiu os demais fundamentos, quando não mais subsistiam no caso sob apreciação, permite-se afirmar que a garantia da ordem pública constitui, atualmente, a fundamentação-padrão das prisões preventivas nas Câmaras Criminais do TJSC.

Da investigação sobre os fatores que possibilitaram o uso dessa motivação em larga escala, inferiu-se que sua alta incidência decorre de uma interpretação inadequada do embasamento legal e conceitual das prisões preventivas, sobretudo em decorrência da indeterminação e vagueza do termo “garantia da ordem pública” que possibilitam que, sob o argumento de seu resguardo, sejam sustentadas prisões preventivas sem o amparo legal, alheias à situação de cautelaridade processual, em plena dissonância com o aporte legislativo e teórico que orienta o tema.

Referências das fontes citadas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bossi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa/Porto: Edições 70. São Paulo: Boitempo, 2010.

⁴⁶ Refere-se a 205 acórdãos, consistente na soma de 99 que mencionam a suposta gravidade da conduta, ligada à periculosidade social do agente, aos 106 que fazem referência a expressões relativas à própria adequação típica, como “foram localizados petrechos comumente utilizados na atividade ilícita”, “há notícia de que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, como entregador”, “há fortes indícios de que a droga era destinada à venda”, ou a simples alusão a “indícios de que pratica a narcotraficância”.

⁴⁷ Constatado em 77 dos 138 acórdãos proferidos em processos já sentenciados/instruídos.

⁴⁸ 260 acórdãos em que se menciona esse fator.

⁴⁹ Verificado em 94 acórdãos.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2019*. INFOPEN. Brasília, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmMmMzYtODAzMC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHARON, Joel. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, 1999.

CHAVES JUNIOR, Airto. Proteção penal da saúde pública no Brasil: duas críticas. *Anais do I Encontro Virtual do CONPEDI*. Direito Penal, Processo Penal e Constituição II. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. *Para que(m) serve o Direito Penal?* Uma análise criminológica dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões*. BNMP. Brasília, 2020. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 27 jul. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madri: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2007.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GELLATELY, Robert. *Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista*. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (Versão digital).

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução de Gabriela Córdoda y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO Daniel (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017 (versão digital).

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 11, set./dez. 2012. Disponível em: http://revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140. Acesso em: 10 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

STEINER, Sílvia. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Jurisprudência catarinense*. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 10 jul. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

A perseguição do rap pelas agências estatais de controle social

Persecution of rap music by state social control agencies

Andressa Loli Bazo*

Renata Silva Souza**

Resumo: O presente artigo tem por finalidade compreender como a seletividade do sistema de justiça criminal atua no controle das composições do gênero musical rap. Para isso, opera-se com a Criminologia Crítica, para a qual a criminalidade é distribuída desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. Após considerar a construção do rap nos Estados Unidos, dos anos 70 até os anos 90, bem como o seu desenvolvimento no Brasil entre os anos 80 até 2000, identifica-se que aos rappers é atribuído o status de delinquente em função dos componentes de classe social e de etnia que os caracterizam, o que provoca a perseguição dos atores que compõe e interpretam este gênero musical por parte das agências estatais de controle.

Palavras-chave: Cultura, Repressão, Criminologia Crítica, Criminalização secundária.

Abstract: This article intends to understand how the selectivity of the criminal justice system acts towards controlling the compositions of the rap musical genre. In order to achieve this, the present work was based upon Critical Criminology, in which crime is unevenly distributed according to the hierarchy of interests fixed in the socioeconomic system and according to social inequality between individuals. After considering the birth of rap music in the United States, from the 70s to the 90s, as well as its development in Brazil between the 80s and 2000s, it was identified that rappers were given the status of delinquent due to the social class and ethnicity components that characterize them. Consequently, these were the main actors that were persecuted by the state control agencies.

Keywords: Culture, Repression, Critical Criminology, Secondary criminalization.

Recebido em: 14/11/2020

Aprovado em: 16/11/2020

Como citar este artigo:

BAZO, Andressa Loli;
SOUZA, Renata Silva. A
perseguição do rap pelas
agências estatais de
controle social Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 2, n. 3, 2020, p. 79-101.

*Doutoranda em Criminologia
pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Mestra pela mesma
instituição (2017), com
pesquisa financiada pela
Fundação de Amparo à
Pesquisa do Estado de São
Paulo. Professora de Direito
Penal e Criminologia da
Graduação em Direito e do
curso de Pós-Graduação
Lato Sensu em Direito e
Processo Penal da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie, campus
Campinas.

** Bacharel em Direito pela
Universidade Presbiteriana
Mackenzie (2020).

Introdução

Nos Estados Unidos, em 1989, autoridades policiais tentaram impedir o grupo de rap N.W.A. de cantar a música *Fuck Tha Police* em seus shows, com a justificativa de que encorajava a violência e o desrespeito aos policiais (LAURENCE, 2015). No Brasil, em 1994, após o grupo de rap Racionais MC's cantar a música *Homem na Estrada*, que conta a história de um homem morto pela polícia na calada da noite, seus integrantes foram detidos e acusados de incitação ao crime por policiais militares que faziam o policiamento do show (SANTOS, 2002, p. 101).

O rap é um gênero musical que, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, em um primeiro momento estabeleceu-se em locais em situação de marginalização, representando o lazer dos pobres e dos negros. Alguns rappers, também, passaram a utilizar a música para denunciar o racismo, o abuso de poder de polícia, dentre outros problemas vivenciados por eles. Dessa maneira, o rap passou a ser objeto de perseguição operado pelos sistemas de justiça criminal dos dois países.

Nesse contexto, o presente artigo procura compreender essa atuação das agências de controle estatais segundo a perspectiva da Criminologia Crítica. Assim, opera-se com a teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização (BARATTA, 2011, p. 197) na análise da criminalização do rap.

O artigo estrutura-se da seguinte forma: primeiro, apresenta-se o contexto de formação da cultura hip hop e do gênero musical rap para, depois, apontar alguns casos em que rappers foram perseguidos por agências oficiais de controle e analisá-los sob a ótica da Criminologia Crítica.

1. A cultura hip hop e o gênero musical rap

O hip hop – termo que faz referência a uma forma de dançar que consiste em saltar (hop) e movimentar os quadris (hip) – é uma cultura que engloba quatro elementos: DJ (um disc jockey ou disco-jóquei é quem seleciona os discos a serem tocados e determina a sua ordem de passagem); MC (master of ceremony ou mestre de cerimônias, é aquele que rima enquanto a música é tocada, podendo ser chamado, também, de rapper); breakdance (estilo de dança de passos quebrados e robóticos); e grafitti (pinturas feitas, na maioria das vezes com tinta spray, sobre as mais variadas

superfícies)¹. O rap, por sua vez, é um gênero musical que se insere no contexto da cultura hip hop. Isso ocorre, pois o rap, que significa rhythm and poetry (ritmo e poesia), é formado pela junção das figuras do DJ e do MC (SALLES, 2007, p. 29).

No começo dos anos 70, em Nova York, o distrito de Bronx era símbolo de decadência urbana, tendo em vista sua situação de pobreza (HU, 2013). Havia pouca oferta de espaços de esporte, lazer e cultura, o que contribuía para que os jovens do bairro, predominantemente negros, ficassem expostos à violência urbana e às guerras entre gangues (TEPERMAN, 2015, p. 17). Diante da frequente ocorrência de incêndios criminosos, a frase “the Bronx is burning” (o Bronx está queimando) era utilizada para se referir ao local (HU, 2013).

Em 11 de agosto de 1973, o DJ Kool Herc organizou a primeira festa de hip hop, a qual foi realizada na Avenida Sedgwick, 1520, no Bronx (ALLAH, 2018). Enquanto ele tocava as músicas, Coke La Rock animava as pessoas utilizando um microfone, fazendo pequenas rimas e mencionando o nome de seus amigos; com isso, surgiam dois elementos do hip hop: o DJ e o MC. Herc continuou a realizar essas festas, que representavam uma alternativa de lazer para os moradores da região, aumentando cada vez mais o número de pessoas que as frequentavam (HIP-HOP EVOLUTION, 2016).

É importante dizer que, em que pese a festa de Kool Herc, realizada em 11 de agosto de 1973, ser considerada a primeira festa de hip hop, o termo hip hop e a unificação de seus elementos como cultura só vieram a ser estabelecidos posteriormente. Além disso, foi depois do DJ e do MC que foram surgindo os dançarinos de break, também conhecidos como breakers ou b-boys, e os grafiteiros.

¹ Com relação à definição dos elementos do hip hop, para preservar o lugar de fala dos indivíduos inseridos nestes elementos, serão feitas as observações a seguir. De acordo com Wellington Rodrigues (DJ Mouse), DJ há 19 anos, de uma maneira bem sucinta, o DJ é responsável por reproduzir músicas já existentes. Ele é o comandante dos discos, de forma que mistura as músicas (mixagem) e faz a passagem de uma música para a outra. Segundo Rodrigues, deve-se lembrar, também, da importância do DJ como pesquisador musical, para apresentar músicas novas ao seu público. Para Guilherme Miranda, conhecido por seu nome artístico MRND, amante do hip hop desde criança, mas que se inseriu diretamente na cultura em 2017, quando começou a compor e produzir músicas de rap, o MC é um porta voz da sua realidade e da realidade dos que estão ao seu redor. É aquele que incorpora em suas rimas aquilo que vive. Dessivaldo Luiz, apelidado de Cruel, começou a dançar break em 1984, com 14 anos. Para ele, o breakdance é uma dança mímica e robótica criada pelos jovens da periferia, que dançavam nas festas que ocorriam no Bronx. Ele conta que os jovens costumavam dançar o break quando os DJs tocavam as partes das músicas em que só havia o instrumental (breakbeat). De acordo com ele, na década de 80, essa dança virou uma febre e expandiu-se para o mundo inteiro. No Brasil isso não foi diferente, e, mesmo sem a influência da internet, os brasileiros tinham contato com o break por filmes e clipes musicais. A dança chegou ao Brasil, mas foi somente um pouco depois que os jovens descobriram o seu nome: breakdance (hoje também denominada de dança de rua ou dança urbana). Rafael Ferreira (PRIMO1), grafiteiro há 14 anos, acredita que o grafitti é uma forma de mostrar e registrar a sua própria arte. Para ele, também, o grafitti é um estilo de vida, juntamente com todos os outros elementos do hip hop.

Uma das pessoas que frequentavam as festas de Herc era Afrika Bambaataa, e, em um período em que as gangues de rua dominavam o Bronx, ele era membro de uma delas – os Black Spades. Observando a crescente violência no bairro, Bambaataa constatou que esse cenário precisava ser modificado. Dessa forma, reuniu membros de diferentes gangues na tentativa de pregar a paz, a união, o amor e a diversão através da música, da dança e da arte (HIP-HOP EVOLUTION, 2016). Afrika Bambaataa estabeleceu o termo hip hop (SALLES, 2007, p. 29) e formou a organização comunitária Zulu Nation, que visava a combater a violência por meio dos quatro elementos desta cultura (HIP-HOP EVOLUTION, 2016). Bambaataa defendeu a existência do conhecimento como um quinto elemento do hip hop, reforçando sua ideia de que essa cultura deveria ser um instrumento de transformação (TEPERMAN, 2015, p. 27).

Como já dito, a junção de dois elementos da cultura hip hop, o DJ e o MC, formam o rap. Embora o rap tenha sido, inicialmente, um gênero musical para as pessoas dançarem, um grupo de rap foi de extrema importância – juntamente com os ideais de Afrika Bambaataa sobre o hip hop – para impulsionar os rappers a incorporarem um discurso mais crítico nas letras de suas músicas. Trata-se do grupo Grandmaster Flash & The Furious Five, que, frente às condições precárias de vida no Bronx, fugiu da tendência das letras festivas e lançou a música The Message, em 1982, que relatava os problemas do bairro (HIP-HOP EVOLUTION, 2016). Com o lançamento de The Message, muitas das letras de músicas de rap passaram a conter reflexões críticas e mensagens de preocupação com relação à vida no gueto, funcionando como um discurso biográfico (SANTOS, 2002, p. 71).

Destaca-se outro relevante grupo do Bronx, o Boogie Down Productions (BDP). Após um de seus membros, Scott La Rock, ser morto a tiros, em 1987, quando tentava apartar uma briga, outro membro do grupo, KRS-One, liderou o movimento Stop the Violence em resposta à violência nas comunidades afro-americanas, lançando a música Self Destruction em parceria com outros rappers (HIP-HOP EVOLUTION, 2016). Scotty Morris, empresário de Scott La Rock, afirmou que, em alguns aspectos, o rap e a violência parecem andar de mãos dadas, embora a questão não seja a música em si, mas, sim, o ambiente, já que a violência antecede o hip hop (IVEREM, 1987).

Um grupo que também impulsionou o discurso crítico nas letras das músicas de rap foi o Public Enemy. Em 1989, o grupo lançou a música Fight The Power, que abordava, dentre outros temas, a liberdade de expressão. Na música, os versos que se destacam são: “[...] Elvis was a hero

to most/ But he never meant shit to me [...] / [...] Cause I'm Black and I'm proud”². Por meio destes versos é possível notar que o grupo rejeita as noções da população branca sobre o que é ser um herói, e, para isso, o artista Elvis Presley é citado como exemplo, pois não há identificação entre este artista e os negros (HIP-HOP EVOLUTION, 2016).

Com a possibilidade aberta por The Message, do grupo Grandmaster Flash & The Furious Five, o Public Enemy surgiu como uma das vozes do rap que atacam o racismo, a corrupção da polícia e o legado da escravidão nos Estados Unidos (SANTOS, 2002, p. 73), tornando-se uma referência para uma parte expressiva dos grupos de rap que foram influenciados a ficarem mais comprometidos com o discurso (SILVA, 1998, p. 65).

Foi com o discurso crítico, como o presente nas letras de músicas mencionadas, que o rap ganhou notoriedade e passou a ser alvo do sistema de justiça criminal estadunidense.

1.1. A repressão do rap nos estados unidos

Na década de 1980, determinadas áreas urbanas de Los Angeles, amplamente povoadas por afro-americanos e outros grupos minoritários, encontravam-se em situação de superlotação e pobreza. O surgimento de gangues e a epidemia de crack e cocaína fizeram com que a força policial se tornasse cada vez mais brutal. Nesse cenário, surgiu o grupo N.W.A., sigla de Niggaz Wit Attitudes (negros com atitudes). Em 1988, o grupo lançou o álbum musical Straight Outta Compton, que acabou sendo um dos primeiros álbuns a receber a etiqueta Parental Advisory, utilizada para indicar conteúdo explícito (LAURENCE, 2015). MC Eiht definiu o álbum da seguinte maneira:

Foram apenas alguns irmãos dizendo a verdade sobre o lugar de onde vieram. Nem todo mundo era capaz de ver a realidade do que era a vida de gangue. É sobre a brutalidade policial. É sobre a pobreza. É sobre os manos sendo mortos. N.W.A. mostrou ao mundo: é assim que somos na costa oeste. É assim que nós crescemos. Isto é o que passamos e agora, todos podem experimentar o nosso mundo (HIP-HOP EVOLUTION, 2016).

² “[...] Elvis era um herói para a maioria/ Mas ele nunca significou merda nenhuma para mim [...] / [...] Porque eu sou negro e tenho orgulho” (tradução nossa).

Uma das músicas do álbum, a Fuck Tha Police, que versava sobre a brutalidade policial e o racismo, levou o diretor assistente do *Federal Bureau of Investigation* (FBI)³, Milt Ahlerich, a emitir uma carta para a gravadora do grupo, afirmando que a música encorajava a violência e o desrespeito aos policiais (LAURENCE, 2015), na tentativa de fazer o N.W.A. parar de cantar a música em seus shows. Alguns trechos da Fuck Tha Police são:

[...] A young nigga got it bad 'cause I'm brown/ And not the other color, so police think/ They have the authority to kill a minority/ [...] Fuckin' with me 'cause I'm a teenager/ With a little bit of gold [...] Searchin' my car, lookin' for the product/ Thinkin' every nigga is sellin' narcotics [...].⁴

Em um show em Detroit, os membros do grupo tentaram iniciar a música, mas a polícia correu para o palco na tentativa de impedi-los, fazendo com que se dispersassem (HIP-HOP EVOLUTION, 2016). A atenção negativa apenas deu à N.W.A. mais fama e o grupo passou a se autodenominar “*the world's most dangerous group*” (o grupo mais perigoso do mundo) (LAURENCE, 2015).

Quando quatro policiais de Los Angeles foram absolvidos no julgamento do caso Rodney King⁵, em 1992, os tumultos em Los Angeles eclodiram, de forma que a música Fuck Tha Police se tornou um lema pintado com spray nas paredes da região (GALE, 2015).

Em Miami, na Flórida, outro controverso grupo foi criado, o 2 Live Crew, conhecido por suas músicas com temas sexuais (HIP-HOP EVOLUTION, 2016). O álbum *As Nasty As They Wanna Be*, lançado em 1989, foi o primeiro álbum a ser declarado obsceno por um juiz federal (PARELES, 1990). Com isso, em 1990, os membros do grupo foram presos após cantarem as músicas do álbum em um show apenas para adultos (HOCHMAN, 1990).

A prisão dos membros do grupo, por performance obscena, culminou em uma guerra judicial, e, segundo Uncle Luke, um dos membros do 2 Live Crew, essa luta acabou se tornando

³ O *Federal Bureau of Investigation* (Departamento Federal de Investigação) é o órgão federal dos Estados Unidos que faz a função da polícia federal do país.

⁴ [...] Um jovem negro se deu mal porque sou marrom/ E não de outra cor, então a polícia acha/ Que eles têm a autoridade para matar a minoria/ [...] Ferrando comigo porque sou um adolescente/ Com um pouco de ouro [...] Revistando meu carro, procurando pelo produto/ Achando que todo negro está vendendo narcóticos [...] (tradução nossa).

⁵ Em 1991, Rodney King conduzia seu carro por Los Angeles em alta velocidade após ingerir bebidas alcoólicas. Ao perceber o fato, a polícia iniciou uma perseguição para deter o veículo, e, quando os agentes conseguiram parar o carro, espancaram Rodney King enquanto este estava indefeso no chão. Um cidadão registrou o incidente em um vídeo, que foi divulgado e gerou protestos da comunidade negra, que há anos denunciava as atitudes racistas e violentas da polícia. Os policiais foram acusados por uso excessivo de força; no entanto, em 1992, foram absolvidos por um júri que não contava com nenhum integrante negro (G1, 2016).

uma luta pelo hip hop: “Se tivéssemos perdido o caso, por ser um caso federal, tudo no hip hop com letras explícitas teria sido taxado como obsceno, e teria jurisprudência e precedentes já definidos” (HIP-HOP EVOLUTION, 2016).

Um júri composto por seis pessoas absolveu os membros do grupo das acusações de obscenidade e concluiu que o rap do 2 Live Crew é arte (RIMER, 1990). Uncle Luke afirmou ter lutado pela liberdade de expressão para que todos os rappers pudessem dizer o que queriam (ROSENTHAL, 2015).

Na década de 80 o rap chegou no Brasil, causando impactos semelhantes aos ocorridos na sociedade estadunidense, como será visto a seguir.

1.2. O hip hop e o rap no brasil

A trajetória da cultura hip hop brasileira, pouco registrada, ainda não foi contada de forma consistente e sistematizada. No entanto, os estudos existentes em diversas áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Antropologia, a Pedagogia, a Psicologia, o Jornalismo e a Letras, acarretam uma abrangência de enfoques a respeito do tema, na mesma medida da riqueza e da complexidade do fenômeno (ZENI, 2004, p. 229).

Márcio Macedo (2016, p. 24) procura "mostrar a complexidade da manifestação na capital paulista a partir de um entrelaçamento entre estética, cultura e política", identificando o hip-hop em três formas distintas: cultura de rua (1983-1989), cultura negra (1990-1996) e cultura periférica (1997-2003), ocasião em que se destaca uma aproximação com ações políticas.

Nas décadas de 70 e 80, festas denominadas de bailes black eram realizadas em favelas brasileiras, principalmente em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro. Em plena ditadura militar do Brasil, que foi instaurada em 1964 e durou até 1985, esses bailes proporcionavam diversão para uma parcela da população para a qual não era oferecido lazer (TEPERMAN, 2015, p. 31).

Frequentados predominantemente por negros (DAYRELL, 2001, p. 43), os bailes black marcavam um processo de construção de identidade, uma vez que o público não participava dessas festas somente para ouvir músicas e dançar, mas também porque lá se sentiam entre iguais e não eram discriminados (FELIX, 2005, p. 18).

Na década de 80, esses bailes passaram a importar o rap⁶ dos Estados Unidos. O novo gênero musical, em que mais se falava/rimava do que se cantava, foi denominado, inicialmente, de “tagarela” e “funk falado”, e, embora não entendessem o que as letras diziam, o ritmo agradou ao público (FELIX, 2005, p. 70). Somente mais tarde foram descobrir que tal música era rap e que nos Estados Unidos tal gênero musical estava inserido em uma cultura de grandes proporções (SANTOS, 2002, p. 80).

Os videoclipes das músicas de rap também passaram a ser exibidos nos bailes black. A dança presente nos videoclipes foi uma novidade para o público, que passou a ter contato com os elementos do hip hop (FELIX, 2005, p. 71). Os filmes *Wild Style* e *Beat Street* (A Loucura do Ritmo), que retratavam os elementos do hip hop, também contribuíram para que a cultura chegasse ao conhecimento dos brasileiros (TEPERMAN, 2015, p. 25).

Para dançar o break era necessário um espaço livre no salão, o que acabou indo contra os interesses dos proprietários dos bailes black. Assim, os b-boys passaram a frequentar o Theatro Municipal, no centro da cidade de São Paulo, mas, como o piso do local não se mostrou próprio para a prática da dança, transferiram-se para a Rua 24 de Maio por volta de 1984 (FELIX, 2005, p. 73).

Contudo, na Rua 24 de Maio, funcionários da loja Mesbla começaram a espalhar creolina nos locais em que ocorriam as exibições de dança (SANTOS, 2002, p. 56) e os comerciantes da região passaram a chamar a polícia para reprimir os dançarinos. Os breakers tiveram que conversar com o gerente da Mesbla, chegando ao acordo de que, após cada apresentação, fariam divulgação do estabelecimento para as pessoas que paravam para vê-los (FELIX, 2005, p. 74).

Com o aumento de frequentadores na Rua 24 de Maio, os b-boys passaram a se encontrar na estação São Bento do metrô (FELIX, 2005, p. 75). Em que pese a força do breakdance na estação, os outros elementos do hip hop também se faziam presentes, de forma que a São Bento funcionava como uma espécie de polo cultural do hip hop (TEPERMAN, 2015, p. 35).

Em 1988, a gravadora Eldorado lançou, em colaboração com alguns b-boys da São Bento – que, além de dançarem, também cantavam rap –, o primeiro disco de rap nacional que ganhou repercussão: o *Hip-Hop Cultura de Rua* (TEPERMAN, 2015, p. 35). Nesta coletânea, a maior parte do álbum é marcada pela contestação social, com críticas ao sistema político do país, à polícia e

⁶ No Brasil, muitos confundem o rap com o funk, outro gênero musical. Para Danilo Cymrot (2011, p. 167), enquanto o rap é um estilo de vida mais politizado, que interfere de forma mais decisiva na identidade dos jovens que a ele aderem, prescrevendo valores e comportamentos, o funk ressalta a festa e a fruição do prazer, constituindo um estilo de vida fluido e com interferência limitada nas outras esferas da vida dos jovens.

ao consumismo televisivo (SANTOS, 2002, p. 84). Pouco depois, também chegou ao mercado brasileiro a coletânea *Consciência Black*, vol. I, com faixas de diferentes artistas, incluindo os que viriam a formar o grupo Racionais MC's – Mano Brown, Ice Blue, Edi Rock e KL Jay.

Quanto aos encontros na São Bento, um grupo de pessoas que se interessava mais pelo lado poético e político do hip hop passou a se reunir na praça Roosevelt, em 1988. A estação São Bento continuou sendo o principal ponto de encontro dos b-boys, e a Roosevelt passou a sediar encontros de MCs, com discussões sobre a história e a realidade dos negros e o papel do rap na denúncia dessas condições (TEPERMAN, 2015, p. 38).

Dos encontros na Roosevelt surgiu, em 1988, o Sindicato Negro, organização tida como a primeira posse⁷ brasileira. De acordo com Ricardo Teperman (2015, p. 39), "inspiradas no modelo da Zulu Nation, de Afrika Bambaataa, as posses são coletivos que reúnem MCs, DJs, breakers, grafiteiros ou simplesmente pessoas interessadas em rap e hip-hop para ações como shows, festas, campanhas de solidariedade, oficinas sobre os elementos do hip-hop, discussões e debates".

Em 1991, os rappers procuraram o Geledés – Instituto da Mulher Negra para reclamar que suas apresentações eram interrompidas de maneira violenta pela polícia (TEPERMAN, 2015, p. 42) e para questionar o que o SOS Racismo, um serviço de assistência jurídica gratuita oferecido às vítimas de discriminação racial e violência sexual, poderia fazer para protegê-los. A partir desse encontro, o Instituto e os MCs criaram, juntos, o Projeto Rappers, desenvolvido de 1992 a 1998 na cidade de São Paulo (GELEDÉS, 2009):

[Os rappers] Queriam que advogados estivessem presentes nos shows que realizavam para intervirem em situações de violência policial. Argumentamos sobre a impossibilidade de um serviço daquela natureza poder atender a uma demanda daquela magnitude e propomos um seminário com as bandas em pudéssemos discutir aquelas demandas à luz do desenho institucional do Geledés para a área de direitos humanos com vistas identificar as possíveis interfaces entre a ação cultural que eles realizavam e as perspectivas que orientavam a nosso trabalho no sentido de identificar possibilidades de atender, em alguma medida, às suas expectativas. Desse seminário nasceu o Projeto Rappers [...] (GELEDÉS, 2009).

⁷ Para se aprofundar no assunto das posses, ver a tese de doutorado "*Hip hop: Cultura e Política no Contexto Paulistano*", de 2005, de autoria de João Batista de Jesus Felix. Para que uma posse seja reconhecida, não é necessário haver uma sede, mas, sim, o compromisso de sempre divulgar os ideais do hip hop, que, de acordo com Afrika Bambaataa, são: sabedoria, cultura e aceitação (FELIX, 2005, p. 80).

Com o Projeto Rappers, os artistas passaram a participar dos Fóruns de Denúncia e Conscientização do Programa de Direitos Humanos do Geledés, e foi criada a revista Pode Crê!, tida como o primeiro veículo segmentado para jovens negros (TEPERMAN, 2015, p. 42).

Entretanto, no início, a maioria dos rappers não assumiu uma postura contestadora; pelo contrário, prevalecia uma posição de lazer. Foi por volta da segunda metade da década de 80 que os rappers brasileiros passaram a incorporar um discurso mais crítico (FELIX, 2005, p. 124), sendo o grupo Racionais MC's um dos principais responsáveis por isso. De acordo com Rosana Aparecida Martins Santos (2002, p. 102), "é com o Rap Nacional, principalmente, Racionais MC's, que ocorre pela primeira vez na história da música popular brasileira uma obra musical que realmente retrata de A a Z as agruras e sofrimentos que todo jovem pobre da periferia conhece muito bem [...]".

O Racionais MC's, criado em 1988, se firmou como o principal grupo de rap no Brasil, bem como o que mais contribuiu para que esse gênero musical fosse visto predominantemente como uma manifestação cultural das periferias e com cunho contestatório (TEPERMAN, 2015, p. 64).

Em 1992, a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo propôs que alguns rappers, dentre eles os membros do Racionais MC's, realizassem palestras em escolas da rede pública (TEPERMAN, 2015, p. 69). O projeto, intitulado RAPensando a Educação, discutiu temas como violência policial, racismo, miséria, tráfico de drogas, mortes violentas, dentre outros temas do cotidiano periférico (GUIMARÃES, 1998, p. 159).

Mas a relação do rap com o poder público sempre carregou uma grande ambiguidade. Assim como houve momentos de aproximação, como o projeto RAPensando a Educação, conflitos com a polícia também são uma marca (TEPERMAN, 2015, p. 69).

Seja como for, as letras de rap expressam uma luta contra as opressões sentidas pela população pobre, negra e periférica, denunciando a desigualdade, a falta de oportunidades e o racismo. Os rappers descrevem a naturalidade da morte, o medo da traição e a imprevisibilidade e fragilidade da vida dessa população. Essas letras constituem a identidade de um grupo social marcado pela exclusão e pelo abuso do poder policial. Com isso, desenvolve-se uma relação de pertencimento caracterizada por uma forte moralidade que determina um rígido código de conduta.

No entanto, apesar de esses rappers fazerem da arte a sua identidade e das suas letras um veículo de denúncia contra as opressões sofridas por homens pobres e negros da periferia, o seu

discurso é contaminado pela misoginia⁸ que caracteriza a sociedade patriarcal e que discrimina as mulheres, inclusive as mulheres pobres e pretas da periferia (CALDEIRA, 2011, p. 314). Assim, paradoxalmente, o código estrito de comportamento representado pelo termo "atitude" reproduz estereótipos de gênero. Nesse sentido, embora o movimento hip hop possua um papel relevante no debate contra as opressões de classe e raça, perpetua uma visão dicotômica sobre o lugar que as mulheres devem ocupar na sociedade.

Teresa Pires do Rio Caldeira, ao analisar o rap e a configuração da desigualdade na cidade de São Paulo, aponta que, ao afirmarem a cultura de isolamento da periferia e destacarem a sua imagem negativa, grupos musicais como os Racionais MC's estariam reforçando o distanciamento social entre as elites e as camadas mais pobres da população. Nas palavras de Caldeira (2011, p. 302): "eles também recriam alguns dos termos de sua própria segregação ao reinventarem simbolicamente a periferia como um gueto isolado, uma imagem importada do rap norte-americano".

Para a pesquisadora, se, de um lado, a democratização do país teria promovido conquistas dos direitos políticos e sociais, de outro, os direitos civis continuaram sendo precários e o neoliberalismo acabou estimulando a desigualdade à medida em que a geração desses rappers que surgiram após a ditadura militar que assolou o país entre os anos de 1964 e 1985 não teve o mesmo acesso que seus pais tiveram à ascensão social, estando sujeitos à precarização das relações trabalhistas, entre outras condições de vulnerabilidade.

Assim, a despeito de denunciarem a violência urbana que vitimiza jovens pretos moradores da periferia e de exporem as injustiças às quais são submetidos, ao assumirem uma posição de exclusão não negociável, esses grupos acabam reforçando a segregação e sabotando as possibilidades de construção de um projeto de proteção das classes subalternas. Com isso, eles acabam colaborando com o projeto de segregação em curso pelas elites, que têm espaços separados de consumo, trabalho e lazer.

De acordo com Caldeira (2011, p. 317), conforma-se um enclausuramento que mais distancia a cultura periférica do que assimila ela como parte de uma ordem democrática, limitando a constituição de uma política e de uma comunidade voltadas para as condições de vulnerabilidade vividas pelos moradores das periferias. A intolerância coloca obstáculos à construção da cidadania

⁸ Essa faceta misógina das letras de rap também é descrita por Macedo (2016, p. 39), segundo o qual "ser um homem negro, heterossexual e pobre é o modelo valorizado dentro desse contexto".

e o isolamento não contribui com a construção de uma cidade menos desigual e de um espaço público democrático, tampouco com a emancipação social.

Nessa linha, sem ignorar as ambiguidades presentes nas letras de rap, é preciso analisar a perseguição de seus atores pelas instâncias oficiais de controle para compreender como essa repressão retroalimenta a exclusão social.

1.3. A repressão do rap no brasil

Em 26 de novembro de 1994, no festival Rap no Vale, em São Paulo, logo após o Racionais MC's cantar a música *Homem na Estrada*, o grupo foi detido e acusado de incitação ao crime por policiais militares que faziam o policiamento do show (SANTOS, 2002, p. 101). A música conta a história de um homem morto pela polícia na calada da noite⁹.

Em 1995, um juiz da 3ª Vara Criminal de Goiânia expediu mandado de busca e apreensão dos discos do grupo Planet Hemp, que sempre se manifestou a favor da legalização da maconha. Já em 1996, um show do Planet Hemp em Salvador foi cancelado devido a uma liminar expedida por uma juíza da 1ª Vara Privativa de Tóxicos da Bahia (GIL, 1996). Ainda em 1997, os membros

⁹ "Um homem na estrada recomeça sua vida/ Sua finalidade: A sua liberdade/ Que foi perdida, subtraída/ E quer provar a si mesmo que realmente mudou/ Que se recuperou e quer viver em paz/ Não olhar para trás, dizer ao crime: Nunca mais!/ [...] Me digam quem é feliz, quem não se desespera/ Vendo nascer seu filho no berço da miséria/ [...] Equilibrado num barranco, um cômodo mal acabado e sujo/ Porém, seu único lar, seu bem e seu refúgio/ Um cheiro horrível de esgoto no quintal/ Por cima ou por baixo, se chover será fatal/ Um pedaço do inferno, aqui é onde eu estou/ Até o IBGE passou aqui e nunca mais voltou/ Numerou os barracos, fez uma pá de perguntas/ Logo depois esqueceram, filha da puta/ [...] Quero que meu filho nem se lembre daqui/ Tenha uma vida segura/ [...] O que fazer para sair dessa situação?/ Desempregado então, com má reputação/ Viveu na detenção, ninguém confia não/ E a vida desse homem para sempre foi danificada/ Um homem na estrada/ [...] Com o álcool que é vendido na favela/ Empapuçado ele sai, vai dar um rolê/ Não acredita no que vê, não daquela maneira/ Crianças, gatos, cachorros disputam palmo a palmo/ Seu café da manhã na lateral da feira/ Molecada sem futuro, eu já consigo ver/ Só vão na escola pra comer, apenas, nada mais/ Como é que vão aprender sem incentivo de alguém/ Sem orgulho e sem respeito, sem saúde e sem paz/ [...] Assaltos na redondeza levantaram suspeitas/ Logo acusaram a favela para variar/ E o boato que corre é que esse homem está/ Com o seu nome lá na lista dos suspeitos, pregada na parede do bar/ A noite chega e o clima estranho no ar/ E ele sem desconfiar de nada, vai dormir tranquilamente/ Mas na calada caguetaram seus antecedentes/ Como se fosse uma doença incurável/ [...] A justiça criminal é implacável/ Tiram sua liberdade, família e moral/ Mesmo longe do sistema carcerário/ Te chamarão para sempre de ex-presidiário/ Não confio na polícia, raça do caralho/ Se eles me acham baleado na calçada/ Chutam minha cara e cospem em mim/ Eu sangraria até a morte [...]/ Por isso a minha segurança eu mesmo faço/ É madrugada, parece estar tudo normal/ Mas esse homem desperta, pressentindo o mal/ [...] Ele acorda ouvindo/ Barulho de carro e passos no quintal/ A vizinhança está calada e insegura/ Premeditando o final que já conhecem bem/ Na madrugada da favela não existem leis/ Talvez a lei do silêncio, a lei do cão talvez/ Vão invadir o seu barraco, é a polícia/ Vieram para arregaçar, cheios de ódio e malícia/ Filhos da puta, comedores de carniça/ Já deram minha sentença e eu nem estava na treta/ Não são poucos e já vieram muito loucos/ Matar na crocodilagem, não vão perder viagem/ Quinze caras lá fora, diversos calibres/ E eu apenas com uma treze tiros automática/ Sou eu mesmo e eu, meu Deus e o meu orixá/ No primeiro barulho, eu vou atirar/ Se eles me pegam, meu filho fica sem ninguém/ E o que eles querem: Mais um pretinho na FEBEM/ [...] A gente sonha a vida inteira e só acorda no fim/ [...] Bang! Bang! Bang!/ Homem mulato aparentando entre vinte e cinco e trinta anos/ É encontrado morto na estrada [...]/ Tudo indica ter sido acerto de contas entre quadrilhas rivais/ Segundo a polícia, a vítima tinha vasta ficha criminal."

do Planet Hemp foram presos em flagrante pela Polícia Civil do Distrito Federal, após um show, acusados de fazerem apologia ao uso da maconha. Na época, o delegado titular da Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes, Eric Castro, informou que a Polícia Civil do Distrito Federal vinha estudando as letras das músicas do grupo havia um ano, chegando à conclusão de que os músicos incentivavam o uso de droga e que poderiam ser enquadrados na antiga Lei de Drogas (Lei 6.368/1976) (MELO, 1997). Diante disso, o grupo recebeu habeas corpus preventivo, para que os membros não fossem presos por “incentivar” o uso da maconha, até que o processo acabasse (FOLHA DE SÃO PAULO, 1997).

Outro caso de perseguição do rap foi a polêmica que envolveu o grupo Facção Central, em 2000. O grupo teve a fita original do videoclipe da música Isso Aqui É Uma Guerra apreendida na rede de televisão brasileira MTV, vetando sua exibição sob a justificativa de que o videoclipe incitava a prática de crimes. A apreensão foi determinada com base em representação do GAECO (Grupo de Atuação Especial e Repressão ao Crime Organizado), do Ministério Público de São Paulo, que acusou o grupo de incitar a prática de roubo a residências, veículos, agências bancárias e caixas eletrônicos, além de sequestros, porte ilegal de armas, libertação de presos mediante violência, latrocínio e homicídio, indicando sucesso nas operações criminosas (LEITE, 2000).

Para Eduardo, líder do Facção Central, as cenas descritas na letra são parte de seu cotidiano:

São muitos os casos na história do rap em que os limites entre o retrato da realidade e a incitação ao crime ficaram turvos. O videoclipe foi censurado, mas Eduardo e os demais membros do Facção Central não foram condenados pelas acusações que receberam por “Isso aqui é uma guerra”. No disco seguinte, lançado em 2001, o tema foi retomado, em tom de provocação: “Aí promotor, o pesadelo voltou/ Censurou o clipe mas a guerra não acabou/ Ainda tem defunto a cada 13 minutos/ Das cidades entre as 15 mais violentas do mundo” (TEPERMAN, 2015, p. 102).

Nesse mesmo sentido, ainda em 2000, o rapper MV Bill passou a ser investigado pela Polícia Civil do Rio de Janeiro por apologia ao crime, em razão do videoclipe da música Soldado do Morro (FOLHA DE SÃO PAULO, 2000), em que ele aparece ao lado de traficantes de drogas e crianças com revólveres de madeira. O rapper foi indiciado pelo crime, no entanto, a polícia concluiu que o cantor era inocente, já que seu objetivo era o de denunciar a realidade das crianças que moram em favelas, que, com frequência, são aliciadas para participarem do tráfico (AGÊNCIA ESTADO, 2001).

Nesse contexto, percebe-se que, nos Estados Unidos e no Brasil, o rap ganhou notoriedade com o discurso crítico de alguns rappers, que passaram a denunciar os problemas que vivenciavam por meio das letras de suas músicas. No entanto, a partir do momento em que o rap se tornou conhecido, não só os rappers com posicionamento combativo inquietaram os atores do sistema de justiça criminal dos dois países, mas também aqueles com letras musicais mais descontraídas – como é o caso do 2 Live Crew. Isso demonstra que o rap incomodou, também, por representar o lazer dos pobres e negros. As agências estatais de controle social de ambos os países reduziram os rappers à imagem de delinquentes, deslegitimando culturalmente o rap e tornando-o alvo de repressão.

2. Uma possível interpretação da repressão do rap sob a perspectiva da criminologia crítica

Karl Marx criticava análises no plano das ideias, pois elas não chegavam a ser suficientemente críticas por não atingirem a verdadeira origem dessas ideias, que estaria na base material da sociedade, em sua estrutura econômica e nas relações de produção que esta mantém. Portanto, para ele, essas análises deveriam ser feitas por meio do materialismo histórico ou materialismo dialético; isto é, seria necessário analisar o capitalismo – modo de produção da sociedade contemporânea a Marx – para revelar sua natureza de dominação e exploração do proletariado (MARX; ENGELS, 2015, p. 26).

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 437) faz algumas considerações sobre o assunto. De acordo com ele, o materialismo histórico é o método de estudo das formações sociais modernas. Segundo essa concepção, o Direito e o Estado devem ser compreendidos pelas relações da vida material da sociedade civil, representada pela economia política, já que a estrutura econômica da sociedade é a base sobre a qual se elevam as superestruturas jurídicas e políticas.

No capitalismo, estruturado em classes sociais diferenciadas pela posição que ocupam nas relações de produção e de circulação da riqueza material, os indivíduos podem ser proprietários do capital (posição de capitalistas) ou possuidores de força de trabalho (posição de assalariados). Nesse sentido, os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado são estudados na perspectiva dessas classes sociais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que

determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 6).

Conforme Taylor, Walton e Young (1980, p. 56), o método de Marx se assenta na recusa de separar o pensamento da sociedade. Com essa premissa, para analisar o crime, exige-se que se examine a posição do homem na sociedade. O método de Marx, então, é aquele que compreende as relações jurídicas como originárias da produção material da sociedade. A anatomia ou a natureza da sociedade, por sua vez, é encontrada na economia política. Isto não significa que o marxismo tenta reduzir conflitos legais a conflitos econômicos, mas, sim, que as relações legais e as relações econômicas estão relacionadas.

Os autores afirmam também que, ao sugerirem que os criminólogos tenham de fazer julgamentos sobre o tipo de sociedade em que vivem, estão argumentando que os criminólogos devem compreender e analisar as forças sociais que moldam sua ciência (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 57).

Nessa linha, a Criminologia Crítica é considerada uma teoria materialista, ou seja, econômico-política que, levando em consideração instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, analisa o desvio, os comportamentos socialmente negativos e a criminalização (BARATTA, 2011, p. 159).

Na perspectiva da Criminologia Crítica, a criminalidade é compreendida como um status atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção: a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; e a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações penais. Essa criminalidade é distribuída desigualmente conforme a hierarquia de interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 2011, p. 161).

A Criminologia Crítica coloca em evidência o processo de criminalização, identificando nele relações sociais de desigualdade próprias do capitalismo, e propõe, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do Direito Penal a crítica do direito desigual (BARATTA, 2011, p. 197).

O Direito Penal possui o mecanismo de produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária), e o mecanismo da execução da pena ou medida de segurança (BARATTA, 2011, p. 161).

O Direito Penal é um direito desigual, uma vez que revela a contradição entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que se manifesta em relação às chances de serem definidos e controlados como desviantes (BARATTA, 2011, p. 164). Existe um nexo funcional entre os mecanismos seletivos e o processo de acumulação do capital, de forma que o Direito Penal tende a priorizar os interesses das classes dominantes, imunizando seus comportamentos socialmente danosos e a dirigir o processo de criminalização para as classes subalternas (BATISTA, 2011, p. 90).

No nível da criminalização primária, os tipos penais que se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos das classes subalternas formam uma rede muito fina, enquanto que a rede é muito larga quando os tipos legais têm por objeto formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder (BARATTA, 2011, p. 165). O legislador costuma incriminar condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes subalternas; mas, com relação às condutas criminosas próprias das classes no poder¹⁰, ou não são definidas pelo legislador como crimes, ou são definidas de modo impreciso e vago, ou as penas cominadas são irrisórias (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 11).

A criminalização secundária (repressão penal) acentua ainda mais o caráter seletivo do Direito Penal, já que as chances de ser selecionado para fazer parte da população criminosa estão concentradas nos níveis mais baixos da escala social. A posição precária no mercado de trabalho e problemas de socialização familiar e escolar, características comumente atribuídas aos indivíduos pertencentes às classes subalternas, são elementos utilizados na construção do status de criminoso (BARATTA, 2011, p. 165). Assim, no nível da criminalização secundária, não há tanta repressão penal dirigida às formas de criminalidade típicas dos indivíduos das classes no poder (CIRINO DOS SANTOS, p. 12).

Esta seletividade pode ser percebida por meio da incidência de estereótipos e preconceitos na aplicação da lei penal. Alessandro Baratta (2011, p. 177) cita pesquisas empíricas que colocaram em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes que, inconscientemente, tendem a fazer juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito quanto ao caráter sintomático do

¹⁰ Algumas condutas criminosas próprias das classes no poder (elites econômicas e políticas), produzidas para satisfação da opinião pública, são: crimes contra a ordem econômica, a ordem tributária, as relações de consumo, o mercado de capitais, o meio ambiente (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 12).

delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista.

O autor aponta, também, que elementos relativos à situação familiar e profissional do acusado têm um papel decisivo nos critérios que presidem a aplicação da suspensão condicional da pena, informando que estudos neste campo mostraram que estes critérios são particularmente favoráveis aos acusados provenientes das camadas superiores e desfavoráveis aos provenientes das camadas inferiores (BARATTA, 2011, p. 178).

Quanto ao uso de sanções pecuniárias e sanções detentivas, nos casos em que são previstas, os critérios de escolha funcionam nitidamente em desfavor dos marginalizados, prevalecendo a tendência a considerar a pena detentiva como mais adequada a eles porque é menos comprometedora para o seu status social já baixo e porque entra na “imagem normal” do que frequentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais (BARATTA, 2011, p. 178).

Baratta (2011, p. 176) afirma que existe uma tendência, por parte dos juízes, de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores. Além disso, os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação dos órgãos judicantes também guiam a ação dos órgãos investigadores, que acabam por procurar a criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é “normal” esperá-la.

No mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 13) declara que, no processo de criminalização, a posição social dos sujeitos criminalizáveis revela sua função determinante do resultado de condenação/absolvição criminal; isto é, a variável decisiva da criminalização secundária é a posição social do autor, em que são levados em consideração os estereótipos, preconceitos e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, e não a gravidade do crime ou a extensão social do dano.

Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2011, p. 44) também fazem algumas considerações a respeito da criminalização secundária. Conforme os autores, apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração, já que as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam – esta se efetua concretamente com a criminalização secundária. As agências de criminalização secundária são incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e as vítimas potenciais protegidas (seleção sobre os criminalizados e os vitimizados). Isto significa que essas agências devem optar pela inatividade ou pela seleção, e,

como a inatividade acarretaria seu desaparecimento, elas procedem à seleção. Este poder corresponde fundamentalmente às agências policiais.

Ainda para eles, a seleção criminalizante secundária se exerce condicionada a suas limitações operativas, inclusive qualitativamente, pois, em alguma medida, toda burocracia acaba por esquecer seus objetivos, substituindo-os pela reiteração ritual, finalizando geralmente por fazer o mais simples. Então, os fatos criminosos grosseiros, cuja detecção é mais fácil, cometidos por pessoas com incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva, acabam sendo os fatos que são selecionados para a incidência da criminalização secundária (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 45).

Esses atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados como os únicos delitos cometidos e tais pessoas como os únicos delinquentes. Com isso, a estes últimos, é proporcionado um acesso negativo à comunicação social, o que contribui para a criação de um estereótipo no imaginário coletivo. Essas pessoas acabam sendo associadas a todas as cargas negativas existentes na sociedade, sob a forma de preconceitos, o que resulta na fixação de uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. Esse estereótipo é o principal critério seletivo da criminalização secundária, condicionando todo o funcionamento das agências do sistema penal (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 45).

O estereótipo criminal, que se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa, faz com que a conclusão pública seja a de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, enquanto, na realidade, segue impune os ilícitos dos outros segmentos (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 48). De acordo com Baratta (2011, p. 198), embora o Direito Penal dê ênfase à proteção do patrimônio privado, não significa que o desvio criminal se concentre nos delitos contra a propriedade – característicos das classes subalternas. O comportamento criminoso se distribui por todos os grupos sociais; no entanto, as formas de criminalidade próprias das classes dominantes são amplamente imunes.

O sistema penal opera em forma de filtro para selecionar as pessoas que serão criminalizadas. Cada pessoa se encontra em um certo estado de vulnerabilidade ao poder punitivo, que depende de sua correspondência com um estereótipo criminal: o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor. Isso significa que a pessoa que se enquadra nos estereótipos não precisa fazer um esforço muito grande para se colocar em posição de risco criminalizante, já que se encontra em estado de vulnerabilidade sempre significativo (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 49).

Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2011, p. 50) afirmam que a seletividade é estrutural, de forma que não há sistema penal no mundo cuja regra não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do indivíduo. Todavia, a seletividade criminalizante é mais acentuada em sociedades estratificadas, com maior polarização de riqueza e escassas possibilidades de mobilidade vertical, o que coincide com a atuação mais violenta das agências de criminalização secundária. O mesmo ocorre com as sociedades que, embora não correspondam a essa caracterização, possuem enraizados preconceitos raciais ou os desenvolvem a partir de um fenômeno migratório. A seletividade estrutural da criminalização secundária confere especial destaque às agências policiais, uma vez que as agências judiciais se limitam, de certa forma, a resolver os casos selecionados pelas agências policiais e, por fim, as agências penitenciárias recolhem algumas pessoas entre as selecionadas pelo poder das agências anteriores.

Por fim, ao nível do mecanismo da execução da pena ou medida de segurança, importa mencionar que a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, especialmente o cárcere¹¹, incide negativamente no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, impedindo sua ascensão social, o que contribui para a manutenção da escala vertical da sociedade (BARATTA, 2011, p. 166). Assim sendo, o cárcere reproduz a realidade social e aprofunda a desigualdade (BATISTA, 2011, p. 90).

Tais concepções podem ser claramente identificadas na perseguição operada pelas agências oficiais de controle contra compositores de rap. Em todos os casos apresentados anteriormente, é possível perceber a seletividade do processo de criminalização secundária realizada pelas agências do sistema de justiça criminal. Por exemplo, os membros do grupo Racionais MC's, após cantarem a música Homem na Estrada em um show em São Paulo, foram detidos por policiais militares que faziam o policiamento do local, e acusados de incitação ao crime (SANTOS, 2002, p. 101), demonstrando a criminalização secundária pela agência policial.

Observa-se que, embora não exista um tipo penal que criminaliza diretamente o rap, esse gênero musical é associado às condutas de incitação ao crime (artigo 286 do Código Penal), apologia de crime ou criminoso (artigo 287 do Código Penal) e induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga (artigo 33, §2º, da Lei de Drogas).

No nível da criminalização secundária, que consiste no mecanismo de aplicação das normas, as agências estatais decidem quem serão as pessoas criminalizadas, selecionando como criminosos, principalmente, os indivíduos das classes subalternas – como é o caso dos rappers.

¹¹ A instituição carcerária nasce em conjunto com a sociedade capitalista e acompanha a sua história (BARATTA, 2011, p. 166).

Nessa lógica, os rappers são perseguidos do sistema de justiça criminal, porque adequam-se ao estereótipo de delinquente.

Assim, ainda que no nível da criminalização primária algumas condutas criminosas sejam imputadas aos rappers, são as agências da criminalização secundária que desempenham um papel determinante na sua repressão, o que pode ser notado com os exemplos aqui citados, em que as agências policiais, a agência de promotores e a agência judicial, diversas vezes dirigiram o processo de criminalização secundária aos rappers pelo fato destes integrarem as classes subalternas e corresponderem ao estereótipo de delinquente.

3. Conclusões

A partir da análise da criação do rap, percebe-se que este gênero se desenvolveu em locais em situação de marginalização, servindo de instrumento de denúncia dos problemas vivenciados pela parcela da população vulnerabilizada por condições de pobreza, racismo e abuso do poder da polícia. Embora a letras de rap propaguem um discurso misógino, é preciso reconhecer que estas composições atuam como importante instrumento de denúncia da exclusão social vivida pela população periférica.

Em razão disso, inclusive, percebe-se que as políticas estatais de controle social se voltam para seus atores. No nível da criminalização primária (mecanismo de produção das normas), não há um tipo penal que criminaliza diretamente o rap, mas este é constantemente associado a condutas criminosas, tais como a de incitação ao crime (artigo 286 do Código Penal), apologia de crime ou criminoso (artigo 287 do Código Penal) e induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga (artigo 33, §2º, da Lei de Drogas).

A perseguição empregada pelas instâncias oficiais de controle torna-se mais explícita, porém, a nível de criminalização secundária. Isto porque os atores do sistema de justiça criminal reduzem os rappers à imagem de delinquentes, deslegitimando o rap culturalmente e legitimando, consequentemente, a sua repressão. O estereótipo do delinquente, que condiciona todo o funcionamento da criminalização secundária, possui componentes de classe social e étnicos. Aos rappers é atribuído esse estereótipo, o que aumenta as chances de que eles sejam selecionados como criminosos. Essa seletividade, condicionada pelo estereótipo, faz com que as agências de criminalização secundária (policiais, promotores, juízes) atuem no controle das composições de rap.

Referências

AGÊNCIA ESTADO. *Polícia diz que MV Bill não fez apologia ao tráfico*. Estadão, 20 fev. 2001. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/musica,policia-diz-que-mv-bill-nao-fez-apologia-ao-trafico,20010220p5084>>. Acesso em: 07 out. 2019.

ALLAH, Sha Be. *Today in hip hop history: Kool Herc's party at 1520 Sedgwick Avenue 45 years ago marks the foundation of the culture known as hip hop*. The Source, 11 ago. 2018. Disponível em: <<https://thesource.com/2018/08/11/today-in-hip-hop-history-kool-hercs-party-at-1520-sedgwick-avenue-45-years-ago-marks-the-foundation-of-the-culture-known-as-hip-hop/>>. Acesso em: 2 set. 2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. O rap e a cidade: reconfigurando a desigualdade em São Paulo. In: KOWARICK, Lúcio; MARQUES, Eduardo. *São Paulo: novos percursos e atores*. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 301–320.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CYMROT, Danilo. *A criminalização do funk sob a perspectiva da teoria crítica*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DAYRELL, Juarez. *A música entra em cena: o rap e o funk na socialização da juventude em Belo Horizonte*. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

FELIX, João Batista de Jesus. *Hip hop: Cultura e Política no Contexto Paulistano*. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Planet Hemp obtém habeas-corpus*. Folha de S. Paulo, 21 de nov. 1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/21/cotidiano/48.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Polícia investiga se clipe de MV Bill faz apologia ao crime*. Folha de S. Paulo, 26 dez. 2000. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u8351.shtml>>. Acesso em: 07 out. 2019.

G1. *Caso que gerou distúrbios raciais de Los Angeles completa 25 anos*. G1, 03 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/03/caso-que-gerou-disturbios-raciais-de-los-angeles-completa-25-anos.html>>. Acesso em: 07 out. 2019.

GALE, Alex. *Ice Cube: 'Police Have Become Our Worst Bullies'*. Billboard, 13 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.billboard.com/articles/columns/the-juice/6663762/ice-cube-police-brutality-nwa-straight-outta-compton-interview>>. Acesso em: 01 out. 2019.

GELEDÉS – INSTITUTO DA MULHER NEGRA. *Projeto Rappers*: Memória Institucional de Geledés. Geledés – Instituto da Mulher Negra, 12 abr. 2009. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/projeto-rappers/>>. Acesso em: 14 out. 2019.

GIL, Marisa Adán. *Planet Hemp testa a Justiça de São Paulo*. Folha de S. Paulo, 10 ago. 1996. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/10/ilustrada/13.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

GUIMARÃES, Maria Eduarda Araujo. *Do Samba ao Rap: A Música Negra no Brasil*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

HIP-HOP EVOLUTION. *Direção*: Darby Wheeler. Canadá: Banger Films, 2016.

HOCHMAN, Steve. *Two Members of 2 Live Crew Arrested After X-Rated Show*. Los Angeles Times, 11 jun. 1990. Disponível em: <<https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1990-06-11-ca-89-story.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

HU, Winnie. *Fighting the Image of the 'Burning' Borough*. The New York Times, 2 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/06/03/nyregion/the-bronx-struggles-to-shed-burning-borough-image.html>>. Acesso em: 6 ago. 2019.

IVEREM, Esther. *Violent Death Halts Rap Musician's Rise*. The New York Times, 31 ago. 1987. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1987/08/31/nyregion/violent-death-halts-rap-musician-s-rise.html>>. Acesso em: 04 out. 2019.

LAURENCE, Rebecca. NWA: 'The world's most dangerous group'?. BBC, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/culture/story/20150813-nwa-the-worlds-most-dangerous-group>>. Acesso em: 6 ago. 2019; HIP-HOP EVOLUTION. *Direção*: Darby Wheeler. Canadá: Banger Films, 2016.

LEITE, Fabiane. *Justiça veta vídeo de rap do grupo Facção Central na MTV*. Folha de S. Paulo, 29 jun. 2000. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u1598.shtml>>. Acesso em: 6 ago. 2019.

MACEDO, Márcio. Hip-Hop SP: transformações entre uma cultura de rua, negra e periférica (1983-2013). In: KOWARICK, Lúcio; FRÚGOLI JR., HEITOR. *Pluralidade urbana em São Paulo: vulnerabilidade, marginalidade, ativismos*. São Paulo: Editora 34; FAPESP, 2016, p. 23–54.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

MELO, Fabiana. *Planet Hemp é preso por apologia da droga*. Folha de S. Paulo, 10 nov. 1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/10/cotidiano/19.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

PARELES, Jon. *A Rap Group's Lyrics Venture Close to the Edge of Obscenity*. The New York Times, 14 jun. 1990. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1990/06/14/arts/critic-s>>

notebook-a-*rap*-group-s-lyrics-venture-close-to-the-edge-of-obscenity.html>. Acesso em: 01 out. 2019.

RIMER, Sara. *Rap Band Members Found Not Guilty In Obscenity Trial*. The New York Times, 21 out. 1990. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1990/10/21/us/rap-band-members-found-not-guilty-in-obscenity-trial.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

ROSENTHAL, Jeff. *Uncle Luke: 'I Was a Freedom Fighter for Rap'*. Billboard, 13 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.billboard.com/articles/columns/the-juice/6663824/uncle-luke-2-live-crew-free-speech-hip-hop-memoir>>. Acesso em: 04 out. 2019.

SALLES, Ecio. *Poesia revoltada*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2007.

SANTOS, Rosana Aparecida Martins. *O Estilo que Ninguém Segura*. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SILVA, José Carlos Gomes da. *Rap na Cidade de São Paulo: Música, Etnicidade e Experiência Urbana*. 1998. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

TEPERMAN, Ricardo. *Se liga no som: as transformações do rap no Brasil*. São Paulo: Claro Enigma, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZENI, Bruno. O negro drama do rap: entre a lei do cão e a lei da selva. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, p. 225-241, abr. 2004.

Diálogos socráticos, derreflexão e modulação de atitude: contribuições ao modelo de justiça regenerativa de Hansen e Umbreit

Socratic dialogues, dereflection and attitude modulation: contributions to Hansen and Umbreit's model of regenerative justice

Gustavo de Lima Pereira*
Hidemberg Alves da Frota**

Resumo: Este artigo científico tem por objetivo não só familiarizar a comunidade acadêmica de língua portuguesa com a proposta de Toran Hansen e Mark Umbreit de transformar a Justiça Restaurativa em Justiça Regenerativa, mas também de densificar o incipiente arcabouço teórico do modelo regenerativo, abeberando-se nos aportes da literatura científica especializada em Logoterapia, em especial no tocante ao diálogo socrático, à derreflexão e à modulação de atitude, como técnicas e procedimentos a serem incorporados às práticas regenerativas. Trata-se de pesquisa do tipo bibliográfica, com análise de conteúdo, a inferir, fundamentar, estruturar e sistematizar os aspectos centrais tanto da Justiça Restaurativa quanto da Justiça Regenerativa. Há uma revisão bibliográfica do estado da arte da literatura científica referente não só à Justiça Restaurativa como também, no campo da Logoterapia, ao diálogo socrático, à derreflexão e à modulação de atitude. Demonstra-se como o diálogo socrático, a derreflexão e a modulação de atitude podem contribuir para sanear os quatro pontos cegos da Justiça Restaurativa apontados por Hansen e Umbreit. Ao final, são tecidas considerações sobre que legado a Justiça Regenerativa pode deixar à humanidade e às futuras gerações.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa, Justiça Regenerativa, Logoterapia.

Abstract: The purpose of this paper is to not only familiarize the Portuguese-speaking academic community with Toran Hansen and Mark Umbreit's proposal to transform Restorative Justice into Regenerative Justice, but also to consolidate the incipient theoretical framework of the regenerative model, based on the contributions of the academic literature specialized in Logotherapy, especially with regard to Socratic dialogue, dereflection and attitude modulation as techniques and procedures to be incorporated into regenerative practices. This is a bibliographic research, with content analysis, that seeks to infer, substantiate, structure, and systematize the central aspects of both Restorative Justice and Regenerative Justice. There is a state-of-the-art literature review referring not only to Restorative Justice, but also, in the field of Logotherapy, to Socratic dialogue, dereflection and attitude modulation. This study shows how Socratic dialogue, dereflection and attitude modulation can contribute to redress the four blind spots of Restorative Justice pointed out by Hansen and Umbreit. In the end, considerations are made about what legacy Regenerative Justice can leave to humanity and future generations.

Keywords: Restorative Justice, Regenerative Justice, Logotherapy.

Recebido em: 24/11/2020
Aprovado em: 05/12/2020

Como citar este artigo:
PEREIRA, Gustavo de Lima;
FROTA, Hidemberg Alves
da. Diálogos socráticos,
derreflexão e modulação de
atitude: contribuições ao
modelo de justiça
regenerativa de Hansen e
Umbreit. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 2, n. 3, 2020, p. 103-126.

* Doutor em Filosofia e
Doutorando em Ciências
Criminais (PUCRS). Mestre em
Direito Público (Unisinos).
Especialista em Ciências
Penais (PUCRS). Professor de
Direito Internacional, Direitos
Humanos e Filosofia do Direito
da PUCRS. Coordenador do
Serviço de Assessoria em
Direitos Humanos para
Imigrantes e Refugiados
(SADHIR), vinculado ao Núcleo
de Prática Jurídica da PUCRS.

** Especialista em Direito Penal
e Criminologia (PUCRS).
Especialista em Direitos
Humanos e Questão Social
(PUCPR). Especialista em
Psicologia Positiva: Ciência do
Bem-Estar e Autorrealização
(PUCRS). Especialista em
Direito e Processo do Trabalho
(PUCRS). Especialista em
Direito Tributário (PUC Minas).
Agente Técnico-Jurídico
(MP/AM).

Introdução

O presente artigo científico, lastreado em pesquisa do tipo bibliográfica, intenciona familiarizar a comunidade acadêmica de língua portuguesa com a proposta de Toran Hansen (antropólogo e sociólogo especializado em questões relacionadas à resolução de conflitos) e Mark Umbreit (docente da Universidade de Minnesota, reconhecido pesquisador de temas caros à Justiça Restaurativa) de transformar o modelo restaurativo de Justiça em um modelo regenerativo, de inspiração logoterápica, e, ao mesmo tempo, pretende densificar o incipiente arcabouço teórico da teoria regenerativa, abeberando-se nos aportes da literatura científica especializada em Logoterapia, em especial no tocante ao diálogo socrático, à derreflexão e à modulação de atitude, como técnicas e procedimentos a serem incorporados às práticas restaurativas, convertidas em regenerativas.

De plano, procede-se à revisão bibliográfica do estado da arte da literatura científica brasileira e de língua inglesa dedicada à Justiça Restaurativa, a fim de plantear noções fundamentais sobre a sua natureza, a evolução do seu modelo, suas balizas jurídicas, suas características distintivas (em cotejo com o modelo punitivista ou tradicional), as correntes doutrinárias minimalistas e maximalistas e a compreensão abrangente dos seus principais supedâneos teóricos, consoante preceitua a escola restaurativa de Howard Zehr.

Após, esclarecem-se quais são os quatro pontos cegos da Justiça Restaurativa, à luz do magistério de Hansen e Umbreit, qual a justificativa e relevância do problema em tela, os caracteres fundamentais do modelo regenerativo, em contraste com o modelo restaurativo, e a influência da Logoterapia na concepção daquele recente constructo teórico. Em seguida, passa-se a uma descrição pormenorizada dos aspectos precípuos do diálogo socrático, da derreflexão e da modulação de atitude, mediante a revisão bibliográfica atualizada da literatura científica devotada a temáticas logoterápicas. Por último, dilucida-se qual a importância das técnicas logoterapêuticas para os facilitadores dos diálogos regenerativos.

1. Justiça Restaurativa: contextualização

Em virtude, entre outros fatores, da crise mundial por que passa a legitimidade do sistema penal, da busca de métodos alternativos ao enfrentamento do delito e do conflito a ele subjacente

e das reivindicações das vítimas, da comunidade¹ e da sociedade em geral, a Justiça Restaurativa é uma alternativa, em expansão no ordenamento jurídico de diversos Estados nacionais, à tradicional tônica na punição estatal de ofensas tipificadas pela legislação como infrações penais (AZEVEDO; PALLAMOLLA, 2014, p. 176; VARHAM, 2008, p. 72-73).

Uma das mais influentes construções teóricas a influenciarem a Justiça Restaurativa e as práticas restaurativas radica na concepção, capitaneada pelo criminologista norte-americano Howard Zehr (1944-), de que o fenômeno do crime constitui a violação tanto de pessoas quanto de relacionamentos interpessoais, a redundar na criação de obrigações, principalmente a de reparar os danos sofridos pela vítima (AMSTUTZ, 2019, p. 68).

Na formulação inicial delineada por Zehr, o principal diferencial da Justiça Restaurativa, em contraste com o modelo da Justiça Retributiva, igualmente denominada de Justiça Tradicional, era o de situar o seu cerne, não na centralidade de se sancionar a infringência do ordenamento jurídico, e sim na questão do dano infligindo à vítima e das suas necessidades decursivas desse evento danoso (AMSTUTZ, 2019, p. 68; MORAIS, 2020, p. 22; ZEHR, 2020b, p. 239-240).

Ao amadurecer o seu pensamento, Zehr passou a ver o ponto nodal da Justiça Restaurativa não só nos danos acarretados à vítima e em suas necessidades consequentes, como também nas necessidades da comunidade e do próprio ofensor². No decurso de mais de trinta anos de vivências e pesquisas, compreendeu que não apenas o ofensor, mas igualmente a comunidade e a sociedade possuem as suas próprias obrigações imanescentes à reparação dos danos oriundos da conduta delituosa. Percebeu que a Justiça Restaurativa implica a adoção de processos de cunho inclusivo e cooperativo, bem assim de reparação de danos e de correção de males, na medida do possível, de que são partícipes todos os interessados na situação, é dizer, além das vítimas e dos ofensores, os integrantes da comunidade e, em última análise, pode-se acrescentar, da própria sociedade (ZEHR, 2020b, p. 239-240).

Desse modo, no processo dialógico das práticas restaurativas, cabe não só ao ofensor compreender e assumir a responsabilidade pelos danos que ocasionou, como também à comunidade e à sociedade reconhecerem e assimilarem a sua parcela de responsabilidade pelo

¹ Em tal tessitura, o vocábulo *comunidade* corresponde a microcomunidades de lugar, bem como de relacionamento. Conquanto a participação da sociedade tenha pertinência no âmbito da Justiça Restaurativa, o foco do modelo restaurativo reside nas microcomunidades de lugar (“nas quais interagem pessoas que vivem próximas umas das outras”) e de relacionamento (“redes de relacionamento” sem definição geográfica), pois que ambas as espécies de microcomunidades “são diretamente afetadas pelas ofensas, mas em geral negligenciadas” pelo modelo estatal de Justiça (ZEHR, 2020a, p. 44).

² “[...] tratar daquilo que está acontecendo na vida do jovem ofensor e que contribuiu para levá-lo à ofensa” (ZEHR, 2020b, p. 240).

advento da ocorrência danosa, assenhorando-se, todos, das suas tarefas e incumbências, em uma conjuntura assinalada pelo envolvimento e pela participação, a título colaborativo, tanto dos que sofreram os atos lesivos, quanto daqueles que os praticaram, além dos membros da comunidade e da sociedade (AMSTUTZ, 2019, p. 67-71; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

Portanto, em essência, a Justiça Restaurativa, imbuída do escopo de viabilizar a recuperação e a cura individual e coletiva, ocupa-se das necessidades das vítimas, dos ofensores, da comunidade e da sociedade que surgiram após o crime e em face dos danos deflagrados pelo delito (AMSTUTZ, 2019, p. 67-71; OUDSHOORN; AMSTUTZ; JACKETT, 2019, p. 35-37; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

Embora o propósito de recuperação, restauração ou reparação fática ou simbólica seja intrínseco à Justiça Restaurativa, nota-se a dificuldade prática de se alcançar, no mundo do ser, esse intento de maneira plena, de modo que, por vezes, o que se pode não é nutrir a expectativa de uma cura célere tampouco de uma restituição em termos absolutos, e sim fomentar que os ofensores, as vítimas, a comunidade e a sociedade desenvolvam um processo conjunto, de forma inclusiva e colaborativa ou cooperativa, lastreado em decisões consensuais, com o engajamento de todos os interessados (não só as vítimas e os ofensores, como também suas famílias e integrantes das esferas comunitária e social), com o fito de priorizar os danos e as necessidades de todos os envolvidos e de tratar das obrigações de todos os partícipes (inclusive da comunidade e da sociedade) e das causas das ofensas, em um ambiente de respeito mútuo, sobretudo quanto às peculiaridades contextuais, culturais e de personalidade (ZEHR, 2020a, p. 38-53).

No ordenamento jurídico brasileiro, o seu principal instrumento normativo corporifica-se na Resolução CNJ nº 225, de 31 de maio de 2016, baixada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual dispõe acerca da Política Nacional de Justiça Restaurativa no seio do Poder Judiciário pátrio, alterada, com o acréscimo dos seus arts. 28-A e 28-B, pelo art. 1º da Resolução CNJ nº 300, de 29 de novembro de 2019 (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 279; BRASIL, 2020a; BRASIL, 2020b).

No corpo da Resolução CNJ nº 225, de 31 de maio de 2016, pode-se citar a respeito o inciso III e a alínea *d* do inciso V, ambos do art. 1º, assim como o art. 2º, inclusive o seu § 4º (BRASIL, 2020a; PACHECO, 2019, p. 320-321):

1. De acordo com o inciso III do art. 1º da Resolução CNJ nº 225/2016, as práticas restaurativas devem focar (a) “a satisfação das necessidades de todos os envolvidos”, (b) “a responsabilização ativa” dos que, de maneira direta ou indireta, concorreram “para a ocorrência do fato danoso” e, além disso, (c) “o empoderamento da comunidade”, dando-se primazia ao mister

de que haja a “reparação do dano” e a “recomposição do tecido social rompido pelo conflito”, tendo-se em mira “as suas implicações para o futuro”.

2. Em complemento, a alínea *d* do inciso V do mesmo art. 1º enxerga no “compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade” o caminho para a “superação das causas e consequências do ocorrido”.

3. Já o art. 2º, também da Resolução CNJ nº 225/2016, após insculpir, em seu *caput*, o plexo principiológico da Justiça Restaurativa brasileira, norteado pela “corresponsabilidade”, pela “reparação dos danos”, pelo “atendimento às necessidades de todos os envolvidos”, pela “informalidade”, pela “voluntariedade”, pela “imparcialidade”, pela “participação”, pelo “empoderamento”, pela “consensualidade”, pela “confidencialidade”, pela “celeridade” e pela “urbanidade”, preceitua, em seu § 4º, que (a) todos “deverão ser tratados de forma justa” e, ao mesmo tempo, preconiza que às partes serão assegurados (b) “o mútuo respeito” e o auxílio, voltado à construção, “a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades”, de (c) “uma solução cabível e eficaz” com vistas sempre ao “futuro”.

No Direito da Infância, da Adolescência e da Juventude, a Justiça Restaurativa ressoa, ainda, em dois princípios legais da execução das medidas socioeducativas, porquanto implícita no inciso II (primazia da autocomposição dos conflitos, ou seja, “excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos”) e explícita no inciso III (priorização dos procedimentos restaurativos, isto é, “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”), ambos do art. 35 da Lei Federal nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 279; BRASIL, 2020c).

Na Justiça Restaurativa, parte-se da premissa de que, sendo uma ofensa um ato não só contra as vítimas, mas também contra a comunidade, a sociedade e os integrantes de ambas, a resolução da ofensa passa pela interação direta entre os ofensores, as vítimas e os membros da comunidade e da sociedade, com o fito de que os ofensores sejam confrontados com as consequências dos seus atos e haja a reparação das relações intrapessoais e interpessoais afetadas e da convivência comunitária e social (DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 222-224 e 229-232; VARHAM, 2008, p. 72-73; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

Em outras palavras, propõe-se que a Justiça Restaurativa se materialize em um espaço de abertura não só para a liberdade de expressão dos partícipes, como também para a manifestação

genuína do acolhimento, do afeto, do diálogo fraterno, da inclusão, da solidariedade, da mentalidade não punitivista e da real possibilidade de resolução dos conflitos intersubjetivos e de pacificação comunitária e social (BRITTO, 2017, p. 177-118; DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 222-224 e 229-232; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

A Justiça Restaurativa impende se pautar, pois, pela observância dos valores do respeito, da abertura, do empoderamento, da liberdade, da responsabilidade, da inclusão, da tolerância, da alteridade, da empatia, da compaixão, da integridade, da congruência axiológica e ética e do respeito à autonomia da vontade, assim como aos direitos humanos, à cidadania, à igualdade e à dignidade da pessoa humana, em uma tessitura de valorização da resolução do conflito nas searas comunitária e social, de forma flexível, informal, contextual, desburocratizada e não punitivista, em uma visão holística e integrativa, atenta à imbricação entre os processos psicológicos, axiológicos, existenciais, culturais, antropológicos, sociais, econômicos, políticos e normativos (DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 281-236; JESUS, 2018, p. 39-41; POMPEU, 2019, p. 171; VARHAM, 2008, p. 72-73; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

Convém ter mente que a Justiça Retributiva enfoca o processamento de pessoas sob o pálio da legislação penal material e formal e a imposição de sanções estatais penais, por terceiro estranho ao conflito, qual seja, a autoridade judicial, que condena ou absolve o acusado, norteadas pela mentalidade que assimila da dogmática penal e pela moldura jurídico-penal do fato em apuração (a partir do paradigma preponderante de que o crime é um fato típico, ilícito e culpável) (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 285; PALLAMOLLA, 2015, p. 19).

Sob o ângulo da vertente maximalista da teoria da Justiça Restaurativa (a convertê-la em mais um braço do Sistema de Justiça Criminal – SJC, com o aspecto positivo de dar a ela a chancela formal da Justiça Pública, secundado, contudo, do efeito colateral de expandir ainda mais o leque da jurisdição penal), aventa-se, como alternativa aos processos penais retributivos, o burilamento do modelo restaurativo brasileiro, de maneira que, inspirado, entre outras perspectivas, no paradigma português (em que o seu controle externo cabe ao Ministério Público³), os atores individuais e comunitários afetados pelo conflito tornem-se responsáveis pela solução de uma contenda penal, na qualidade de agentes de socialização (ou ressocialização) social e de (re)inclusão à vida comunitária, formulando uma convenção a ser posteriormente submetida à

³ Nesse sentido, na ordem jurídica lusitana, preceitua o art. 5.º, n.º 5, da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, *in verbis*: “Artigo 5.º Tramitação subsequente [...] 5 - Para os efeitos previstos no número anterior, o Ministério Público verifica se o acordo respeita o disposto no artigo 6.º e, em caso afirmativo, homologa a desistência de queixa no prazo de cinco dias, devendo a secretaria notificar imediatamente a homologação ao mediador, ao arguido e ao ofendido. [...]” (POMPEU, 2019, p. 106; PORTUGAL, 2020).

homologação pela Justiça Criminal (uma adaptação do formato lusitano, em que o beneplácito, conforme acima salientado, compete, em verdade, ao MP), na qualidade de instância judicial incumbida de sanear excessos eventualmente ocorridos e de resguardar a segurança jurídica (MORAIS, 2020, p. 64; PALLAMOLLA, 2009, p. 80-82; POMPEU, 2019, p. 167 e 170).

Já o modelo minimalista da teoria da Justiça Restaurativa é uma proposta de atrofiar o campo de atuação do Sistema de Justiça Criminal, limitando-se a potestade punitiva do Estado, sem relegitimá-la, não só a reduzir a aplicação de sanções penais (mormente, das penas privativas de liberdade, ponto comum às formulações minimalistas e maximalistas), como também (eis a sua característica peculiar e distintiva da corrente maximalista) a interditar qualquer modalidade de controle, pelo Poder Público, das práticas restaurativas, de maneira que, além de se redirecionar o eixo da prevenção criminal, deslocando-se da ênfase à punição estatal do descumpridor da lei penal para a tônica no conflito em si mesmo considerado e nos danos ocasionados (o que também ocorre no desenho maximalista), aparta-se a sua esfera do âmbito de *accountability* do aparelho estatal (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 285; DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 225 e 229; MORAIS, 2020, p. 64; PALLAMOLLA, 2009, p. 80-82; PALLAMOLLA, 2015, p. 19).

De toda sorte, quer se considere indispensável a homologação, pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público, de acordos formulados no imo da Justiça Restaurativa, com o desiderato de coibir abusos de direito e desvios de finalidade, entre outras eventuais ilicitudes, quer se entenda imprescindível afastar qualquer espécie de interferência estatal na Justiça Restaurativa (mesmo que *a posteriori*), como medida essencial para evitar elastecer, ainda mais, o já dilatado espectro de atuação do Sistema de Justiça Criminal, obtempera-se que as práticas restaurativas devem vir a lume, de preferência, em ambiências não judiciais e ter como mediadores, em vez de autoridades judiciárias e de outros profissionais do Direito, profissionais metajurídicos, isto é, mediadores com vínculos de pertencimento com a comunidade vulnerada (DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 222-224 e 229-232; MORAIS, 2020, p. 63-66; VARHAM, 2008, p. 72-73).

Os protagonistas da Justiça Restaurativa não se definem pelos estereótipos de “criminosos” e “vítimas”, e sim pela condição de sujeitos éticos aos quais se atribui papel ativo, por meio do diálogo e da busca por soluções criativas, abertas a abordagens diferenciadas e adaptadas às particularidades de cada caso concreto, para se restaurarem as relações intrapessoais, interpessoais e intracomunitárias fraturadas (DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 222-223 e 229-232).

A Justiça Restaurativa é pensada como uma incubadora de soluções e respostas a partir do ponto de vista de cada protagonista, concretizada no encontro entre tais atores, em meio ao reconhecimento da faceta humana e dos diversos matizes de fatores, processos e interações subjacentes ao conflito, bem assim ao acolhimento das perspectivas e necessidades concretas de cada sujeito desse processo, no bojo do qual é exteriorizado o sofrimento das partes envolvidas, fomenta-se a empatia mútua e a vítima, o autor e a comunidade são posicionados em um plano de horizontalidade (DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 222-223 e 229-232; OUDSHOORN; AMSTUTZ; JACKETT, 2019, p. 35-37).

Restitui-se o poder da vítima como pessoa, empoderam-se todos os protagonistas e se promove a responsabilização do autor, mas também se reflexiona em grupo sobre em que consiste essa responsabilização, a sua complexidade, os seus atravessamentos, os riscos de arbitrariedades, a porção de responsabilidade da comunidade e da sociedade, realizando-se justiça em uma proposta diferenciada, baseada na construção de soluções a partir da interface entre os pontos de vista dos protagonistas (DE ANGELO; CARVALHO; BOLDT, 2019, p. 222-223 e 229-232; MORAIS, 2020, p. 63-66; OUDSHOORN; AMSTUTZ; JACKETT, 2019, p. 35-37; PACHECO, 2019, p. 315-321; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

Esse redirecionamento do foco da prevenção criminal, na tessitura peculiar à Justiça Restaurativa, direciona-se (a) à participação, na resolução do conflito, da vítima, do possível infrator (investigado, acusado ou apenado) e de representantes da comunidade e da sociedade, (b) à reparação (também chamada de restituição) do dano derivado do delito e (c) à responsabilização do infrator depurada de caráter excludente, estigmatizante ou discriminatório, mediante o emprego de práticas de resolução de conflitos arrimadas no diálogo entre os envolvidos, de forma direta e/ou indireta, em tal conflito, a fim de buscar um acordo, é dizer, uma solução consensual, sobre o que fazer em relação ao delito e ao dano causado à vítima e à comunidade atingidas, tendo-se em mira, ainda, o *quantum* de responsabilidade de âmbito comunitário e social (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 285; PALLAMOLLA, 2009, p. 57-58; PALLAMOLLA, 2015, p. 19; VARHAM, 2008, p. 72-73; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

A reparação ou restituição importa (a) a recuperação do dano, de maneira simbólica e/ou material, (b) o reconhecimento, pelo ofensor, da sua conduta indevida, (c) a assunção, pelo agressor, da responsabilidade pelos seus atos, (d) a participação da comunidade e da sociedade no reconhecimento do seu quinhão de responsabilidade e na reparação do dano, e (e) a restauração das relações intrapessoais, interpessoais, comunitárias e sociais prejudicadas (ACHUTTI;

PALLAMOLLA, 2017, p. 285; PALLAMOLLA, 2009, p. 57-58; OUDSHOORN; AMSTUTZ; JACKETT, 2019, p. 35-37; VARHAM, 2008, p. 72-73; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

Dessarte, no modelo de Justiça Restaurativa, valorizam-se os encontros voluntários, e não compulsórios, entre ofensores, vítimas e integrantes da comunidade e da sociedade, adotando-se práticas de mediação ou encontros vítima-ofensor, conferência em grupo ou de família, dinâmica do círculo ou círculos restaurativos e outros métodos, como oportunidades em que a vítima e os representantes da comunidade e da sociedade poderão interagir com o ofensor, perquirindo-o sobre as razões da sua atitude, o agressor poderá se desculpar e anuir com as reparações propostas, os representantes da comunidade e da sociedade poderão reconhecer, respectivamente, a quota de responsabilidade de índole comunitária e social e contribuir para a reparação dos danos e todos os partícipes terão a possibilidade de externar seus sentimentos a respeito dessa circunstância, com o intento de que, assim, seja promovida, na medida do possível, a cura psicológica de todos (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 286; OUDSHOORN; AMSTUTZ; JACKETT, 2019, p. 35-37; PACHECO, 2019, p. 55-60; PALLAMOLLA, 2009, p. 57-58; UMBREIT; VOS; COATES; LIGHTFOOT, 2007, p. 533-538; VARHAM, 2008, p. 72-73; ZEHR, 2020b, p. 239-248).

2. Os quatro pontos cegos da Justiça Restaurativa

Apesar dos aspectos positivos e inovadores, atrás salientados, inerentes à Justiça Restaurativa – de que se destacam, além do seu elevado potencial de empoderar os envolvidos com o conflito e restaurar as relações por ele alvejadas, a sua preocupação em considerar quer o dano acarretado à vítima, quer as necessidades da vítima, do ofensor, da comunidade e da sociedade decorrentes daquele evento, quer o mister de que o infrator repare o prejuízo, com o contributo da comunidade e da sociedade (MORAIS, 2020, p. 63-66; OUDSHOORN; AMSTUTZ; JACKETT, 2019, p. 35-37; PACHECO, 2019, p. 55-60; ZEHR, 2020b, p. 239-248) –, esse modelo de Justiça, de acordo com Hansen e Umbreit, possui quatro pontos cegos (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 191):

1. Enfatiza-se, de forma desproporcional, a tentativa de restaurar os envolvidos com o crime a um estado anterior em que se encontravam antes do fato ofensivo, ofuscando as

possibilidades de que o evento ofensivo sirva de ensanchas para o desenvolvimento da pessoa em relação a aspectos até então não considerados ou pouco considerados.

2. Confere-se excessivo destaque à compreensão do processo de cura, pondo-se em segundo plano o exame dos seus desdobramentos sobre as pessoas relacionadas a esse processo psicológico.

3. Dá-se exagerada primazia, nos diálogos restaurativos, ao passado e ao futuro imediatos dos partícipes, em detrimento de variáveis atinentes ao seu passado e futuro distantes.

4. Prioriza-se em demasia o atendimento de problemáticas relativas às necessidades e aos danos (*harms*), enquanto se retira ou se atenua a importância de outras questões relevantes, como a questão psicológica e existencial do sentido.

Justificativa e relevância do problema

Qual a relevância da problemática em torno dos quatro pontos cegos da Justiça Restaurativa?

Salienta-se que, em vez de se enfocar o retorno ao *status quo ante* ou o encerramento de um ciclo em termos de processo psicológico, faz mais sentido concentrar-se em ajudar as pessoas afetadas pelo crime a lidarem com esse acontecimento no aqui-agora e a fazerem desse evento negativo uma oportunidade positiva de mudarem a si mesmas e de se desenvolverem (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 190).

Frisa-se que, apesar de pertinente perquirir-se como funciona o processo de cura em cada panorama fático e processo psicológico, é preciso também aprofundar a análise dos resultados da cura e não os confundir com o acordo da restituição propriamente dita, ainda que ambos se interrelacionem. Obtempera-se que se deve aferir a plausibilidade da hipótese de que a restauração diga respeito ao aspecto da reparação material, ao passo que os resultados do processo de cura concirnam aos desdobramentos nos planos simbólico e relacional, bem como no fomento a aprendizados restaurativos e a um senso de paz (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 190).

Assinala-se que, embora seja inescapável ao diálogo restaurativo considerar o passado e o futuro imediatos dos partícipes, convém levar em conta não só a tessitura fática contemporânea ou

recente, “as causas imediatas do crime”⁴ e os “detalhes relacionados aos crimes”⁵, mas também as circunstâncias contextuais mais amplas dos partícipes, tais quais os atravessamentos oriundos da questão racial sistêmica e das desigualdades sociais baseadas na divisão de classes, a vida pregressa dos indivíduos, o seu projeto de vida atual e as peculiaridades daquele cenário fático em relação ao qual haverá a reparação (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 190-191).

Conquanto seja imprescindível que a Justiça Restaurativa contemple as necessidades (*verbi gratia*, de ordem relacional, física e financeira) e os danos das vítimas (inclusive psicológicos), os facilitadores dos diálogos restaurativos devem também volver sua atenção para a centralidade do sentido da vida⁶ na existência humana, conferindo a ele a estatura de categoria autônoma no modelo restaurativo de Justiça, a merecer uma apreciação crítica, de sorte que os ofensores sejam compelidos a assumir maior responsabilidade pela própria existência e a encontrar um propósito maior para o seu percurso existencial (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 191).

3. Possíveis soluções, sugestões ou formas de enfrentamento do problema

Para o enfrentamento dos quatro pontos cegos da Justiça Restaurativa, atrás descritos, Hansen e Umbreit propõem que os facilitadores dos diálogos restaurativos fomentem nas vítimas, nos ofensores e nos membros da comunidade a descoberta e a construção do sentido, mediante a aplicação, antes e depois dos diálogos restaurativos, destas técnicas criadas e desenvolvidas na seara da Logoterapia⁷, criada pelo psiquiatra e neurologista austríaco Viktor Emil Frankl (1905-1997) (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 193-196):

⁴ “[...] the immediate causes of crime [...]” (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 190, tradução livre).

⁵ “[...] details related to crimes [...]” (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 190, tradução livre).

⁶ Na seara da Logoterapia, vida quer dizer não só a força interna imanente a todos os seres vivos, do nascimento à morte (a vida recebida), mas também é o valor supremo que confere a cada um a oportunidade de desenvolver suas próprias potencialidades (a vida que se consubstancia em missão, compreendida como uma ação que constitui uma caminhada direcionada ao sentido, conforme as peculiaridades e singularidades irrepetíveis que apresenta para cada pessoa e situação) (GUBERMAN; PÉREZ SOTO, 2005, p. 85 e 146).

⁷ Em verdade, Logoterapia é a denominação abreviada de Logoterapia e Análise Existencial, que não se resume a uma psicoterapia, já que ela também encerra o sólido arcabouço teórico concebido por Frankl (LEWIS, 2016, p. 111-112). Possui reverberações a extrapolarem o campo psicoterapêutico, com ressonância, entre outras, na Medicina (inclusive na Psiquiatria), na Filosofia, na Pedagogia e nas Ciências da Religião, e aspira a constituir o elo faltante entre as Ciências Humanas, “como uma síntese verdadeiramente integradora do homem e da sua missão no mundo” (LUKAS, 2016, p. 8). A adoção do termo encurtado se deveu à necessidade de evitar que o público de língua inglesa a confundisse com a *Daseinanalyse*, proposta pelo psiquiatra suíço Ludwig Binswanger (1881-1966). No panorama logoterápico, *análise existencial* exprime o processo psicológico de adquirir consciência da própria responsabilidade e de enxergar a existência sob o ângulo da responsabilidade, seja a responsabilidade relacionada a questões universais da existência humana (análise existencial geral), como o sentido do trabalho, da morte e do amor, seja a

1. Diálogo socrático. Empregar questionamentos com vistas a ajudar a pessoa a desenvolver sentidos até então não reconhecidos e a “desestabilizar suas atitudes não saudáveis”⁸, valendo-se de logopistas (pistas ou indicações a direcionarem a pessoa para descobrir, por si mesma, a sua própria senda para a (re)construção do sentido), metáforas úteis (*verbi gratia*, fazer de conta que se observa a própria vida como se estivesse a assistir a um filme) e trazendo à consciência recursos espirituais antes abrigados nos recônditos do subconsciente (*exempli gratia*, por meio de expressões artísticas e literárias).

2. Derreflexão. Distanciar as pessoas dos sintomas negativos do seu quadro psicológico.

3. Modulação de atitude. Ressignificar, sob o prisma de um novo olhar, mais significativo, as circunstâncias atinentes ao fato em questão, principalmente aquelas relacionadas a sofrimentos inevitáveis na condição humana.

Assim, Hansen e Umbreit vislumbram a Justiça Regenerativa como a evolução do modelo da Justiça Restaurativa, conjugando-se o plexo teórico e prático desta com a noção de uma justiça gerativa (restauração + geração = regeneração), isto é, uma justiça que abrace a finalidade explícita de fomentar a descoberta e a construção de sentidos para a vida e considere o quanto que a ausência desses sentidos propale as pessoas à prática de ofensas e, por outro lado, o quanto que a presença de tais sentidos as impele a “fazer o que é certo”⁹ (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 185-190 e 197-199).

A formulação de sentido para a vida, conjugando-se liberdade e responsabilidade, configura o principal ponto de convergência e intercâmbio entre os constructos teóricos da Logoterapia e, de outro lado, da Justiça Restaurativa, desdobrada na Justiça Regenerativa.

De plano, nota-se uma firme conexão entre a Logoterapia e as propostas de Justiça Restaurativa e, de modo mais recente, de Justiça Regenerativa, já que a Terceira Escola Vienense de Psicoterapia também é adepta do entendimento de que a pessoa deve assumir responsabilidade pela condução da vida, pelas consequências da sua conduta e por todas as decisões adotadas ao longo do seu itinerário existencial, com autocrítica, sem o recurso a bodes expiatórios, e exercitando esse processo decisório com independência, ao auscultar o chamado ético colhido do âmago de si mesmo, não se pautando pelas pressões sociais nem pela opinião alheia (COSTELLO, 2020, p. 192; HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 192; LUKAS, 1992, p. 88-89; JESUS, 2018, p. 39-

responsabilidade examinada na tessitura específica da vida de determinada pessoa (análise existencial especial) (LEWIS, 2016, p. 111-112).

⁸ “[...] de-stabilize their unhealthy attitudes [...]” (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 193, tradução livre).

⁹ “[...] make things right [...]” (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 186, 188 e 197, tradução livre).

40). Uma das contribuições logoterápicas mais enriquecedoras ao modelo regenerativo é a concepção do otimismo trágico, (1) a atribuir ao ser humano a habilidade de fazer das vivências de sofrimento e dor pontos de partida para o alcance de singulares realizações, (2) de transmutar o sentimento de culpa em uma motivação para uma mudança pessoal positiva sob o prisma do automelhoramento e (3) de aproveitar o caráter transitório da vida humana como um incentivo para agir no momento presente, desvencilhando-se de posturas procrastinatórias (LEWIS, 2016, p. 116).

Aprofundando-se essa reflexão, conforme se depreende do ensinamento de Luciano Marques de Jesus, aspecto fulcral da Logoterapia é a interface da responsabilidade com a liberdade, indissociável para que o exercício da cidadania adquira completude e maturidade, dentro da perspectiva que os seres humanos possuem o potencial de nortear a sua existência em torno de determinado conjunto de ideias, sentimentos e valores pelos quais poderão até sacrificar a própria vida, se necessário (JESUS, 2018, p. 39-40).

A Justiça Restaurativa, aprimorada sob a forma de Justiça Regenerativa, deve haurir da Logoterapia este notável contributo ao interesse geral da humanidade, que é o de como propiciar parâmetros, técnicas, alicerces filosóficos, subsídios axiológicos e horizontes hermenêuticos, para que as pessoas situadas no lugar de vítimas, de agressores ou de terceiros (*in exemplis*, membros da comunidade afetados, ainda que de modo indireto, por determinada ofensa), possam (re)adquirir sentido¹⁰ em suas vidas, (re)descobrimo e dando concretude no plano fático, na relação com o outro e consigo próprio, de valores que constituem o sentido da vida, assim tripartidos (GUBERMAN; PÉREZ SOTO, 2005, p. 128, 145-146; JESUS, 2018, p. 35-37 e 43-46; LEWIS, 2016, p. 112):

(a) valores criativos (o contributo de cada um ao mundo, por intermédio do seu modo de ser, ao atuar, de forma concreta, nos âmbitos profissional, cultural, artístico, científico, religioso, desportivo, comunitário, social, do voluntariado, do humanismo e do humanitarismo, por exemplo);

¹⁰ No panorama da Logoterapia, o sentido corresponde a um determinado valor que, ao se expressar, de maneira concreta, em cada situação, reveste-se de tonalidades singulares e únicas, próprias daquela circunstância. O sentido se encontra, de início, em potência, de modo que a pessoa, sendo um ser que se orienta para o sentido e anela por valores, necessita atualizá-lo, ao compreender como esse sentido se manifesta na contextura com a qual ela se depara no aqui-agora e vislumbrar sentido não só “no que é” (“[...] en lo que es [...]”), como também no que “pode ser” (“[...] lo que puede ser [...]”) (GUBERMAN; PÉREZ SOTO, 2005, p. 127-128 e 147).

(b) valores vivenciais ou experienciais (o que se acolhe da mundanidade, tais quais as manifestações filosóficas, artísticas, literárias e musicais, os vínculos de afeto e o contato, por meio dos sentidos, com a natureza);

(c) valores atitudinais (a possibilidade de o indivíduo mudar a si mesmo, como alternativa plausível e exequível de enfrentamento de fatores e processos externos a si que o transpassam, como as circunstâncias em que a dor e o sofrimento assomam de molde inevitável, de sorte que, apesar de se deparar com um acontecimento trágico que é alheio à sua vontade, em outras palavras, uma imposição do destino, possa dar um sentido a essa dor ou sofrimento, para que tragédias pessoais se tornem triunfos em termos de autossuperação).

A seguir, aprofundam-se os conceitos de diálogo socrático, de derreflexão e de modulação de atitude, conforme a literatura científica contemporânea especializada em Logoterapia. Após, menciona-se como Hansen e Umbreit entendem que essas três técnicas logoterápicas podem ajudar os facilitadores dos diálogos restaurativos (convolados em diálogos regenerativos).

3.1. *Diálogo socrático*

Principal e mais recorrente técnica logoterápica, o diálogo socrático consiste em adaptar o método da maiêutica de Sócrates¹¹, com base em um feixe aberto e plural de técnicas, acolhedor da criatividade e de improvisações, com o intuito de indagar das pessoas acerca do que há de primordial nas suas metas existenciais e no sentido das suas vidas, bem como de questionar o seu conhecimento, as suas convicções e as suas interpretações do sentido subjetivo, personalíssimo, peculiar a cada um, do que é o certo, do que é a verdade e do que é a realidade (BRAT, 2013, p. 109; COOPER, 2006, p. 56-57; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 351; LEONTIEV, 2016, p. 285; MASON, 2014, p. 44; SHARF, 2012, p. 185-186; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 34-35).

Suscitam-se frases confrontacionais, perguntas provocativas e estimulação mental, entre outras técnicas, por vezes desestabilizadoras, para coadjuvá-las a edificarem uma compreensão

¹¹ Consoante se infere do diálogo entre Sócrates e o jovem matemático Teeteto, narrado por Platão, a maiêutica, nessa tessitura, concerne à “arte de parir”, ou seja, ao processo dialético de “busca permanente do conhecimento”, que “pode transformar um homem que nada conhece ou que conhece apenas ilusões falsas em alguém que conhece verdadeiramente” (CASTRO, 2017, p. 413). Nesse contexto, percebe-se, no diálogo *Teeteto* (150a a 150d e 151a a 151c), que o ato de partejar a que se refere Sócrates é o de se abster de apresentar opiniões pessoais e, ao mesmo tempo, interrogar os outros, de sorte que os interlocutores descubram, por si mesmos, “as coisas belas que põem no mundo”, concitando-os, notadamente os jovens, a distinguir a quimera e a falsidade do “fruto legítimo e verdadeiro”, a custo, em certas situações, de “dores lancinantes” e de andar “dia e noite desorientados” (PLATÃO, 1973, p. 30-31).

mais apurada e menos unilateral do contexto atual em que se inserem e um entendimento lúcido de situações que antes lhes pareciam incompreensíveis, e propiciá-las novo significado ao momento presente das suas vidas, haurindo-se essa sabedoria interior do inconsciente ao consciente, de maneira que, mediante esse diálogo, possam trazer de dentro de si as respostas necessárias para conduzir suas vidas com sentido, propósito e responsabilidade, desnudando-se novas veredas para a autorrealização¹², à proporção que se tornam menos centradas em si mesmas e mais sensíveis ao mundo, a acontecimentos externos, ao universo de outras pessoas e à perseguição de metas existenciais (BRAT, 2013, p. 109; COOPER, 2006, p. 56-57; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 351; LEONTIEV, 2016, p. 285; MASON, 2014, p. 44; SHARF, 2012, p. 185-186; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 34-35).

Com isso, passa-se a divisar um sentido positivo até em vivências marcadas pela dor, pelo sofrimento e pelo sacrifício (BRAT, 2013, p. 109; COOPER, 2006, p. 56-57; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 351; LEONTIEV, 2016, p. 285; MASON, 2014, p. 44; SHARF, 2012, p. 185-186; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 34-35).

Nesse processo dialógico e reflexivo, as pessoas constroem um novo olhar de si mesmas, de outrem, do mundo que as cerca e as atravessa e dos seus percursos e possibilidades existenciais, dando-se conta de um conhecimento de si mesmas preexistente e não admitido até então, incluindo-se virtudes, habilidades e pendores, bem como de decisões inconscientes e de expectativas e esperanças reprimidas, além de “pressuposições não saudáveis”¹³ que cultivaram, muitas vezes de forma inconsciente, inclusive crenças falsas na inevitabilidade e na impossibilidade de mudarem o seu itinerário existencial (BRAT, 2013, p. 109; COOPER, 2006, p. 56-57; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 351; LEONTIEV, 2016, p. 285; MASON, 2014, p. 44; SHARF, 2012, p. 185-186; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 34-35).

3.2. *Derreflexão*

A derreflexão é a abordagem terapêutica concebida por Frankl que convida a pessoa a mudar o foco da sua paisagem psíquica, quando se encontra demasiadamente voltada a si mesma,

¹² Na contextura da Logoterapia, a autorrealização vem à baila quando a pessoa descobre sentido em sua existência e dá vazão aos seus valores, em harmonia com a sua essência, concretizando a possibilidade axiológica que a vida lhe reserva (GUBERMAN; PÉREZ SOTO, 2005, p. 23). Postula-se que o ser humano “está sempre se movendo em busca de um sentido de seu viver” e, ao responder “às questões que a vida lhe coloca”, “realiza os significados que a vida lhe oferece” (FRANKL, 2005, p. 29).

¹³ “[...] unhealthy presuppositions [...]” (STAY, 2016, p. 34, tradução livre).

em estado de hiperreflexão, por vezes centrada em fixações relacionadas a ansiedades, histrionia ou depressão, a emoções dolorosas, a problemas que considera de difícil ou improvável resolução, a crenças fatalistas oriundas de experiências negativas do seu passado ou a uma tendência compulsiva de observação de si mesma e das questões peculiares de si própria, a agravar sintomas e potencializar o peso psíquico de desafios e dificuldades (AMELI, 2016, p. 204; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 388-389; LÄNGLE, 2019, p. 306; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 345; LEWIS, 2016, p. 109; MADDI, 2012, p. 72; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 35; STEINERT; GAWEL; LÄNGLE, 2019, p. 375; SHARF, 2012, p. 185-186; WONG, 2012, p. 620).

Desloca-se a sua atenção, saindo da ênfase excessiva em torno do seu universo interior e de problemáticas aparentemente complexas ou insolúveis do seu cotidiano e da sua psique, em direção a circunstâncias de natureza externa (alheias à pessoa), atinentes ao contexto de outrem, ou de abrangência integral (internas e, ao mesmo tempo, externas à pessoa, a atravessá-la), pertinentes a uma conjuntura geral, a alcançar o todo (AMELI, 2016, p. 204; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 388-389; LÄNGLE, 2019, p. 306; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 345; LEWIS, 2016, p. 109; MADDI, 2012, p. 72; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 35; STEINERT; GAWEL; LÄNGLE, 2019, p. 375; SHARF, 2012, p. 185-186; WONG, 2012, p. 620).

A pedra de toque da derreflexão é a autotranscendência (considerada a essência do existir humano e o ponto de partida para a autorrealização), que exprime o movimento de a pessoa desbordar e se distanciar de si mesma, deixando em segundo plano as suas próprias necessidades, enquanto se entrega ao mundo, mobilizando-se na direção do encontro com o outro e em prol de um sentido que busca contemplar e de valores que anseia por desenvolver (GUBERMAN; PÉREZ SOTO, 2005, p. 24; LEWIS, 2016, p. 114)¹⁴.

De molde gradual, ao contemplar horizontes mais amplos e de viés positivo, para além de si mesmo, a abarcar outras pessoas e eventos a ultrapassarem as cercanias do seu mundo individual, o ser humano, ao edificar uma nova relação consigo próprio e com o outro, apurando a escuta e a florando o cuidado não só consigo, mas com aqueles com quem convive no dia a dia, com a sua comunidade, com a sociedade em geral e com a natureza, descobre novos sentidos e propósitos para o aqui-agora e para a concretude da sua existência, por meio de atividades e metas de curto, médio e longo prazos, significativas à luz da sua própria escala hierárquica de valores, que se

¹⁴ Nas palavras do fundador da Terceira Escola de Psicoterapia de Viena, o ser humano “transcende a si mesmo tanto em direção a um outro ser humano, quanto em busca do sentido” (FRANKL, 2011, p. 29). Em outros dizeres, ressalta Elizabeth Lukas que, na Logoterapia, a transcendência consiste no ponto culminante do desenvolvimento da existência do ser humano, à proporção que passa a pensar e a agir acima e para além de si próprio, ao direcionar o seu existir em prol da realização de uma determinada tarefa ou em benefício de outras pessoas (LUKAS, 1989, p. 56).

tornam mais importantes para si que facetas do seu cotidiano consideradas desfavoráveis a si mesmo, limitantes, desagradáveis ou incomodativas (AMELI, 2016, p. 204; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 388-389; LÄNGLE, 2019, p. 306; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 345; LEWIS, 2016, p. 109; MADDI, 2012, p. 72; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 35; STEINERT; GAWEL; LÄNGLE, 2019, p. 375; SHARF, 2012, p. 185-186; WONG, 2012, p. 620).

Almeja-se não só atenuar o egocentrismo e a atenção exagerada do indivíduo em seu *self* e em sintomas negativos do seu quadro psicológico atual, mas, também, pretende-se que vá além da questão afligente, mobilizado por metas existenciais de elevada estatura axiológica, deixando de pensar ou pensando menos naquilo que supostamente há de errado consigo e com a sua vida, ao priorizar o que há de positivo e promissor em si e no momento presente da sua existência e, sobretudo, recentralizando-se em derredor do que lhe proporciona sentido e propósito (AMELI, 2016, p. 204; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 388-389; LÄNGLE, 2019, p. 306; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 345; LEWIS, 2016, p. 109; MADDI, 2012, p. 72; SMITH, 2012; STAY, 2016, p. 35; STEINERT; GAWEL; LÄNGLE, 2019, p. 375; SHARF, 2012, p. 185-186; WONG, 2012, p. 620).

3.3. Modulação de atitude

A modulação de atitude, também chamada de modificação de atitudes ou modulação atitudinal, é uma contribuição ao arcabouço logoterápico aventada em 1980 pela psicóloga austríaca, radicada na Alemanha, Elisabeth Lukas (1942-), discípula de Frankl e uma das figuras referencias da Logoterapia contemporânea (AMELI; DATTILIO, 2013, p. 289; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 351; LEWIS, 2016, p. 108). Em essência, intenta-se converter uma atitude psicologicamente não saudável em uma atitude psicologicamente saudável ou, ainda, transformar motivações neuróticas em motivações saudáveis (LEWIS, 2016, p. 108; SHARF, 2012, p. 185).

Parcela da literatura científica especializada em Logoterapia a considera uma espécie de diálogo socrático, por intermédio do qual o terapeuta guia o terapeutizando a desenvolver, no bojo de uma relação terapêutica lastreada na empatia, um diálogo de âmbitos interno e externo que lhe faculta, de modo espontâneo, prospectar valores pessoais dotados de sentido, perquirir a gama disponível de “perspectivas, opções, atitudes e ações”¹⁵ e trazer à tona habilidades e competências

¹⁵ “[...] available perspectives, options, attitudes, and actions” (AMELI; DATTILIO, 2013, p. 389-390, tradução livre).

que o conscientizem da própria autenticidade e integridade (AMELI; DATTILIO, 2013, p. 389-390; LÄNGLE; KLAASSEN, 2019, p. 345; LEONTIEV, 2016, p. 284).

É uma técnica estribada quer no controle e no direcionamento da atitude, quer no cultivo de ações e pensamentos untados de sentido que potencializem a felicidade e o bem-estar subjetivos, à medida que a pessoa se dá conta do que há na vida de significativo, de autêntico e de positivo e passa a identificar valores atitudinais, experienciais e/ou criativos com os quais possui afinidade e que almeja florescer. Aplica-se a processos psicológicos relacionados aos sentimentos de culpa, de perda, de luto e de desespero, à depressão, à ideação suicida, às mais diversas expressões de neurose e de sofrimento e a doenças graves e terminais (AMELI, 2016, p. 206-207; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 389-390; MASON, 2014, p. 45).

Sensibiliza-se a pessoa a manter uma atitude positiva em situação trágicas, tendo-se em mira a capacidade de o ser humano resistir a circunstâncias adversas e de transformar o sofrimento em triunfo pessoal (autossuperação), ao elaborar um sentido positivo para a vivência de circunstâncias aflitivas, à medida que percebe oportunidades positivas no presente, não comprometidas pelo evento negativo, e passa a divisar, para o futuro, perspectivas positivas, apesar do fato negativo e a propósito dele, ou seja, fazendo da ocorrência negativa o ensejo, o ponto de largada e a alavanca para uma experiência positiva (AMELI, 2016, p. 206-207).

Visa-se a semear no indivíduo a abertura psicológica para uma nova formulação do sentido da vida, à proporção que a pessoa reflete sobre como pode exercer a sua liberdade de escolha, levando em conta as opções disponíveis, em prol do que é positivo, autêntico e significativo para si mesma, consoante a sua escala hierárquica de valores (AMELI, 2016, p. 206-207; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 389-390; MASON, 2014, p. 44-45; SMITH *et al.*, 2016, p. 350).

Insta-se a pessoa a florescer em si novas atitudes, mais saudáveis sob o prisma psicológico, nas situações em que se defronta com fatores e processos externos negativos que lhe acarretam inevitável sofrimento (AMELI, 2016, p. 206-207; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 389-390). Também se instiga o indivíduo a aprimorar a sua atitude, ativando em si o ânimo de propiciar sentido ao próprio existir, nas ocasiões em que se depara com o vácuo ou vazio existencial, ou seja, nas circunstâncias em que não consegue enxergar valores, propósitos e atividades que, em sua óptica, fariam a sua vida valer a pena ser vivida (AMELI, 2016, p. 206-207; AMELI; DATTILIO, 2013, p. 389-390).

A pessoa é incentivada a (a) definir, de forma clara, qual é o seu comportamento entendido como problemático, (b) delimitar a sua margem de liberdade no contexto em apreço, (c) listar as opções disponíveis naquela tessitura, (d) selecionar, em seguida, as opções disponíveis dotadas de

maior significado, conforme a sua própria hierarquia de valores e tendo em mira as eventuais repercussões daquelas opções na esfera alheia (avaliação consequencialista), e (e) implementar a opção que considerou a mais significativa em termos de sentido, propósito e valores (AMELI, 2016, p. 206-207).

3.4. Qual a importância das técnicas logoterápicas para os facilitadores dos diálogos restaurativos?

A adaptação das técnicas logoterápicas dos diálogos socráticos, da derreflexão e da modulação de atitudes, pelos facilitadores dos diálogos restaurativos (modificados para diálogos regenerativos), poderão lhes ser úteis sob dois aspectos (HANSEN; UMBREIT, 2018, p. 204):

1. Os facilitadores dos diálogos restaurativos (tornados diálogos regenerativos) terão uma compreensão mais ampla das ofensas e dos seus efeitos nos casos concretos em que atuarem, ao correlacioná-los com a necessidade humana de construção de sentido, uma vez que a ausência de sentido, por vezes associada à frustração¹⁶ e ao vácuo existenciais, possui relevo na seara da prevenção criminal, já que, frequentemente, motiva a pessoa a adentrar o mundo do crime e retroalimenta a sua permanência nesse universo da violência e da criminalidade.

2. Por outro lado, estarão equipados de mais recursos técnicos para ajudar os participantes dos diálogos restaurativos (convolados em diálogos regenerativos) a identificarem sentidos pacíficos nas e para as suas vidas, bem como metas, propósitos e um senso de direção, de maneira que possam dar prosseguimento às suas existências fazendo escolhas que lhes façam sentido e sejam congruentes com os valores de cada um.

Assim, franqueia-se à literatura científica especializada em Justiça Restaurativa, a partir do contributo de Hansen e Umbreit, um ponto de partida plausível para se pensar como adaptar as

¹⁶ Aos olhos da Logoterapia, a frustração existencial diz respeito à ausência de sentido e ao vazio existencial, de que podem ser sintomas a apatia, o tédio e problemas de saúde mental, e decorre da circunstância de o indivíduo não encontrar propósito e sentido em sua vida nem concretizá-los em seu dia a dia (LEWIS, 2016, p. 109-110 e 116). A frustração existencial duradoura ou recorrente sedimenta a neurose noogênica, caracterizada justamente pelo “sentimento de vazio interior”, pela indiferença e passividade, pela “mentalidade consumista” e de “caça ao prazer”, pelo fastio e “tédio permanente” e pelo “sentimento crônico de absurdo” (LUKAS, 1989, p. 168). Segundo se infere do pensamento de Frankl, elevados níveis de frustração existencial constituem um dos mais significativos fatores criminógenos: “Nesse contexto, cabe finalmente citar Black e Gregson, estudiosos da Nova Zelândia. Segundo eles, os criminosos apresentam um grau de frustração existencial substancialmente superior à média da população. Casa-se bem com isso o trabalho realizado por Barber entre jovens criminosos levados a seu centro de reabilitação californiano e tratados com o método da logoterapia: reduziu-se aí o índice de reincidência de 40% para 17%.” (FRANKL, 2015, p. 17)

técnicas terapêuticas da Logoterapia à contextura específica dos diálogos restaurativos (revistos como diálogos regenerativos).

4. Considerações Finais

A essência da Justiça Regenerativa impregna-se de um cariz marcadamente existencialista, porquanto reside na (re)construção de sentido para o existir e do projeto de vida, bem como das diversas facetas da vida de relação afetadas pela ocorrência do delito, em benefício seja da vítima, seja do ofensor, seja daqueles outros inseridos na mesma comunidade e, em uma perspectiva mais ampla, de toda a sociedade.

A Justiça Regenerativa é um aperfeiçoamento do modelo de Justiça Restaurativa influenciada por contributos da Logoterapia, não só quanto à adaptação das técnicas e dos procedimentos relacionados ao diálogo socrático, à derreflexão e à modulação de atitude, mas também em relação a equipar as pessoas para o exercício da liberdade com responsabilidade, para o enfrentamento das vicissitudes humanas de modo positivo e para a busca de sentido para a vida nos múltiplos painéis em que se manifestam a subjetividade e a coexistência comunitária e social.

A Justiça Restaurativa, transformada em Justiça Regenerativa, é a possibilidade exequível de uma verdadeira prevenção geral e especial do fenómeno criminoso e dos fatores e processos criminógenos em consonância com a dignidade da pessoa humana, de maneira que o exercício da liberdade e da responsabilidade (ressignificado na transformação dos diálogos restaurativos em diálogos regenerativos), intermediado por atores comunitários e sociais, consubstancie um meio de cauterizar e revitalizar o tecido social e de (re)construir relações intrapessoais e interpessoais que possa oferecer à humanidade e às atuais e futuras gerações um caminho factível e consistente para fomentar, se não o abolicionismo penal, ao menos o minimalismo penal e para desenvolver programas de longo prazo, de cunho intergeracional, que promovam a formação humana e os valores da liberdade, da responsabilidade, da cidadania, da paz, da compaixão, da empatia, do perdão, da alteridade, da fraternidade e da solidariedade.

Referências

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. Levando a justiça restaurativa à [sic] sério: análise crítica de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Revista*

Eletrônica Direito e Sociedade (REDES), Canoas, v. 5, n. 2, p. 279-289, nov. 2017. DOI: 10.18316/redes.v5i2.4258.

AMELI, Matti. Integrating Logotherapy with Cognitive Behavior Therapy: A Worthy Challenge. In: BATTHYÁNY, Alexander. *Logotherapy and Existential Analysis: Proceedings of the Viktor Frankl Institute Vienna*. Vienna: Springer, 2016, v. 1. p. 197-217. DOI: 10.1007/978-3-319-29424-7_18.

AMELI, Matti; DATTILIO, Frank M. Enhancing Cognitive Behavior Therapy With Logotherapy: Techniques for Clinical Practice. *Psychotherapy [PST]*, Washington, D. C., Chicago, v. 50, n. 3, p. 387-391, Sep. 2013. DOI: 10.1037/a0033394.

AMSTUTZ, Lorraine Stutzman. *Encontros vítima-ofensor: reunindo vítimas e ofensores para dialogar*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2019. 101 p. (Série Da Reflexão à Ação)

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. Alternativas de resolução de conflitos e justiça restaurativa no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, v. 25, n. 101, p. 173-194, mai. 2014. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i101p173-184.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário da Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (DJe/CNJ)*, Brasília, DF, v. 10, n. 91, p. 28-33, 2 jun. 2016 (disponibilizado), 3 jun. 2016 (considerado publicado). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em: 24 mai. 2020a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 300, de 29 de novembro de 2019. Acrescenta os artigos 28-A 28-B à Resolução CNJ nº 225, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário da Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (DJe/CNJ)*, Brasília, DF, v. 13, n. 269, p. 4-5, 31 dez. 2019 (disponibilizado), 01. jan. 2020 (considerado publicado). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em: 24 mai. 2020b.

BRASIL. Lei Federal nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, v. 149, n. 14, p. 3-8, 19 jan. 2012. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, v. 149, n. 15, p. 8, 20 jan. 2012 [retificação]. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 mai. 2020c.

BRAT, Paul J. Logotherapy in the Care of the Terminally Ill. In: KIMBLE, Melvin A. *Viktor Frankl's Contribution to Spirituality and Aging*. 2nd. ed. New York: Routledge, 2013. p. 103-117.

BRITTO, Adriana de. *Justiça Restaurativa e execução penal: reintegração social e sindicâncias disciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 140 p.

CARVALHO, Thiago Fabres de; ANGELO, Natieli Giorisatto de; BOLDT, Raphael. *Criminologia e Justiça Restaurativa no capitalismo periférico*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. 240 p.

CASTRO, Hedgar Lopes. A educação no *Teeteto* de Platão: um estudo sobre a epistemologia do ensino e da aprendizagem. *Revista Ideação*, Feira de Santana, Edição Especial, 2017. DOI: 10.13102/ideac.v0i0.3003.

COOPER, Mick. *Existential Therapies*. London: SAGE, 2003. 192 p.

COSTELLO, Stephen J. *Applied Logotherapy: Viktor Frankl's Philosophical Psychology*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2019. 233 p.

FRANKL, Viktor. *A vontade de sentido: fundamentos e aplicações da Logoterapia*. Tradução de Ivo Studart Pereira. 5. reimp. São Paulo: Paulus, 2020. 223 p.

FRANKL, Viktor E. *O sofrimento de uma vida sem sentido: caminhos para encontrar a razão de viver*. Tradução de Karleno Bocarro. Revisão técnica de Nilsy Helena. São Paulo: É Realizações, 2015. 128 p.

FRANKL, Viktor E. *Um sentido para a vida: psicoterapia e humanismo*. Tradução de Victor Hugo Silveira Lapenta. 26. reimp. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2005. 175 p.

HANSEN, Toran; UMBREIT, Mark. Regenerative justice, beyond restoring. *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, Didcot, v. 21, n. 2, p. 185-207, Apr.-May 2018. DOI: 10.1080/10282580.2018.1455508.

JESUS, Luciano Marques de. *Qual é o sentido?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2020. 77 p.

LÄNGLE, Alfried. Frankl, Viktor Emil. In: LOPEZ, Shane J. (Ed.). *The Encyclopedia of Positive Psychology*. Chichester: Blackwell, 2009, v. 1. p. 412-413.

LÄNGLE, Alfried. Logotherapy and Existential Analysis. In: DEURZEN, Emmy van; CRAIG, Erik; LÄNGLE, Alfried; SCHNEIDER, Kirk J.; TANTAM, Digby; DU PLOCK, Simon (Ed.). *The Wiley World Handbook of Existential Therapy*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2019. In: Part IV, p. 305-307.

LÄNGLE, Silvia; KLAASSEN, Derrick. Logotherapy and Existential Analysis: Method and Practice. In: DEURZEN, Emmy van; CRAIG, Erik; LÄNGLE, Alfried; SCHNEIDER, Kirk J.; TANTAM, Digby; DU PLOCK, Simon (Ed.). *The Wiley World Handbook of Existential Therapy*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2019. Chap. 21, p. 341-355.

LEONTIEV, Dmitry. Logotherapy Beyond Psychotherapy: Dealing with the Spiritual Dimension. In: BATTYÁNY, Alexander. *Logotherapy and Existential Analysis: Proceedings of the Viktor Frankl Institute Vienna*. Vienna: Springer, 2016, v. 1. p. 277-290. DOI: 10.1007/978-3-319-29424-7_24.

LEWIS, Marshall H. Logotherapy and existential analysis: A glossary of English terms. *The International Forum for Logotherapy*, Berkeley, v. 39, n. 2, p. 108-118, Fall 2016.

LUKAS, Elizabeth. *Logoterapia: a força desafiadora do espírito: métodos de Logoterapia*. Tradução de José de Sá Porto. Revisão de Silvana Cobucci. São Paulo: Loyola; Santos: Leopoldianum, 1989. 237 p.

LUKAS, Elizabeth. *Prevenção psicológica: a prevenção de crises e a proteção do mundo interior do ponto de vista da Logoterapia*. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Revisão técnica de Helga Hinkelnickel Reinhold. São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 1992. 302 p. (Coleção Logoterapia, v. 7)

LUKAS, Elizabeth. *Psicologia espiritual: fontes de uma vida plena de sentido*. Tradução de Edwino Royer. Revisão de Carlos Roberto Codonhato. 5. reimp. São Paulo: Paulus, 2016. 193 p. (Coleção Psicologia Prática)

MADDI, Salvatore R. Creating Meaning Through Making Decisions. In: WONG, Paul T. P. (Ed.). *The Human Quest of Meaning: Theories, Research and Applications*. 2nd. ed. New York: Taylor & Francis, 2012. Chap. 3, p. 57-80.

MASON, Henry D. The Use of Logo-analysis in a Student Counselling Context. *Journal of Counselling and Development in Higher Education Southern Africa*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 41-50, 2014. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.849.4997&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MORAIS, Jéssica Neves de Almeida. *Justiça Restaurativa: o reencontro com a legitimidade e suas possibilidades no sistema penal brasileiro*. Andradina: Meraki, 2020. 72 p.

OUDSHOORN, Judah; AMSTUTZ, Lorraine Stutzman; JACKETT, Michelle. *Justiça Restaurativa em casos de abuso sexual: esperança na superação do trauma*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2019. 127 p. (Série Da Reflexão à Ação)

PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 356 p.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. 217 p. (Coleção Monografia de Ciências Criminais do IBCCRIM, v. 52)

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Teoría y práctica de la justicia restaurativa en Brasil. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales (REDHES)*, Sevilla; Aguascalientes; Tuxtla Gutiérrez, v. 7, n. 13, p. 17-29, ene.-jun. 2015. Disponível em: <<http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%2013/Redhes13-01.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

GUBERMAN, Marta; PÉREZ SOTO, Eugenio. *Diccionario de logoterapia*. Buenos Aires: Lumen Hvmanitas, 2005. 192 p.

PLATÃO. *Diálogos: Teeteto – Crátilo*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Edição comemorativa do sesquicentenário da adesão do Pará à independência do Brasil. Belém: UFPA, 1973, v. 9. 195 p.

POMPEU, Victor Marcilio. *Justiça Restaurativa: alternativa de reintegração e de ressocialização*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 228 p.

PORTUGAL. Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. Cria um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1459A0006&nid=1459&tab_ela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 20 out. 2020.

SHARF, Richard S. *Theories of Psychotherapy and Counseling: Concepts and Cases*. 5th. ed. Belmont: Brooks/Cole, Cengage Learning, 2012. 735 p.

SMITH, Aaron. Innovative Applications of Logotherapy for Military-Related PTSD. *Ideas and Research You Can Use: VISTAS On-Line*, Alexandria, v. 8, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.counseling.org/knowledge-center/vistas/by-subject2/vistas-veterans/docs/default-source/vistas/vistas_2012_article_5>. Acesso em: 18 abr. 2020.

SMITH, Jasset C.; HYMAN, Scott M.; ANDRES-HYMAN, Raquel C.; RUIZ, Jessica J.; DAVIDSON, Larry. Applying Recovery Principles to the Treatment of Trauma. *Professional Psychology: Research and Practice*, Washington, D. C., v. 47, n. 5, p. 347-355, Oct. 2016. DOI: 10.1037/pro0000105.

STAY, Birgitta. Taking a Deeper Look: Identifying and managing the meaning crisis in challenging behavior through logotherapy. *Relational Child & Youth Child Care Practice*. Quebec, v. 29, n. 4, p. 29-39, Oct.-Dec. 2016. Disponível em: <<https://www.cyc-net.org/Journals/rcycp/index.html>>. Acesso em: 18 Apr. 2020.

STEINERT, Karin; GAWEL, Barbara; LÄNGLE, Silvia. Key Texts: From Frankl to Längle. In: DEURZEN, Emmy van; CRAIG, Erik; LÄNGLE, Alfried; SCHNEIDER, Kirk J.; TANTAM, Digby; DU PLOCK, Simon (Ed.). *The Wiley World Handbook of Existential Therapy*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2019. Chap. 23, p. 369-380.

UMBREIT, Mark S.; VOS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth. Restorative justice: an empirically grounded movement facing many opportunities and pitfalls. *Cardozo Journal of Conflict Resolution (CJCR)*, New York, v. 8, n. 2, p. 511-564, Spring 2007.

VARNHAM, Sally. Keeping them connected: restorative justice in schools in Australia & New Zealand – What progress? *Australia & New Zealand Journal of Law and Education*, Hobart, v. 13, n. 1, p. 71-82, 2008. Disponível em: <https://www.anzela.edu.au/assets/anzjle_vol_13.1_-_5_varnham.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

WONG, Paul T. P. From Logotherapy to Meaning-Centered Counseling Therapy. In: WONG, Paul T. P. (Ed.). *The Human Quest of Meaning: Theories, Research, and Applications*. 2nd. ed. New York: Taylor & Francis, 2012. Chap. 28, p. 619-647.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020a. 121 p. (Série da Reflexão à Ação)

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo: edição do 25º aniversário*. Tradução de Tônia Van Acker. 4. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020b. 335 p. (Série da Reflexão à Ação)

Um novo paradigma de assistência às vítimas de crimes e a proteção dos direitos humanos pela Defensoria Pública

A new paradigm of assistance to victims of crimes and the protection of human rights by Defensorship

Bianca Cobucci Rosiere^{*}

Antonio Carlos Ayrosa Rosière Júnior^{**}

Resumo: Os casos de violência no Brasil revelam grave problema de segurança pública, provocam alto custo para o orçamento estatal e atrasam o desenvolvimento econômico e social. Ao mesmo tempo, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê medidas suficientes para restabelecer a dignidade das vítimas de crimes. Nesse contexto, o presente artigo tem por finalidade demonstrar a imprescindibilidade do surgimento de um novo paradigma de política pública de assistência às vítimas de crimes e amparado no reconhecimento da vulnerabilidade. Para além, busca demonstrar as possibilidades de atuação da Defensoria Pública, como instituição protetora dos direitos humanos, com vistas a assegurar o acesso à justiça por esse grupo de vulneráveis.

Palavras-chave: Política pública, Violência, Vítima, Assistência, Defensoria Pública.

Abstract: The cases of violence in Brazil shows a serious threat to public security, they cause high costs to the state budget, and postpone economic and social development. At the same time, the Brazilian legal framework does not provide enough measures to restore the dignity of victims of crime. In this context, this article aims to demonstrate the essential need for the emergence of a new paradigm of public policy to assist victims of crime, based on the recognition of vulnerability. In addition, it seeks to establish possibilities of action of the Defensorship as an institution protecting human rights with a view to ensuring access to justice for this vulnerable group.

Keywords: Public policy, Violence, Victim, Assistance, Public Defensorship.

Recebido em: 01/12/2020
Aprovado em: 04/12/2020

Como citar este artigo:
ROSIERE, Bianca Cobucci;
ROSIÈRE JÚNIOR, Antonio
Carlos Ayrosa. Um novo
paradigma de assistência
às vítimas de crimes e a
proteção dos direitos
humanos pela Defensoria
Pública. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 2, n. 3, 2020, p. 127-150.

^{*}Defensora Pública do
Distrito Federal. Mestre em
Políticas Públicas pelo
Uniceub. Coordenadora do
Programa Cidadania Bilingue
para capacitação jurídica dos
intérpretes de libras.
Professora da Escola da
Defensoria Pública do
Distrito Federal (Easjur).

^{**}Analista jurídico da DPDF.
Pós-graduado em Direito.

Introdução

O presente artigo objetiva discorrer sobre a necessidade do surgimento de um novo paradigma de política pública fundamentado no reconhecimento da vulnerabilidade das vítimas de crimes. Pensar na vítima enquanto sujeito de direitos, não como meio de prova do sistema criminal, é essencial para resguardar a dignidade daquela que sofre os efeitos perversos da conduta criminosa, relacionada à falha do Estado na prestação da segurança pública, reconhecida como direito fundamental do cidadão¹.

Será demonstrado, pelo método dedutivo, que as vítimas de crimes são carentes de uma política pública de atenção integral por parte Estado e que a superação do atual paradigma é necessária. A metodologia empregada consiste em pesquisas bibliográficas e análises do ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

Nesse sentido, apresentaremos a definição de vítima de criminalidade, conforme previsto na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, bem como os dados referentes ao crescimento acelerado da violência no Brasil, onde a maioria das vítimas de crimes violentos são jovens e negros, além dos custos econômicos que afetam o desenvolvimento econômico e social do país, em um círculo vicioso.

Em seguida, demonstraremos que as normas assecuratórias dos direitos das vítimas de crimes no Brasil são insuficientes para coibir a vitimização secundária e precisam ser atualizadas a fim de contemplarem alterações previstas em projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, que avançam para um novo paradigma de política pública concentrado na atenção integral a esse grupo de pessoas vulneráveis, como nos Estados Unidos e na União Europeia.

Nossa experiência de trabalho na Defensoria Pública do Distrito Federal, nos últimos anos, permitiu-nos refletir acerca do papel constitucional desse órgão no que tange a promoção e defesa dos direitos humanos, incluindo nesse desenho institucional os direitos das vítimas de crimes, haja

¹ A segurança pública constitui direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal, que assim estabelece: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

vista a condição de vulnerável, como determinam a Constituição Federal, a Lei Complementar n. 80/94², e as 100 Regras de Brasília³.

Pretende-se com o presente texto argumentar que o atual ordenamento jurídico brasileiro, além de não restabelecer a dignidade da vítima, tampouco serve para a consecução da justiça. Desse modo, entende-se necessário o surgimento de um novo paradigma de política pública baseado no reconhecimento da condição de vulnerabilidade das vítimas de crimes, inclusive garantindo-lhes a promoção e defesa dos seus direitos pela Defensoria Pública.

1. Conceito de vítimas da criminalidade segundo a Organização das Nações Unidas

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, adotou a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.

Consideram-se vítimas, segundo a Resolução, as pessoas que sofreram prejuízo, “nomeadamente um atentado à integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou omissões violadores das leis”. Além de quem sofreu a violência, a Resolução conceitua a vítima indireta, ao prever que a expressão alcança a família ou as pessoas sob responsabilidade da vítima direta e as pessoas que sofreram prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização. Destaca que o conceito independe de eventual identificação, prisão, processo, condenação, ou grau de parentesco da vítima com o autor do fato (USP, 2020).

Além do conceito de vítimas, a Resolução prevê diretrizes acerca do acesso à justiça e tratamento equitativo, com destaque para o tratamento com dignidade, a célere reparação do dano, a informação sobre seus direitos, bem como a assistência ao longo de todo o processo.

² A Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública da União e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, além de outras providências

³ As “100 regras de Brasília” sobre o acesso à justiça das pessoas consideradas vulneráveis foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, realizada na capital do Brasil, Brasília, nos dias 4 a 6 de março de 2008.

Portanto, a Resolução constitui um guia para a comunidade internacional implementar medidas assecuratórias do reconhecimento dos direitos das vítimas de crimes, motivo pelo qual será utilizada como elemento para a argumentação a ser desenvolvida no artigo.

2. Número de vítimas e impactos da violência no Brasil

O número de homicídios no Brasil atingiu sua marca histórica em 2016, com 62.517 homicídios, tornando-se o país mais violento do mundo. Pela primeira vez no país, o patamar de trinta mortes por 100 mil habitantes foi superado (taxa igual a 30,3) e distancia-se das 50 mil a 58 mil mortes entre 2008 e 2013, além de ser trinta vezes pior do que a taxa da Europa, por exemplo. Nos últimos dez anos 553 mil pessoas foram a óbito devido à violência intencional no país (IPEA, 2018).

Para se ter uma noção do que isso significa, o número de mortes violentas no Brasil no período de 2011 a 2015 já era (portanto, antes dessa marca histórica em 2016) maior do que o da Síria, país que vive em guerra desde a eclosão do conflito em 2011⁴.

Esses dados indicam o mau desempenho do Brasil no que diz respeito à proteção dos direitos humanos. Muito embora o direito internacional não cuide de corrupção enquanto violação aos direitos humanos, é possível associá-los e até mesmo demonstrar que em países onde a corrupção é maior o número de homicídios também é mais alto (BARROSO, 2018).

O aumento dos homicídios na última década revela que nas regiões Nordeste e Norte concentram-se os Estados com as maiores taxas por 100 mil habitantes: Sergipe, Alagoas, Rio Grande do Norte, Pará, Amapá, Pernambuco e Bahia. Os dados de 2016 são claros: jovens, principalmente homens (94,6%), são as principais vítimas fatais da violência. Em vinte Estados houve crescimento na quantidade de jovens assassinados, com destaque para Acre e Amapá. O número das mortes violentas por raça/cor, da mesma forma, sofreu acréscimo na última década, quando a taxa de homicídios de pessoas não negras diminuiu 6,8% e a taxa dos negros aumentou 23,1%. Em 2016, enquanto a taxa de homicídio para a população negra foi de 40,2, o indicador para o restante da população foi de 16. Significa que 71,5% das pessoas assassinadas a cada ano são pretas ou pardas (IPEA, 2018).

⁴ Mais informações do Observatório de Direitos Humanos da Síria podem ser acessadas no site <https://www.hrw.org/middle-east/n-africa/syria>. Acesso em 23 de nov. de 2020.

Quanto às mulheres, em 2016, 4.645 foram assassinadas (taxa de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras). Em dez anos, houve aumento de 6,4%. No que tange aos crimes de estupro, foram registrados 55.070 casos em 2016 e 61.032 em 2017. Quanto a esse tipo de crime, deve-se considerar a subnotificação dos casos, haja vista o comportamento da vítima no sentido de evitar o registro da ocorrência, de modo que a exata compreensão das estatísticas se torna infactível diante das barreiras experimentadas pelas mulheres para registrar esse tipo de ocorrência⁵.

Com relação à violência perpetrada contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar, em que pese a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) prever importantes medidas de proteção, com o acompanhamento das vítimas assim que ingressam no sistema de justiça criminal, deve-se atentar para uma fase anterior na qual ocorrem os atendimentos pelo sistema de saúde.

Os índices referidos são a ponta do *iceberg*, já que as cifras negras devem ser consideradas. Nesse aspecto, o papel da vítima como primeira instância informal de controle social deve ser valorizado. Isso porque as cifras negras são mais impactantes quanto menos esforço houver por parte das instâncias formais de controle social em construir uma relação comunicativa e de cooperação com as vítimas. Esse subdimensionamento da vitimização também decorreria de fatores como a inexistência de um sistema nacional e unificado de coleta de dados, baixa confiança na atuação policial, incluindo obstáculos para o registro de ocorrência em razão da estrutura sucateada da polícia judiciária, pouca expectativa na solução do caso pelo Poder Judiciário, e a inexistência de serviços ou organizações de apoio às vítimas de crime (CÂMARA, 2008, p. 99/105). No Distrito Federal, por exemplo, não se pode olvidar que o fechamento de diversas delegacias de polícia por sucessivos anos tenha contribuído para o aumento da criminalidade oculta.

Há quem estime para os quatro anos do atual governo que 200.000 pessoas serão assassinadas, 150.000 perderão as vidas por conta da violência no trânsito, 2 milhões serão vítimas de estupros e mais de 20 milhões vítimas de roubos. Além da perda da vida, da dignidade e/ou da integridade das futuras vítimas, a violência custará 1 trilhão de reais para o país (DA SILVA FILHO, 2019).

Os crimes podem causar um efeito devastador às vítimas e aos familiares, os quais precisarão de assistência para suportar o impacto da vitimização. Com o crime advém reveses, repercussões de ordem física, psicológica e social, com possibilidade de permanência ao longo da

⁵ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>>. Acesso em 12 de nov. de 2020.

vida. Problemas psicológicos, doenças psicossomáticas, transtornos de estresse pós-traumático, pânico e risco de suicídio são comuns. No caso de homicídios, a perda violenta de uma pessoa costuma desregular a dinâmica das relações familiares (HARTH DA COSTA, NJAINE, SCHENKER, 2019).

Além disso, a omissão estatal pode incrementar e perdurar os efeitos nocivos derivados do crime (vitimização secundária). A própria atuação das instâncias de justiça criminal e a confrontação do agressor com a vítima são experimentadas por esta como uma verdadeira humilhação, sobretudo nos casos de abuso sexual. Por tal motivo, a vítima do crime converte-se, frequentemente, em vítima do sistema legal. E esta vitimização secundária caracteriza-se por ser mais preocupante que a primária, eis que é o próprio sistema legal a prejudicar, uma vez mais, a vítima (PEIXOTO, 2019).

A violência também impacta o desenvolvimento socioeconômico do país. Conforme relatório de conjuntura nº 04 – “Custos Econômicos da Criminalidade no Brasil”, elaborado para contabilizar os custos econômicos da criminalidade para os anos de 1996 a 2015, o país está entre os 10% de países com as taxas de homicídio mais altas do mundo. Apesar de ter uma população equivalente a 3% da população mundial, 14% dos homicídios no mundo ocorrem no Brasil. As taxas brasileiras são semelhantes às de Ruanda, República Dominicana, África do Sul e República Democrática do Congo. Para cada homicídio de jovens de 13 a 25 anos, o valor da perda da capacidade produtiva é de cerca de 550 mil reais. A perda da capacidade produtiva decorrente de homicídios entre 1996 e 2015 superou 450 bilhões de reais. Os custos econômicos da criminalidade cresceram nesse período de aproximadamente 113 bilhões de reais para 285 bilhões de reais (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018).

Além de aferir os custos da violência, o Relatório serve para que seja avaliado o custo-benefício de políticas públicas para a segurança pública. O fato de o país ser considerado um dos mais violentos do mundo demonstra a ausência de ações efetivas por parte dos órgãos estatais, tais como o investimento e a estruturação da polícia judiciária.

Neste contexto, o presente artigo objetiva discorrer sobre a necessidade do surgimento de um novo paradigma (KUHN, 1996) de política pública que permita ao Poder Público promover a devida assistência às vítimas, em homenagem ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no primeiro artigo da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como em observância à Resolução 40/34 da ONU, de 29 de novembro de 1985, que adotou a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.

3. A proteção das vítimas no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal estabelece em seu artigo inaugural a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático Brasileiro. Esse dispositivo, por si só, deveria ser suficiente para que as vítimas de crimes não fossem esquecidas pelo sistema de justiça. Contudo, o Brasil ainda carece de uma política pública de atenção integral às vítimas. Esse déficit está em descompasso com o avanço dos estudos da Vitimologia e com a proposta de justiça restaurativa, que tutela com maior intensidade a figura da vítima (MASSON, 2017, p. 627) .

Sabe-se que, ao longo da história, a vítima sofreu um processo de marginalização, de alienação do drama criminal, sendo a ela proibida qualquer possibilidade de decisão a partir do momento em que o Estado resolveu tomar para si o conflito social. De fato, o Direito Penal e o Direito Processual Penal pautaram-se por reprimir a conduta criminosa com a imposição de uma sanção penal e preterir a vítima, que está atualmente neutralizada em um papel periférico, no qual a ação penal inviabiliza qualquer chance de compensação entre ela e o acusado. Entretanto, o princípio da dignidade da pessoa humana deve alcançar não só o acusado no processo penal, mas também a vítima (CÂMARA, 2008, p. 57).

Nessa linha, a vítima tem o direito de ter sua dignidade reconhecida e assegurada pelo ordenamento jurídico, demonstrando-se improtelável o surgimento de um novo paradigma baseado na sua vulnerabilidade por meio de uma política pública capaz de evidenciar o sofrimento oriundo da violência e a falha na prestação da segurança pública enquanto direito fundamental (ROSSONI, HERKENHOFF, 2019).

Quanto aos direitos e garantias fundamentais das vítimas, a Constituição Federal estabeleceu a obrigação de reparação do dano civil *ex delicto*, o direito à ação penal privada subsidiária da pública, determinou a criação da justiça penal baseada no consensualismo para infrações penais de menor potencial ofensivo e da assistência aos herdeiros e dependentes de vítimas de crime doloso por parte do Poder Público, independentemente da responsabilidade civil.

Dentre os exemplos, a Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) instituiu novo modelo de justiça penal consensual para crimes de menor potencial ofensivo a fim de assegurar à vítima a presença nas audiências e o direito de celebrar com o autor do fato composição civil de danos. Esse acordo, após homologação judicial, acarreta na renúncia ao direito

de queixa ou de representação, nos casos de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, respectivamente, ensejando a extinção da punibilidade em benefício do autor do fato, tendo eficácia de título a ser executado no juízo cível em favor da vítima.

Além disso, a Lei n. 9.099/95 incrementou o poder de disposição da vítima ao prever que a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas dependeria da sua representação, bem como ao determinar a reparação do dano civil *ex delicto* como condição para a suspensão condicional do processo.

Em 1996, surgiu o Programa Nacional de Direitos Humanos. Dentre suas metas constam a elaboração do mapa da violência e o apoio para criação de programas estaduais de proteção de vítimas e testemunhas de crimes expostas a grave e atual perigo em virtude de colaboração ou declarações prestadas em investigação ou processo penal.

Em 1998 foi criado o primeiro Programa Estadual de Proteção a Testemunhas em Pernambuco, por meio de convênio entre o Governo Estadual e a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, com a coordenação de uma organização não governamental. A finalidade era proteger vítimas e testemunhas com apoio da rede de atendimento.

Em seguida, foi publicada a Lei n. 9.807/99, que estabeleceu normas para organização e manutenção de programas de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas (Provita) e dispôs sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. No mesmo ano, Pará, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo integraram o programa. Embora necessária, a Lei n. 9.807/99 restringe os destinatários da proteção: visa a assistência de vítimas e testemunhas ameaçadas. Portanto, sem ameaça não há assistência às vítimas, vistas como simples meio de obtenção de prova no processo penal.

Por sua vez, o Programa Federal para proteger vítimas ou testemunhas ameaçadas de morte que tenham sido encaminhadas pelo sistema de justiça e entidades de segurança pública, foi regulamentado em junho do ano 2000, pelo Decreto n. 3.518.

Na linha de promoção e defesa da dignidade das vítimas, é importante apontar o surgimento ao longo dos anos de outras leis que levaram em conta a necessidade de proteção diferenciada a certos grupos de pessoas vulneráveis em situação de risco, tais como crianças e adolescentes (Lei

8.069/90), pessoas idosas (Lei n. 10.741/2003) e mulheres vítimas de violência doméstica (Lei n. 11.340/2006).

Do mesmo modo, registra-se a importância da Lei n. 11.690/2008, que alterou o artigo 201 do Código de Processo Penal para: (i) assegurar ao ofendido o direito a ser comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem; (ii) a possibilidade de encaminhamento do ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado; (iii) permitir ao Juiz adotar providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Também conferindo proteção à vítima, a Lei n. 11.719/2008 alterou o inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal para impor ao juiz a obrigação de fixar na sentença penal condenatória valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Ante a ausência de legislação específica e da instituição de política pública nacional que organize a atenção integral à vítima, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução 253/18 para definir a política do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais.

Medidas pontuais como as acima elencadas são cruciais – apesar de insuficientes – para ultrapassarmos a obsoleta compreensão da vítima como meio de obtenção de prova para o processo penal. Deve-se consolidar o entendimento de que a vítima sempre será aquela pessoa que sofreu os efeitos perversos da violência e que, por constituir parte de um grupo vulnerável, é merecedora de especial e integral atenção por parte dos órgãos estatais. Para isso, é necessário evoluir a crença de que somente ao acusado devem ser garantidos direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 245 da Constituição Federal, ao prever que “a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”, pode ser visto como uma forma de promover medidas garantidoras dos direitos das vítimas.

Transcorridos mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, apesar da escalada da violência e do aumento do número de vítimas, a norma constitucional de eficácia limitada continua pendente de regulamentação, o que sinaliza desinteresse do Estado quanto ao tema⁶.

Esse dispositivo reforça a importância de um mecanismo apto a viabilizar a atuação do Estado no que se refere à reparação da vítima, especialmente nos casos em que o acusado não dispõe de condições financeiras. Modelos como o da Nova Zelândia, pioneira na criação de um fundo especial para as vítimas em 1964, o da Alemanha (fundo financiado por multas pagas ao Estado) e da Suíça (onde o juiz pode reverter o pagamento da pena de multa em prol da vítima) poderiam servir como inspiração para o Brasil (CÂMARA, 2008, p. 214).

Nesse ponto, registra-se a existência de Projeto de Lei n. 3.503/04⁷, em tramitação no Congresso Nacional, cujo objetivo é definir os direitos das vítimas de ações criminosas e regulamentar o artigo 245 da Constituição Federal, para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (Funav).

A proposição legislativa prevê vários direitos às vítimas: tratamento digno e compatível com a sua condição por parte do Poder Público; informação sobre os principais atos do inquérito policial e do processo judicial referentes à apuração do crime, bem como obtenção de cópias; orientação quanto ao direito de queixa, representação, ação penal subsidiária e ação civil; possibilidade de prestar declarações perante a autoridade policial ou judicial em data diversa da designada para a oitiva do autor do crime; manifestar opinião e preocupações quanto ao processo por meio de petição; obtenção célere da restituição dos objetos e pertences pessoais apreendidos; intervenção como assistente na ação penal pública; especial proteção do Estado quando, em razão de colaboração com a investigação ou processo criminal, sofrer coação ou ameaça à integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou

⁶ Em fevereiro de 2020, a Defensoria Pública do Distrito Federal impetrou mandado de injunção coletivo e, dentre outros pedidos, requereu o reconhecimento da mora legislativa inconstitucional e fixação de prazo de 180 dias para que os Poderes Constituídos legissem, bem como a concessão pelo próprio Supremo Tribunal Federal do direito pleiteado a fim de suprimir a lacuna normativa e garantir o direito ao benefício do art. 245 da CF com a sua regulamentação, caso seja mantida a inércia.

⁷ Há diversos projetos de lei em apenso ao PL 3.503/04. Dentre eles, anotam-se os seguintes: PL 2.838/11 (Institui o Fundo de Assistência às Famílias de Vítimas de Crimes Dolosos - FAVIC), PL 5.538/13 (Regulamenta o disposto no art. 245 da Constituição Federal), PL 1.692/15 (Dispõe sobre a regulamentação do artigo 245 da Constituição da República Federativa do Brasil, prevendo as hipóteses e condições nas quais o Poder Público deverá oferecer assistência material (auxílio-vítima) às vítimas sobreviventes, aos herdeiros e dependentes carentes das vítimas de crimes dolosos, altera a Lei no 8.742, de 07 de dezembro de 1993) e PL 1.831/15 (Dispõe sobre a regulamentação do artigo 245 da Constituição Federal, prevendo as hipóteses e condições nas quais o Poder Público deverá oferecer assistência material (auxílio-vítima) aos herdeiros e dependentes carentes das vítimas de crimes dolosos e altera as Leis n.ºs. 8.213, de 1991, e 8.742, de 1993).

companheiro, filhos, familiares e afins; reparação dos danos, por meio de procedimentos judiciais simplificados e de fácil acesso; assistência financeira do Estado.

A assistência financeira seria concedida às vítimas de crimes de: homicídio; lesão grave de que resulte debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função; contra a liberdade sexual perpetrado com violência ou grave ameaça; de homicídio ou lesão grave provocados por projétil de arma de fogo, quando ignorado o autor e as circunstâncias do disparo.

No âmbito do Ministério da Justiça, o referido Projeto de Lei visa instituir o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para a prestação de assistência financeira às vítimas de crimes violentos ou a seus herdeiros e dependentes carentes.

Ainda acerca de possíveis inovações legislativas, é oportuno lembrar as disposições sobre os direitos das vítimas no Projeto de Lei n. 8.045/2010, o qual visa instituir o Novo Código de Processo Penal.

Em sede policial, o delegado de polícia deverá informar à vítima sobre seus direitos e encaminhá-la, se necessário, aos serviços de saúde e programas assistenciais, bem como prestar apoio à execução dos programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. Nessa fase, a vítima deverá ser informada dos atos relativos à prisão ou soltura do investigado e à conclusão do inquérito e do direito de ingressar com ação penal subsidiária quando o Ministério Público se quedar inerte, podendo utilizar-se da Defensoria Pública ou, na ausência, de advogado dativo nomeado pelo juiz.

Outra medida será a possibilidade de recurso administrativo ao Conselho Superior do Ministério Público contra a decisão de arquivamento do inquérito policial. Nesse ponto, vale considerar eventual atuação da Defensoria Pública. Além disso, a vítima será comunicada acerca da promoção de arquivamento e da sentença extintiva da investigação.

Denominado “Dos direitos da vítima”, o Capítulo I prevê os seguintes direitos: tratamento com dignidade e respeito; imediato atendimento médico e psicossocial; encaminhamento para exame de corpo de delito; reaquisição de objetos e pertences pessoais subtraídos, exceto se ainda houver necessidade de perícia; comunicação da prisão ou soltura do suposto autor do crime, do recebimento, pelo Ministério Público, dos autos com a investigação concluída, do arquivamento do inquérito ou peças de informação e recebimento da denúncia, da condenação ou absolvição do acusado; obtenção de cópias de peças da investigação e da ação, salvo quando, no primeiro caso,

justificadamente, houver sigilo; orientação quanto ao direito de representação ou de queixa-crime ou subsidiária da pública, de ação civil, e da composição dos danos para extinção da punibilidade; prestar declarações em dia diverso da oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado; ser ouvida antes das testemunhas; peticionar para informar-se a respeito da investigação ou processo, bem como manifestar opiniões; reparação dos danos; receber proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer violência ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos e familiares, se necessário; receber assistência financeira do Poder Público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei; ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar; obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor da indenização do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores; ser informada, requerer e participar voluntariamente de práticas restaurativas.

O Projeto prevê, ainda, que tais direitos alcançam, no que couber, os familiares próximos e o representante legal quando a vítima não puder exercê-los diretamente.

É prevista também a possibilidade de constar na peça acusatória pedido de afastamento do agressor do lar ou outro local de convivência com a vítima nas infrações com violência ou grave ameaça, além de indenização pelos danos sofridos.

Com os objetivos de reduzir a reincidência, buscar a reintegração social do autor e promover a indenização dos danos, é incluída a justiça restaurativa penal. Diferentemente do que ocorre na justiça retributiva, que busca a imposição de pena (consequentemente, elimina-se a possibilidade de conciliação, transação e mediação na órbita penal), a justiça restaurativa tem como finalidade o reequilíbrio das relações entre ofensor e vítima, valendo-se do auxílio da comunidade no intuito de restaurar a paz social. O crime deixa de ser encarado como um ato contra o Estado para ser entendido como uma violação às pessoas e aos relacionamentos coletivos, com ênfase na reparação do mal proporcionado pelo crime e especialmente maior atenção à vítima (MASSON, 2017, p. 628).

Restaura-se o estado de paz entre as pessoas, embora tenha havido agressão de uma contra outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público. Sobre o tema, Nucci leciona: “Afim, qual é o sentido de um pedido de desculpas? Responde PAUL BLOOM: ‘restabelecer o status da vítima. Se você me derrubar e não disser nada, você estará afrontando a minha dignidade. Um simples ‘me desculpe’ pode fazer maravilhas, porque você mostrará respeito pela minha pessoa; você estará admitindo para mim, e,

possivelmente, para os outros, que é inaceitável me prejudicar sem justa causa. Se você não disser nada, estará enviando uma mensagem bem diferente. Sem um pedido de desculpas, eu poderia me sentir tentado a recuperar o meu status através da retaliação” (NUCCI, 2017, p. 218).

Cita-se, ainda, o Projeto de Lei do Senado n. 65, de 2016, que objetiva criar o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes, com vistas a garantir que as vítimas tenham acesso à informação, apoio e proteção necessários, direito ao devido ressarcimento, de serem ouvidas e participarem adequadamente da investigação, do processo e da execução penal, de forma a proteger e fazer valerem seus direitos humanos.

Nas disposições gerais, estão previstos os conceitos de vítima e crime, bem como destacados os princípios seguintes: igualdade; respeito e reconhecimento; autonomia da vontade; confidencialidade; consentimento; informação; e equitativo acesso aos cuidados da saúde.

No Título II, são estabelecidos alguns direitos das vítimas, quais sejam: informação e garantias de comunicação, consulta jurídica e assistência judiciária (mais uma vez com a possibilidade de atuação da Defensoria Pública), proteção, indenização e restituição de bens, prevenção da vitimização secundária, acesso aos serviços de apoio às vítimas.

O Título III, que disciplina a participação no processo e na investigação penal, prevê o direito de ser ouvido, os direitos no caso de promoção de arquivamento de investigação criminal, direito a garantias no contexto da justiça restaurativa e proteção durante as investigações, com a lembrança de que os direitos das vítimas com necessidades específicas e os direitos das crianças e adolescentes vítimas devem ser assegurados.

Também são previstas a criação de fundo por lei específica, para o custeio desse sistema de proteção, e a criação do Portal da Vítima, para conferir acesso, consulta e alerta às vítimas de seus direitos, dados, informações quanto ao processo e medidas de proteção.

Alterações legislativas voltadas para a tutela dos direitos das vítimas decorrem dos anseios e movimentos sociais, ante a crescente escalada da violência, e demonstram esforço para o surgimento de um novo paradigma de política pública baseada no reconhecimento da vulnerabilidade da vítima. Diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, caso sejam aprovados, serão marcos legislativos relevantes na promoção dos direitos das vítimas.

4. A proteção das vítimas no ordenamento jurídico internacional

O movimento internacional dos últimos anos em prol da vítima implica na produção de instrumentos jurídicos que assegurem os direitos desse grupo por organizações diversas, tais como Nações Unidas, Conselho da Europa e União Europeia. No entanto, a proteção desses direitos varia conforme as fases de desenvolvimento de cada país. Itália, Grécia e Espanha, por exemplo, apresentam agenda política embrionária se comparados com os países que definem tais direitos como prioridade (Reino Unido, Holanda, Suécia e Finlândia). Além da previsão legislativa assecuratória dos direitos das vítimas é importante verificar a efetiva implementação das normas. Não há serventia para o reconhecimento de direitos se não há medidas que os permitam realizar (PEIXOTO, 2019).

Em 2004, a Diretiva 2004/80/CE do Conselho da Europa estabeleceu normas sobre a indenização dos danos, exigindo que todos os países criassem um regime nacional de indenização das vítimas de crimes dolosos violentos.

As diferenças na legislação dos países fez com que o Parlamento Europeu, em 25 de outubro de 2012, editasse a Diretiva 2012/29/UE, com normas mínimas relativas aos direitos das vítimas da criminalidade. Caso pretendam elevar o nível de proteção, os Estados-Membros podem reforçar os direitos nela previstos.

Após a Diretiva, países europeus começaram a publicar seus respectivos estatutos, como Espanha (*del Estatuto de la víctima del delito* - Lei n. 4/2015) e Portugal (Estatuto da Vítima - Lei n. 130/2015). Outros realizaram a transposição da Diretiva por meio de alterações no Código de Processo Penal e em leis esparsas, como Itália e França.

Vale destacar um dos principais programas europeus - *Victim's Code for Scotland*. Nesse sistema, há organismos destinados para a proteção e o apoio das vítimas. O *Victim Support Scotland* providencia apoio emocional de forma gratuita, ajuda prática e informações essenciais para vítimas, testemunhas e outros afetados pelo crime, enquanto o *Criminal Injuries Compensation Authority* administra o Esquema de Compensação na Escócia, Inglaterra e País de Gales.

Nos Estados Unidos da América (EUA), os direitos das vítimas começaram a ser reivindicados por movimentos sociais em 1965, quando foi criado o primeiro programa de compensação para vítimas de crime na Califórnia. A proteção legal dos direitos das vítimas de crimes na esfera federal começou em 1974 com a aprovação do *Child Abuse Prevention and*

Treatment Act (Lei de Prevenção e Tratamento contra Abuso Infantil). Contudo, o marco histórico ocorreu em 1984 com a publicação do *Victims of Crime Act*. Essa lei afirmou o compromisso da nação americana em restaurar o equilíbrio da justiça, assegurando direitos, proteções e serviços para vítimas de crimes. Em seguida, advieram outras leis federais com foco na proteção das vítimas, tais como o *Violence Against Women Act* (1994) e o *Justice for all Act* (2004).

Sobre o tema, destaca-se a criação em 1988 do Escritório para Vítimas de Crimes - *Office for Victims of Crime* (OVC) -, um dos seis componentes do Escritório de Programas de Justiça do Departamento de Justiça dos EUA. Criado por meio de emenda ao *Victims of Crime Act*, o OVC tem a missão de promover conscientização pública sobre os problemas enfrentados pelas vítimas e de fornecer liderança na mudança de atitudes, políticas e ações garantidoras de justiça.

Dentre as atribuições do Escritório, elenca-se o fornecimento de treinamento e capacitação técnica, além da produção e disseminação de produtos aos profissionais que prestam serviços às vítimas. Outrossim, destaca-se entre suas finalidades o aprimoramento contínuo na resposta nacional às vítimas de crimes por meio da identificação de necessidades emergentes e lacunas nos serviços que já fornecidos, o que foi feito, por exemplo, a partir do *Vision 21: Transforming Victim Services*⁸.

Ante essas breves considerações sobre os ordenamentos jurídicos da União Europeia e dos Estados Unidos, evidencia-se injustificável a insistência na implementação de medidas de política criminal que negligenciam tratamento digno às vítimas. Repise-se que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Pensar de forma contrária é caminhar na contramão de políticas que devem ser adotadas com vistas à promoção e à defesa dos direitos humanos.

⁸ Esse documento concentrou informações sobre os desafios para a integração de pesquisa em serviços de apoio a vítimas; a necessidade de que as vítimas tenham acesso à assistência jurídica; o impacto dos avanços na tecnologia, globalização e mudanças demográficas na assistência às vítimas; a capacidade de servir as vítimas no século XXI e questões de infra-estrutura. As recomendações são resumidas em categorias: planejamento estratégico contínuo para efetuar mudanças reais na pesquisa, política, programação e capacitação; apoiar pesquisas para construir um corpo de conhecimento baseado em evidências e gerar, coletar e analisar dados sobre vitimização, tendências emergentes de vitimização, serviços e comportamentos e esforços de imposição de direitos das vítimas; garantir a flexibilidade estatutária, política e programática para abordar questões duradouras e emergentes; bem como construir e institucionalizar a capacidade com tecnologia, treinamento e inovação. O Escritório é encarregado de gerir o Fundo para Vítimas de Crimes, que suporta financeiramente programas direcionados a assistir vítimas imediatamente após o crime e continuar a fornecer apoio enquanto reconstroem suas vidas. As receitas são provenientes de multas, fianças, penalidades pagas por condenados, doações, entre outras fontes. Para saber mais, acesse: <<https://ovc.ncjrs.gov/vision21/outcome.html>>.

5. A atuação da Defensoria Pública na promoção e defesa dos direitos das vítimas

A Defensoria Pública é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Como expressão e instrumento do regime democrático, tem a atribuição de oferecer orientação jurídica, promover os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, às pessoas consideradas vulneráveis.

No que tange ao acesso à justiça, compreende-se o conceito de vulnerabilidade à luz das Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. Seguindo essa orientação, devem ser consideradas em condição de vulnerabilidade as pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude seus direitos perante o sistema de justiça. Nesse raciocínio, a vitimização poderá constituir causa de vulnerabilidade.

Para tanto, vítima é a pessoa física que sofreu dano em decorrência de infração penal, seja lesão física ou psíquica, sofrimento moral, ou prejuízo econômico. O termo vítima poderá incluir a família ou as pessoas que estão a cargo da vítima direta. A vítima é considerada em condição de vulnerabilidade quando apresentar relevante limitação para evitar ou mitigar os danos da infração penal ou do contato com o sistema de justiça, bem como para enfrentar os riscos de sofrer nova vitimização.

A vulnerabilidade pode advir das características pessoais da vítima ou das circunstâncias do crime. Em um rol meramente exemplificativo, as Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade elenca como vulneráveis: menores de idade, vítimas de violência doméstica ou familiar, vítimas de crimes sexuais, familiares de vítimas de morte violenta.

Na promoção e defesa dos direitos humanos das vítimas de crime, a atuação da Defensoria Pública encontra fundamento na Lei Complementar n. 132/2009, que estabelece como função institucional o exercício da defesa dos necessitados em todas as instâncias e a atuação na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas. Como se vê, a atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos das vítimas é fundamental para o acesso à justiça.

Após sofrer os danos oriundos da prática do crime, a vítima pode desenvolver problemas de saúde, de ordem física e/ou mental, além de necessitar de amparo, assistência médica, psicológica e jurídica, revelando sua vulnerabilidade. Mas não é só. A vítima está obrigada a enfrentar todo o desdobramento da conduta criminosa no sistema judicial (vitimização secundária), desde a investigação policial até a fase processual, com a esperança de que terá proteção e resposta aos danos sofridos. Além da violação aos seus direitos, a vítima deve buscar os órgãos de segurança pública e enfrentar os morosos e desgastantes processos judiciais, o que lhe traz a necessidade de acesso à justiça.

Urge que seja ultrapassada a perspectiva de que a vítima deve ser vista apenas como meio de prova no processo penal para inclui-la como sujeito de direitos que merece ter sua dignidade assegurada durante a atuação estatal direcionada para a resolução do crime e a eventual aplicação da pena, na linha dos estudos sobre vitimologia.

Por tais razões, ainda que a Defensoria Pública tenha como uma de suas atribuições a defesa dos acusados em processos criminais, o acesso à justiça e a assistência jurídica integral e gratuita para a vítima de crime também devem ser asseguradas pelo Estado.

Nesse sentido, o papel da Defensoria Pública na defesa dos direitos das vítimas encontra um amplo espaço de atuação. O defensor público, por exemplo, deve conferir prioridade e atenção especial no atendimento humanizado das pessoas em condição de vulnerabilidade. Eventual violação de direitos humanos impõe ao defensor público articular os serviços de assistência jurídica para que as vítimas sejam encaminhadas à rede de proteção (serviços de educação, saúde, assistência social e segurança pública), com vistas a assegurar atendimento integral, interdisciplinar e transversal.

Registra-se, inclusive, a função institucional de prestar a devida orientação jurídica ao longo da investigação penal e do processo criminal, fornecendo informações sobre eventuais prisões, solturas e penas impostas ao acusado, de atuar como assistente de acusação em processo penal e de propor ações de natureza cível para resguardar os direitos das vítimas. No âmbito da educação em direitos humanos, compete à Defensoria Pública a relevante missão de promover a difusão e a conscientização sobre os direitos das vítimas e o impacto do crime na sociedade, o que pode ser feito também nos plenários do Júri quando o defensor atuar como assistente de acusação.

Ocorre que a precária estrutura de que dispõe a Defensoria Pública é um enorme óbice para a eficiente atuação em prol das vítimas, tanto pela sua recente implantação, quanto pelo enorme abismo orçamentário em relação ao Poder Judiciário e demais funções essenciais à justiça

consagradas no Capítulo IV do Título IV da Constituição Cidadã. Essa deficiência já foi declarada inclusive pela Suprema Corte brasileira, conforme se denota do HC 70514/RS9 e do RExt 147.776/SP10. Desde então, o panorama permanece inalterado.

Portanto, além de os próprios assistidos serem vulneráveis, constata-se que a própria Defensoria Pública - instituição que os representa - também se encontra na condição de hipossuficiente e vulnerável quando comparada aos demais participantes da persecução criminal. Este quadro fático dificulta sobremaneira a implementação de políticas públicas destinadas ao amparo das vítimas vulneráveis pelo próprio órgão público incumbido constitucionalmente de fazê-lo.

Apesar das inúmeras dificuldades vivenciadas pela Defensoria Pública, alguns Estados brasileiros já apresentam boas práticas e contam com núcleos especializados para atenção das vítimas de crimes, a exemplo de Goiás, Ceará, e Bahia.

Em Goiás, a Defensoria Pública instituiu o Núcleo Especializado de Atendimento à Vítima de Violência, cujo objetivo é prestar atendimento para pessoas vítimas de qualquer forma de violência.

No Ceará, o programa da Defensoria Pública de atenção às vítimas de crimes está inserido no Núcleo de Assistência ao Preso Provisório e às Vítimas de Violência (Nuapp) e presta assistência integral aos familiares de vítimas de homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte e as vítimas de tentativa de homicídio.

Na Bahia, a Defensoria Pública criou o Núcleo de Amparo a Vítimas de Crimes Violentos, com vistas a promover, de forma integral e gratuita, atendimento e orientações jurídicas necessárias às vítimas e familiares nos casos de homicídios e latrocínios. Por meio de equipe

⁹ Conforme decidiu o STF, “Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.”

¹⁰ LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.

composta por defensores públicos, assistentes sociais e psicólogos, os assistidos contam com acolhimento psicossocial, recebem orientações jurídicas e, caso necessário, são encaminhados para outros órgãos da rede de proteção.

Tais boas práticas são louváveis na medida em que reconhecem a vulnerabilidade das vítimas de crime e fornecem o amparo indispensável a esse grupo. Devem, portanto, servir como exemplo para os demais Estados brasileiros, apesar das inúmeras dificuldades enfrentadas.

6. Conclusão

A proteção legal dos direitos das vítimas, de existência tímida no ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se insuficiente para evitar a vitimização secundária. A vítima precisa ser valorizada pelo Estado porque as medidas até então adotadas são insuficientes para o restabelecimento da sua dignidade e para a consecução de justiça. Infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de previsões legislativas e sequer de medidas efetivas de amparo destinadas a restabelecer a dignidade das vítimas de infrações penais. Ainda há um longo caminho a ser percorrido para concretizar os mandamentos constitucionais que conferem dignidade às vítimas.

O direito comparado é um importante ponto de partida para a análise, introdução e implementação de medidas assecuratórias dos direitos das vítimas. No entanto, essa incorporação deve ser criteriosa, abstendo-se os agentes políticos de, inadvertidamente e irresponsavelmente, importarem mecanismos eficazes apenas em países com realidades completamente distintas do Brasil, sem utopias e fantasias.

A evolução das ideias e o esforço das ciências penais incentivaram a construção de um sistema de normas penais e processuais penais com maior enfoque nos direitos e garantias fundamentais. Esse desenvolvimento deve alcançar também a vítima, com o reconhecimento da sua condição de vulnerabilidade e assegurando-lhe a promoção e a defesa dos seus direitos pelo Estado. Nesse sentido, conclui-se ser imprescindível o surgimento de um novo paradigma de política pública cujo foco seja conferir dignidade e atenção integral às vítimas de crimes.

O Poder Público brasileiro ainda há de tomar diversas atitudes para se afastar da justiça retributiva e se aproximar da justiça restaurativa, com a inerente valorização da vítima. Não se olvida que crimes mais gravosos merecem punição mais severa (homicídio, latrocínio, tráfico de

drogas, extorsão mediante sequestro), aproximando-se da justiça retributiva. Outros admitem indubitavelmente a utilização da justiça restaurativa (crimes contra a propriedade cometidos sem violência, crimes contra a honra, violação de domicílio, dano).

Políticas públicas nesse sentido diminuiriam os efeitos da vitimização secundária e fomentariam a pacificação social. Lamentavelmente, ainda são criadas diversas figuras penais desnecessárias, com aumento desproporcional e injustificado das penas (hipertrofia do Direito Penal), além de medidas demagógicas, ineptas e insossas, que acarretam em descrédito do sistema penal.

A Defensoria Pública, instituição constitucionalmente consagrada para promover os direitos humanos e defender os direitos individuais e coletivos dos hipossuficientes, tem muito a contribuir neste aspecto. O contato diário com as pessoas vulneráveis permite um conhecimento pormenorizado acerca das necessidades das vítimas e das dificuldades que enfrentam para superar os traumas de uma conduta criminosa violenta. Ademais, a existência de intercâmbio de informações com os países que já garantem direitos às vítimas vulneráveis facilitaria na introdução e implementação de direitos no sistema brasileiro. Para tanto, a Defensoria Pública precisa estar melhor estruturada, além de atuar em conjunto com órgãos governamentais que lidam com público semelhante, como os Conselhos Tutelares, as Delegacias de Polícia e a Assistência Social.

Referências

ARAÚJO, Sergio Luís Barbosa Soares. A vítima de criminalidade e de abuso do poder no Processo Penal Brasileiro e a missão constitucional da Defensoria Pública. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F106634742/Dissertacao.pdf>>. Acesso em 12.1.19.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. *Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade*. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em 6 de fev. de 2019.

Atlas da Violência 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em 4.1.19.

BARROSO, Luís Roberto. *Corrupção, Governança e Direitos Humanos: o caso do Brasil*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Corrupc%CC%A7a%CC%83o-Governanc%CC%A7a-e-Direitos-Humanos-Versa%CC%83o-em-portugues%CC%82s.pdf>>. Acesso em 23 de nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Das disposições constitucionais gerais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de jan. de 2019.

BRASIL. Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1904.htm>. Acesso em 4 de jan. de 2019.

BRASIL. Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009. *Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm>. Acesso em 6 de fev. de 2019.

BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. *Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em 5 de jan. de 2019.

BRASIL. Decreto n. 3.518, de 20 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3518.htm>. Acesso em 5 de jan. de 2019.

BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

BRASIL. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 99/105.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 8.045/10. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/otros-documentos/parecer-relator-geral-em-13-06.18>>. Acesso em 22 de jan. de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 3503/04. *Define os direitos das vítimas de ações criminosas e regulamenta o art. 245 da Constituição Federal, para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (Funav), além de outras providências*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=216684&filename=P L+3503/2004>. Acesso em 22 de jan. de 2019.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. Resolução n. 253, de 4 de setembro de 2018. *Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos*

infracionais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3547>>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

DA SILVA FILHO, Vicente. Chamem a polícia. *Revista Veja*, ed. 2617, ano 52, n. 3, de 16 de janeiro de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA. *Defensoria Pública lança Núcleo de Apoio a vítimas de crimes violentos e seus familiares na próxima quarta-feira, dia 7*. Disponível em: <<http://defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/defensoria-publica-lanca-nucleo-de-apoio-as-vitimas-de-crimes-violentos-e-seus-familiares-na-proxima-terca-feira-dia-7>>. Acesso em 6 de fev. de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. *Carta de Serviços*. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/carta-de-servico/>>. Acesso em 6 de fev. de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ. *Defensoria atende vítimas de violência pela Rede Acolhe*. Disponível em: <<http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensoria-atende-vitimas-de-violencia-pela-rede-acolhe/>>. Acesso em 6 de fev. de 2019.

E-JUSTICE. Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. *Estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>>. Acesso em 23 de jan. de 2019.

E-JUSTICE. *Directiva 2004/80/CE do Conselho de 29 de Abril de 2004 relativa à indemnização das vítimas da criminalidade*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0080&from=EN>>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

ESCÓCIA. *Victims' Code for Scotland*. Disponível em: <<https://www.mygov.scot/victims-code-for-scotland/victims-code-scotland.pdf?inline=true>>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

ESPANHA. *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

FRANÇA. *LOI n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=382E046E05736C7A37CA875A39894CF3.tplgfr25s_1?cidTexte=JORFTEXT000031045937&idArticle=LEGIARTI000031047621&dateTexte=20150818>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

HARTH DA COSTA, Daniella; NJAINE, Kathie Njaine; SCHENKER, Miriam. *Repercussões do homicídio em famílias das vítimas: uma revisão da literatura*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n9/1413-8123-csc-22-09-3087.pdf>>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

ITÁLIA. Decreto Legislativo, 15 dicembre 2015, n. 212. *Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2015-12-15;212!vig=>>>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 13.

MASSON, Cleber. Direito Penal, Volume 1, Parte Geral, pág. 627, 11a ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Provita celebra vinte anos de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas*. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/junho/o-programa-de-protecao-a-testemunhas-provita-criado-e-gerenciado-pelo-ministerio-dos-direitos-humanos-completa-20-anos-em-2018-para-marcar-a-data-representantes-das-varias-entidades-que-participam-da-gestao-do-programa-em-todo-o-brasil-se-encontram-nesta>>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. p. 218. 17a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OFFICE FOR VICTIMS OF CRIME. *Landmarks in Victims Rights & Services: An Historical Overview*. Disponível em: <<https://ovc.ncjrs.gov/ncvrw2014/pdf/Landmarks.pdf>>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

OFFICE FOR VICTIMS OF CRIME. *Vision 21: Transforming Victim Services*. Disponível em: <<https://ovc.ncjrs.gov/vision21/outcome.html>>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

OFFICE FOR VICTIMS OF CRIME. *Grants and Funding*. Disponível em: <<https://www.ovc.gov/grants/index.html>>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

PEIXOTO, Alberto da Costa Ribeiro. *Propensão, Experiências e Consequências da Vitimização: Representações Sociais*. Disponível em: <<https://run.unl.pt/bitstream/10362/7880/1/TESEAlberto%20Peixoto.pdf>>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Custos econômicos da criminalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/relatorio-de-conjuntura/custos_economicos_criminalidade_brasil.pdf>. Acesso em 23 de nov. de 2020.

PORTUGAL. Lei n. 130, de 4 de setembro de 2015. *Procede à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001*. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/70186239/details/maximized?p_auth=W8C4oxQq>. Acesso em 24 de jan. de 2019.

ROSSONI, Waléria Demoner; HERKENHOFF, Henrique. *Atendimento integral à vítima: a segurança pública como direito fundamental*. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4686/3675>>. Acesso em 15 de jan. de 2019.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n. 65, de 2016. *Cria o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes e altera o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125010>>. Acesso em 22 de jan. de 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Declaração dos Princípios básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e Abuso de Poder*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em 12 de nov. de 2020.

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

The subversion of the assumption of the “preservation of the public order” to motivate preventive prison in drug crimes

Marcelo Carneiro Pereira*

Resumo: A prisão preventiva como resguardo da garantia da ordem pública tem sérias inconsistências sistemáticas quando analisada em conjunto com as demais normas integrantes do diploma jurídico penal e processual penal. Não obstante, a segregação cautelar ganha maior destaque nos casos relacionados a delitos de drogas, pois, por questões essencialmente atreladas a essa espécie de crime, mormente pela hediondez conferida pela Constituição Federal de 1988 ao crime de tráfico de drogas, revela-se totalmente abstrata, genérica e aplicável irrestritamente, podendo a motivação ser inflada por argumentos desprendidos do caso concreto e meramente especulativos.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Garantia da Ordem Pública; Crime de Drogas.

Abstract: The preventive detention as a safeguard of the preservation of public order has serious systematic inconsistencies when analyzed together with others norms that composes the criminal law and penal procedure. However, the pre-trial detention gains greater prominence in cases related to drug offenses, because, due to issues essentially linked to this type of crime, especially due to the hideousness that was conferred by the Brazilian Constitution of 1988 to the crime of drug trafficking, it is revealed totally abstract, generic and unrestrictedly applicable, and the motivation can be stimulate by arguments detached from the specific case and merely speculative.

Keywords: Preventive Detention; Preservation Of The Public Order; Drug Crimes.

Recebido em: 01/12/2020
Aprovado em: 14/12/2020

Como citar este artigo:
PEREIRA, Marcelo Carneiro.
A subversão do
pressuposto da “garantia da
ordem pública” para
fundamentar a prisão
preventiva nos crimes de
entorpecentes. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 2, n. 3, 2020, p. 151-169.

* Centro Universitário do
Distrito Federal (Direito).

Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de revelar a prática cotidiana de equívocos judiciários causados por magistrados que, autorizados pela imprecisão normativa contida no interior do Código de Processo Penal, e atraídos pelo falso pretexto de prevenção-repressão do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, desvirtuam o viés excepcionalíssimo da prisão preventiva.

O século XX tornou-se símbolo da efetivação de direitos e garantias individuais e coletivos, idealizados outrora no movimento iluminista desencadeado na França no final do século XVIII. A implementação de Cartas Políticas nacionais, em países democráticos, bem como a assinatura de tratados e convenções internacionais efetivaram a formalização da positivação de direitos fundamentais ao redor do mundo.

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, introduzidas no nascer do século XX, tem participação substancial na evolução da efetivação dos direitos fundamentais no decorrer do século passado. A respeito da primeira, a professora Maria Cláudia Bucchianeri expõe que, além dos direitos sociais propugnados pelo povo mexicano na revolução que lhe precedera, consagrou também inúmeros direitos à liberdade tal como a proibição da escravidão, igualdade entre os sexos, liberdade de reunião e de associação e o direito à livre circulação.

No mesmo sentido, a República Federativa do Brasil instituiu por alguns de seus princípios ideológicos o exercício dos direitos individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça, tal como elucida o preâmbulo e as normas propriamente ditas do texto constitucional em vigor. Sarlet, Marinoni e Miditero (2017, p. 333) ressaltam em sua obra que a Constituição Federal de 1988 foi a única Carta Política Brasileira na qual o legislador decidiu por estampar os direitos fundamentais já em suas disposições iniciais, motivado pelo espírito democrático fomentado pelo findar dos regimes autoritários na América Latina e na Europa.

Dentre os ditos princípios constitucionais, merece atenção especial a “liberdade”, tão prestigiada pelos doutrinadores e especialistas jurídicos pós-iluministas em razão da sua veemência à oposição do arbítrio estatal e imprescindibilidade para o alcance de outros direitos, enquadrando-se como direito de primeira geração e constituindo obrigação de não fazer da administração pública, ou o *status* negativo segundo Georg Jellinek..

O vocábulo “liberdade” é dotado de descomedida subjetividade e extensão, não havendo limitação factual do seu alcance. Para Jean Paul Sartre (2011, p.539/540) a liberdade é a condição

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

indispensável e fundamental ao exercício da ação pelo ser humano, sendo essa a justificadora da própria existência daquele enquanto sujeito consciente.

À ótica dos direitos fundamentais, a liberdade pode ser observada de prismas distintos, dos quais citam-se a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de crença e de exercício de culto, a liberdade de expressão artística, científica e intelectual, a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão, a liberdade de associação para fins lícitos e a liberdade de locomoção, tendo todos estes obtido espaço nos incisos do aclamado artigo 5º, da Lei Maior Brasileira de 1988.

A despeito da garantia dos direitos à liberdade elencados acima, há que se lembrar das limitações que, porventura, podem tolher o seu exercício pleno, dada a confrontação dos direitos fundamentais portados por sujeitos distintos. Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 167) leciona que a abrangência de aplicação de um princípio, em sua inteireza, não tem correspondência restrita a redação da norma que lhe prestigia, devendo haver a complementação por outros fatores.

A técnica de restrições imediatas e mediatas a direitos fundamentais foi acolhida pelo Diploma Constitucional de 1988 à semelhança de constituições brasileiras pretéritas, não havendo, assim, a preponderância de nenhum princípio absoluto e inflexível. Dessarte, o direito à liberdade de locomoção segue a dogmática jurídica residente na CF/88, podendo ser excepcionalizado diante a ocorrência de casos expressamente previstos na lei.

Infraconstitucionalmente, com o fito de regulamentar as hipóteses de segregação cautelar, o Código de Processo Penal de 1941, emendado pelas Leis nº 12.403/2011 e, recentemente, 13.964/2019, disciplina acerca da possibilidade de restrição da liberdade física desde a flagrância delitiva, ou a instauração da instrução criminal, até o findar da persecução penal, ao teor do que regulamenta os artigos 301 à 316 do CPP.

O Código Processualista divide as formas de restrição provisória adequando-as ao interesse pré-processual, ou processual. De início, a prisão em flagrante destina-se a segregação daquele que for encontrado “cometendo o crime, após cometê-lo, ou ainda, encontrado em sequência ao seu cometimento com instrumentos dos quais possa se inferir a sua autoria”, sendo classificada pelo professor Aury Lopes Junior como medida precária e precautelar.

Em seguida, o CPP, começando do art. 311, passa a regradar sobre a prisão preventiva, que tem sido a modalidade privativa de liberdade mais abrangente da sistemática jurídico-penal para estear a manutenção da segregação cautelar, tanto no curso do inquérito policial, quanto do processo penal, mas que tem apresentado falhas estruturais.

1. O pressuposto da “garantia da ordem pública” na decretação da prisão preventiva

Na sistemática jurídica-penal hodierna, a imposição da prisão preventiva deve, necessariamente, obedecer a cumulação de critérios elencados pelos artigos 312 e 313 do CPP, quais sejam: a prova da existência de crime doloso; com pena privativa de liberdade máxima cominada superior a 4 anos ou, independentemente da pena, se tratar de violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência ou se o suspeito for reincidente em crime doloso; a existência de indício suficiente de autoria e de perigo em razão da liberdade do imputado; e a presença do pressuposto da “garantia da ordem pública”, da “garantia da ordem econômica”, por “conveniência da instrução criminal” ou para “assegurar a aplicação da lei penal”.

A Lei nº 13.964/19, alcunhada de pacote anticrime, alterou o texto do Código de Processo Penal, primordialmente na fase pré-processual, resvalando, inclusive, no instituto da prisão preventiva. Com a edição da nova lei, o art. 312 do CPP passou a prescrever o seguinte:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

O pacote anticrime remodelou a parte final do artigo transcrito, no intuito de aperfeiçoar o requisito do “*fumus commissi delicti*” e inserir definitivamente o “*periculum libertatis*” como imprescindíveis à determinação da segregação preventiva, atendendo ao que especialistas criminais como Lopes Jr. já alertavam outrora, e desatrelando o abrigo que a garantia à ordem pública ou à ordem econômica guarneciam ao argumento do “perigo gerado pela liberdade do imputado”.

Não obstante a inclusão de critérios incontornáveis à subsistência da custódia preventiva, a essência dos demais pressupostos permissivos da decretação da cautelar não foi alterada, seguindo a dinâmica anteriormente entranhada no Código, ao exigir a invocação da garantia da

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal para embasar o seu estabelecimento.

Outra circunstância inalterada no Código Processualista foi a lacuna conceitual atrelada aos termos “garantia da ordem pública”, contido na redação original do Decreto-Lei nº 3.689/41¹, e “garantia da ordem econômica”, trazido alteração de 1994², desde suas primeiras suscitações e que faz com que a jurisprudência e doutrina fabulem conjuntamente quanto a sua acepção.

O elemento nuclear da “garantia da ordem pública”, como autorizador da segregação preventiva, é nativo da Alemanha, tendo surgido justamente no período em que as nações europeias experimentavam os lamentáveis governos autoritários, fomentados pelo ideal nazifascista, e com o desígnio de anuir com a generalidade da justificativa empregada para a perpetuação do cárcere antecipado.

O vício de origem do critério legal não teve sua deficiência gramatical cessada com o perpassar do século XX, propiciando imbróglis interpretativos depois de mais de 80 anos. O ilustre mestre Alexandre de Moraes Rosa (2004. p. 162) registrou em sua tese de doutorado a “anemia semântica” vinculada aos requisitos constantes do caput do art. 312, do CPP, incrementando ainda que o conhecedor da estrutura linguística portuguesa goza de capacidade para erigir um pseudo requisito (ficto), de modo imperceptível aos olhos de terceiros, que pode ser regido por preceitos particulares da autoridade judicial.

A discricionariedade e abstração dos pressupostos para a prosperidade da ordem restritiva cautelar, sofreu numerosas críticas, as quais podem ser representadas a partir da reprodução de comentários exarados, respectivamente, pelos ínclitos professores Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Pacelli e Renato Brasileiro de Lima:

O legislador poderia ter ousado, definido ou detalhado o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como a garantia da ordem pública e da econômica. Não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto (Nucci, 2014, p. 77).

¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 313, caput. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2020.

² BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Artigo 86. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 01 de março de 2020.

A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem (Pacelli, 2018, p. 445).

A expressão “garantia da ordem pública” é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado (Lima, 2019, p. 991).

Luiz Regis Prado (2018, p.126), após aprofundado estudo sobre as origens e evolução da expressão “ordem pública”, concluiu que, com o passar do tempo, depois da introdução do Código de Processo Penal Brasileiro e subsequentes remendos, além das viragens jurisprudenciais, insubsiste precisão ao qualificar o termo, não tendo legitimidade para fazê-lo sequer o Supremo Tribunal Federal, considerando que a corte máxima não se comprometeu a delimitar a conceituação daquele pressuposto.

A amplitude associada a locução “ordem pública” é de tamanha densidade que tende a não se esgotar, ou ao menos limitar-se a uma definição textual objetiva. No entanto, experimentando a inocuidade da regência normativa, a doutrina e jurisprudência nacional se lançaram na árdua tarefa de guarnecer a funcionalidade do arranjo impositivo, tendo delineado, seu significado prático, a partir de técnica interpretativa sistemática e teleológica, mas sem superar a severa deficiência semântica do termo.

Quase que unanimemente, o corpo doutrinário jurídico-penal concorda quanto a falta de consenso doutrinário sobre a definição precisa da expressão “ordem pública” tratada no diploma processualista de 1941.

Mais objetivamente, inclinado a sintetizar a acolhimento da “ordem pública” no exercício da atividade jurisdicional, deve-se recorrer a exposição um tanto simplista, mas direta, apresentada pelo ilustre Guilherme Nucci (2014. p. 77) ao mencionar os quesitos básicos defendidos, atualmente, para sustentar a plausibilidade do argumento genérico consignado no artigo 312, do CPP, haja vista refletir o entendimento majoritário albergado pelos intérpretes da lei.

O professor Nucci explana, perfunctoriamente, que para a autoridade judiciária valer-se da “garantia da ordem pública” como pressuposto válido ao cerceamento preventivo há de persistir, no caso fático, a gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com associação ou organização criminosa.

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

Em verdade, a gravidade concreta do delito e a periculosidade do agente, averiguada com base na reincidência delitiva e na participação em organização criminosa, têm sido os elementos levantados pelos órgãos jurisdicionais ao perpetuar a segregação cautelar, insurgindo numa profunda problemática em relação aos crimes instituídos pela lei de entorpecentes.

2. A “garantia da ordem pública” segmentada entre a periculosidade do agente e a gravidade do crime

No contexto geral da justiça criminal, a “garantia da ordem pública” como permissivo da implementação da custódia cautelar, dada a sua universalidade, não se coaduna com os princípios constitucionais da presunção de inocência do imputado, do devido processo legal e da liberdade de locomoção individual, nem mesmo quando resumida na periculosidade do agente, e suas facetas, e na gravidade do delito.

A interpretação munida à premissa ultra genérica insculpida no cabeçalho do art. 312, do CPP, a qual tenta condensar o seu significado entre dois critérios alternativos, de início aparenta ser movida por um ideal profícuo, mas que, no entanto, logo é sufragada por suas consequências de natureza objetiva, que ao ser entregue ao arbítrio do jurisdicionante finda por conformar péssimos efeitos em cenários específicos.

No concernente à periculosidade do imputado, tem-se que essa pode ser compreendida de múltiplas perspectivas, como a reincidência, a anotação de antecedentes criminais – mais recentemente entendeu-se pela possibilidade de considerar o registro de atos infracionais perpetrados pelo imputado²³ - e até mesmo o *modus operandi* eleito pelo agente quando da investida criminosa, esse último imanente do próprio contexto subjacente a estruturação da materialidade da infração³.

Lado outro, cumpre destacar também que, principalmente a contar da década de 70, a gravidade do delito seria uma outra premissa intrínseca à proteção da incolumidade pública, e por conseguinte, franqueadora da segregação cautelar, mas que desde sempre sofreu questionamentos acerca da sua suficiência, de per si, para respaldar o decreto prisional.

³ HC 379.083/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017; RHC 63.855/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 13/06/2016.

Há que se diferenciar, neste instante, a gravidade do delito em duas espécies, a “abstrata” e a “em concreto”. A abstrata é caracterizada pela expressão do crime conforme a sua regência normativa, não se prendendo a alguma situação específica; enquanto a “em concreto” cuida de avaliar o contexto de determinado caso, analisando a intensidade do delito a partir das ações, meios, consequências e impacto social proporcionado pelo agente delitivo. Nucci (2014, p.77) exemplifica que um roubo abstratamente é um delito grave, mas nem sempre o é no caso concreto.

A gravidade em concreto do delito tem maior tendência a ser aceita na fundamentação da decisão segregadora, ante sua intimidade com a periculosidade do imputado. Noutro turno, a gravidade abstrata do delito não garante de apoio como uma forma de ameaça à ordem pública. Oportunamente, destaca-se que a depender do quadro fático e da natureza do crime é possível que ambas se confundam, precipuamente nos delitos relacionados a posse e armazenamento de psicotrópicos.

Por vezes surgem manifestações das instâncias extraordinárias, aparentemente sólidas e paradigmáticas, vedando o emprego isolado da gravidade em abstrato do crime para resguardar a legalidade do provimento judicial, ao teor das seguintes decisões:

Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP). 2. Hipótese em que o juízo de origem lastreou sua decisão tão somente na gravidade em abstrato do delito, circunstância categoricamente rechaçada pela jurisprudência da Suprema Corte. (HC 135250, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, Processo Eletrônico DJe-208 Divulg 28-09-2016 Public 29-09-2016).

O Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Cajuru/SP, ao converter a autuação em flagrante do paciente em prisão preventiva, pelo suposto furto de uma bicicleta, baseou-se, tão somente, na gravidade em abstrato do delito, fundamento esse, consoante a jurisprudência da Corte, insuficiente para se manter a medida extrema. (HC 128284, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 09/06/2015, Processo Eletrônico DJe-128 Divulg 30-06-2015 Public 01-07-2015).

A necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito, dissociadas de elementos concretos que indicassem a necessidade da rigorosa providência cautelar, não constituem fundamentação idônea para justificar a medida extrema [...] (HC 473.553/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018).

No presente caso, realizada audiência de custódia, a segregação cautelar foi imposta desprovida de fundamentação concreta, que não cuidou de tratar das peculiaridades do caso, limitando-se a afirmar a legalidade do flagrante efetuado e o descabimento da concessão de liberdade provisória, sem mencionar, contudo, por qual motivo. O discurso judicial puramente teórico, carente de reais elementos de convicção, que não informe circunstâncias pessoais do acusado ou *modus operandi* excepcionais, revela a deficiência na fundamentação utilizada. (AgRg no HC 399.974/PE, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 26/03/2018).

Exsurge, após o exame dos julgados retro transcritos, uma questão preocupante, à medida que as orientações traçadas pelas Cortes Superiores não tem obstado, em regra, a decretação da preventiva com fundamento único na gravidade abstrata do delito, tanto por parte dos juízos originários, os quais instrumentalizam o mando constritivo, quanto pelos Tribunais Locais, que a despeito de estarem sujeitos a compreensão emanada pelas Cortes Superiores, por vezes utilizam os precedentes tão somente como preceito retórico ao consentir com a perpetuação de certas prisões preventivas, consoante ao que se exporá adiante.

2.1. A “garantia da ordem pública” nos crimes de entorpecentes

Os crimes relacionados a drogas, da ótica legal, têm intrínseco a si um estigma social e mais gravoso, enquanto que a Constituição da República ao dar tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes e equipará-lo aos crimes de tortura, terrorismo e hediondos coloca-o evidentemente em patamar distinto dos demais.

Mais além do horizonte dos crimes previstos na parte especial no Código Penal, a Lei nº 11.343/06, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, inovou em matéria criminal ao definir condutas delitivas atreladas ao manuseio, produção, transporte e consumo de drogas.

A Lei nº 11.343/06, que entrou em vigor no último trimestre de 2006, revogou a lei nº 6.368/76 que dispusera anteriormente acerca dos crimes de drogas, introduzindo uma série de inovações destinadas a fortalecer sua ambivalência, repressiva (consumo de drogas) e preventiva (tráfico de drogas), e tentando atender a nova realidade que se instalara no cotidiano brasileiro.

Tradicionalmente, os intérpretes da lei têm valorado negativamente o delito de tráfico ilícito de drogas, precipuamente em virtude da redação que compõe o inciso XLIV, do art. 5º, da

Carta Magna, a qual o considera um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, além do próprio corpo regulamentar da lei extravagante que conduz o ideário desprezível daquela infração.

Por muito tempo, inclusive, permaneceu-se a ideia da impossibilidade de concessão de liberdade provisória no curso da investigação de suposto delito de tráfico de drogas e demais crimes a ele relacionados, uma vez que o comando constante do art. 44 da Lei nº 11.343/06 dispunha nesse sentido:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Insurge-se, então, a partir da conjuntura legal repulsiva ao crime de tráfico de drogas, a cognição formulada por membros da magistratura no sentido de que a mera suspeita da incidência no crime incurso no art. 33, da Lei de Drogas, qual seja o da mercancia de entorpecentes, por si só, seria apto a preencher os aspectos subjacentes à garantia da ordem pública, do qual trata o art. 312, do CPP.

Os aspectos subjacentes mencionados tratam da gravidade concreta do crime e da periculosidade do agente, fundamentos minimamente corpóreos para se prosperar a premissa outrora rechaçada da “garantia da ordem pública”, mas que na realidade acaba por perder de vez seu ínfimo significado jurídico quando direcionado a Lei de Drogas.

Recorrentemente, os Tribunais Brasileiros socorrem-se, equivocadamente, a tutela da ordem pública para fundar o decreto prisional cautelar nos crimes de drogas, à exemplo do Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, integrante do TJMG, que tem uma ementa pronta para denegar a ordem de Habeas Corpus impetrado contra a prisão preventiva resguardada na garantia da ordem pública, prescrevendo genericamente:

Presentes os pressupostos e requisitos constantes nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, não há que se falar em revogação da prisão preventiva, uma vez que esta se revela indispensável para a garantia da ordem pública.

Somente em relação a suspeita da prática do crime de tráfico de drogas, nos meses de fevereiro e março de 2020, o texto supratranscrito foi utilizado *ipsis litteris* nas ementas formuladas aos julgamentos dos Habeas Corpus: 1.0000.20.007708-9/000; 1.0000.20.007411-

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

0/000; 1.0000.20.003147-4/000; 1.0000.20.012817-1/000; 1.0000.20.017986-9/000; 1.0000.20.008155-2/000, todos julgados pela 8ª Câmara Criminal do TJMG⁴.

O texto formulado pelo desembargador não carrega qualquer referência particular aos processos julgados, exarando-se o acórdão com a rápida lembrança dos atos imputados ao acusado, no relatório, e explicitando a gravidade em concreto do delito de tráfico de entorpecentes, na fundamentação, e concluindo com a “indispensabilidade da privação da liberdade para a garantia da ordem pública”.

Analizando mais profundamente um dos julgados de relatoria do Desembargador José Luiz, o HC 1.0000.19.163710-7/000 – TJMG, em que o excerto redigido anteriormente também fora inserido na composição da ementa, o voto proferido pelo relator firmou-se nos seguintes termos:

[...] Está presente também, o requisito previsto pelo art. 312, do CPP, que recomenda a prisão para garantir a ordem pública, uma vez que, segundo as declarações do condutor do flagrante ao receberem informações anônimas de que um indivíduo de nome MARCOS estava traficando drogas no bairro Eneás Ferreira de Aguiar [...]

Ressalta-se que o delito em tese praticado se revela de especial e concreta gravidade, considerando, especialmente, a grande quantidade de material entorpecente apreendido, sendo 30,20g (trinta gramas e vinte centigramas) de maconha (f. 10 - doc. único) e 73,70g (setenta e três gramas e setenta centigramas) de cocaína (f. 11 - doc. único). Evidentemente compromete o meio social e autoriza a custódia cautelar do autuado, a fim de se evitar a repetição dos atos nocivos censuráveis e, com isso, garantir a ordem pública.⁵

Destrinchando a fundamentação eleita pela autoridade judiciária, verifica-se uma miríade de desarranjos vinculados à incorreta acepção da Lei de Drogas. Ao passo que o magistrado afirma que “*evidentemente compromete o meio social*” e que “*a fim de se evitar a repetição dos atos nocivos censuráveis*”, ignorando o fato do agente ser primário, abandona-se qualquer parâmetro particular ao caso concreto, até mesmo sua gravidade, e volve-se ao plano abstrato, alcançando-se

⁴ HC 1.0000.20.007708-9/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 20/02/0020, DJe 20/02/0020; HC 1.0000.20.007411-0/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 20/02/0020, DJe 20/02/0020; HC 1.0000.20.003147-4/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 20/02/0020, DJe 20/02/0020; HC 1.0000.20.012817-1/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 05/03/0020, DJe 05/03/0020; HC 1.0000.20.017986-9/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 12/03/2020, DJe 12/03/2020; HC 1.0000.20.008155-2/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 12/03/2020, DJe 12/03/2020.

⁵ HC 1.0000.19.163710-7/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 23/01/2020, DJe 23/01/2020.

a premissa da necessidade da manutenção de todas as prisões decorrentes do crime de tráfico de drogas, pois estas são imprescindíveis à garantia da ordem pública.

A “ordem pública” que tem sua construção semântica, por si mesma, discutível, quando despendida na justificação da segregação cautelar motivada por suspeita do cometimento do crime de tráfico de drogas perde o seu último resquício de solidez e confiabilidade.

Nesse sentido, a “gravidade em abstrato” do delito, que não teria o condão de alicerçar a segregação cautelar⁶, torna-se o suporte máximo para defender a implementação da custódia preventiva, uma vez que ao argumentar genérica e negligentemente os julgadores desvirtuam a essência da “gravidade em concreto”, a qual deveria ser exaustivamente pormenorizada no caso concreto.

Ao pretexto de que o crime de tráfico de drogas “compromete o meio social”⁷, “está a merecer maior rigor da justiça, a fim de inibi-lo da prática de outros delitos, protegendo o meio social”⁸, ou “a prisão cautelar é mesmo devida para o fim de acautelar-se o meio social”⁹ desvela-se a confusão inflada entre a concretude e a abstração da gravidade delitiva.

Ao proferir fundamentações carregadas de premissas de caráter social e das consequências inerentes ao cometimento do delito de tráfico de drogas, não os conectando imediatamente com o contexto fático particular de cada caso, os julgadores se lançam em mares de águas turvas, nas quais não conseguem distinguir o pré-conceito do delito de tráfico das circunstâncias individualizadas no tempo e espaço.

Por conseguinte, nasce uma estrutura de decisões automáticas de decretação de reclusão cautelar, bastando-se, para tanto, que o sujeito preencha o requisito de ser suspeito do cometimento de crime de tráfico de drogas, e substituindo a hermenêutica jurídica pelo senso comum teórico criado no *habitus dogmaticus* não constrangido.

Às palavras do ilustre professor Lênio Streck (2020), nas referidas manifestações judiciais identifica-se o fenômeno distópico do consequencialismo judicial, em os julgadores primeiro decidem para depois fundamentarem, e pior, com argumentos juridicamente vazios, repleto de

⁶ HC 135.250/SP - STF, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, Processo Eletrônico Public 29-09-2016.

⁷ HC 1.0000.19.163710-7/000 - TJMG, Rel. Desembargador José Luiz de Moura Faleiros, 8ª Câmara Criminal, julgado em 23/01/2020, DJe 23/01/2020

⁸ TJDF. Acórdão 1231546, 07018906320208070000, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 13/2/2020, publicado no PJe: 2/3/2020

⁹ STJ. AgRg nº RHC 119.666/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020.

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

apelos sociais e solipsistas que se disfarçam entremeio ao “livre convencimento motivado”, os quais sequer deveriam ser levados em consideração.

2.2. A obscuridade na distinção dos crimes de tráfico de drogas e de posse para consumo pessoal como cerne da segregação cautelar ilegítima

A situação, que inicialmente parece crítica, tende a se agravar quando traz à memória a seletividade penal como característica basilar da atual lei de repressão às drogas. Com isso, os malefícios da imprecisão normativa alcançam os particulares antes mesmo da persecução penal, e a seletividade, que aparentemente seria exercida pelo magistrado¹⁰, acaba sendo instrumentalizada por outros agentes estatais, como as autoridades policiais e os membros do Ministério Público, os quais, respectivamente, representam e requerem a prisão preventiva.

A magnitude do infortúnio se revela em sincronia com a disparidade no tratamento das sanções implementadas pela lei. O delito insculpido no art. 28, da Lei de Drogas, posse para consumo pessoal, é punido tão somente com medidas restritivas de direito, enquanto que o do art. 33, da mesma lei, (tráfico ilícito de entorpecentes) é penalizado com reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e a singela dissemelhança entre estes é o dolo específico do agente.

Os critérios pertinentes a distinção do crime de “posse para consumo pessoal” e de “tráfico ilícito de drogas”, permite que o requerimento da reclusão preventiva fique à vontade do órgão acusatório, ao passo que a eventual decretação à discricionariedade do órgão investido de jurisdição, podendo ambos se embaraçarem na adequação típica da conduta praticada.

Com efeito, o criminoso que tem a intenção inequívoca de consumir a droga, à margem da lei, pode ser facilmente caracterizado como traficante que tem o propósito da comercialização do entorpecente, debruçando-se na esteira de que a única diferenciação entre ambos é a compreensão precária do julgador acerca de circunstâncias subjetivas do contexto fático, quais sejam à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 14 de abril de 2020.

Vale registrar um trecho marcante do artigo publicado pela professora Nara Borgo Cypriano (2010. p. 1101) nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI:

Neste sentido, se uma pessoa da classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e, portanto, não será submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente. Neste exemplo, confirma-se a seletividade secundária.

À vista disso, mesmo que seja comprovada a desclassificação para o crime de posse de drogas para consumo pessoal ao fim da instrução processual, aquele ao qual se estava sendo imputado o delito de tráfico terá sofrido com a restrição de sua liberdade enquanto persistir o decreto prisional acautelatório, período este que não poderá ser compensado por qualquer quantia monetária, deferida em eventual ação de danos morais.

E o problema vai além. O legislador conferiu, por meio do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, redução de um sexto a dois terços da pena cominada ao tráfico àqueles que forem comprovadamente primários e de bons antecedentes e que não se dediquem a atividade criminal, fração aquela que muito provavelmente se deduzirá da pena mínima cominada ao delito, pois no sistema trifásico da dosimetria da pena muitos são utilizados parâmetros subjetivos para a aferição da pena-base.

Vale lembrar que, por força do julgamento do Habeas Corpus 118.533/MS, o plenário da Suprema Corte Brasileira retirou o tráfico privilegiado (§4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06) dos crimes equiparados a hediondos, devendo, com isso, serem afastadas as repressões mais incisivas provenientes da repulsa social àquela classe delitiva¹¹.

Logo, em se tratando de agente primário, de bons antecedentes e que não integre organização criminosa, em regra a pena-base finda por não ultrapassar 04 anos de reclusão e, vislumbrando a ausência de violência ou grave ameaça, pode ser até mesmo convertida em restrição de direitos, ao teor do art. 44, do Código Penal, no sentido da ordem de Habeas Corpus concedida pelo ínclito ministro Celso de Mello, nos autos do ARE nº 1.088.479/SP¹².

¹¹ HC 118533/MS - STF, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 Divulg 16-09-2016 Public 19-09-2016.

¹² ARE 1088479, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 05/03/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06/03/2018 PUBLIC 07/03/2018.

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

Noutro turno, as instâncias ordinárias têm se mantido inflexíveis e ignorado a singularidade conjuntural dos fatos que desaguarão na imputação do delito, pouco sopesando a verdadeira necessidade da prisão preventiva, tal como no julgamento do HC 2038795-46.2020.8.26.0000, pela 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, que manteve incólume a prisão cautelar de acusado por crime de tráfico de drogas em razão de ter em depósito:

drogas consistentes em **11,42 gramas**, acondicionadas em 13 microtubos plásticos do tipo eppendorfs e mais 01 porção a granel, contendo a substância benzoilmetilecgonina (cocaína), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a quantia de R\$ 22,00 (vinte e dois reais) em dinheiro e uma balança de precisão”¹³.

O paciente do habeas corpus citado no parágrafo anterior era primário, com bons antecedentes e não integrava organização criminosa, e surpreendentemente o colegiado do Tribunal Local negou seguimento ao *writ* ao pretexto de que: “avaliando-se a gravidade concreta do delito, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do paciente, a manutenção de sua prisão preventiva se mostra necessária como garantia da ordem pública”.

A esta altura expõe-se uma realidade cruel da sociedade brasileira, precipuamente experimentada por sua parcela mais estigmatizada, a qual tem sua liberdade afrontada por magistrados que preferem arriscar “condenar um inocente a salvar um culpado”, depredando o último resquício do significado de “ordem pública” na imensidão da vagueza do termo.

Nesta perspectiva, não seria uma má ideia os juízes das varas criminais brasileiras analisarem detida e fielmente as circunstâncias pessoais dos suspeitos quando da realização da audiências de custódia, por exemplo, pois assim mais perto estariam dos intentos enraizado no privilégio supramencionado, e, conseqüentemente, menor seria o número de segregações cautelares indevidas atreladas a perseguições penais que sequer resultam em condenações de pena privativa de liberdade.

A Suprema Corte Brasileira, aparentemente em sentido contrário a outros órgãos do poder judiciário, tem despontado na vanguarda ao, reiteradamente, perfilhar compreensões

¹³ TJSP; Habeas Corpus Criminal 2038795-46.2020.8.26.0000; Relator (a): José Vitor Teixeira de Freitas; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araçatuba - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/04/2020; Data de Registro: 15/04/2020.

demasiadamente coerentes fundadas na ponderação acertada entre as circunstâncias fáticas e pessoais do acusado necessidade e a efetiva necessidade de imposição da segregação preventiva.

O ministro Celso de Mello, ao apreciar a medida cautelar no HC 115.613/SP, proferiu decisão paradigmática, a qual tornou a repetir no julgamento final daquele liberatório, abordando a premissa de que a legitimação da prisão cautelar tão somente pode ser alcançada com a exposição de “base empírica idônea” no carreado fático imputado ao acusado, não bastando o firmamento em “juízo meramente conjectural”¹⁴.

Em outro caso episódico, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, julgando o mérito do HC 133.289/SP, do qual foi relator, proferiu voto argumentando que a apreensão de 17,45 gramas de maconha e a quantia de R\$ 48,00 em conjunto com a primariedade do agente, não são aptas a constatar a gravidade em concreto do delito, e, seguido pelos ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, ordenou a revogação da custódia cautelar do paciente, remediando erro grosseiro cometido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁵.

Inobstante o entendimento propugnado pela Corte Suprema, o cenário hodierno abarrotado por decretações de prisões preventivas alicerçadas apenas na gravidade abstrata do delito denota a aparência, de que imbuídos de sentimentos pessoais, juízes brasileiros da 1ª e 2ª instância, tendem a perpetuar a interpretação errônea e ilegítima do artigo 312, do CPP, nos delitos de entorpecentes.

Escorando-se nas valiosas lições do festejado penalista Eugênio Raul Zaffaroni (1991. p. 26), é crível inferir que o fenômeno desnudado no corpo deste trabalho está associado a “renúncia proclamada pela própria lei à legalidade” anuindo com a manifestação da arbitrariedade estatal, incluídos nesse contexto os órgãos investidos de jurisdição.

Apesar de o magistrado ocupar a função de operacionalizador do distúrbio jurídico, a norma imprecisa, ou propositalmente outorgadora do protagonismo judicial, desempenha papel de destaque emergindo como verdadeira justificadora do exercício de poder do sistema penal e assentindo com o discurso solipsista dos integrantes da engrenagem estatal de modo a obstaculizar o refreamento do exercício ilegítimo da prisão preventiva.

A falha estrutural relatada resulta em consequências perversas ao sistema penal brasileiro, reverberando a pior delas na perpetuação da prisão cautelar injustificada por período indeterminado e que na maioria das vezes se arrastam por meses até a realização de audiência de

¹⁴ MC HC 115613/SP - STF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 05/11/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07/11/2012 PUBLIC 08/11/2012.

¹⁵ HC 133289/SP - STF, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016.

A subversão do pressuposto da “garantia da ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva nos crimes de entorpecentes

instrução e julgamento, que como é cediço não obedece o prazo de sessenta dias previsto no caput do art. 400, do CPP.

Aliás, baseando-se nos dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional constata-se o quantitativo preocupante de presos provisórios sem condenação no Brasil, que até dezembro de 2019 chegou à assustadora marca de 222.558 pessoas. Dentre o total de custodiados o levantamento mostra que 169.093 foram motivadas pelo crime de tráfico de drogas¹⁶, delito este que é o responsável por propiciar o maior número acumulado de prisões provisórias e definitivas.

Não há, no entanto, uma mensuração precisa do total de presos provisórios pelo crime de tráfico de drogas, muito menos um registro que aborde as reclusões provisórias indevidas, contudo pode-se deduzir um significativo impacto ocasionado pela imposição desajustada da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas a partir da Lei nº 11.343/06, precipuamente quando observado o aumento de mais de 700% do encarceramento de acusados pelo referido crime no período compreendido entre 2005 a 2019¹⁷.

3. Conclusão

Sintetiza-se, portanto, que a abrangência desmedida do pressuposto da “garantia da ordem pública”, especialmente em relação ao crime de tráfico de drogas, é hábil para incitar a recorrência diária de decretos prisionais provisórios ilegítimos, fundados muitas vezes em parâmetro mais pessoais do magistrado do que propriamente legais.

Contrapostos ao exercício arbitrário do poder judicial, os critérios objetivos engendrados pelo Supremo Tribunal Federal se aproximam de uma solução para restringir o mecanismo das prisões preventivas, fundada na garantia da ordem pública, apenas às situações estritamente necessárias, ao condicionar a sua estipulação a gravidade em concreto do delito ou a periculosidade do agente, e não como resposta a maleficência abstrata do crime.

¹⁶ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNmZlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTJlOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

¹⁷ Um em Cada Três Presos do País Responde por Tráfico de Drogas. Por Clara Velasco, Rosanne D'Agostino e Thiago Reis, G1 – São Paulo. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

O número de presos no Brasil alcança patamar alarmante, principalmente em decorrência do alto índice de presos provisórios, dos quais uma parte significativa está associado a crimes de drogas. Isso não é uma coincidência. Na realidade, há uma imensa celeuma na dinâmica de implementação das prisões preventivas, causado pela estruturação textual do Código de Processo Penal, o qual permite a distorção do direito e das garantias fundamentais em benefício de propósitos coletivos vagos e intangíveis mediante o emprego subvertido do pressuposto da “garantia da ordem pública”.

Desta feita, cabem às autoridades judiciais compreenderem a função desempenhada pela prisão preventiva no transcorrer da *persecutio criminis*, tal qual a repercussão negativa ocasionada à vida particular do jurisdicionado afetado pela medida, e ponderar os efeitos e a necessidade de sua implementação, tudo com o intuito de conter o exercício temerário do instrumento cautelar excepcionalíssimo.

Referências bibliográficas

DELMANTO, Roberto Junior. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: Volume Único. 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 5. Ed. Rev., Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade Penal na Nova Lei de Drogas. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza-CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

MASSON, Cleber; Marçal, Vinícius. Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 28.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional (Série EDB). 4. Ed. Rev. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP).

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão No Processo Penal Como Bricolage de Significantes. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

PINHEIRO, Maria Cláudia. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais - A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de Informação Legislativa, v. 43. p. 110-111.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Prisão Preventiva: a contramão da modernidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. Curso de Direito Constitucional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 404.

SARTRE, Jean-Paul. O Ser e o Nada: Ensaio de Ontologia Fenomenológica. Tradução de Paulo Perdigão. 20. ed. - Petrópolis, RJ :Vozes, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O desembargador, "os astronautas" e o "habitus dogmaticus"! - Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/senso-incomum-desembargador-astronautas-habitus-dogmaticus>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência? – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VOLTAIRE (1694-1778). Zadig ou Destino. Editora Saraiva. Nélon Jahr Garcia.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991.

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

The institution of premonitory registration and its applicability on tax execution procedure in light of the debtor's procedural guarantees

Thiago Ribeiro Deienno*

Resumo: Apresenta as alterações feitas pela Lei nº 11.382, de 2006, no Código do Processo Civil – CPC/1973 – e incorporadas pelo Novo Código de Processo Civil que são aplicáveis ao processo da execução fiscal. Trata da história, da classificação, do conceito e da fundamentação da execução fiscal, bem como da aplicabilidade das disposições do Código Processual Civil à Lei de Execuções Fiscais. Analisa o instituto da averbação premonitória, assim como o seu cabimento no processo traçado pela Lei nº 6.830/1980 à luz das garantias processuais do executado em execução fiscal.

Palavras-chave: Execução fiscal. Novo Código de Processo Civil. Averbação premonitória. Processo executivo comum. Lei nº 11.382/2006.

Abstract: It introduces the amendments made by Law 11382, 2006, in the Code of Civil Procedure – CPC/1973 – and incorporated by the New Code of Civil Procedure, which are applicable in the tax execution procedure. It talks about the history, classification, concept and foundation of tax execution, as well as the applicability of CPC clauses to Tax Execution Laws. It analyses the institution of premonitory registration, as well as its appropriateness in the procedure set by Law 6830/1980 in light of the debtor's procedure guarantees during a tax execution.

Keywords: : Tax execution, New Code of Civil Procedure, Premonitory registration, Common executive process, Law 11382/2006.

Recebido em: 19/11/2019
Aprovado em: 30/11/2020

Como citar este artigo:
DEIENNO, Thiago Ribeiro. O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 2, n. 3, 2020, p. 171-190.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e pós-graduado (lato sensu) em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Defensor público do Distrito Federal desde o ano de 2016.

Introdução

A Lei nº 11.382, de dezembro de 2006, trouxe várias inovações para a sistemática do processo de execução por título extrajudicial. Essas vieram atender a um antigo anseio de celeridade e efetividade desse procedimento. Tais aplicações foram incorporadas ao Novo Código de Processo Civil em vários dispositivos, corrigindo a atecnia que vigia no código antigo. As mais importantes modificações aconteceram em três eixos principais, ou seja; o oferecimento de embargos pelo executado, o procedimento relativo à penhora e a averbação do ajuizamento do feito, para fins de se configurar a fraude à execução.

Importa ressaltar que o processo executivo fiscal, regido pela Lei nº 6.830, de 1980, não obstante tratar do processo de execução fiscal por título extrajudicial, (no caso a certidão de Dívida Ativa) traz outro procedimento que não o comum estabelecido no Código de Processo Civil (CPC), devido a três fatores basilares: a natureza da relação entre o credor e o devedor; sendo essa díspare pelo fato de o credor ser o Estado: a natureza dos créditos executados, quase sempre estes de natureza tributária e, por fim, o interesse social envolvido no processo, uma vez que os créditos exequendos pertencem ao Erário e, portanto, há interesse social de que tais sejam satisfeitos.

Em outra vertente, existe a Lei de Execução Fiscal. Logo no seu primeiro artigo traz a previsão de que as disposições do Código de Processo Civil serão aplicadas subsidiariamente ao executivo fiscal quando sejam compatíveis. Eis que surge o problema ora tratado na presente pesquisa: é nesse ponto que se procura estabelecer, dentre todas as especificidades da execução fiscal, se a averbação premonitória, instituto trazido pela novel reforma, se aplica a tal rito específico e de que forma deve ser interpretado.

Dessa feita, cinge-se o objetivo geral deste trabalho à análise da possibilidade de modificação no processo de execução em razão da Lei nº 11.382: se esta pode ser aplicada à execução fiscal, sem que haja conflito entre as normas processuais e direitos fundamentais.

Na forma do acima exposto, no desenrolar desse projeto serão abordados, como cumprimento dos objetivos específicos, a história, a classificação, os fundamentos da execução e será esboçado um conceito mais preciso do que seja o instituto da ação de execução fiscal à luz de doutrinadores processualistas, como Cassio Scarpinella Bueno, Humberto Theodoro Junior e José Afonso da Silva.

Em seguida, será apresentado estudo sobre o que é a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na Lei de Execuções Fiscais e também o que foi a reforma do processo de execução por título extrajudicial levada a cabo em 2006 pelo legislador ordinário.

Em outra seção será abordado o novel instituto da averbação premonitória, bem como sua possibilidade ou não de aplicação ao rito especial traçado na Lei nº 6.830. Na pesquisa será adotado o método dedutivo (partindo do texto da lei e dos princípios gerais de processo até chegar às minúcias do caso concreto) e comparativo de abordagem. No desenvolvimento deste trabalho realizar-se-á o exame dos diplomas legais relacionados ao tema, assim como se procederá à análise doutrinária e jurisprudencial.

Este estudo terá como base os principais manuais de Direito Processual Civil, obras e monografias específicas, periódicos, além de outras publicações, tanto impressas quanto virtuais.

1. A ação executiva fiscal: história, conceito, classificação e fundamento

Antes de se atacar o objeto do presente estudo deve-se, entretanto, conceituar o instituto da execução fiscal, analisar sua classificação no mundo jurídico, seus fundamentos bem como sua evolução histórica no Direito pátrio.

1.1 Breves considerações históricas

Faz-se mister que seja traçada a sua evolução histórica para melhor compreensão da matéria aqui discutida.

Inicialmente analisa-se o direito lusitano, de cujo ordenamento jurídico importou o conceito de executivo fiscal. Segundo Campos (1989), o primeiro registro histórico que se tem de um procedimento executivo parecido com o que se tem hoje se encontra nas leis portuguesas de 1761, também chamadas pela doutrina portuguesa de “leis fundamentais”. Tais leis esquadrihavam um procedimento executivo sumário próprio para cobrança de dívidas fiscais. Tinham como principais características: a disposição de que embargos opostos, em regra, não suspendiam o curso do processo, além da possibilidade de se aviar embargos de terceiro porém com processamento diverso dos embargos de devedor e, finalmente, a exigência de depósito em

ouro e prata e não qualquer outro bem. Porém, sua característica mais marcante e que mais se aproxima da legislação atual é a de que a ação sempre se fundava em direito líquido e certo.

Ao analisar o direito brasileiro, tal procedimento lusitano foi transplantado para o Brasil e aplicado à risca até a Constituição Brasileira de 1891.

Segundo Silva (1975), a partir da promulgação desta citada Carta Constitucional o Supremo Tribunal, (equivalente ao Supremo Tribunal Federal à época) ao interpretar a Constituição vigente e aplicando-a ao procedimento executivo fiscal, arrefeceu a natureza despótica deste, admitindo a defesa irrestrita do devedor.

Na mesma obra, Campos (1989) situa que, ao se caminhar mais um pouco na marcha histórica, em 1938, sob a égide da Constituição de 1937, foi promulgado o Decreto-Lei nº 960, que teve por principal escopo uniformizar em todo o território nacional o procedimento para a cobrança de Dívida Ativa. Além disso, o referido decreto assegurava a defesa ampla do executado, bem como limitava os créditos que podiam ser cobrados por tal procedimento àqueles definidos em lei. Tais disposições foram consideradas boas inovações em relação à legislação anterior. Todavia, o Decreto-Lei nº 960/1938 vigeu apenas até a promulgação do Código de Processo Civil de 1973. Este, por sua vez, eliminou o procedimento especial para cobrar dívidas da Fazenda Pública, sendo o Fisco equiparado a qualquer cidadão na cobrança de seus créditos. Mas tal situação não perdurou por muito tempo. Logo em 1980 foi promulgada a Lei nº 6.830, que restaurou o procedimento especial para cobrança de débitos fiscais, o qual será visto com maior minudência ao longo deste trabalho.

1.2 Conceito de execução fiscal

Após delinear-se a evolução histórica do instituto, é importante conceituar o objeto de estudo, qual seja, a execução fiscal.

A execução fiscal é “[...] um procedimento especial de que se vale a Fazenda Pública para cobrar determinados créditos agrupados sob a denominação de Dívida Ativa” (CAMPOS, 1989).

Já para Silva (1975): “execução fiscal é o processo para cobrança de créditos da Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) inscritos na forma da lei”.

Finalmente, Pacheco (2009) definiu que:

Desse modo, a execução judicial, a que alude o art. 1º e que vai denominada de execução fiscal nos arts. 4º, 12, 25 e 26 da lei que comentamos, e a execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, constituído pela certidão de dívida ativa regularmente inscrita, de caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias. (PACHECO, 2009, p. 10)

A última definição que Pacheco (2009) traçou em sua obra *Comentários à Lei de Execução Fiscal* parece, se não a mais correta, a mais completa, visto que traz todos os elementos importantes para uma definição precisa do instituto.

1.3 Fundamentos da execução fiscal

Há grande debate na doutrina desde a promulgação da nova lei de Execução Fiscal sobre a necessidade e até mesmo a fundamentação de se criar uma forma especial de execução apenas para cobrar créditos fazendários, com os autores como José da Silva Pacheco defendendo que não há necessidade de procedimento próprio para cobrança de créditos da Fazenda Pública.

Desta feita, posiciona-se favorável, o autor a tal instituto pelos fundamentos abaixo descritos:

O primeiro fundamento, o qual se extraiu da Exposição de Motivos da Lei nº 6830/1980, é o princípio da supremacia do interesse público. Carvalho Filho (2009) definiu o princípio da seguinte forma:

[...] as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. E completa: o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. (FILHO, 2009, p. 30-31)

Nessa esteira teórica pode-se dizer que a Fazenda Pública, por lidar com o interesse público, não pode se submeter aos mesmos percalços que um cidadão comum passa na cobrança de seus débitos particulares.

Do princípio da supremacia do interesse público pode-se deduzir outro fundamento da Execução Fiscal, que é o da importância e prevalência dos créditos públicos. Ora, os créditos

fazendários são destinados a realizar atividades de interesse público, tais como: programas sociais, construção de hospitais e escolas e não pode ser comparado a um crédito comercial que favorecerá a apenas um ou alguns particulares. Justamente por essa importância é que se faz indispensável dotar o Estado de instrumentos mais eficazes de cobrança.

Por fim, também corolário do princípio da supremacia do interesse público, tem-se outro fundamento que é a economia de dinheiro público. Tal fundamento se baseia na ideia de que quanto mais célere o processo, mais econômico será para os cofres públicos, evitando-se assim, desperdício de dinheiro público que poderia estar sendo usado em prol da sociedade.

Nas palavras de Loureiro (1953) *apud* Campos (1989): “[...] quanto mais eficiente for a arrecadação da Dívida Ativa, menos terá o Estado de usar o seu poder tributário para majorar ou criar novas fontes de renda”. (Loureiro, 1953, *apud* Campos, 1989)

1.4 Classificação jurídica da execução fiscal

Deve-se ainda enumerar a classificação jurídica da execução fiscal. Inicialmente, pode-se dizer que a ação executiva fiscal é uma ação executiva, pois é o poder jurídico que tem o Estado, por intermédio de suas pessoas jurídicas de direito público, de exigir uma prestação de forma material sem a necessidade de se conhecer o direito. Além de ser uma ação executiva, ela tem caráter de ação executiva de título executivo extrajudicial, pois visa a realizar um crédito constante de uma cartula extrajudicial, formado independentemente da atuação do juiz, mas apenas por livre convenção das partes, ou por um processo administrativo no qual é assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), como é o caso da Certidão de Dívida Ativa (CDA).

2. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no processo de execução fiscal

Inicialmente, cabe uma pequena conceituação do que venha a ser “aplicação subsidiária” no presente estudo.

José da Silva Pacheco, em sua obra *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, traçou uma importante definição, nestes termos:

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Quando a Constituição Federal, em seu art. 22, I, tipifica o direito processual, indistintamente, está se referindo ao sistema de princípios e leis disciplinadoras do processo judicial, que compreende, além do penal, o civil de cognição, de execução e cautelar, tendo em vista questões quer de direito privado, quer de direito público, inclusive tributárias ou não tributárias.

Por esse motivo, ressalta-se a teoria geral do processo, comum a todos os ramos do direito processual, que visa ao processo como instrumento para a realização do direito pela via jurisdicional, com a aplicação da lei quer penal, quer não penal.

[...] portanto, sendo o Código de Processo Civil o maior manancial de normas pertinentes aos processos de cognição, de execução e cautelar, é lógico que, ao se tratar de processo de execução fiscal, o qual se insere como subespécie da execução baseada em título extrajudicial, tem-se aquele com adminículo indispensável, necessário e expressamente determinado pelo art. 1º, *in fine*, da Lei nº 6.830/1980 (PACHECO, 2009, p. 31-32).

A Lei nº 11.382/2006, no antigo CPC, alterou importantes disposições do processo de execução do título extrajudicial, trazendo várias inovações para a seara da execução.

Tais inovações tiveram grande impacto no processo executivo fiscal, na medida em que o art. 1º da Lei de Execuções Fiscais consagra a subsidiariedade de aplicação do Código de Processo Civil às referidas inovações.

Todavia, para se entender de que forma tais alterações no rito executivo comum refletiram no rito da execução de créditos fazendários, deve-se anteriormente analisar de que forma as disposições do Código de Processo Civil interferem na aplicação da Lei nº 6.830/1980.

Dispõe o art. 1º da Lei de Execuções Fiscais (LEF):

Art. 1º – A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil” (Brasil, 2013).

A lei em comento traz expressamente a aplicação do rito executório comum ao rito da execução fiscal. Desta feita, pode-se inferir que, naquilo que não contraria as disposições da LEF, é aplicado o Código de Processo Civil.

Para entender melhor o assunto, é importante que se atente ao fato de que a lei processual citada traçou um procedimento de execução próximo ao ordinário, na maior medida possível, com algumas alterações compatíveis com seus fundamentos. Aliás, na própria Exposição de Motivos à Lei nº 6.830, consta que o referido documento contém apenas “normas processuais de especialização procedimental da execução fazendária”, o que revela a nítida intenção de o legislador traçar um rito que fosse análogo ao rito de execução de título extrajudicial.

Assim, da mesma disposição legal citada acima, pode-se inferir que não é possível aplicar subsidiariamente outro rito, mas apenas o da execução comum no que não for incompatível com as disposições da lei especial.

Mas, mesmo que não houvesse tal disposição normativa no art. 1º, dever-se-ia aplicar o CPC ao rito da execução fiscal nos casos em que a lei executiva fiscal é omissa, por razões lógicas. Ora, o Código de Processo Civil é a fonte mais extensa e detalhada de normas processuais e essas, sendo gerais e principiológicas, podem ser aplicadas supletivamente a qualquer espécie de procedimento especial.

Renato de Oliveira Alves, em sua obra *Execução Fiscal: Comentários à Lei nº 6.830, de 22/9/1980*, traçou algumas regras norteadoras do procedimento de aplicação subsidiária do CPC ao rito executivo traçado pela Lei de Execuções Fiscais, *in literis*:

A execução fiscal da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias rege-se por lei própria. Contudo, adota-se, como fonte subsidiária, o CPC. A aplicação subsidiária do CPC aos executivos fiscais, contudo, há de se observar duas regras a existência de omissão na LEF e a compatibilidade das normas do direito processual civil com a execução fiscal.

Destarte, para a aplicação supletiva do Código de Processo Civil é necessário que se identifique, primeiro, a existência de omissão na LEF acerca de determinada matéria. Em um segundo momento, deve-se verificar se a norma existente no CPC a respeito daquela matéria é compatível com o procedimento traçado na LEF. Assim, “Havendo omissão e compatibilidade, aberto está o caminho para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às execuções fiscais” (ALVES, 2008).

2.1 As alterações operadas pela Lei nº 11.382/2006 no processo executivo por título extrajudicial do Antigo Código de Processo Civil que foram aproveitadas no Novo Código de Processo Civil

Em 6 de dezembro de 2006, foi publicado no *Diário Oficial da União* o texto da Lei nº 11.382/2006 assinada pelo então presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Tinha por principal escopo alterar as disposições da Lei nº 5.869/1973 no tocante às normas concernentes às execuções por títulos extrajudiciais. Tal lei, com amparo nos princípios da efetividade do processo e da economia processual, impactou profundamente e de forma benéfica o Direito Processual vigente, na medida em que o modernizou (mesmo que timidamente). A partir de agora serão tratados, em linhas gerais, quais foram essas alterações, seus fundamentos, sua importância e, mais adiante, serão analisadas quais dessas mudanças impactaram o Processo Executivo Fiscal e como.

2.2 Fundamentos da Lei nº 11.382/2006

Segundo o que se pode depreender da Exposição de Motivos à Lei nº 11.382, de 6/12/2006, o então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, que sustentou o projeto desta lei, deixou bem claro que os princípios que nortearam as alterações no Código de Processo Civil foram os princípios **da economia processual** e da **efetividade do processo**, os quais serão analisados mais detalhadamente.

Pelo princípio da economia processual, pode-se afirmar que esse impõe à atividade jurisdicional o dever de obter o máximo possível de benefícios processuais, aplicando-se o mínimo de recursos existentes.

Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra no livro *Teoria Geral do Processo* dão uma noção precisa do que é o princípio da economia processual.

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado *princípio da economia*, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais (CINTRA, 2007, p. 97).

Portanto, pode-se dizer que o processo econômico é aquele que tem o maior custo-benefício.

Pelo princípio da Efetividade do Processo, pode-se entender que é o princípio que impõe à atividade jurisdicional o dever de tornar o processo um efetivo instrumento a fim de se obter aquele bem da vida perquirido. Ora, quando um cidadão provoca o Judiciário, ele procura defender um direito seu (lesado ou na iminência de sê-lo). O processo deve servir como instrumento eficaz para que os cidadãos tenham suas demandas resolvidas e assim realizado o fim pacificador social da Justiça.

Corrobora este raciocínio Theodoro Júnior (2008):

É evidente que sem efetividade, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo *justo*. E não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela *efetiva*. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça. Daí porque, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é um dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependam da tutela da Justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação. (JUNIOR, 2008, p. 37)

Portanto, pode-se dizer que o princípio da efetividade está intimamente ligado à razoável duração do processo, critério este insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal critério se faz mais importante ainda no processo de execução, na medida em que o objetivo deste é satisfazer materialmente as partes no processo.

2.3 A averbação premonitória

A Lei nº 11.382, de 2006 que alterou os dispositivos relativos ao procedimento de execução por título extrajudicial, incluiu o art. 615-A no CPC/1973, transformado no artigo 828 do CPC/2015. Faculta ao exequente, munido da certidão de ajuizamento da execução, averbar nos registros de bens (CRIs, Detrans) a existência daquela, com vistas a facilitar a configuração da fraude à execução.

Antes de adentrar-se no estudo do novel dispositivo legal, faz-se mister que se diga algumas palavras sobre o instituto da fraude à execução.

2.4 Breves apontamentos sobre a fraude à execução

Nos termos do Digesto Processual Civil, ocorre a fraude à execução quando:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do [art. 828](#);

III – quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV – quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei.

Deve-se delimitar o objeto do estudo ao caso de fraude de execução que se dá durante um processo de execução, qual seja a hipótese do art. 792, III. Da análise desse dispositivo, podem ser retiradas algumas características básicas do instituto.

A primeira delas é a alienação ou oneração de bens. Importa dizer que essa alienação ou oneração deve recair sobre bens de um devedor, de uma pessoa contra quem exista um débito. Exige-se que essa alienação torne o devedor insolvente ou mesmo que torne seus bens insuficientes para o pagamento da dívida. Por fim, essa alienação/oneração deve se dar durante um processo executivo, seja ele por título extrajudicial ou judicial.

Theodoro Junior (2010) lembrou no Curso de Direito Processual Civil, Volume II que:

Cumprе não confundir a fraude contra credores com a fraude de execução. Na primeira, são atingidos apenas interesses privados dos credores (arts. 158 e 159 do novo Código Civil). Na última, o ato de devedor executado viola a própria atividade jurisdicional do Estado (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 189).

A fraude contra credores é um instituto próximo à fraude à execução, todavia não se deve confundi-los. A fraude contra credores é um instituto do direito material civil, enquanto a fraude à execução é um instituto de direito processual.

Esclarece o autor citado que: “a fraude contra credores pressupõe sempre um devedor em estado de insolvência e ocorre antes que os credores tenham ingressado em juízo para cobrar seus créditos [...]” (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 187).

Frise-se o caráter atentatório à Justiça da fraude de execução, pois o devedor visa, com a dilapidação de seus bens, a não apenas lesar o credor, mas também embaraçar o processo executivo, o que configura de plano ato atentatório contra a dignidade da Justiça e deve ser repellido energicamente.

Neste caso, não é necessária nova ação para que se desfça o ato de devedor e se tome novamente os bens do devedor. Isso se dá no curso do próprio processo, pela simples declaração jurisdicional de ineficácia do ato fraudatório perante o exequente.

2.4.1 A Análise do caput do art. 828 do CPC

Deve-se registrar que, antes da reforma do CPC operada pela Lei nº 11382/2006, exigia-se apenas a averbação da penhora realizada durante o processo para que aquele bem específico não fosse alienado, conforme depreende-se da leitura do enunciado 375 do STJ, que, apesar de ser editado em 2009, apenas consolidou entendimento pacificado do Tribunal há muito tempo.

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

No novo regramento do código abre-se a possibilidade de se averbar a própria execução em quaisquer registros em que se possam estar contidos os bens do devedor. Dessa forma, não é mais somente a penhora que é registrável, mas também o próprio ajuizamento da execução.

Essa certidão de que fala a lei deve ser obtida pelo exequente no próprio ato da distribuição do feito e tem por mister facilitar a configuração da fraude à execução e resguardar os interesses do credor. Cabe ao autor da execução escolher onde a execução será averbada, podendo recair sobre imóveis, veículos, ações, cotas sociais, aeronaves e quaisquer outros bens sujeitos ao registro. Tal medida tem importante viés acautelatório dos interesses do credor e da própria execução, como será visto a seguir.

2.4.2 A Análise do §1º do art. 828 do CPC

Da leitura desse parágrafo do artigo 828 do Código de Processo Civil, pode-se concluir que o legislador deu a faculdade de o exequente averbar nos registros de bens do devedor a existência da execução, mas também impôs ônus a esse, prescrevendo que o credor deve

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

comunicar ao juízo da execução as averbações que realizou no prazo máximo de 10 dias após a sua efetivação.

Ainda sobre esse dispositivo, importa dizer que a lei não trouxe sanção alguma para o seu descumprimento, bem como nenhuma consequência, de forma que se pode considerar o prazo como impróprio. Nessa redação, nem o próprio adquirente que comprou um bem que constasse essa averbação em seu registro poderia alegar em sua defesa que o exequente não comunicou ao juízo a existência de tal averbação.

2.4.3 A análise do §2º do art. 828 do CPC

O art. 828, §2º revela uma importante característica da averbação premonitória, qual seja sua provisoriedade. Essa averbação não foi feita para durar *ad eternum*, nem é lógico que seja assim. O patrimônio do devedor não pode ficar para sempre onerado com esse tipo de cláusula, sob pena de lhe trazer graves prejuízos.

Essa cláusula retrotranscrita é importante também em face do princípio da economicidade, o qual determina que a execução tem seu limite na necessidade da expropriação.

Nas palavras de Fux (2008):

Considerando o princípio da economicidade, no sentido de que a execução deve ser levada a efeito nos limites da necessidade da expropriação, a novidade não só circunscreve a responsabilidade patrimonial pela penhora como também determina que se levem as averbações necessárias. (FUX, 2008, p. 186)

Portanto, entende-se que o dispositivo em análise é importante garantia do devedor contra arbitrariedades do credor.

2.4.4 A Análise do §4º do caput do art. 828 do CPC

O art. 828 §4º traz uma presunção legal *juris tantum*, na medida em que determina que a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação é presumida como fraude à execução.

Importa dizer que os bens sobre os quais recai averbação ficam inalienáveis enquanto durar a execução ou até quando forem efetuadas penhoras sobre bens suficientes para se cobrir o montante da execução.

Anteriormente, tratou-se da fraude de execução e, na oportunidade, analisou-se que um dos requisitos para sua configuração é a alienação ou oneração de bens do devedor, de modo a frustrar a execução.

Nesta oportunidade, revela-se a norma analisada como uma garantia ao credor para a satisfação da dívida, além de ter uma função processual, qual seja a de facilitar a configuração da fraude de execução, evitando-se com isso uma dilação probatória bastante onerosa e morosa.

Na linha de Theodoro Junior (2007) pode-se definir a averbação premonitória como um mecanismo de ineficácia relativa, pois a alienação ou oneração de um bem sobre o qual existe tal averbação não torna inválido o negócio jurídico entre as partes, mas não poderá ser oposta à execução caso esse bem seja necessário para cobrir a dívida exequenda.

Em seu pressuposto axiológico, o §4º do art. 828 traz uma presunção de má-fé do adquirente pois este ao realizar o negócio jurídico, já sabia que tal bem estava gravado e, portanto, não pode alegar sua boa-fé a fim de evitar que o bem seja penhorado para satisfazer a dívida do credor.

Por suposto que se o credor mesmo alienando um bem gravado, tiver patrimônio para garantir o débito, não há o que se falar de fraude à execução, pois esta pressupõe o estado de insolvência do devedor após a execução e alienação/onerção.

O eminente Theodoro Junior sintetizou a essência do novel instituto:

Em outros termos, a averbação torna a força da execução ajuizada oponível *erga omnes*, no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que sendo alienados permanecerão, mesmo no patrimônio do adquirente, sujeitos a penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro para impedi-la (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 34).

Contudo, vale lembrar que o terceiro adquirente prejudicado sempre terá ação de regresso contra o alienante devedor, e pode reclamar reparação em seu patrimônio pela evicção.

2.4.5 A Análise do §5º do caput do art. 828 do CPC

A redação do dispositivo legal é bastante clara. A referida norma busca repelir abusos no uso do instrumento processual da averbação premonitória, abusos esse que são causa de prejuízos injustos ao devedor. Ademais, busca-se também punir a irresponsabilidade do credor.

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Frise-se também que o exequente que promover a averbação indevida ficará sujeito a mesma pena de ressarcimento prevista para a litigância de má-fé, não excedente a 20% do valor da causa. Além disso, tal pena deverá ser aplicada mediante procedimento instruído em autos separados.

2.5 O cabimento da averbação premonitória no rito da execução fiscal

Por força da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao rito executivo fiscal, deve-se analisar a aplicabilidade do novel dispositivo à execução fiscal.

Inicialmente, deve-se analisar o que dispõe o art. 185 do Código Tributário Nacional (CTN). Pela leitura da norma inserta no Diploma Tributário Nacional, pode-se perceber que o legislador garantiu privilégio ao crédito tributário e criou a presunção absoluta de fraude à execução quando houver oneração ou alienação de bens do devedor após a inscrição contra ele de débito em Dívida Ativa.

Contudo, a redação anterior do Código Tributário Nacional dispunha que:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução. (CTN ou Lei nº 5.172 ?, 1966, p.7)

Com base na redação antiga do referido Código, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo pela parcial aplicabilidade deste dispositivo, ao dizer que só restaria provada a fraude à execução por alienação ou oneração de bens do devedor realizada após a citação do executado em execução fiscal. Pode-se ver tal entendimento no REsp 811898 da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (2006).

Mesmo após a mudança de redação do art. 185 do Código Tributário Nacional (CTN), o Colendo Tribunal continuava com sua posição. Dessa forma, admitida também a utilização da averbação premonitória no processo de execução fiscal. É o que se vê no julgado do STJ (2009) REsp 934530. Nesse entendimento também incorre a 2ª Turma do STJ (2011), conforme o REsp 1172419 / PR.

No entendimento pessoal, essa não parece ser a melhor exegese, na medida em que o art. 185 do CTN é lei especial que trata dos créditos tributários e de privilégios do crédito tributário. Usando a máxima de que lei especial derroga lei geral, pode-se dizer que na execução fiscal deve-se aplicar o regramento tributário, não o regramento processual civil.

Assim, pode-se concluir pela inaplicabilidade do art. 828 do Código de Processo Civil aos processos de execução fiscal por absoluta desnecessidade, vez que o Código Tributário traz a presunção de fraude à execução desde a inscrição do débito em dívida ativa, não se necessita de averbação de ajuizamento da execução nos registros onde constam bens do devedor. Entendimento contrário feriria de morte o princípio do devido processo legal, na medida que armaria o exequente (Fazenda Pública) de poderes draconianos face ao executado e seu patrimônio.

Além do acima exposto é razoável que não se tenha de averbar premonitóriamente as execuções fiscais nos registros de bens dos devedores, visto que a imensa quantidade de ações executivas fiscais que tem os procuradores das fazendas (nacional, estadual e municipal). Tal exigência traria incontáveis embaraços e atrasaria sobremaneira a cobrança do crédito tributário que, como se sabe, é de interesse público que esse seja cobrador com celeridade e eficácia.

2.6 A averbação pré-executória da Lei Federal nº 13606

A Lei 13.606, publicada em 09 de janeiro de 2018, instituiu, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o chamado Programa de Regularização Fundiária Rural. Ademais, também fez por inserir (através de seu artigo 25) na Lei Federal nº 10522 de 19 de julho de 2002 os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E.

Tais dispositivos de lei tem por fim de inserir à disposição da União em suas cobranças fiscais, através de inscrição em certidão de dívida ativa, uma espécie de averbação premonitória ou pré-executória.

Tal averbação, segundo o texto do artigo 20-B, §3º, II, consiste na possibilidade de a Fazenda Pública Federal averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão da dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos.

Não se trata de instituto idêntico, uma vez que, caso assim fosse, a previsão legal seria tão desnecessária quanto inoportuna. Mas aproxima-se bastante da averbação premonitória, eis que se trata de averbação em órgãos de registro (como o Cartório de Registro de Imóveis) que tem por fim assegurar o êxito de eventual ação executória.

Todavia, há duas diferenças substanciais em relação ao instituto do artigo 828 do Código de Processo Civil: enquanto a disposição do *Codex* processualístico permite a averbação e consequente presunção de fraude à execução na alienação após tal ato apenas após a admissão da execução pelo juiz, o novel dispositivo em comento permite a averbação da Certidão de Dívida Ativa, documento produzido unilateralmente pela Fazenda Pública. Ademais, a consequência jurídica da averbação prevista no artigo 828 do CPC é a presunção de fraude à execução. Por sua vez, o artigo 20-B, §3º, II determina que, após tal averbação pré-executória, o bem sujeito a arresto ou penhora torna-se indisponível.

É justamente por esses dois pontos (e outros pontos concernentes a vícios de forma que não objeto de comentário) que foram impetradas várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face desse dispositivo de lei supracitado (como as ADIs 5886, 5890, 5925 E 5931). Destas ações de controle concentrado, a que está mais próxima de uma decisão definitiva é a ADI 5932, proposta pela Confederação Nacional do Transporte – CNT.

A Confederação Nacional do Transporte, na referida ação, fundamenta o pedido na alegada inconstitucionalidade da referida averbação premonitória em razão de um dos pontos de diferença em relação à averbação premonitória prevista no Código de Processo Civil: a possibilidade de, a partir da averbação pré-executória, haver a indisponibilidade de bens do cidadão. Alega a CNT que há no dispositivo de lei cuja declaração de inconstitucionalidade pretende-se uma grave afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, princípio esse decorrente do artigo 2º da Carta Magna, pois não é dado, por tal princípio, a nenhum dos Poderes avançar sobre o patrimônio individual sem a devida mediação do Poder Judiciário.

Ademais, sustenta a proponente que o fato de a Fazenda Pública Federal ter o poder de, por um ato unilateral (inscrição de débito em dívida ativa e consequente averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros de bens e direitos), tornar indisponível um bem de qualquer pessoa viola o direito ao devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição da República).

3. Conclusões

Nesta ocasião, pode-se concluir pela grande importância e relevância da Lei nº 11.382, publicada no Diário Oficial da União, em 6 de dezembro de 2006, no processo executivo fiscal.

Durante o presente projeto, analisou-se, inicialmente, a história da ação executiva fiscal no nosso país, das leis portuguesas de 1761, até a Lei nº 8.630, de 1980.

Em seguida, foram analisados diversos conceitos de execução fiscal, com base em vários autores, chegando à conclusão de ser a execução fiscal uma execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, constituído pela Certidão de Dívida Ativa (CDA) regularmente inscrita, de caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas Autarquias.

Em outra seção, foi analisada a natureza jurídica do processo executivo fiscal e chegou-se à conclusão de que se trata de uma ação executiva por título extrajudicial, além dos princípios próprios da ação de execução fiscal, que vem a ser o princípio da supremacia dos créditos públicos, bem como do princípio geral da supremacia do interesse público.

Posteriormente, foram citadas, de maneira propedêutica, as alterações que genericamente foram operadas no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 pela Lei nº 11.382/2006, além de tratar sobre aquilo que foi aproveitado no Novo Código de Processo Civil.

A seção seguinte foi destinada ao estudo de inovação importante trazida à seara do processo executivo por título extrajudicial ordinário, qual seja, a averbação premonitória. Viu-se que se trata, em resumo, da faculdade de o exequente averbar, nos registros de bens do devedor, a existência de procedimento executório para a caracterização automática da fraude à execução.

Nesta oportunidade, foi feito um estudo minucioso de todos os dispositivos do art. 828 do CPC. Concluiu-se, entretanto, pelo não cabimento do presente dispositivo na execução fiscal, inicialmente pela aplicação do art. 185 do Código Tributário Nacional que dispensa a averbação premonitória para a configuração da fraude contra credores na execução de créditos fazendários, exigindo apenas o ajuizamento de ação de cobrança.

Todavia, ainda que a conclusão acima seja pela não vulneração da aplicação do artigo 185 do Código Tributário Nacional aos direitos fundamentais do devedor, há também que se concluir que a referida presunção relativa que o referido dispositivo de lei traz, conforme a boa técnica hermenêutica, deve ser interpretada estritamente pois traz em seu bojo limitação a direitos fundamentais (mormente os direitos à propriedade e ao contraditório).

Tal conclusão leva em conta a possibilidade de que, por interpretação extensiva, os tribunais possam incorrer nas mesmas gravíssimas inconstitucionalidades do artigo 20-B, §3º, II

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

da LEI nº 13606 (já tratadas acima), vulnerando assim direitos e garantias fundamentais do devedor como a garantia do devido processo legal.

Referências

ALVES, R. O. *Execução Fiscal: Comentários à lei nº 6.830, de 22/9/1980*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARO, L. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, R. B.; PAULSEN, L.; SLIWKA, I. S. *Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 10. ed. 1996.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN/CRJ/Nº 1732/2007: Execução Fiscal. Alterações na execução fiscal ocorridas em virtude das recentes reformas processuais*. Brasília: PGFN, 2007.

BRASIL. *Planalto*. Brasília: Planalto, 2011. Disponível em: < <http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 17 de nov. 2013.

BUENO, C. S. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: Comentários Sistemáticos à Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2007. 3 v.

CAMPOS, R. C. *Ação de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Aide E., 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros: 2007.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *Resolução nº 524, de 28 de setembro de 2006*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/download/res524.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

CUNHA, L. J. C. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DINAMARCO, C. R. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FUX, L. *A Reforma do Processo Civil*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FUX, L. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HORCAIO, I. *Dicionário Jurídico Referenciado*. 2. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

LOUREIRO, R. *Processo Executivo Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MACHADO, H. de B. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

PACHECO, J. S. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*: Lei nº 6830, de 22-9-1980. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, J. A. *Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Brasília: STJ, 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 811898/CE*: Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 5/10/2006, DJ 18/10/2006, p. 233. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=811898&b=ACOR>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 934530/RJ*: Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 18/6/2009, DJe 6/8/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.%29+E+%28%22Primeira+Turma%22%29.org.&processo=934530&b=ACOR>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 1172419/PR*: Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 10/2/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22CASTRO+MEIRA%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=1172419&b=ACOR>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437860>>. Acesso em 27 de julho de 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*: Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência:. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. II v.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. *Lei de Execução Fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Pareceres, recursos, ações civis públicas e peças relevantes

Voto em processo do Conselho Superior – remoção por permuta

Vote in process of the Superior Council – exchange by permute

Jorge Bheron Rocha¹

Relatório²

Trata-se do pedido de remoção por permuta previsto no art. 123 da Lei Complementar Federal nº 80/1994³ e arts. 44 a 46 da Lei Complementar Estadual 06/1997⁴, e na Resolução 81/2013 do E. Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Ceará⁵, subscrito pelos defensores (a) e (b), titulares, respectivamente, da Defensorias X e Y.

Os autos, instruídos com a lista de antiguidade da carreira foram encaminhados ao Gabinete da Defensora Pública Geral, que determinou a publicação de edital no Diário de Justiça.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (início em 2017). Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2015), com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2005). Defensor Público do Estado do Ceará. Professor de Penal e Processo Penal e Civil da Graduação e Pós-Graduação da Unichristus e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Membro do Conselho Editorial da Boulesis e da Emais Editora.

² O conteúdo da presente contribuição foi adequada para as finalidades científicas da Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, inclusive com a supressão de dados indicativos de pessoas envolvidas no mencionado feito administrativo.

³ Art. 123. Quando por permuta, a remoção será concedida mediante requerimento dos interessados, respeitada a antiguidade dos demais, na forma da lei estadual. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009. Parágrafo único. O Defensor Público-Geral dará ampla divulgação aos pedidos de permuta. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

⁴ Art. 44. A remoção de Defensor Público, de um órgão de atuação para outro da mesma classe, far-se-á a pedido, por permuta ou compulsoriamente, esta sempre por ato do Defensor Público-Geral do Estado. Art. 45. A remoção de membro da Defensoria Pública será: (...) II – por permuta entre membros da Defensoria Pública, para cargos de igual entrância; (...) § 2º. A remoção por permuta far-se-á por ato do Defensor Público-Geral a pedido dos interessados, ouvido o Conselho Superior em sua primeira reunião, observando-se o disposto no inciso II deste artigo. § 3º. Somente após a apreciação dos pedidos de remoção voluntária ou por permuta, o Conselho fará a indicação dos membros da Defensoria Pública para a promoção, ressalvado o disposto no § 2º do Art. 45 desta lei. (...) Art. 46. Será permitida a remoção por permuta entre membros da Defensoria Pública da mesma entrância ou categoria, observando-se que o pedido seja feito por escrito e conjuntamente por ambos os pretendentes.

⁵ <http://www.defensoria.ce.def.br/wp-content/uploads/downloads/2015/02/resoluo-81.pdf>

No dia seguinte, inscreveram-se como interessados na permuta a defensora pública Interessada "A" e o defensor público Interessado "B", dentro, portanto, do prazo de 5 dias estipulado na Resolução 81/2013 e no Edital 04/2020.

Despacho da Presidente do E. CONSUP, às fls 45, datado de xxxx, determinando a distribuição a este relator.

Recebido os autos físicos, no próprio dia xxxx, o relator providenciou cópia escaneada e despachou (i) requerendo cópias de pedidos de remoção por permuta anteriores e (ii) abrindo prazo de 5 (cinco) dias para manifestação de todos os defensores e defensoras públicas, e da Associação, a fim de garantir uma participação ampla e plural na formação do precedente, uma vez que esta é a primeira vez que o tema é enfrentado pelo Consup nestas condições, inscrição de interessados posteriores sem desistência dos interessados originários.

Constam, ainda, nos autos algumas manifestações, tanto dos interessados originários e dos posteriores, quanto de outros defensores e defensoras públicas, e, também, da Associação classista.

É o relatório

Voto

Inicialmente, impende elencar argumentos vários trazidos nas diversas manifestações: que a situação analisada não seria inédita, e que em todos os demais casos teria sido observada a regra da antiguidade; que não há limitação, dentro da mesma entrância, de quem poderia impugnar o pedido de permuta; que não é de boa técnica alterar uma resolução vigente há anos; que a permita não é negócio jurídico bilateral; que a antiguidade deve ser observada sob a ótica dos dois pretendentes; que a resolução atual inibe práticas fraudulentas; que não houve ampla divulgação do referido pedido seja via e-mail institucional e/ou intranet, apenas publicação no Diário de Justiça, o que contrariaria o costume da instituição; que não há omissão na Resolução 81/2013 que disciplina o assunto; que a lei complementar federal 80/94 é a regra máxima pertinente ao assunto; que se caracteriza como desvio de finalidade a manifestação em processo de permuta por membro que esteja afastado de suas funções finalísticas; que a inamovibilidade é uma garantia absoluta concedida aos membros da Defensoria Pública; que deve ser julgada prejudicada a permuta em que os requerentes originários não desistam diante de manifestações de interesse de outros membros da carreira; que, diante do não detalhamento do procedimento na lei Estadual, deve

prevalecer a lei federal que determina a observância da antiguidade; que o instituto jurídico da remoção por permuta encontra-se intimamente ligado à questão de antiguidade na carreira; impossibilidade de obstaculização do direito à permuta por membro da carreira que, não obstante pertencente à mesma entrância, é mais antigo que apenas um dos permutantes originários; que a Resolução 81 está em vigor e precisa ser aplicada; impossibilidade, por força de normas constitucional e infraconstitucional, de remoção para órgão para o qual não manifestou nenhum desejo; ausência de interesse pelos requerentes originários no órgão de atuação do interessado posterior, retiraria este do processo; a antiguidade dos interessados originários não seria critério para inviabilizar o direito dos requerentes originários de permutarem; o interesse público não justifica a pretensão dos interessados posteriores; idoneidade e lisura na manifestação bilateral dos pretendentes originários; a permuta tem como essência a voluntariedade dos seus requerentes, e se caracteriza pela convergência e bilateralidade de vontades.

Nas sustentações orais foram ressaltados os seguintes pontos: o art. 38 deve ser respeitado no que concerne à “conveniência do serviço” e, em especial, à “antiguidade na carreira”; que a antiguidade não se altera na permuta; a importância do direito à felicidade; que o requerente originário não está concorrendo em pé da igualdade com os interessados posteriores; que o defensor público atuará com maior eficiência na lotação em que ficará mais feliz; que no debate da resolução, não ficou claro o critério para se definir o “órgão correlato” que constava na redação original do projeto, mas que ficaria a critério do CONSUP definir a conveniência do serviço. Foi ressaltada a omissão da resolução no caso concreto analisado.

Colocados estes pontos, que entendemos fulcrais, passamos a enfrentá-los direta ou obliquamente, a partir dos seguintes fundamentos:

Preliminarmente, afasta-se o argumento de necessidade de reabertura do prazo sob o argumento de que não houve ampla divulgação, uma vez que a publicação no Diário de Justiça é suficiente e idônea para os fins a que se destina.

Anoto, contudo, que a não divulgação via e-mail institucional e/ou intranet dificulta o conhecimento pelos membros da carreira, e que em casos anteriores, inclusive deste ano de 2020, o pedido de permuta foi publicizado por estes meios.

Assim, embora não seja essencial a divulgação via e-mail institucional e/ou intranet, e, por outro lado, seja idônea a publicação no Diário de Justiça, a boa prática administrativa informa a adoção de um fluxograma único, de forma a satisfazer as expectativas legítimas de homogeneidade no trato da matéria,

Quanto à colocação de que a situação analisada não seria inédita, e que em todos os demais casos teria sido observada a regra da antiguidade, esta não se revela consentânea com os fatos, haja vista que nenhum dos pedidos de permuta em que houve interessados posteriores seguiu para decisão do Conselho Superior. Formulando de outra maneira: é a primeira vez que uma permuta a pedido com inscrição de interessados posteriores chega ao Conselho para decisão, nos casos anteriores houve desistência dos requerentes originários (v.g. VIPROC 05066950/2019; VIPROC 4806464/2017; VIPROC 8531731/2017).

Um equívoco identificado é a confusão entre os institutos da “inscrição como interessado” e da “impugnação”.

De fato, a inscrição como interessado, no prazo de 5 dias após a publicação do edital de divulgação do requerimento, se destina a informar aos requerentes originários o interesse em um dos órgãos de atuação, colocando a sua própria titularidade para permuta.

Por outro lado, a impugnação tem lugar sempre que o pedido de permuta não preencha os requisitos legais ou que se constitua, por exemplo, em fraude ou coação, ou de qualquer outra forma seja inconveniente ao interesse público.

Assim, se a inscrição tem prazo certo para ocorrer, a impugnação pode ser manejada a qualquer tempo, logicamente, seu acolhimento dependerá de decisão do órgão competente.

A norma regente, a Resolução 81/2013, assim prevê o procedimento, após a chegada do processo ao Relator do CONSUP, nos casos em que há inscrição de interessados posteriores:

Art. 4º (...) §1º. Não havendo interessados mais antigos, o Defensor Público Geral encaminhará os autos a Secretaria do Conselho Superior para fins de distribuição, seguindo-se o procedimento na forma regimental.

§2º Havendo Defensores Públicos mais antigos inscritos como terceiros interessados na permuta, notificar-se-ão os requerentes originários, para se manifestarem.

§3º Não havendo expressa manifestação contrária dos requerentes originários ou manifestação favorável à permuta, esta deverá respeitar a antiguidade, sendo os autos encaminhados a Secretaria do Conselho Superior para fins de distribuição, seguindo-se o procedimento na forma regimental.

A Resolução 81/2013 nada fala sobre conveniência do serviço, bem assim, perceba-se que a referida resolução disciplina o caso de (1) não haver interessados mais antigos; (2) havendo Defensores Públicos mais antigos inscritos, não há expressa manifestação contrária dos

requerentes; e (3) havendo Defensores Públicos mais antigos inscritos, há manifestação favorável à permuta.

Contudo, a hipótese aqui tratada, uma quarta possibilidade, qual seja, havendo Defensores Públicos mais antigos inscritos, não há manifestação favorável à permuta com estes.

De qualquer forma, também se encontra vazio de significado o conteúdo da expressão “seguindo-se o procedimento na forma regimental”.

Assim, não faz sentido o argumento de que não é de boa técnica alterar uma resolução vigente há anos, a sucessão de normas, com revogação total ou parcial é uma realidade fática e jurídica no ordenamento⁶, prevista desde sempre e que não encontra limitação, a não ser nas formalidades do processo legislativo pertinente, não existindo – salvo as cláusulas pétreas elencadas na Constituição Federal – norma imune à alteração ou revogação. Uma norma pode ser revogada ainda no período de *vacatio legis*⁷ ou mesmo com quase 100 anos de vigência⁸.

Como já dito e demonstrado, a questão aqui tratada é inédita e não foi ainda enfrentada pelo este E. Conselho, e, ao par das inúmeras manifestações com divergentes perspectivas, não é, em absoluto, questão “simples”, e buscar fixar uma tese fundamentada que se aplique a todos os casos em semelhante estrutura fática e jurídica é justamente o contrário de atuar com “casuísmo”. Os argumentos neste sentido ignoram o teor do artigo 35 do Regimento Interno deste Conselho Superior, de que “[o]s atos (...) que importem decisão fundamentada terão forma de resolução”.

De fato, toda e qualquer decisão fundamentada deste E. Conselho tem – ou deveria ter – a forma de resolução. Não se deve estranhar esta norma que, na verdade, editada em 2010, revela um vanguardismo digno de nota.

Explica-se.

Ao determinar que as decisões do Conselho tomem forma de resolução, o Regimento Interno antecipa em um quinquênio a norma inscrita no art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 (com vigência em 2016), de que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

E é exatamente sob a perspectiva de produção de uma decisão fundamentada, apta a criar um parâmetro de julgamento que será utilizado em outros casos, de forma estável, íntegra e coerente, é que se justifica a ampliação democrática do debate em torno de sua formação, tendo

⁶ V.g. art. 2º do decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – lei de introdução às normas do direito brasileiro.

⁷ V.g. o decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal de 1969.

⁸ V.g. a lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

sido propiciado a todos os defensores e defensoras o conhecimento da matéria e a oportunidade de manifestação expressa, inclusive do ente associativo. É a formação democrática do debate, efetivação substancial do contraditório e produção da decisão dialogando com as diversas posições externadas, que cumpre os requisitos do art. 93, IX, CRFB e do art. 489, §1º, CPC, cuja aplicação a este procedimento se dá em razão do art. 134, §4º, CRFB e art. 15, CPC, respectivamente.

Em que pese os argumentos em contrário, é inarredável que a norma inserta no art. 123 da Lei Complementar Federal 80/1994, alterado pela Lei Complementar 132/2009, é vaga, e não informa o que se deve entender por “respeitada a antiguidade dos demais”, uma vez que a antiguidade também não é valor absoluto, conforme excepciona, exemplificativamente, a própria Constituição Federal em seu art. 93, II, “d”; ou, ainda, a própria Lei Complementar 80/1994 quando cria situação em que o membro da Defensoria Pública em entrância anterior tem preferência de lotação em preterição aos mais antigos.

A última hipótese é a norma inserida no art. 122, que determina que a remoção a pedido deverá preceder apenas o preenchimento da vaga aberta para promoção por merecimento, ou seja, as vagas abertas e classificadas para promoção por antiguidade serão ofertadas diretamente àqueles que sequer fazem parte da mesma entrância, que terão preferência, mesmo sobre o mais antigo da classe ou da própria carreira⁹.

Some-se a isso a omissão da Defensoria Pública do Estado do Ceará em propor ao parlamento estadual a regulamentação da matéria, particularmente após a Emenda Constitucional 80/2014, que conferiu expressamente à Defensoria Pública a iniciativa de proposta legislativa, utilizada em vários momentos, mas não sobre esta questão.

Impende lembrar que a Lei Complementar Federal 80/1994 atribui ao Conselho Superior a competência de exercer as atividades normativas e decisórias (art. 102), norma repetida na Lei Complementar Estadual 06/1997, que também incumbe ao Conselho Superior a competência de exercer as atividades normativas e decisórias no âmbito da Defensoria Pública do Estado (art. 6º-B, I).

Ademais, a regulação destas situações jurídicas são a atribuição típica do Conselho Superior, que edita normas acerca de ingresso na carreira (Res. 18/2007), acompanhamento do relatório do Defensor Público em estágio probatório (Res. 182/2020), estabilidade (Res. 10/2003),

⁹ Tal norma se refere apenas às Defensorias Públicas estaduais, e tem redação diferente daquelas que disciplinam a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, no que se verifica, em tese, a inconstitucionalidade da norma por exorbitar da função de regramento geral, criando especificidade que sequer é aplicada às demais carreiras.

promoção (Res. 48/2011), remoção a pedido (Res. 17/2006), e não seria diferente o normatizar detalhadamente sobre remoção por permuta.

Anoto, outrossim, que a fixação de requisitos e critérios objetivos nesta modalidade de remoção, em norma abstrata, é uma exigência que decorre da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência (art. 37, *caput*, CRFB) proporcionalidade, interesse público, motivação idônea, entre outros, e é recomendável que o CONSUP assim o faça.

Passa-se, enfim, ao enfrentamento do mérito.

A leitura das leis complementares estaduais e das resoluções das Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União traz importantes aspectos que devem ser levados em consideração.

Um primeiro aspecto versa sobre a competência normativa do Conselho Superior, ficando demonstrado que o CONSUP possui atribuição de detalhar o procedimento de permuta, inclusive imprimindo significado às expressões vagas e hipóteses omissas, concretizando os comandos legais e constitucionais, especialmente aqueles que regem a administração pública e a Defensoria Pública.

Tome-se como exemplo a Defensoria Pública do Amazonas, cuja norma de organização, a Lei Complementar Estadual nº 01, de 30 de março de 1990, não faz nenhuma menção à possibilidade de remoção por permuta, sendo absolutamente silente neste ponto. Contudo, seu Conselho Superior disciplinou detalhadamente a hipótese por meio da Resolução 01/2016.

Um segundo ponto diz respeito ao conteúdo do art. 38 da Lei Complementar 80/94, levantado por um dos interessados posteriores. Tal norma, apesar de inscrita dentro do Título II, que trata da Organização da Defensoria Pública da União, serve como norte interpretativo para o art. 123 da mesma lei, que trata da remoção por permuta no âmbito das Defensorias estaduais. Senão vejamos:

Art. 123. Quando por permuta, a remoção será concedida mediante requerimento dos interessados, respeitada a antiguidade dos demais, na forma da lei estadual.

Art. 38. Quando por permuta, a remoção será concedida mediante requerimento do interessado, atendida a conveniência do serviço e observada a ordem de antiguidade na Carreira.

Há que se buscar o significado de **(i)** atendimento à conveniência do serviço e **(ii)** observância da ordem de antiguidade na Carreira. Conforme ROCHA (2013), em seu livro de princípios institucionais da Defensoria Pública:

A remoção pode se dar a pedido ou por permuta (...) segunda se dá por requerimento do interessado atendida a conveniência do serviço e a ordem de antiguidade na carreira (ROCHA, 2013, p. 214).

O item (i) - conveniência do serviço – no caso concreto se revela atendido quando a permuta é realizada por livre vontade dos requerentes, imbuída do objetivo claro de alteração de titularidade e de nela laborar, e estando ambos os requerentes no efetivo exercício do cargo, aqui entendido nos termos do art. 32 da Lei Complementar Estadual nº, 06/1997.

Assim, o membro da instituição que esteja afastado de suas funções finalísticas em hipóteses configuradas como de efetivo exercício tem o direito de participar do processo de permuta, tanto como requerente originário quanto como interessado posterior. Hipótese diversa seria se o afastamento se desse para trato de interesse particular (art. 86), caso que não se configura como efetivo exercício.

No caso sob exame, os interessados posteriores, Interessada "A" e Interessado "B", embora afastados da atividade-fim, estão no exercício de cargo de direção e assessoramento, portanto incidem na hipótese do art. 32, V, como de efetivo exercício.

Resta, assim, afastado o argumento de desvio de finalidade ou impossibilidade de participar na remoção por permuta, por este fundamento.

Ressalte-se que a violação a normas legais ou regulamentares, ou, ainda, o desvio de finalidade ou abuso de direito são fundamentação idônea para o exercício da impugnação da permuta, que pode ser exercido por qualquer pessoa, em razão do interesse público.

Acrescente-se, ainda, que, além de tudo o que já foi expendido, é de interesse público e configura conveniência do serviço o exercício do múnus defensorial em local que repute que lhe ofereça melhores condições físicas e mentais de trabalho, o que se refletirá em ganho para a população assistida, para a Defensoria Pública, para a produtividade do serviço e para o defensor público.

A Defensoria Pública é Instituição responsável pela promoção dos direitos humanos (art. 134, CRFB) e não se pode descurar que esta promoção também vale para seus membros, que

devem guardar um meio ambiente de trabalho que lhes propicie qualidade de vida, especialmente em tempos difíceis de pandemia e de isolamento social.

Relativamente ao item (ii) - observada a ordem de antiguidade na Carreira – exige um olhar para outras normas da LONDEP, a fim de uma interpretação sistêmica e coerente da norma.

O art. 19 nos revela que a carreira de defensor público federal é dividida em três categorias, da mesma forma que disciplina o art. 110 em relação à carreira dos membros das Defensorias Públicas dos estados, e os arts. 35 e 119 têm redação idêntica e preveem que a remoção por permuta se dá “entre membros da mesma categoria da carreira”.

Art. 19. A Defensoria Pública da União é integrada pela Carreira de Defensor Público Federal, composta de 3 (três) categorias de cargos efetivos:

Art. 110. A Defensoria Pública do Estado é integrada pela carreira de Defensor Público do Estado, composta das categorias de cargos efetivos necessárias ao cumprimento das suas funções institucionais, na forma a ser estabelecida na legislação estadual.

Art. 35. A remoção será feita a pedido ou por permuta, sempre entre membros da mesma categoria da carreira.

Art. 119. A remoção será feita a pedido ou por permuta, sempre entre membros da mesma categoria da carreira.

Ora, ao determinar que deve ser “observada a ordem de antiguidade na Carreira” quando da remoção por permuta, o art. 38 deixa claro que a permuta entre titularidade de membros não afeta a sua posição na antiguidade na carreira, ou seja, na lista geral de antiguidade, não havendo absolutamente nenhuma relação com antiguidade na “categoria”.

Neste mesmo sentido é a norma editada no último dia 02 de julho de 2020 pelo Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 1º A permuta entre membros do Ministério Público da União e dos Estados será concedida mediante requerimento dos interessados integrantes da mesma carreira, instância e entrância, preservada a respectiva antiguidade no cargo.

Em busca a julgados de Conselhos Superiores de outras Defensorias Públicas, verificamos que, recentemente a questão também foi enfrentada no Estado de Minas Gerais, a Deliberação

145/2020, de 13 de agosto de 2020, na 9ª Sessão Extraordinária, o voto do Conselheiro Eleito defensor público Gustavo Dayrell conclui:

Aliás, veja que a própria legislação federal e estadual (art. 119 da LCF 80/94 e art. 69, LCE 65/03) afastaram a prevalência de ordem de antiguidade dos demais na “carreira” (art. 38 c/c art. 123 da LC 80/94) ao dispor que a permuta se dará apenas entre membros de mesma classe, afastando membro de maior antiguidade que esteja em classe superior, revelando hipótese que a antiguidade dos demais na carreira é indiferente.

A Lei Complementar Federal – Lei Orgânica da Defensoria Pública (LONDEP) - organiza a Defensoria Pública da União e cria normas gerais para as Defensorias Públicas dos estados, devendo haver, entre uma e outra, uma relação de harmonia e recíproco conteúdo interpretativo.

A Resolução nº 104/2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União determina, para efeitos de respeito à antiguidade, que esta deve ser observada apenas em relação às “unidades envolvidas”:

Art. 9º – A remoção por permuta será requerida conjuntamente pelos dois interessados de mesma categoria, observada a ordem de antiguidade na carreira de Defensor Público Federal, nas unidades envolvidas.

§ 1º – Recebido o pedido, a presidência do Conselho Superior da Defensoria Pública da União publicará edital para eventual impugnação, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º – Havendo mais de um interessado nas unidades envolvidas, a permuta será deferida ao membro mais antigo.

PAIVA e FENSTERSEIFER (2019, p. 328), comentando o art. 38 da LONDEP e a citada resolução, esclarecem:

... a permuta interessa somente aos defensores públicos federais das unidades envolvidas. Por exemplo, se um defensor público federal lotado em Manaus/AM requer a permuta conjuntamente com um defensor público federal lotado em Curitiba/PR, a antiguidade e os demais critérios de desempate – previstos para remoção a pedido e aplicados aqui analogicamente - somente serão verificados entre os defensores públicos federais das unidades envolvidas¹⁰.

¹⁰ Usando exemplo neste mesmo sentido: LIMA, 2014. p. 291.

A solução é proporcional e guarda um perfeito equilíbrio entre o respeito à antiguidade e a realização do ato de vontade expresso na permuta.

O Conselho Superior da Defensoria Pública de São Paulo regulamentou o conteúdo normativo do termo “terceiros interessados na permuta”, na Deliberação CSDP nº 189/2010, com alterações da Deliberação CSDP nº 344/2017, no mesmo sentido:

Art. 3º (...) §1º. Serão considerados terceiros interessados para a finalidade do caput apenas Defensores Públicos classificados:

I – em cargos da mesma Unidade dos interessados na remoção;

II – em cargos da mesma Macrorregião de um dos interessados”.

§2º. Havendo terceiros interessados, a permuta se resolverá pela antiguidade do Defensor Público na carreira, na forma da lista de antiguidade regularmente publicada pelo Departamento de Recursos Humanos da Defensoria Pública.

De fato, resguarda-se a antiguidade nas hipóteses de o interessado posterior, em sendo mais antigo, ser titular de cargo com atribuições correlatas de um dos permutantes. Por exemplo, se o membro A, titular de uma defensoria cível, deseja permutar com B, titular de uma defensoria criminal, e C, mais antigo que B e também titular de uma defensoria criminal, se interessar em uma permuta com A, a permuta deverá se realizar entre A e C, salvo se houver desistência de A. Assim, se o membro da Defensoria Pública, para a promoção de seu direito humano à qualidade de vida e oportunidade de uma existência com bem-estar, busca em local que repute que lhe ofereça melhores condições físicas e mentais de trabalho, não poderia declinar do órgãos de atuação de C, para escolher o de B, por diletantismo. Tal escolha arbitrária contrariaria, aí sim, o interesse público e o respeito pela antiguidade.

O critério para compreender qual os órgãos de atuação com “atribuições correlatas” será encontrado na Resolução 91/2013 do CONSUP, mais precisamente no ANEXO V, que determina a substituição automática em caso de afastamentos. Senão vejamos:

Art. 11. Os órgãos de execução da Defensoria Pública substituir-se-ão pelo posterior, de acordo com o Anexo V, de forma automática e independente de qualquer portaria ou designação, seja nos casos de impedimento, férias, afastamento licenças ou vacâncias, ressaltando-se que o anterior do primeiro é o último e o posterior do último é o primeiro.

§ 1º. Aplica-se o disposto no caput deste artigo dentro de cada um dos grupos defensoriais ou demais órgãos de atuação onde exista mais de um órgão de execução.

Ora, se os órgãos de atuação podem se substituir automaticamente uns aos outros é porque guardam entre si uma correlação de atribuições que pode, assim, também ser utilizado para fins de eleger o critério de permuta para oposição da antiguidade.

Quando não há correlação entre os órgãos de atuação, o interesse de membro posterior na permuta não tem o condão de impedi-la. Segundo PAIVA e FENSTERSEIFER (2019, p. 328):

“Assim, se um defensor público federal lotado em Cascavel/PR cobiçava uma vaga na unidade da DPU em Curitiba, ainda que ele seja mais antigo na categoria do que o defensor público federal lotado em Manaus, não terá, segundo o entendimento do CSDPU, legitimidade para impugnar a remoção por permuta.”¹¹

De fato, se os interessados posteriores são ocupantes de órgãos com atribuições não correlatas aos pretendidos pelos requerentes originários, a posição superior na lista de antiguidade – seja aos dois ou a apenas a um dos requerentes originários – não tem o condão de impedir a permuta pretendida. Neste sentido também tem decidido os Tribunais:

“Versam os presentes autos sobre processo de permuta requerido em conjunto por HERMILENE SOUZA FONSECA, Analista Judiciário 02 , lotada na Vara Única da Comarca de Presidente Kennedy/ES e SEBASTIÃO NOVAES FONSECA, Analista Judiciário 01 - QS - Escrevente juramentado, lotado na Vara Única da Comarca de Bom Jesus do Norte/ES em conformidade com o disposto no artigo 35 da Lei Complementar n. 46/94 (fls. 02).

Vislumbra-se, entretanto, através das informações prestadas pela Coordenadoria de Recursos Humanos, que houve impugnação à permuta por LUÍS OTÁVIO DE ALMEIDA, oportunidade em que este ressaltou a condição de mais antigo na carreira e o interesse na vaga correspondente à Comarca de Bom Jesus do Norte/RJ, que reside com sua família no município de Itaperuna/RJ.

(...)

Mantenho o meu posicionamento anterior, já esposado no julgamento do rec. adm. nº 0001479-78.2013.8.08.0000, para deferir a permuta requerida, não me parecendo que a simples posição privilegiada na ordem de antiguidade dos servidores Analistas Judiciários, do impugnante, por si só, possa obstaculizar a permuta pretendida pelos requerentes, na medida em que o status que ostenta o primeiro, a meu considerar, data maxima venia, somente lhe conferiria o direito

¹¹ Usando exemplo neste mesmo sentido: LIMA, 2014. p. 291.

de preferência na localização na hipótese de que um dos permutantes se dispusesse a efetuar com ele a troca, o que não é o caso, já que nenhum destes, localizados nas comarcas de Presidente Kennedy e Bom Jesus do Norte, se dispôs à troca com o impugnante, localizado na comarca de Alegre.” (TJES - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0008159-79.2013.8.08.0000, Relator para o voto: Desembargador Carlos Roberto Mignone)

A antiguidade no cargo público é questão importante, e assim deve ser tratada, contudo, comporta conformação com outras questões igualmente importantes, como a promoção da pessoa humana do defensor público e da defensora pública, a autonomia de sua vontade para alteração da titularidade para a busca de qualidade de vida e trabalho.

Neste sentido:

“Essa ordem de antiguidade, em todas circunstâncias, não pode ser um caráter absoluto para impedir esses pedidos de permutas, pois normalmente ou em alguns casos mais específicos, jamais esses impugnantes conseguiriam permutar para os locais pretendidos, porque aqueles pretendentes à permuta, em conjunto, não se dispõem a permutar com eles.” (trecho do voto do Desembargador Fábio Clem de Oliveira no TJES - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0008159-79.2013.8.08.0000, Relator para o voto: Desembargador Carlos Roberto Mignone)

A doutrina Institucional da Defensoria Pública, nas vozes dos pesquisadores experientes e festejados ROGER e ESTEVES (2019, p. 996), entende que:

Desse modo, a regra legal de observância da antiguidade não deve ser compreendida propriamente como direito de preferência aos órgãos objeto de permuta. Na verdade, a previsão normativa de respeito à antiguidade deve ser entendida como proibição à realização de permutas fraudulentas, que viabilizem o acesso ilícito de Defensores Públicos mais novos a órgãos mais vantajosos, em violação ao critério de antiguidade para a movimentação progressiva na carreira”.

Poder-se-ia chegar ao absurdo de um defensor de entrância final lotado em Maracanaú, Sobral ou Juazeiro do Norte, em sendo mais antigo, impugnar todo e qualquer pedido de permuta entre defensores lotados em Fortaleza, por desejo de se remover para a Capital. Concluem ESTEVES e ROGER (2019) que

embora possa ser assegurado ao Defensor Público mais antigo o direito de manifestar interesse por um ou por ambos os órgãos permutados, oferecendo seu órgão de atuação aos permutantes, a modificação do objeto inicial da permuta depende do consentimento dos envolvidos”, em caso de desinteresse dos requerentes originários pelos órgãos de atuação dos interessados posteriores,

“podem prosseguir com a permuta inicialmente pretendida” (ESTEVES; ROGER, 2019, p. 995).

Neste sentido, em pesquisa a casos concretos – precedentes – em outras Defensorias Públicas, encontramos o parecer n. 159/2015 ao Expediente n. E – 20/001/1749/2015, do defensor público e professor FRANKLYN ROGER ALVES SILVA, quando no exercício da Assessoria de Assuntos Institucionais da Defensoria Pública-Geral do Rio de Janeiro, no parecer:

“Percebe-se que a ratio decidendi da decisão encontra-se escorada no fato de que antiguidade não pode inviabilizar a permuta, obstaculizando a conveniência dos interesses dos dois permutantes, como vem sendo demonstrado ao longo deste parecer.

(...)

Paralelamente, sua impugnação também lhe permitiria externar a vontade de assumir um dos órgãos permutados, desde que houvesse interesse por parte de um dos permutantes, o que não se verifica no caso concreto, ante o teor de fls. 37/38.

Portanto, diante de toda a reflexão lançada neste parecer e tendo em conta que ambas as permutantes manifestaram o seu desinteresse no órgão titularizado pela impugnante, parece-me que a insurreição da Exma. Defensora Pública deva ser rejeitada, prosseguindo-se com o procedimento de remoção por permuta.”

No caso concreto aqui examinado, tendo em vista a omissão da Resolução 81/2013 no trato específico do procedimento a ser realizado quando não há desistência na permuta diante de inscrição de interessados posteriores, diante da inexistência de precedentes neste E. Conselho, e, ainda, diante da vagueza do termo “repetida a antiguidade dos demais, deve-se preencher esta lacuna com o entendimento perfilhado anteriormente, de que se deve (a) conformar a antiguidade no cargo público com a promoção da pessoa humana do defensor público e da defensora pública e (b) especificar que a oposição da antiguidade pelos interessados posteriores só pode se dar quando ocupantes de órgãos de atuação correlatos aos dos requerentes originários, nos termos do art. 11 e do Anexo V da Resolução 91/2013.

Assim, estando a defensora pública Requerente "A" ocupante da x Defensoria e o defensor público Requerente "B" titular da x Defensoria, imbuídos em sua livre vontade e do objetivo claro de alteração de titularidade e estando ambos os requerentes no efetivo exercício do cargo, atendem à conveniência do serviço.

Por outro lado, os interessados posteriores, a defensora pública Interessada "A" e o defensor público Interessado "B" não são titulares de órgãos de atuação correlatos ao do defensor público Requerente "B", menos antigo que ambos, o que se pode verificar no ANEXO V da Resolução 91/2013, não podendo, assim, opor sua titularidade como preferência ou de impedir a permuta, caso não haja concordância.

Atendidos os dois critérios, quais sejam, conveniência do serviço e o respeito à antiguidade, há que se deferir o pleito originário, na forma requerida.

Anoto, outrossim, que é de todo recomendável que seja editada, a posteriori, norma abstrata com a fixação de filtros e vedações à remoção por permuta, inclusive constantes em várias legislações (leis complementares e resoluções dos conselhos), que se quedam eficientes para a concreção aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência (art. 37, *caput*, CRFB)¹². São exemplos de importantes filtros:

1. prazo mínimo de 1 (um) ano para a renovação do requerimento de permuta a partir da efetiva permuta anterior;
2. vedação de permuta para quem está afastado do exercício do cargo, salvo as hipóteses legais que reconhecem o efetivo exercício;
3. vedação de permuta nos casos de aposentadoria voluntária requerida ou quando se possua tempo suficiente para tanto;
4. tempo mínimo de 2 (dois) anos de efetivo exercício no órgão de atuação e na categoria/entrância/grau;
5. quando envolver o membro mais antigo nas entrâncias do primeiro grau de jurisdição;
6. quando envolver membro que tenha integrado lista tríplice para promoção por merecimento;
7. quando envolver membro que tenha sofrido sanção disciplinar em período mínimo de 1 (um) ano anterior ao pedido de permuta;
8. tornar sem efeito a remoção em caso de um dos cargos dos permutantes ficar vago em um prazo mínimo de 2 (dois) anos em razão de aposentadoria voluntária ou compulsória, demissão, exoneração ou posse em outro cargo público inacumulável;
9. ao membro da Defensoria Pública que estiver inscrito em concurso para qualquer outra carreira;

Anoto, por fim, questão não prevista na Resolução 81/2013 e que revela mais uma de suas diversas lacunas: a ausência de determinação de publicação de novo edital onde consta a

¹² Na doutrina, entre outros: LIMA, 2014. p. 291; e CORGOSINHO, 2014. p. 198.

disposição dos interessados posteriores em realizar a permuta de suas titularidades. Ao não proceder com este cuidado, incide-se na esdrúxula situação de possibilidade de permuta entre defensores – se um deles for o interessado posterior - sem que haja a devida publicidade e, por conseguinte, impedindo de que um outro membro se inscreva como interessado neste novo cargo para permuta.

Dispositivo

Ante o exposto, com fulcro nas razões já expendidas:

1. PRELIMINARMENTE, VOTO:

1.1 – pela regularidade da publicidade do Edital nº 04/2020, realizada no Diário de Justiça;

1.2 – pela competência do Conselho Superior da Defensoria Pública para decidir no caso de omissão das normas existentes;

2. NO MÉRITO, não havendo óbice à conveniência do serviço, não tendo sido demonstrado pelos requerentes originários interesse pela titularidade dos interessados posteriores e não tendo estas titularidades atribuições correlatas aos órgãos dos requerentes originários, conforme Anexo V, da Resolução 91/2013, **VOTO pelo DEFERIMENTO DO PEDIDO DE PERMUTA**, conforme o requerimento inicial.

3. RECOMENDO, a posteriori, a edição de Resolução para:

3.1 – adoção de fluxograma único de publicidade dos editais, incluindo necessariamente seu envio aos e-mails funcionais dos membros da carreira e publicação na intranet da Instituição;

3.2 - aplicar à remoção por permuta os filtros de 1 a 9 elencados na fundamentação desta decisão;

3.3 - em caso de inscrição de interessados, que seja publicado novo edital dando publicidade a todos os membros da carreira acerca da intenção de permuta dos novos órgãos.

Obras mencionadas

CORGOSINHO, Gustavo. Defensoria Pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2ª Ed. 2014.

ESTEVES, Diogo; ROGER, Franklyn. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3ª Edição, Editora Forense, 2019.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm. 2014.

PAIVA, Caio; FENSTERSEIFER, Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora CEI, 2019.

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública: Fundamentos, Organização e Funcionamento. São Paulo: Atlas. 2013.

Sobre os Autores

Airto Chaves Junior

Mestre e Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Advogado criminalista.

Andressa Loli Bazo

Doutoranda em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestra pela mesma instituição (2017), com pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Professora de Direito Penal e Criminologia da Graduação em Direito e do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Campinas.

Antonio Carlos Ayrosa Rosière Júnior

Analista jurídico da DPDF. Pós-graduado em Direito

Bianca Cobucci Rosiere

Defensora Pública do Distrito Federal. Mestre em Políticas Públicas pelo UniCeub. Coordenadora do Programa Cidadania Bilíngue para capacitação jurídica dos intérpretes de libras. Professora da Escola da Defensoria Pública do Distrito Federal (Easjur).

Daniel Britto Freire Araújo

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2020). Pós-graduado (Especialista) em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2008). Defensor Público do Estado do Amazonas.

Djefferson Amadeus de Souza Ferreira

Mestre em Direito e Hermenêutica Filosófica com ênfase em processo penal (UNESA-RJ / Bolsista Capes). Coordenador do Instituto de Defesa da População Negra (IDPN), Membro do Movimento Negro Unificado (MNU), da Instituição da Advocacia Negra Brasileira (IANB) e Pesquisador da Fiocruz (Coop. Social). Advogado Criminalista e Eleitoralista.

Gustavo de Lima Pereira

Doutor em Filosofia e Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em Direito Público (Unisinos). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Professor de Direito Internacional, Direitos Humanos e Filosofia do Direito da PUCRS. Coordenador do

Serviço de Assessoria em Direitos Humanos para Imigrantes e Refugiados (SADHIR), vinculado ao Núcleo de Prática Jurídica da PUCRS.

Hidemberg Alves da Frota

Especialista em Direito Penal e Criminologia (PUCRS). Especialista em Direitos Humanos e Questão Social (PUCPR). Especialista em Psicologia Positiva: Ciência do Bem-Estar e Autorrealização (PUCRS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (PUCRS). Especialista em Direito Tributário (PUC Minas). Agente Técnico-Jurídico (MP/AM).

Jeff Ferrell

Professor de Sociologia na Universidade Cristã do Texas, EUA, e Professor Visitante de Criminologia na Universidade de Kent, no Reino Unido. Ele é o autor dos livros “Crimes of Style”, “Tearing Down the Streets”, “Empire of Scrounge”, e, com Keith Hayward e Jock Young, “Cultural Criminology: An Invitation”, vencedor de 2009 do distinto prêmio “Book Award” American Society of Criminology’s Division of International Criminology.

Jorge Bheron Rocha

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (início em 2017). Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2015), com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2005). Defensor Público do Estado do Ceará. Professor de Penal e Processo Penal e Civil da Graduação e Pós-Graduação da Unichristus e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Membro do Conselho Editorial da Boulesis e da Emais Editora.

Keith Hayward

Professor de Criminologia. Publicou amplamente nas áreas de teoria criminológica, teoria espacial e social, cultura visual e popular, terrorismo e fanatismo. Como uma das principais figuras no campo da criminologia cultural, é o autor, coautor ou editor de dez livros, sendo o mais recente “Cultural Criminology” (2018), uma coleção editada em quatro volumes para a série Routledge's Major Works.

Luciana Bittencourt Gomes Silva

Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Pós-Graduada pela Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Técnica Judiciária Auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Marcelo Carneiro Pereira

Centro Universitário do Distrito Federal (Direito).

Mônica Nazaré Picanço Dias

Doutora em Ciência Jurídica UNIVALI/SC (2013). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2008). Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (2001). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Federal do Amazonas.

Paola Cantarini

Professora universitária, artista plástica, Doutora em Filosofia do Direito pela Università del Salento. Doutora em Direito pela PUC/SP. Pesquisadora grupo de estudos USP-IEA, Instituto de Estudos avançados, pesquisadora LAWGORITH. Pesquisadora IEA-USP - Humanidades computacionais. Advogada.

Renata Silva Souza

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020).

Thiago de Águiar Pádua

Professor do PPGD – Mestrado em Direito do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Doutor e Mestre em Direito. Presidente do Comitê de Direitos Humanos do UDF. Membro da Academia Brasiliense de Letras. Membro e Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM. Advogado.

Thiago Ribeiro Deienno

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e pós-graduado (lato sensu) em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Defensor público do Distrito Federal desde o ano de 2016.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Doutor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/SP; professor da graduação em direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO. Advogado.

Regras para envio de textos

A Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal recebe trabalhos inéditos redigidos em português, inglês, espanhol e italiano.

Os artigos devem ter no mínimo 15 (quinze) e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas, excluindo as páginas de referências bibliográficas, redigidas conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e as regras de formatação abaixo indicadas. As resenhas devem possuir de 5 (cinco) a 10 (dez) laudas.

Textos mais ou menos extensos poderão ser publicados, a critério do Editor Responsável, caso seu tamanho seja justificável.

Para assegurar a confidencialidade no momento de avaliação da contribuição, preservando o *double blind peer review*, o(s) autor(es) deve(m) evitar realizar qualquer tipo de identificação pessoal durante o corpo do texto.

O texto deve conter:

- a) Título do artigo em português (ou no idioma em que o texto está redigido), guardando pertinência direta com o conteúdo do artigo;
- b) Tradução do título para o inglês ("TITLE")
- c) Resumo em português (ou no idioma em que o texto está redigido) com, no mínimo, 100 (cinquenta) e, no máximo, 250 (duzentos e cinquenta) palavras;
- d) Até 5 (cinco) palavras-chave em português (ou no idioma em que o texto está redigido);
- e) Abstract (tradução do Resumo para o inglês);
- f) Keywords (tradução das palavras-chave para o inglês);
- g) Referências bibliográficas ao final do texto, segundo as regras da ABNT.
- h) As citações devem ser feitas em autor-data. Deve-se utilizar nota de rodapé para informações complementares, porém relevantes, ao artigo, que devem seguir rigorosamente o padrão da ABNT, com fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples, justificado.

Os artigos e resenhas devem observar a seguinte formatação:

tamanho da folha: A4

margens: esquerda = 2 cm, direita = 2 cm, superior = 2 cm e inferior = 2 cm

fonte: Times new roman, tamanho 12

espaço entre linhas: 1,5 (um e meio).

alinhamento: justificado.

não colocar espaço entre os parágrafos ("enter").

Título do artigo/resenha: centralizado, em caixa alta, negrito, fonte com tamanho 14.

Deve-se evitar citações diretas destacadas, apenas quando elas forem essenciais para o conteúdo da contribuição. Deverão ser incorporadas no corpo do texto, com utilização de aspas, quando não ultrapassarem 3 (três) linhas. Se possuírem 4 (quatro) linhas ou

mais, deverão ser destacadas, com recuo de 4cm, à esquerda, justificadas, com espaçamento simples entre linhas e fonte com tamanho 11.

REFERÊNCIAS

Para as referências às obras citadas ou mencionadas no texto, deve-se utilizar o sistema autor-data. A indicação do nome dos autores no texto deve ser feita de modo padronizado, mencionando-se seu SOBRENOME, ano da obra e página (p. ex: SOBRENOME, ANO, p.).

Neste sistema, a indicação da fonte é feita pelo sobrenome de cada autor ou pelo nome de cada entidade responsável até o primeiro sinal de pontuação, seguido(s) da data de publicação do documento e da(s) página(s), da citação, no caso de citação direta, separadas por vírgula e entre parênteses;

NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As notas de rodapé devem ser feitas no rodapé das páginas, de acordo com as normas da ABNT. As notas de rodapé devem observar a seguinte formatação. Fonte: Times New Roman, Tamanho 10, Espaçamento simples, Justificado.

As referências completas (Referências Bibliográficas) deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, crescente, também de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Para mais informações: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

E-mail: revista@defensoria.df.gov.br

Author Guidelines

The *Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship* receives unpublished works written in Portuguese, English, Spanish and Italian.

Articles must have a minimum of fifteen (15) and a maximum of twenty five (25) pages, excluding bibliographical references, in accordance with the ABNT (Brazilian Association of Technical Norms) standards and the formatting rules listed below. Book reviews should be from five (5) to ten (10) pages.

At the discretion of the Editor, longer or shorter texts may be published.

To ensure confidentiality at the time of contribution evaluation, preserving the double-blind review, the author (s) should avoid any type of identification in the body of the text.

The text should contain:

- a) title of the article in Portuguese (or in the language in which the text is written), maintaining direct relevance to the content of the article;
- b) Translation of the title into English;
- c) Abstract in Portuguese (or in the language in which the text is written) with a minimum of 100 and a maximum of 250 words;
- d) Five key words in Portuguese (or in the language in which the text is written);
- e) abstract (translation of the abstract into English);
- f) Five keywords (translation of key words into English);
- g) Bibliographical references at the end of the text, according to ABNT rules.
- h) The citations should be made in the author's data. A footnote should be used for essential information to the article, which must strictly follow the ABNT standard, with font Times New Roman, size 10, single spacing, justified.
- i) citations should be avoided in the body of the text, especially transcriptions.

Articles and revisions should note the following formatting:

- Sheet size: A4
- Margins: left = 2 cm, right = 2 cm, upper = 2 cm and lower = 2 cm
- Source: Times New Roman, size 12
- Line spacing: 1.5 (one and a half).
- Alignment: Justified.
- Do not place spaces between paragraphs.

Title of the article / review: centralized, uppercase, bold, font size 14.

The quotes should be avoided. Use it only when they are essential to the content of the contribution. They should be incorporated in the body of the text, with the use of quotation marks, when they do not exceed 3 (three) lines. If they have 4 (four) lines or more, they should be highlighted, with a 4cm indentation on the left, justified, with single line spacing and font size 11.

REFERENCES

For references to works cited or mentioned in the text, the author-date system (APA) must be used. The name of the authors in the text should be made in a standardized way, mentioning their SURNAME, year of the work and page (eg SURNAME, YEAR, p.).

In this system, the indication of the source is made by the last name of each author or by the name of each responsible entity until the first punctuation mark followed by the publication date of the document and the page (s) of the citation , in the case of direct quotation, separated by commas and in parentheses;

FOOTNOTES AND BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Footnotes should be made at the bottom of the pages, according to ABNT standards. Footnotes should note the following formatting. Source: Times New Roman, Size 10, Simple Spacing, Justified.

The complete references (Bibliographical references) should be presented in alphabetical order at the end of the text, increasing, also according to ABNT norms (NBR-6023).

Privacy Statement

The names and email addresses entered in this journal site will be used exclusively for the stated purposes of this journal and will not be made available for any other purpose or to any other party.

More information: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

E-mail: revista@defensoria.df.gov.br