SOCIETAS DELINQUERE POTEST SINE CRIMEN ET POENA PRAEVIA? COMPLIANCE SIN RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?[1]

Aproximación desde el margen-provincia en los tiempos de la generalización-(re) centralización del derecho penal y procesal penal.

ALEJANDRO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado, Poder Judicial Michoacán

CRISIS Y TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Aún y cuando hemos sido convocados a este importante congreso internacional para reflexionar sobre el "derecho penal del futuro", estoy seguro que no a pocos de los asistentes, la temática propuesta no sólo parece del futuro, sino de otra galaxia: ¿de qué se trata eso del compliance? ¿cómo qué responsabilidad penal de las personas jurídicas? ¿ya existe o se reconoce aquí, en nuestro querido y (de nuevo) sacudido México? ¿qué fue de aquel aforismo, casi dogma, de societas delinquere non potest?

Una de las características actuales del derecho, en buena parte del mundo, es la transformación vertiginosa de la realidad que está llamado a regular y la ingente producción normativa que, con ritmo por igual frenético, producen prácticamente día con día órganos legislativos - locales, estatales y nacionales - para tratar de acotar una brecha que, también día con día, incorpora, por una parte, nuevas realidades y, por otra, descarta otras.

Producto de esta vertiginosa transformación del binomio realidad-normatividad, los penalistas mexicanos -lato sensu- hemos pasado, en menos de una década, de tener como materia prima para nuestro trabajo cotidiano: un código penal y un código procesal penal, a operar con una serie de normas generales anti todo (anti secuestro, anti trata, anti narcomenudeo, anti desaparición forzada, anti tortura) y para todo (medidas alternativas de solución de controversias, de ejecución de sanciones penales, justicia integral penal para

[1] Comentários à legislação Mexicana.

adolescentes); con la joya de la corona por encima de todo y todos, el -por ahora- único código nacional de procedimientos penales.

Si a todo ello, sumamos, también el impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, otro (nuevo) paradigma que, con todo y bloque de constitucionalidad regateado, ha supuesto - también y por fin - el reconocimiento del control difuso de la constitucionalidad a los órganos jurisdiccionales estatales y su competencia para el control de la convencionalidad.

Por si todo lo anterior no fuese suficiente para perder la cordura, tenemos, además la coexistencia del llamado sistema tradicional, con todos los problemas que de suyo acarrea el derecho transitorio, empujados e impulsados por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y los tribunales federales -edulcorada con un sin número de manuales o recetarios para juzgar con tal o cual perspectiva- han generado en la praxis, en forma paulatina, una preocupante, inestable y disfuncional cohabitación entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.

Así, en medio de este mare magnum legislativo-jurisprudencial -sin desconocer, no podemos hacerlo por momento alguno, que la terrible realidad, la terrible violencia que afuera está, sigue imparable y este año cerrará con el mayor número de homicidios violentos registrados desde 2011- el código nacional de procedimientos penales, en la víspera de su entrada en vigor, fue reformado para incorporar, de lleno y en principio, la responsabilidad penal de la personas jurídicas, con la pretensión de tener alcance nacional.

Los delitos y las penas están comprendidos, por lo general, en los ordenamientos penales sustantivos; y, por mor del principio de legalidad, debe estar previamente establecidos en una ley exactamente aplicable al caso concreto. Nullum crimen, nulla poena sine lege (certa, stricta y scripta)

Si bien, nada obsta para que en una norma especial, como sucede por ejemplo en las numerosas leyes generales (i.e. ley general de salud, anti-suestro, anti-trata, etc) y otras especiales, establezcan delitos y penas, es presupuesto indispensable, lógico y necesario que el emisor, el legislador, esté facultado para emitir la ley particular correspondiente. No cabe duda alguna que, tras la reforma constitucional (art. 73-XXI, c]) el Congreso de la Unión tiene la facultad exclusiva, cedida -por renuncia de los estados expresa de los estados que la aprobaron- para expedir la legislación única en “materia procedimental”. Es decir, para legislar todo lo relativo al procedimiento penal: cuándo y cómo juzgar (que abarcan, Ferrajoli

dixit, los axiomas: nullum culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione). No más, pero tampoco menos.

Los estados de la federación, conservan aún y previsiblemente no por mucho tiempo más, la facultad exclusiva para determinar tanto el cuándo y cómo sancionar, como el cuándo y cómo prohibir (nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex [poenalis] sine necessitate / nulla necessitas sine iniuria, nulla iniuria sine actione).

Las normas previstas, en título y capítulo ad hoc para el procedimiento especial para personas jurídicas, debería dar respuesta, en exclusiva, cuándo y cómo juzgarlas; y, por su parte, los códigos penales estatales hacer lo propio con el cuándo y cómo prohibir, cuándo y cómo sancionar (reglas generales de imputación, delitos y penas).

Esta concepción y separación legislativa sustantiva-adjetiva, si bien técnicamente deseable, no resulta indispensable salvo que, como para el caso de la legislación acusatoria, el legislador nacional sólo tenga, como la tiene, competencia constitucional para definir las normas del procedimiento, el cómo y cuándo juzgar, mas no (todo) lo relativo a definir qué prohibir (delito) y cómo sancionar (pena). El legislador nacional no tiene, de origen, competencia constitucional para definir delito o pena alguna para comportamiento u omisión alguna, de persona física o jurídica.

Este pequeño déficit constitucional bien puede tener, como consecuencia, la inhabilitación de todo el sistema de responsabilidad penal; incluso, para los estados que en forma expresa ya han legislado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecido las reglas generales de imputación, los delitos específicos que pueden cometer y las sanciones respectivas; particularmente y en forma pionera, el código penal de df/cdmx, tras su reforma de 2014 y, seguido, hasta la fecha, sólo por cuatro estados (Durango Estado de México, Jalisco y Tabasco).

El panorama legislativo penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el resto del país, se divide entre los estados que, en forma expresa consignan -aun- el añejo societas delinquere non potest -nueve entidades-, pero que admiten, al igual que las 18 estados restantes, la tradicional responsabilidad subsidiaria o administrativa.

En este escenario, diverso y anclado en el paradigma anterior, el impulso o, si se quiere, empujón legislativo, a través de la incorporación -con efectos de armonización- de reglas sustantivas y adjetivas de y para responsabilidad penal de las personas jurídicas en el advenimiento nacional del sistema acusatorio y con pretendidos efectos, también, en todo el

territorio nacional, es una esfuerzo pausible, mas por estar viciado de origen, destinado -tarde que temprano- al fracaso constitucional. Entonces ¿en qué quedamos? Societas delinquere potest en cinco estados, incluyendo CDMX. Societas delinquere non potest en el resto de los estados.

Dos preguntas finales:

1. ¿el procedimiento stricto sensu previsto en el código nacional afecta la vigencia, la actualización, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los estados que han legislado ya en forma expresa sobre la materia? No, no necesariamente, mas puede ocasionar tensiones entre normas sustantivas de uno y otro ordenamiento.

2. ¿puede extenderse, con la normas sustantivas previstas en la legislación nacional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los estados que aún no legislan en la materia? No, violación del nullum crimen nulla poena sine lege y, en última instancia, aplicación análogica de la ley.

O CONFLITO ENTRE A INCRIMINAÇÃO DA TENTATIVA DE VIAJAR – ENQUADRADA NA LUTA CONTRA O TERRORISMO – E A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NA UNIÃO EUROPEIA

THE CONFLICT BETWEEN THE CRIMINATION OF THE ATTEMPT TO TRAVEL – FRAMED IN THE FIGHT AGAINST TERRORISM – AND THE FREEDOM OF MOVEMENT OF PERSONS IN THE EUROPEAN UNION

MARIA JOÃO VAZ
Doutoranda em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Resumo: Pretendemos analisar a incriminação da tentativa de viajar como forma de a União Europeia combater o fenómeno do terrorismo praticado por *foreign fighters* e verificar se existe ou não um conflito entre aquela medida adoptada e a liberdade de circulação de pessoas na União Europeia.

Palavras-chave: Terrorismo – Liberdade de Circulação de Pessoas – União Europeia – Combatentes Estrangeiros

Abstract: We intend to analyze the incrimination of the attempt to travel as a way for the European Union to combat the phenomenon of terrorism practiced by foreign fighters and to verify if there is or not a conflict between that measure and the free movement of persons in the European Union.

Keywords: Terrorism – Free Movement of Persons – European Union – Foreign Fighters

I. INTRODUÇÃO

O terrorismo começou por ser tipificado na lei portuguesa em 1981, através da lei nº 24/81, de 20 de agosto, que, no ano seguinte, originou os artigos 288º e 289º do Código Penal[1], respectivamente, sob as epígrafes de *"organização terrorista"* e *"terrorismo"*. Com a revisão de 1995, aqueles preceitos passaram a constituir os artigos 300º e 301º do CP,

[1] Doravante mencionado como CP.

incluindo-se nos crimes contra o Estado[2]. Contudo, os atentados terroristas de 2001, nos EUA, tornaram o terrorismo não só numa ameaça contra o Estado (e à paz pública) como também à paz pública internacional.

Não há, contudo – de acordo com o relatório apresentado por uma comissão de alto nível sobre ameaças, desafios e mudanças ao então secretário geral da ONU[3] - um consenso internacional acerca da definição de terrorismo, sobretudo devido ao direito de resistência de povos ocupados e ao binómio paradoxal que podem representar: terroristas ou *freedom fighters*(?)[4]. Sobre esta questão menciona-se a discordância de CASSESE, que entende que a regulamentação legal sobre o terrorismo é suficientemente clara quando não existam conflitos armados – em que a questão dos *freedom fighters* não se coloca – e evidencia a necessidade de uma definição geral para o terrorismo.[5]

Muito embora se realizem convenções internacionais relacionadas com o terrorismo desde 1963 – *v.g.*, a Convenção sobre infracções e outros actos cometidos a bordo de aeronaves – foi apenas na década de 90 do século passado que a ONU emitiu as primeiras resoluções no sentido do combate ao terrorismo internacional e promoveu a criação do Serviço das Nações Unidas para a prevenção do terrorismo, que se integra no escritório sobre controlo de drogas e prevenção do crime, com sede em Viena.[6] Nessa linha preventiva, o

---

[2] *Cfr*. HO, Un Chi. *A experiência da legislação portuguesa na luta contra o terrorismo. In* Revista da Administração Pública de Macau, Vol. XVIII, Nº 68, 2005, pp. 678 e 679. Considerava-se, na vigência desse regime, que o bem jurídico em causa seria a paz pública. *Cfr*. DIAS, Jorge Figueiredo / CAEIRO, Pedro. *A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto): Sobre a transposição, para o Direito Português, da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. In* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 135º, nº 3935, Novembro-Dezembro de 2005, Coimbra Editora, p. 71 (pp.70 – 89).

[3] Relatório denominado *"A more secure world: our shared responsibility"*. Disponível em: http://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp_more_secure_world.pdf.

[4] DOLINGER, Jacob. *O Terrorismo Internacional como ameaça ao Direito Internacional. In* III Anuário de Brasileiro de Direito Internacional, vol. 2, Julho de 2008, pp. 80 e ss.

[5] *Cfr*. CASSESE, Antonio. *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. In* Journal of International Criminal Justice, 2006, pp. 993 – 958. Outros autores discordam e afirmam a utilização da incriminação de factos como terrorismo de forma indiscriminada. Neste último sentido: BAUSSIONI, M. Cherif. *A Policy-Oriented Inquiry into the Different Forms and Manifestations of "International Terrorism". In* Legal Responses to International Terrorism: U.S. Procedural Aspects. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 16.

[6] Após ao reconhecimento da Assembleia Geral no sentido da necessidade de eliminação do Terrorismo, como se pode ler na Resolução 49/60, de 9 de Dezembro de 1994 (disponível em: http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r060.htm), bem como na Resolução do Conselho de Segurança 1373, de Setembro de 2001 (acessível em http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20(2001).pdf).

Conselho de Segurança da ONU emitiu uma resolução em Outubro de 1999 – a resolução 1269[7] – que nasceu de um debate levantado pela Rússia no que toca ao combate ao financiamento do terrorismo, bem como ao controlo na concessão do estatuto de refugiado a pessoas que o requeiram para fins de realização de actividades terroristas.

Não obstante, foi apenas depois dos atentados terroristas de 2001, nos EUA, que a necessidade de união global na prevenção do terrorismo internacional aumentou e levou o Conselho de Segurança da ONU a emitir novas resoluções.[8] A essas medidas seguiu-se a adopção de uma estratégia global das Nações Unidas contra o terrorismo, em 2006, que seguiu quatro pilares, dentre os quais sobressai a necessidade de união no que toca à sua prevenção e combate. O Grupo de Acção Financeira contra o Branqueamento de Capitais e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) já tinha sido criado em 1989, mas também foi fortalecido após os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001. Nessa linha preventiva, também a INTERPOL criou a *Counter-Terrorism Fusion Center*: uma unidade de investigação acerca de grupos terroristas, com o intuito de solicitar ou cruzar dados derivados de agências de inteligência para prevenir e combater eventuais ataques[9]. Várias outras organizações internacionais se uniram com o mesmo objectivo – como a Organização Marítima Internacional (OMI) ou a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) –, através do *Advanced Passenger Information* (API), que permite a colecta de dados acerca de detalhes das viagens, incluindo o nome dos passageiros, acessíveis pelas autoridades do país de destino.

Influenciada por este panorama global, a União Europeia reagiu com várias iniciativas: foi promulgada a Decisão-Quadro nº 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho[10] que, por via da harmonização[11], deu origem à lei portuguesa de combate ao terrorismo – a lei avulsa nº

[7] Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1269(1999).
[8] A resolução 1373 de 28 de Setembro de 2001, que criou o Comité Contra-terrorismo; bem como as resoluções 1377, de Novembro de 2001e a resolução 1456, de 20 de Janeiro de 2003.
[9] Para mais, na página oficial da INTERPOL: https://www.interpol.int/Crime-areas/Terrorism/Counter-Terrorism-Fusion-Centre. A EUROPOL seguiu-lhe o exemplo com a criação do *European Counter Terrorism Center*.
[10] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32002F0475.
[11] Anabela Miranda Rodrigues explica-nos, aludindo a Cuerda Riezu, que a harmonização se distingue da assimilação e que constitui uma *"obligatio puniendi"*, cuja *"iniciativa emana de uma instituição comunitária, que deve ser concretizada por cada Estado-Membro através de uma "norma penal". ...)*. *Serve a protecção dos interesses da comunidade". Cfr*. RODRIGUES, Anabela Miranda. O Direito Penal Europeu Emergente. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 94 e ss. Também: MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Portland: Hart publishing, 2009, pp. 59 – 110.

52/2003, de 22 de agosto, que revogou os preceitos relativos ao terrorismo do CP e incriminou o terrorismo internacional (bem como as organizações terroristas que o tenham como finalidade) e os seus crimes precursores.[12]

No âmbito da União Europeia, o combate ao terrorismo foi facilitado por outros mecanismos de luta contra a criminalidade organizada e transnacional, como o Mandado de Detenção Europeu[13] ou a possibilidade de congelamento de bens[14].

Em 2005, a União Europeia desenvolveu uma estratégia contra o terrorismo assente na prevenção, protecção, perseguição e resposta.[15] Nesse mesmo ano saiu mais uma Directiva, do Parlamento Europeu e do Conselho, voltada para a prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo[16], que levou à criação da Lei Portuguesa de Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo[17] e que originou mais uma alteração à Lei Portuguesa de Combate ao Terrorismo.

Também a Decisão-Quadro de 2002, relativa à luta contra o terrorismo, foi alterada, em 2008, pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI[18], que se volta para os perigos da internet no que toca à incitação, recruta e treino de pessoas para a prática de actividades tipificadas como terrorismo, visando puni-las por cumplicidade, tentativa e instigação. A transposição desta última Decisão-Quadro originou mais uma alteração à Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto, por intermédio da Lei nº17/2011, de 3 de Maio[19]. Contudo, as alterações não ficaram por aqui, na medida em que foram adoptadas medidas – mais uma geração de medidas contra o terrorismo

[12] Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. Para uma análise mais profunda da Decisão-Quadro e um contraponto com a lei pretérita: DIAS, Jorge Figueiredo / CAEIRO, Pedro. *A lei de Combate ao Terrorismo (...) Op. Cit.,* pp. 70 – 89.

[13] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32002F0584 .

[14] Deisponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003F0577.

[15] Conforme consta no documento público referente à estratégia europeia no combate ao terrorismo, de 2005. Disponível em: http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+14469+2005+REV+4&l=pt.

[16] Directiva acessível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32005L0060.

[17] Lei nº 25/2008, de 5 de junho. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. É de referir que, entretanto, essa lei já foi revogada pela Lei nº 83/2017, de 18 de Agosto (na linha do exposto pelas Directiva 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015 e da Directiva 2016/2258, do Conselho de 6 de Dezembro de 2016. Directivas disponíveis, respectivamente em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32015L0849 e http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016L2258.

[18] Acessível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:PT:PDF.

[19] Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1327&tabela=leis.

– no sentido da criminalização da apologia pública e das deslocações para a prática de terrorismo, através da Lei nº 60/2015, de 24 de Junho.[20]

É nesta última alteração que se enquadra o problema que aprofundaremos com o presente artigo e que se prende com a incriminação constante no nº 11 do art. 4º da redacção actual da Lei de Combate ao Terrorismo, que é a seguinte: *"Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos."* Visaremos, deste modo, analisar a possibilidade de esta incriminação atentar contra um preceito basilar da União Europeia, que é o princípio da livre circulação de pessoas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NA UNIÃO EUROPEIA

O que apelidamos hoje de União Europeia[21] começou por se pautar por interesses meramente económicos de alguns países do centro da Europa. À medida que se foi alargando, passou de comunidade económica (1958) a 'união' (1993).[22]

Destarte, para encontrarmos a origem da liberdade de circulação de pessoas dentro da UE temos de falar do acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985[23], que possibilitou: a abertura de fronteiras e a livre circulação de pessoas que fossem nacionais de um dos países signatários; adopção de regras comuns no que toca à atribuição de vistos, atribuição de asilo e controlo das fronteiras externas; esforço de cooperação policial e judiciária; a criação de um sistema de informação Schengen (SIS).

[20] Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2350&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.
[21] Doravante designada UE.
[22] Para compreender a história da União Eurpeia, desde o BENELUX, passando pela CECA e EURATOM, até à construção da Comunidade Económica Europeia, que, depois, se tornou União: ARMSTRONG, David; LLOYD, Lorna; REDMOND, John. From Versailles to Maastricht: international organisation in twentieth century. New York: Palgrave Macmillan, 1996.
[23] Foi assinada uma Convenção mais desenvolvida em 1990, que entrou em vigor em 1995. Para uma melhor compreensão do seu desenvolvimento e alargamento a outros Estados-Membros: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/SCH.ACQUIS-EN.pdf.

Não obstante a transformação da Comunidade Económica Europeia em UE, com o Tratado de Maastricht[24], só o Tratado de Amesterdão substituiu o Comité Executivo criado pelo Acordo de Schengen pelo Conselho, cujas regras se encontram especificadas pela Decisão do Conselho 1999/307/CE, de 1 de Maio de 1999.[25] A partir da década de 90 começaram a ser emitidas directivas no sentido da aceitação – mediante algumas condições – da liberdade de circulação de pessoas, sobretudo de estudantes, desde que estes não se tornassem uma sobrecarga, em termos financeiros, para os países de destino em que fixassem residência.[26]

Todavia, ainda em 1992, no Conselho Europeu de Edimburgo, os chefes de Estado reconheceram a necessidade de implementação de políticas de segurança e de medidas no que toca ao controlo da imigração ilegal, naquilo que constituiria um dos passos para a existência futura de uma cooperação judiciária em matéria penal. Com o Tratado de Amesterdão propôs-se o caminho para a criação progressiva de um espaço de liberdade, segurança e justiça pautado pela existência de livre circulação de pessoas[27], sem esquecer a emergência das normas constantes do título VI do Tratado da União Europeia, relativas à cooperação judiciária em matéria penal.[28]

Após os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, foram tomadas várias medidas no sentido da prevenção do terrorismo – como já mencionamos na Introdução ao presente artigo –, através do aumento da segurança e do controlo: o Conselho, no âmbito do pilar da Justiça e Assuntos Internos (JAI), propôs à Comissão a criação de uma rede de troca de informação para efeitos de emissão de vistos, que permitiria um aumento do controlo das fronteiras externas[29]; o Sistema de Controlo de Informação que já tinha sido criado devido ao Acordo de Schengen (SIS) e que foi melhorado e ampliado para poder fazer face ao terrorismo e à criminalidade organizada.

Podemos dizer, destarte, que, à medida que a liberdade de circulação de pessoas foi ganhando vida, através da evolução dos tratados, ia, de igual modo, ganhando vida a

[24] Assinado em 1992 e entrou em vigor em 1993.
[25] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31999D0307.
[26] Vejam-se a Directiva nº 90/364/CEE do Conselho, ou a Directiva nº 93/96/CEE, do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, revogadas pela Directiva 2004/38/CE, do Parlamento e do Conselho, de 29 de Abril de 2004.
[27] Sobe a livre circulação de pessoas: art. 73º-I al. a). Vejam-se as alterações com o Tratado de Amesterdão: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/amsterdam_pt.pdf.
[28] Entre os arts. 29º e 42º do TUE.
[29] Regulado pela Decisão do Conselho 2004/512/CE, de Junho de 2004.

segurança e o crescimento do controlo daquelas liberdades, devido ao medo do terrorismo, que se tornou um fantasma ainda maior após os atentados de Madrid, em 2004[30].

Com o Tratado de Nice não houve grandes inovações em termos de cidadania europeia, que já havia sido criada em Maastricht. Contudo, é de assinalar que aquela '*cidadania europeia*' constituiu a pedra angular para o alargamento da liberdade de circulação às pessoas (independentemente da existência ou não de um contrato de trabalho ou de prestação de serviços), que sejam cidadãs da União – através da Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à livre circulação e residência dos cidadãos da União.[31]

Com o Tratado de Lisboa consolidou-se essa liberdade, incluindo-as nas disposições gerais do Tratado, relativas ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Destarte, a sua base jurídica passa a encontrar-se no art. 3º, nº 2 do TUE[32], no art. 21º do TFUE, títulos IV e V do TFUE, bem como no art. 45º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

2.2 A PROIBIÇÃO DE VIAJAR COMO POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE AOS *FOREIGN FIGHTERS*

2.2.1 O FENÓMENO DOS FOREIGN FIGHTERS

Um *foreign fighter* é um indivíduo que deixa o seu país de origem ou de residência habitual e se dirige para um outro país, para que aí se junte a um grupo em conflito armado, por vários motivos, que na maior parte das vezes têm afinidade religiosa. Começou-se a prestar mais atenção a este fenómeno após os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, na medida em que foram executados por cidadãos estrangeiros em viagem.

Essa ideia da existência de combatentes estrangeiros não é estranha à história da humanidade – *v.g.*, muitos são os relatos acerca da existência de estrageiros a combater na

[30] *Cfr*. LEITE, Isabel Costa. *Liberdade em Segurança: um desafio comunitário. In* Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UFP, 2, pp. 298 – 311.
[31] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0038&from=PT.
[32] Veja-se no Tratado da União Europeia: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT. E, também, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

guerra civil espanhola[33] – todavia, após os atentados de Nova Iorque, começou a reparar-se que existiam altas percentagens de migração de pessoas para países em conflito, estabelecendo-se uma relação entre o fenómeno e países do Médio Oriente e de África, como o Iraque, o Afeganistão, o Paquistão, o Yemen ou a Somália. Como reporta o Instituto de pesquisa de política externa, nos Estados Unidos, os grupos em conflito que recebem os *foreign fighters* apresentam traços de fundamentalismo religioso, como a Al-Quaeda, Al-Shabaab, AQUIM ou AQAP[34].

Contudo, com a globalização – com a facilidade de viajar pelo mundo e com a possibilidade de nos conectarmos em tempo real através das tecnologias de informação e comunicação[35] –, o problema tornou-se cada vez maior. Segundo um relatório de 2011, do Centro para estratégia e estudos internacionais, nos Estados Unidos, apenas uma pequena minoria dos combatentes recrutados apresentava uma motivação ideológica ou um qualquer interesse em comum com o grupo terrorista a que se juntava. Pelo contrário, o que os movia era o desafecto da população local e a vontade de experimentar o espírito de liderança. De igual modo, estima-se que a maioria ou já tenha sido activista transnacional ou então tenha tido contacto com alguém que já tinha feito a viagem.[36]

Com o despoletar dos conflitos da *primavera árabe* e com a enorme dimensão da crise dos refugiados, vindos desses países em conflito, e em condições hostis, tornou-se mais fácil a expansão da existência de *foreign fighters*, assumindo-se o Estado Islâmico (ISIS) como principal grupo de recruta, o que se intensificou a partir de 2012. Foi nessa linha de pensamento que o Conselho de Segurança emitiu uma resolução (resolução 2178, de 2014) em que expôs a necessidade de os Estados fazerem face ao problema através da prevenção e não do extremismo, no sentido de evitar a realização da primeira viagem.[37] Quando o

[33] Veja-se: OTHEN, Christopher. *Franco's International Brigades: Foreign volunteers and fascist dictators in the spanish civil war.* London: Reportage Press, 2008.
[34] HELFONT, Tally. *The Foreign Fighters Problem: Recent trends and Case Studies In* The Foreign Fighters Problem, Recent Trends and Case Studies: Selected Essays. Disponível em: https://www.fpri.org/wp-content/uploads/2015/08/ForeignFightersProblem_Noonan.pdf.
[35] A alteração do paradigma sociológico do Estado-Nação para o paradigma globalizado, em que passamos em estar conectados em rede, como expõe Castells. *Vide*: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Edições Paz e Terra, 2000.
[36] Cfr. FELLMAN, Zack / SANDERSON, Thomas M. / DONNELLY, Maria Galperin. *The Fallout:the future of foreign fighters.* Disponível em: http://foreignfighters.csis.org/fallout_foreign_fighter_project.pdf.
[37] Resolução disponível em: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/SCR%202178_2014_EN.pdf.

indivíduo pousa no país de destino, normalmente, recebe instruções e treino para que possa executar uma qualquer actividade após a sua viagem de retorno.[38]

Segundo um relatório, de 2016, do coordenador holandês para a segurança e o contraterrorismo na UE, as estatísticas comprovam que o país que apresenta um maior contingente de *Foreign fighters per capita* na União Europeia é a Bélgica. As estatísticas também demonstram que, no panorama europeu: apenas 17% são mulheres; 30% dos combatentes conseguem regressar aos países de origem; 14% morrem; entre 90 – 100% vivem em cidades de grande densidade populacional; entre 6 – 23% convertem-se em termos religiosos.

Em termos globais, estima-se que, entre Setembro de 2014 e Setembro de 2015, o número de *foreign fighters* tenha duplicado e atingido os 30.000 combatentes, originários de 104 países: os dois principais países de destino são a Síria e o Iraque. Os discursos extremistas, muitas vezes, começam por se disfarçar com pretensões humanitárias, para que os grupos consigam ganhar as mentes e os corações das pessoas que recrutam. Ao mesmo tempo, exaltam o heroísmo dos combatentes que se juntam à sua causa, como se estivessem a proteger vulneráveis, e adornam o discurso extremista, sobretudo no plano religioso, com discursos que estimulem a pena e a compaixão, na medida em que, grupos como o ISIS, costumam divulgar as biografias dos seus mártires para encorajar a vingança pelas suas mortes[39]. Nesse sentido, a ONU tem envidado esforços no sentido da prevenção, ainda que tenha consciência de que não existe um perfil fixo de *foreign fighter* e que, quer as campanhas

[38] Exemplos apontados como retorno originaram os seguintes casos: do ataque Charlie Hebdo; de um ataque em um supermercado kosher, em Paris; ataque em um museu judeu em Bruxelas; ataque nas ruas de Paris, por um conjunto de retornados, em Novembro de 2015.

[39]BOUTIN, Bérénice / CHAUZAL, Grégory / DORSEY, Jessica / JEGERINS, Marjolein / PAULUSSEN, Christophe / POHL, Johanna / REED, Alaistar / ZAVAGLI, Sofia. *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union: profiles, threats and policies*. Disponível em: https://icct.nl/wp-content/uploads/2016/03/ICCT-Report_Foreign-Fighters-Phenomenon-in-the-EU_1-April-2016_including-AnnexesLinks.pdf. Segundo esse relatório, estima-se que alguns portugueses tenham viajado para a Síria desde 2011, sendo que 5 dos quais morreram: a maioria tinha-se convertido ao islamismo alguns anos ou meses antes da viagem para a zona de conflito; alguns tinham origens nas colónias portuguesas ou já tinham vivido no estrangeiro; alguns tinham duas nacionalidades; aponta-se que a percentagem de terroristas e de foreign fighters é menor em Portugal do que nos restantes países europeus. Segundo outro relatório, os países – em termos globais – que maior número de foreign fighters possuem são: a Tunísia; a Arábia Saudita; Marrocos; a Rússia; a França; a Turquia; o Reino Unido; seguidos pela Argélia, a Austrália e a Bélgica. Pode constatar-se em: OBE, Rachel Briggs / SILVERMAN, Tanya. *Western Foreign Fighters: inovations in responding to the threat*. Disponível em: https://www.isdglobal.org/wp-content/uploads/2016/02/ISDJ2784_Western_foreign_fighters_V7_WEB.pdf.

– sobretudo do Estado Islâmico –, quer as pessoas que se juntam à causa jihadista apresentam características muito diferentes e insusceptíveis de rótulo abstracto.[40]

Quando analisada a forma de actuar dos *foreign fighters*, um outro relatório – do Centro Internacional para o Contraterrorismo (ICCT) –, aponta para o facto de que a actuação dos *foreign fighters* nem sempre é standardizada: (1) Recrutamento online ou através de um conhecido; (2) viagem para o país de destino; (3) Combate no país em conflito ou é alvo de treino; (4) regresso ao país de origem. Conforme aponta o relatório em questão, existem ainda os actores solitários e simpatizantes: estes podem não viajar e agir directamente no país onde se encontram; podem tornar-se voluntários à prática de actividades terroristas, ao incentivo e recrutamento de *foreign fighters* e, ainda, contribuir para a polarização da sociedade, através da instigação do extremismo.[41]

2.2.2 A RESPOSTA DA UNIÃO EUROPEIA

O problema em questão – o risco de (in)segurança interna e a resolução 2178 do Conselho de Segurança da ONU–, fizeram com que o Conselho trouxesse o problema dos *foreign fighters* para a sua agenda desde 2013. Depois dos atentados de Paris, de 2015, a União Europeia decidiu acelerar a análise do fenómeno e implementar medidas. Com base no encontro informal de 12 de Fevereiro e 2015, o Conselho propôs-se: a promover a segurança dos cidadãos europeus; prevenir a radicalização e salvaguardar valores; e abrir-se à cooperação internacional.[42]

Nesse sentido, ainda em 2015, foi emitida uma nova Directiva – a Directiva 2015/49, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015 – voltada para a prevenção da utilização (do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de) financiamento do terrorismo.[43] No final desse mesmo ano, a Comissão apresentou uma proposta de Directiva para a substituição da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, sendo que a

[40] Como aponta um relatório do Escritório das Nações Unidas para as drogas e o crime. Veja-se: http://cfmunesco.it/static/media/uploads/chair+report+unodctopic1+vittoria+mosconi.pdf.
[41] REED, Alaistar / POHL, Johanna / JEGERINGS, Marjolein. *The Four Dimensions of the Foreign Fighter Threat: Making Sense of na Evolving Phenomenon.* Disponível em: https://icct.nl/wp-content/uploads/2017/06/ICCT-Reed-Pohl-The-Four-Dimensions-of-the-Foreign-Fighters-Threat-June-2017.pdf.
[42] *Vide*: http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/02/150212-european-council-statement-fight-against-terrorism/.
[43] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32015L0849.

exposição de motivos ficou marcada: pela preocupação com o terrorismo e com o regresso de *foreign fighters*; preocupação com os terroristas que não viajam para o exterior, que apelidam de *'lobos solitários'*; preocupação com o recrutamento na internet; necessidade de protecção das vítimas dos atentados; cumprir as recomendações da Resolução 2178, do Conselho de Segurança da ONU; aumento do catálogo dos factos que constituem crime de terrorismo, invocando o Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo; implementação de novas disposições no que toca à prevenção do financiamento do terrorismo, impostas pelo GAFI (quando, na verdade, já tinha sido adoptada a nova Directiva para a prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo em Maio e esta proposta é de Dezembro); reforçar a segurança interna.[44]

Portugal apressou-se a transpor para o seu ordenamento interno a Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008, originando a Lei nº 60/2015, de 24 de Junho, que veio incriminar a apologia ao terrorismo e a deslocação para prática de actividade terrorista, através dos seus art.1º e art. 2º, nº11[45]. Esta lei criou, ainda, um aditamento à anterior redacção da lei portuguesa de combate ao terrorismo (o art.6º-A), que institui aos tribunais o dever de emitir comunicação – com a maior brevidade, e por meio electrónico, das certidões de sentenças condenatórias por terrorismo –, à Unidade de Coordenação Antiterrorismo.

Se analisarmos a evolução legislativa na matéria percebemos, por constatação óbvia, que as medidas tomadas são marcadas por uma ideia de prevenção em termos repressivos – pelo aumento da incriminação das acções que constituem terrorismo, do catálogo dos crimes precursores e, agora, para fazer face a este problema dos foreign fighters busca a incriminação da tentativa de um crime precursor.

2.2.3 UMA ANÁLISE CRÍTICA

Ainda que o fenómeno dos *foreign fighters* seja da máxima relevância para a segurança da União Europeia e de todos os países, em termos globais, chegamos à conclusão de que existem outras formas de lidar com o problema, que não através da repressão jurídico-

[44] *Vide*, o texto da proposta de Directiva: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0625.
[45] Veja-se a lei: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/67579527/details/maximized.

criminal voltada para a incriminação da tentativa de um crime precursor de um facto que (eventualmente) constitua terrorismo, *v.g.*, a incriminação da tentativa de viajar como um acto de terrorismo (art. 4º, nº 11 da Lei Portuguesa de Combate ao Terrorismo). Verificamos, de acordo com o nº 12 do art.4º, que a instigação também é punida com pena de prisão até 4 anos, independentemente de a pessoa saber, ou não, que a pessoa a quem está a ajudar a *"organizar, financiar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem"* se trata de um *foreign fighter*.

De igual modo, um dos problemas apontados à Resolução 2178 do Conselho de Segurança da ONU é a sua indefinição relativamente àquilo que constitua terrorismo[46], sendo que neste ponto não cabe a discordância de Cassese, na medida em que os países de destino se encontram em conflito armado. Também encontramos em uma outra obra do supra mencionado autor que: os factos devem ser considerados crimes na maioria dos sistemas jurídico-penais; espalham o terror, o medo ou a intimidação, bem como a violência em relação ao Estado, à população ou a um grupo de pessoas; têm uma motivação política, religiosa ou ideológica, que não meramente individual[47]. Como já vimos, o problema dos *foreign fighters* também não se enquadra, na medida em que: a tentativa de viajar não constitui crime na vastíssima maioria dos países (pelos menos naqueles em que os princípios do Estado de Direito Democrático opera); a tentativa de viajar, ou mesmo a viagem, não espalham o terror – o facto (ou conjunto de factos) que o viajante pudesse, em termos hipotéticos, praticar é que poderia espalhar o terror, o medo, a vilência, etc; e, por fim, como também já analisámos neste artigo, os *foreign fighters*, na maioria das vezes, não adere a grupos extremistas por motivos políticos ou religiosos, mas pela presença de carisma, espírito de aventura, necessidade de impressionar a população onde vive e ter uma experiência de liderança.

Por outro lado, ainda que a supramencionada Resolução do Conselho de Segurança aponte para a necessidade de prevenção do terrorismo, não diz expressamente que os Estados têm o dever de exercer o seu *ius puniendi* estatal para que esse esforço no sentido da prevenção se preencha. Nessa linha de pensamento, parece-nos que nada obsta à ideia de que

[46] ZWANENBURG, Marten. *Foreign Fighters in Syria: Challenges of the "sending" State. In* International Law Studies Review, published by the Stockton Center for the Study of International Law, vol. 92, 2006, p. 207 (pp. 203 – 234).
[47] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law.* New York: Oxford University Press, 2003, p. 124.

ali se encontra um conceito amplo de terrorismo – mais em sentido criminológico – do que em sentido jurídico-penal propriamente dito. Assim, o Direito Penal não deveria perder um dos seus pilares basilares, que é a necessidade de ofensividade em relação a um bem jurídico (com dignidade penal): um direito penal fragmentário e obediente a um princípio de subsidiariedade[48]. Destarte, ainda que a globalização tenha trazido outros problemas, como a criminalidade transnacional[49] e o consequente reconhecimento da existência de bens jurídicos supra-individuais, que levaram ao surgimento dos crimes de perigo abstracto[50].

Nesse sentido, estaríamos perante uma política criminal de prevenção geral positiva caso a União Europeia incentivasse – através dos mecanismos jurídicos de que dispõe – apenas a incriminação de bens jurídicos supra-individuais. O que, pela análise, está a acontecer é algo distinto: a elevação da segurança, através de um recurso sucessivo e imparável à incriminação em *primeira ratio*, motivada pela sua pretensa eficácia, na linha de uma Política Criminal de prevenção geral negativa, como forma de resposta intolerante relativamente à intolerância. Neste último sentido, constatamos que a harmonização, em matéria de terrorismo, está a confirmar um dos receios elencados por Anabela Rodrigues na obra *"O Direito Penal Europeu Emergente"*, na medida em que caiu no *"perigo da deriva securitária*"[51].

Se nos voltarmos para a análise dos nº10 e 11 do art. 4º da actual redacção da Lei de Combate ao Terrorismo – que pune a viagem e tentativa de viajar –, percebemos que a tutela penal vai além do que seria proporcional. Por outras palavras: se o bem jurídico 'paz pública internacional'[52] é tutelado através da norma incriminadora, que, como afirma a letra da lei, seria um dos "*factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida*" (consumação), então a viagem hipotética do agente constituiria um crime precursor daquele

[48] Por todos: COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Reimpressão, pp. 171 e ss.
[49] Para mais: BOISTER, Neil. *Transnational Criminal Law? In* European Journal of iInternational Law, vol. 14, n.º 5, pp. 953 – 962.
[50] Para uma aproximação à problemática dos crimes de perigo, em especial a partir do 9º capítulo: COSTA, José de Faria. *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas).* Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2010, pp. 567 e ss. Para uma síntese sobre a problemática do bem jurídico na sociedade do risco: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2007, pp. 133 e ss. Ainda: HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia, 4, 14, 2002. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf.
[51] Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu (...) Op. Cit.,* pp. 120 e ss.
[52] *Cfr.* DIAS, Jorge Figueiredo / CAEIRO, Pedro. *A lei de Combate (...) Op. Cit.*, pp. 71 e ss.

(tutela alargada em razão do perigo) e a tentativa de viagem mais não seria do que a tentativa de um facto, nunca consumado, que possibilitaria aquele crime de perigo precursor, que, sucessivamente, é *conditio sine qua non* para a prática de um facto constante do art. 2º, nº1, que pode ser, já e em si, um crime de perigo.

Parece-nos, com isto, que caímos em um problema de punição da causalidade invertida, em que se pune sempre a origem do perigo: propaganda – instigação – tentativa de viajar - a viagem – facto constante no art. 2º da Lei de Combate ao Terrorismo. Tudo isso foi agravado pela Directiva 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2017, que estabelece a necessidade de os Estados-Membros punirem os agentes que recrutarem para fins de terrorismo, bem como os agentes recrutados[53].

Regressamos às palavras de Anabela Miranda Rodrigues, quando afirma que a *"aceitação da irredutibilidade da insegurança é condição de sobrevivência do próprio Estado de Direito*.[54]"

2.2.4 QUE SOLUÇÕES?

A Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da ONU condena o terrorismo e do extremismo e aponta para a necessidade de prevenção, sem indicar que ela deve ser feita através do aumento das incriminações que os Estados já tinham nessa matéria. Aliás, no texto da resolução pode ler-se que o Conselho de Segurança reconhece que que o terrorismo não pode ser combatido pela força militar, medidas de endurecimento legislativo ou operações isoladas de inteligência e que, nesse sentido, deveriam recorrer ao primeiro pilar da ONU, onde se encontra a Estratégia das Nações Unidas Contra o Terrorismo[55].As alternativas apresentadas prendem-se com a necessidade de cooperação internacional – e não só dentro da União Europeia –, sobretudo no plano da investigação.

No plano internacional tem-se debatido muito esta questão, sobretudo no que tange à integração dos *foreign fighters* na comunidade quando regressam dos países em conflito, que

[53] Também estabelece disposições sobre o financiamento do terrorismo e sobre as vítimas. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0541.
[54] RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu (...) Op. Cit*., p. 124.
[55] Texto da resolução disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20(2014).

são cerca de 30%, conforme já tivemos a oportunidade de analisar no presente artigo. A utilização de elevada duração da pena privativa da liberdade para punir esses casos – que, v.g., a Albânia adoptou quer para os *foreign fighters* quer para os seus recrutadores –, além de não resolver o problema e continuar a alimentar a revolta e o extremismo, foi alvo de críticas que invocaram a necessidade de reintegração social dos que retornam ao país de origem[56]. O Reino Unido aplica aos *foreign fighters* que regressam uma espécie de medida de segurança, que os obriga v.g., a apresentarem-se regularmente às autoridades de determinado local[57].

Na medida em que inexiste um perfil de *foreign fighter* – que encontra muitas variáveis em padrões que se repetem de forma aleatória –, parece-nos que o cruzamento de dados entre as polícias de investigação e centrais de inteligência especializadas em terrorismo (e com recurso a informação profunda acerca dos grupos que mais recrutam), constituiria a melhor forma de prevenção geral. Por outro lado, uma forma de prevenção especial positiva – além de programas de ressocialização – passaria pela possibilidade de tratamento, no plano da saúde mental e neurológica: um procedimento que não é estranho à mais recente tendência no plano da microcriminologia[58].

As soluções passariam, então, pela criação de programas de reintegração social e pela promoção de tratamento para os *foreign fightres* que regressam, bem como na instituição de programas de estreita cooperação das agências de inteligência e polícias de investigação à escala global[59]. Foram tomadas medidas nesse sentido, dentro da União Europeia: com a

---

[56] LAMALLARI, Besfort. *Dealing with the retuening Foreign Fighters*. Disponível em: https://dgap.org/sites/default/files/article_downloads/open_society_foundation_dealing_with_returning_foreign_fighters.pdf.

[57] "*Counter-Terrorism and Security Act 2015*," U.K. Home Office Introduction, 12 February 2015. Disponível em: http://services.parliament.uk/bills/2014-15/counterterrorismandsecurity.html. Este tipo de medidas espelham uma tendência de expansão da tutela penal no campo da perigosidade. Sobre esta tendência, ainda que noutro contexto: ANTUNES, Maria João. *Perigosidade – Intervenção Estatal em Expansão? In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Volume especial sobre Teoria do Delito, Ano 24, Vol. 121, Julho de 2016., pp. 191 – 206.

[58] Nos Estados Unidos utiliza-se essa tecnologia para prever comportamentos de pessoas perigosas, em termos de diminuição do risco a par de outras técnicas de diagnóstico, v.g., atuarial), todavia a bioprediction pode ser utilizada em termos terapêuticos. Sobre o tema: BEDARD, Hannah L. *The Potential for bioprediction in Criminal Law. In* The Columbia Science and Technology Law Review, Vol. XVIII, Spring 2017, pp. 282 e 285. Não dizemos, contudo, que esse diagnóstico mental/neurológico é absoluto ou determina se a pessoa 'é' ou 'não é' perigosa, contudo, o cruzamento de dados biológicos pode ajudar na superação/terapia. Nesse sentido crítico: GREELY, Henry T. "Who Knows What Evil Lurks In The Hearts of Men?": Behavioral Genomics, Neuroscience, Criminal Law, And The Search for Hidden Knowledge. In The Impact of Behavioral Sciences On Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2009.

[59] A título de exemplo, um relatório de uma agência de inteligência, no sentido de estudar os percursos que os foreign fighters costumam fazer: *"Catch Them Coming and Going: Probabilistic Pathway Projection to Counter*

criação do Centro Europeu Contra o Terrorismo (ECTC), voltada para a troca de informações e investigação acerca do fenómeno; com o combate à radicalização online, através da difusão de informação por parte da EUROPOL; com a fortificação da cooperação com Estados Terceiros[60].

3. CONCLUSÃO

Na linha da crítica à política criminal da UE nos domínios relativos ao terrorismo – em especial devido a este fenómeno dos *foreign fighters* –, debatemo-nos, principalmente, com a incriminação da tentativa de viajar como um acto terrorista que pode levar o agente a ser punido com uma pena de prisão de até 5 anos (nº10 e 11 do art. 4º da Lei nº 52/2003, de 22 de agosto).

Portugal aceita as disposições da União Europeia – nos termos do art. 8º, nº4 da Constituição da República Portuguesa –, que se sobrepõe à sua ordem interna[61]. Não obstante os passos dados – desde o Conselho de Tampere e, sobretudo, com o Tratado de Amesterdão para a efectivação da cooperação judiciária em matéria penal –, no sentido da construção de um *"Direito Penal Europeu Emergente"*[62], a verdade é que, no pano de fundo, sempre se discute a questão do défice democrático[63]. A emissão de Directivas – que vinculam os Estados-Membros em relação à sua finalidade mas não em relação ao meios – faz com que tenhamos que transpô-las para o ordenamento jurídico-penal interno através de lei, na medida em que a matéria penal é da competência exclusiva da Assembleia da República, salvo a autorização ao Governo (nos termos do art. 165º, nº1, al. c) da CRP). Na relação entre o Direito Europeu e o Direito interno, além daquele primeiro ter efeito directo, viola um princípio do primado do Direito Europeu (art. 6º TUE), o que permite a invocação directa de

Foreign Fighters", de Março de 2016. Acessível em: https://www.start.umd.edu/pubs/START_NGA_CatchThemComingandGoing_PublicRelease_May2016.pdf.

[60] Esta última medida como conclusão do Conselho de Assuntos Estrangeiros, de 9 de Fevereiro de 2015.

[61] MARTIN, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Masson, 1995, pp. 174-175.

[62] Expressão de Anabela Miranda Rodrigues que constitui o título de uma obra já citada no presente artigo.

[63] Com mais profundidade: RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Nova Europa e o Velho Défice Democrático: a matéria penal. In* Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários: Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 59 – 69.

uma norma europeia perante uma jurisdição nacional, quer se trate de direito primário ou derivado[64].

Se nos voltarmos para a análise do problema propriamente dito, temos: por um lado, uma norma interna, que nasceu da necessidade de transposição de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho; por outro lado, temos uma liberdade inscrita directamente no Tratado da União Europeia (art. 3º, nº 2 do TUE) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que constituem direito originário. Não obstante, a incriminação da tentativa de viajar como um acto de terrorismo (art. 4º da Lei de Combate ao terrorismo) constitui, na linha da argumentação crítica já exposta em outro ponto deste artigo, um alargamento excessivo da tutela penal do bem jurídico, que seria a paz pública internacional.

Nesse sentido, além de, no ordenamento jurídico-interno, entendermos que a incriminação em causa viola o princípio da proibição do excesso (art. 18º nº2 da CRP), também entendemos que a política criminal que tem sido praticada pela União Europeia em matéria de terrorismo viola o princípio da subsidiariedade, constante do art. 5º do TUE.

Nessa medida, a incriminação da mera tentativa de viajar destinar-se-ia a prevenir um risco de ofensa a um bem jurídico além do aceitável (porque inexistente), na medida em que estão a restringir-se (pelo menos para os cidadãos da União) liberdades inscritas no TUE – designadamente a liberdade de circulação de pessoas –, com base em um zelo securitário excessivo do legislador europeu, promovido pelo temor do terror, no sentido de evitar, através da frustração da viagem, uma hipotética colocação em perigo do bem jurídico em questão.

Por outro lado, este panorama de incriminações em cadeia – que parecem caminhar, sempre punindo, para a origem de uma perigosidade endógena do sujeito –, descura a existência de bem jurídico com base em argumentos de necessidade contínua de aumento da segurança e da eficácia e, parece-nos que peca, paradoxalmente, pela sua falta. Assim, caminha-se num terreno em que se cria uma norma incriminadora para funcionar como medida de segurança (com outro *nomen iuris*)[65], no sentido de permitir a actuação e frustrar a

[64] Sobre o princípio do primado: AMARAL, Diogo Freitas do / PIÇARRA, Nuno. *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: uma "evolução na continuidade*". In Revista de Direito Público, nº 1, Janeiro-Junho de 2009, pp. 9-56.

[65] Em sentido semelhante sobre as medidas aplicadas para fazer frente aos foreign fighters: MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and Transformation of Justice in Europe.* Portland: Hart Publishing, 2016.

viagem a alguém que é suspeito das polícias de investigação ou das agências de inteligência, naquilo que constitui uma expansão da tutela penal além do dogmaticamente conhecido.

4. REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do / PIÇARRA, Nuno. *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: uma "evolução na continuidade". In* Revista de Direito Público, nº 1, Janeiro-Junho de 2009, pp. 9-56.

ANTUNES, Maria João. *Perigosidade – Intervenção Estatal em Expansão? In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Volume especial sobre Teoria do Delito, Ano 24, Vol. 121, Julho de 2016., pp. 191 – 206.

ARMSTRONG, David; LLOYD, Lorna; REDMOND, John. *From Versailles to Maastricht: international organisation in twentieth century.* New York: Palgrave Macmillan, 1996.

BAUSSIONI, M. Cherif. *A Policy-Oriented Inquiry into the Different Forms and Manifestations of "International Terrorism". In* Legal Responses to International Terrorism: U.S. Procedural Aspects. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 16.

BEDARD, Hannah L. *The Potential for bioprediction in Criminal Law. In* The Columbia Science and Technology Law Review, Vol. XVIII, Spring 2017, pp. 282 e 285.

BOISTER, Neil. *Transnational Criminal Law? In* European Journal of iInternational lLaw, vol. 14, n.º 5, pp. 953 – 962.

BOUTIN, Bérénice / CHAUZAL, Grégory / DORSEY, Jessica / JEGERINS, Marjolein / PAULUSSEN, Christophe / POHL, Johanna / REED, Alaistar / ZAVAGLI, Sofia. *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union: profiles, threats and policies.* Disponível em: https://icct.nl/wp-content/uploads/2016/03/ICCT-Report_Foreign-Fighters-Phenomenon-in-the-EU_1-April-2016_including-AnnexesLinks.pdf.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*. *In* Journal of International Criminal Justice, 2006, pp. 993 – 958.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede.* São Paulo: Edições Paz e Terra, 2000.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Reimpressão.

COSTA, José de Faria. *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas).* Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2010.

DIAS, Jorge Figueiredo / CAEIRO, Pedro. *A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003,de 22 de Agosto): Sobre a transposição, para o Direito Português, da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. In* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 135º, nº 3935, Novembro-Dezembro de 2005, Coimbra Editora, pp.70 – 89.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2007.

DOLINGER, Jacob. *O Terrorismo Internacional como ameaça ao Direito Internacional. In* III Anuário de Brasileiro de Direito Internacional, vol. 2, Julho de 2008, pp. 78 – 113.

FELLMAN, Zack / SANDERSON, Thomas M. / DONNELLY, Maria Galperin. *The Fallout: The future of foreign fighters.* Disponível em: http://foreignfighters.csis.org/fallout_foreign_fighter_project.pdf.

GREELY, Henry T. *"Who Knows What Evil Lurks In The Hearts of Men?": Behavioral Genomics, Neuroscience, Criminal Law, And The Search for Hidden Knowledge. In* The Impact of Behavioral Sciences On Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2009.

HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia, 4, 14, 2002. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf.

HELFONT, Tally. *The Foreign Fighters Problem: Recent trends and Case Studies In* The Foreign Fighters Problem, Recent Trends and Case Studies: Selected Essays. Disponível em: https://www.fpri.org/wp-content/uploads/2015/08/ForeignFightersProblem_Noonan.pdf.

HO, Un Chi. *A experiência da legislação portuguesa na luta contra o terrorismo. In* Revista da Administração Pública de Macau, Vol. XVIII, Nº 68, 2005, pp. 671 – 686.

LAMALLARI, Besfort. *Dealing with the retuening Foreign Fighters.* Disponível em: https://dgap.org/sites/default/files/article_downloads/open_society_foundation_dealing_with_returning_foreign_fighters.pdf.

LEITE, Isabel Costa. *Liberdade em Segurança: um desafio comunitário. In* Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UFP, 2, pp. 298 – 311.

MARTIN, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Masson, 1995.

MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Portland: Hart publishing, 2009, pp. 59 – 110.

MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and Transformation of Justice in Europe*. Portland: Hart Publishing, 2016.

OBE, Rachel Briggs / SILVERMAN, Tanya. *Western Foreign Fighters: inovations in responding to the threat.* Disponível em: https://www.isdglobal.org/wp-content/uploads/2016/02/ISDJ2784_Western_foreign_fighters_V7_WEB.pdf.

OTHEN, Christopher. *Franco's International Brigades: Foreign volunteers and fascist dictators in the spanish civil war*. London: Reportage Press, 2008.

REED, Alaistar / POHL, Johanna / JEGERINGS, Marjolein. *The Four Dimensions of the Foreign Fighter Threat: Making Sense of na Evolving Phenomenon.* Disponível em: https://icct.nl/wp-content/uploads/2017/06/ICCT-Reed-Pohl-The-Four-Dimensions-of-the-Foreign-Fighters-Threat-June-2017.pdf.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Nova Europa e o Velho Défice Democrático: a matéria penal*. In Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários: Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 59 – 69.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ZWANENBURG, Marten. *Foreign Fighters in Syria: Challenges of the "sending" State. In* International Law Studies Review, published by the Stockton Center for the Study of International Law, vol. 92, 2006, pp. 203 – 234.

A ADOÇÃO DE DECISÕES LEGISLATIVAS PENAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO FINLANDÊS[1]

THE ADOPTION OF CRIMINAL LEGISLATIVE DECISIONS IN THE FINNISH LEGAL SYSTEM

SAMUEL RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ
Universidad de Murcia/Espanha

Resumo: A proposta deste trabalho é comprovar se as orientações normativas ditadas, desde as principais instituições supranacionais com influência europeia para conseguir uma melhora da qualidade da legislação, têm tido maior rastreamento na Finlândia que em outros países europeus, mas com idiossincrasia diferente. Por sua vez, tentaremos compreender o porquê. Para isso, depois de expor quais são os conteúdos dessas orientações normativas, apresentaremos as características sociopolíticas do Estado finlandês e, finalmente, analisaremos em detalhes como se adotam as decisões legislativas em Finlândia, com especial referência às penais. Depois disso, poderemos concluir que, efetivamente, na Finlândia os poderes públicos têm implementado sérias estratégias de avaliação legislativa, bem como úteis instrumentos, e que isso encontra explicação na existência de uma consolidada cultura avaliativa no país escandinavo, que está muito relacionada com seu modelo de Estado de bem-estar.

Palavras-chave: qualidade da legislação; avaliação normativa; análise de impacto regulador; política legislativa; Estado de bem-estar.

Abstract: The approach of this paper is to check whether the normative orientations dictated by the main supranational institutions with influence in Europe, to achieve an improvement in the quality of legislation, have had greater follow-up in Finland than in other European countries with a different idiosyncrasy. In turn, we will try to understand why. To do this, after explaining the contents of these normative guidelines, we will present the socio-political characteristics of the Finnish State and, finally, we will analyze in detail how the legislative decisions are adopted in Finland, with special reference to criminal ones. After that, we can conclude that, in fact, in Finland the public authorities have implemented serious legislative evaluation strategies, as well as useful instruments, and that this is explained by the existence of a consolidated

[1] Este artigo realiza-se no contexto do Projeto de Investigação "Criminología, evidência empíricas e Política criminosa. Sobre a incorporação de dados científicos para a tomada de decisões em relação com a criminalización de condutas" (DER2017-86204-R), do Programa Estatal de "Investigação, Desenvolvimento e Inovação Orientada aos Reptos da Sociedade", no marco do Plano Estatal de "Investigação Científica e Técnica e de Inovação" 2013-2016 (Convocação 2017), financiado pelo Ministério de Economia, Indústria e Competitividade, Secretaria de Estado de Investigação, Desenvolvimento e Inovação do Governo de Espanha.

evaluation culture in the Scandinavian country, which closely related to its welfare state model.

Keywords: quality of legislation; normative evaluation; regulatory impact analysis; law-making policy; welfare state.

1. INTRODUÇÃO

A principal inquietude que me deu impulso para preparar este trabalho foi a necessidade de comparar como se adotam as decisões legislativas no Ordenamento Jurídico espanhol com outros países[2]. Fundamentalmente, o que pretendia com esta investigação era comprovar se a preocupação, que se vem mostrando há tempos no contexto europeu, de conseguir que os Estados do velho continente adotem decisões legislativas de maior qualidade tinha demorado tanto em ser assumida por outros países afastados do meio cultural mais similar ao espanhol (ou, em outras palavras, ao de origem latino). O âmbito anglo-saxão já o conhecia bem por ser uma referência a nível comparado nesta matéria, de modo que elegi o âmbito escandinavo e, mais especificamente, Finlândia. Onde conhecia diretamente que existia a nível governamental, um "Instituto de Criminologia e Política Legislativa", relacionado por tanto com meu perfil investigador. Assim, depois de uma estância de investigação neste Instituto, eu tive a oportunidade de conhecer proximamente, não só o sistema legislativo finlandês e como se procura dotar de uma maior qualidade às leis que produz, sina também sua história e idiossincrasia. Isso me permitiu, através de alguns aspectos concretos, dar explicação ao passo que pode ser concluído que o sistema legislativo finlandês está mais avançado que o espanhol nesta matéria, mesmo que estejam ambos Estados inseridos dentro de um mesmo marco de referência normativo internacional e europeu.

Este marco referencial será o primeiro que eu apresentarei para começar este trabalho. Eu me referirei às diretrizes que, sobre melhora da qualidade da legislação, se ditaram por três organizações internacionais diferentes (e de predomínio europeu quanto a seus membros) às

[2] Vid. análises comparatistas em RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 137-180.

que estão aderidas a Finlândia – OCDE (desde 1969), CdE (desde 1989) e UE (desde 1995) – e a Espanha.

Depois disso, passarei a uma exposição muito sintética de uma série de questões principais que nos ajudarão a conhecer melhor a idiossincrasia deste Estado escandinavo: um breve relato de sua evolução histórica mais recente; uma exposição sobre como se estrutura territorialmente, umas pinceladas sobre seu modelo de Estado de bem-estar e, em particular, sobre seu reputado sistema educativo; e, finalmente, uma breve apresentação de seu sistema jurídico e político.

A partir daí, precisamente, poderemos aprofundar em como funciona seu sistema legislativo para produzir normas jurídicas, que é o objetivo principal do trabalho. Antecipando a parte das conclusões, veremos como se percebe muito claramente no sistema uma preocupação muito intensa por adotar decisões legislativas de qualidade, através da implementação de estratégias avaliativas tanto "ex ante" como "ex post". Ainda, finalizaremos o trabalho com uma referência ao papel que o mencionado "Instituto de Criminologia e Política Legislativa" no processo legislativo quando se trata de leis penais.

2. MARCO DE REFERÊNCIA: AVALIAÇÃO E MELHORA DA QUALIDADE DA LEGISLAÇÃO EM EUROPA

2.1. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE)

Ainda que o âmbito de seus Estados-membros atinja diversos continentes, examinando a influência das instituições internacionais para a consecução de uma melhor legislação nos Estados europeus, temos de partir da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que tem desenvolvido um poderoso papel transnacional no âmbito da melhora da qualidade da legislação[3]. Assim, em primeiro lugar, sua "Recomendação do Conselho para Melhorar a Qualidade da Regulação Governamental" de 1995 [C(95)21/final],

[3] TALA, J., "Better Regulation throught Programs and Quality Standards – Are new perspectives needed?", *Legisprudence*, vol. 4, nº. 2, 2010, pp. 193 e ss.

inclui uma "Lista de Critérios de Referência da OCDE para a Tomada de Decisões Regulamentares".

Nesta Recomendação, temos encontrado continuidade e atualização em tempos relativamente recentes na "Recomendação do Conselho sobre Política e Governo Regulamentares" de 2012 [C(12)37]. O objetivo dela é instar aos Estados-membros a "implementar regulares elevados e melhorar os processos regulamentares, bem como fazer uso das regulações de maneira sensata na busca de políticas econômicas, sociais e meio ambientais", conforme aos princípios contidos nela[4].

Finalmente, mais especificamente, merece uma menção destacada o "OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation" de 2014[5], com o qual se pretende auxiliar aos Estados no momento de avaliar sistematicamente o desenho e implementação da política regulamentar, para a consecução de seus objetivos regulamentares estratégicos. Mais especificamente, no que nos interessa, lhes facilita uma concreta guia e exemplos para o aplicativo do documento em ordem à análise de funcionamento dos sistemas de avaliação "ex ante" e "ex post", de programas para a redução de ônus administrativos e de técnicas de consulta pública.

2.2. CONSELHO DE EUROPA (CDE)

Também são destacáveis os requisitos essenciais que o Conselho de Europa determinou que devia conter em todo processo de avaliação de normas, quais sejam[6]:

- em nenhum caso, deverá afetar durante o processo de avaliação o equilíbrio entre o poder que aprova a avaliação correspondente e o que a leva a cabo, apesar do modo em que se compartilha tal responsabilidade;

[4] http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf.
[5] http://www.oecd.org/regreform/framework-for-regulatory-policy-evaluation.htm.
[6] Para KARPEN, estes são os requisitos básicos para organizar um "Regulatory Impact Analysis" (RIA) "em uma democracia baseada na separação de poderes e no cumprimento da lei" (KARPEN, U., "La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales", PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 63).

- todo organismo avaliador deverá estar composto de tal forma que se garanta sua independência, ao mesmo tempo que deve contar com membros que garantam multidisciplinariedade e grande amplitude;
- tal organismo avaliador deverá poder acessar com facilidade à maior quantidade de informação possível;
- e, por último, deverá ser garantida uma grande publicidade ao processo de avaliação para que possa desempenhar totalmente sua função no debate democrático.

Mas se há algo a destacar em matéria valorativa dentro do Conselho de Europa e, ademais, em particular no que se refere a avaliação legislativa penal, isso é sem dúvida a existência do "Grupo de Estados contra a Corrupção" (GRECO)[7]. O grupo, através de avaliações periódicas e temáticas, tem instigado algumas das mais recentes reformas de preceitos penais no ordenamento jurídico espanhol. Os procedimentos de avaliação do GRECO baseiam-se no conjunto de informação que suas equipes de avaliadores obtêm através dos questionários que preenchem em suas visitas "in situ", bem como com a informação adicional que solicitam durante as reuniões e discussões que mantêm com os atores finque do Estado de que se trate, consignando toda essa informação em seus relatórios de avaliação finais. Nestes relatórios, que são examinados e adotados pelo GRECO, contêm recomendações dirigidas aos Estados sobre a base de seu nível de cumprimento dos parâmetros normativos em consideração. Dessa maneira, as medidas que adotam os Estados para implementar tais recomendações, são subsequentemente analisadas pelo GRECO em um procedimento de avaliação de cumprimento separado. Mais especificamente, este Grupo tem lançado até a data quatro rodadas de avaliação com específicos parâmetros normativos extraídos da Resolução (97) 24, relativa aos vinte princípios norteadores na lutar contra a corrupção[8], bem como do Convênio de Direito Penal sobre a Corrupção de 1999[9]. Os temas nesta matéria sobre os que tem avaliado o GRECO as legislações dos Estados que o integram, agrupadas pela cada uma das quatro rodadas de avaliação, são os seguintes[10]:

- Primeira rodada de avaliação (iniciada em 1 de janeiro de 2000):

7 http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp.
8 https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution(97)24_EN.pdf.
9 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173.
10 http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_en.asp.

1. independência, especialização e meios disponíveis aos organismos nacionais que participam na prevenção e a luta contra a corrupção;

2. extensão e alcance da imunidade.

- Segunda rodada de avaliação (iniciada em 1 de janeiro de 2003):

1. identificação, embargo e confisco dos benefícios derivados da corrupção;

2. administração pública e corrupção (sistemas de auditoria; conflitos de interesse);

3. eficiência e transparência em relação com a corrupção;

4. prevenção das pessoas jurídicas interpostas na corrupção;

5. legislação financeira e tributária para fazer frente à corrupção;

6. vínculos entre a corrupção, o crime organizado e lavagem de dinheiro.

- Terceira rodada de avaliação (iniciada em 1 de janeiro de 2007):

1. as tipificações de condutas previstas no "Convênio de Direito Penal sobre a Corrupção";

2. a transparência do financiamento dos partidos conforme à Recomendação do Comitê de Ministros relativa "às normas comuns contra a corrupção no financiamento dos partidos políticos e campanhas eleitorais" (Rec (2003)4).

- Quarta rodada de avaliação (iniciado em 1 de janeiro de 2012), sobre prevenção da corrupção em relação com os membros do parlamento, juízes e fiscais, em particular:

1. princípios e normas éticas de conduta;

2. conflito de interesses;

3. proibição ou restrição de certas atividades;

4. declaração de bens, rendimentos, passivos e interesses;

5. o cumprimento das normas relativas aos conflitos de interesses;

6. consciência.

- Quinta rodada de avaliação (que foi lançada em 20 de março de 2017), sobre prevenção da corrupção e promoção da integridade em governos centrais (funções executivas superiores) e agências de aplicativo da lei:

1. regras e princípios éticos de conduta;

2. conflitos de interesse;

3. proibição ou restrição de determinadas atividades;
4. declaração de vantagens, rendimentos, responsabilidades e interesses;
5. aplicativo das regras relativas a conflitos de interesse;
6. sensibilização.

Como pode ser observado, a atividade deste Grupo constitui uma valiosa referência para servir como um paradigma quanto a procedimentos e rotinas avaliativas relativas à legislação penal. Em particular, os relatórios de acompanhamento de execução são um instrumento essencial para avaliar se em que medida os objetivos delineados foram/são (in)cumpridos pelos estados membros.[11]

2.3. UNIÃO EUROPEIA (UE)

Já no marco da União Europeia temos de assinalar, como leciona CABALLERO SANZ, a avaliação tinha um âmbito "muito restringido" e praticamente ficava limitado à avaliação "ex post" de "programas e projetos de despesa"[12].

No entanto, na década de 1990, "generalizou-se a avaliação dos programas de despesa em áreas como as políticas agrária e regional" e "a política de investigação e desenvolvimento"[13], bem como quanto aos Fundos Estruturais (FEDER e Fundo Social Europeu), através das metodologias avaliativas contidas no Programa MEANS ("Métodos de Avaliação das Ações de Natureza Estrutural")[14].

---

[11] Vid. os relatórios das cinco rodadas de avaliação: https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-1, https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-2, https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-3, https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-4 e https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-5-new.

[12] CABALLERO SANZ, F., "La evaluación en la Unión Europea", PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 149.

[13] No entanto, atualmente "todas as propostas incluídas no programa de trabalho anual do Comissão, seja qual for a sua natureza, ou seja, se são novos programas de despesas ou se trata de propostas legislativas, regulamentárias ou decisões políticas de certa relevância, como por exemplo um plano de ação, um mandato de negociação internacional ou um livro branco, devem ser acompanhados de uma avaliação prévia ou uma análise de impacto. Somente os livros verdes e as consultas aos interlocutores sociais estão isentos deste requisito. Além disso, uma comunicação da Comissão deve estar sujeita a uma avaliação posterior ou periodicamente a cada seis anos" (CABALLERO SANZ, F., "La evaluación…", *ob. cit.*, pp. 149 – 150).

[14] AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA CALIDAD EN LOS SERVICIOS: *Fundamentos de evaluación de políticas públicas*, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, Madrid, 2010, pp. 35 - 36.

Efetivamente, a União Europeia vem trabalhando desde meados da década de 1990, com o objetivo de melhorar a qualidade de nossa legislação e, de fato, no Tratado de Amsterdam "introduziu-se um protocolo definindo princípios para a melhora legislativa", ainda que "foi sobretudo a partir do anos 2000 – em parte como resultado do Conselho de Lisboa e em parte como consequência dos trabalhos da Comissão no Livro Branco para o Governo – quando se fundamentaram as bases do que hoje é o programa de melhora legislativa"[15], tudo isso com base no art. 70 do Tratado de Funcionamento da União Europeia[16].

Mais concretamente, este programa de melhora legislativa se deu início com o controle realizado por parte dos Ministros europeus de Administrações Públicas ao grupo denominado "Grupo Mandelkern"[17], depois da preparação de um documento, que foi apresentado ao Conselho Europeu de Laeken final de 2001, definindo um plano de ação nesta matéria. Foi aqui onde, no julgamento de CABALLERO SANZ, "as bases das obras estão agora mais claramente definidas em curso para a melhoria legislativa nas diferentes instituições da União"[18]. Destaca-se o "Livro Branco" sobre "Governo Europeu" ou "Governação Europeia" (que tratou, entre outros aspectos, da utilização mais generalizada abertura de assessoria especializada no processo legislativo), que foi um avanço na avaliação legislativa prévia, uma vez que veio a impor que as propostas de Diretivas para as Decisões-Quadro foram acompanhadas de avaliações de impacto normativo [COM (2001) 428 final]. E vale ressaltar

[15] CABALLERO SANZ, F., "La evaluación…", *ob. cit.*, pp. 150 – 151.

[16] "Sem prejuízo do disposto nos artigos 258.º, 259.º e 260.º, o Conselho pode aprovar, sob proposta da Comissão, as medidas que estabelecem os procedimentos a seguir pelos Estados-Membros para efetuar, em colaboração com a Comissão, uma avaliação objectiva e imparcial do aplicativo, pelas autoridades dos Estados-Membros, das políticas da União referidas no presente título, nomeadamente promover a plena aplicação do princípio do reconhecimento mútuo. Se informará ao Parlamento Europeu e aos parlamentos nacionais sobre o conteúdo e os resultados desta avaliação".

[17] Veja as informações sobre governação na União Europeia e o relatório final do "Grupo Mandelkern" ("Planos de Acção para uma Melhor Regulamentação", Grupo Mandelkern sobre a Melhoria da Regulamentação, Relatório Final, novembro de 2001) em http://europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm.

[18] CABALLERO SANZ, F., "La evaluación…", *ob. cit.*, p. 151. De fato, são diversos os documentos que a União Europeia tem vindo a desenvolver em termos de melhoria da legislação até à data, como a Relatório da Comissão ao Conselho "Legislar melhor" (CSE (96) final), a mensagem especial da Comissão sobre a "Regulatory Impact Analysis" (RIA) (Com (2002) 273 final), o convênio interinstitucional entre o Conselho ea Comissão "sobre como legislar melhor" (2003/C 321/01) ou a Comunicação da Comissão Europeu ao Conselho e ao Parlamento Europeio, de 16 de Março de 2005, intitulada "Legislar melhor para reforçar a crescimento e emprego na União Europeia".

também a existência de um "Guia de Avaliação Legislativa" preparada pela Comissão Europeia[19] em 2008, que continua a receber sugestões de maneira aberta para melhoria[20].

O passo mais recente das instituições da União Europeia nesta matéria tem sido o "Acordo Interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia para melhorar a legislação" de 13 de abril de 2016. No que diz respeito à avaliação prévia ou à avaliação de impacto, as três instituições neste documento concordam que "contribui positivamente melhorar a qualidade da legislação da União" e que constitui um instrumento útil para "tomar decisões informadas que não substituem as decisões políticas durante o processo decisório democrático". Também sua preparação não deve "levar a atrasos indevidos no processo legislativo nem prejudicar a capacidade dos co-legisladores de propor alterações". E, por outro lado, no que diz respeito a avaliação posterior da legislação em vigor[21], as três instituições "confirmam a importância do seu trabalho para avaliar a eficácia da legislação da União, incluindo as consultas públicas correspondentes e consultas às partes interessadas, organizando-se da maneira mais coerente possível".

Como resultado dessas declarações, ao longo do documento desenvolvem-se uma série de princípios de ação ao implementar os dois tipos de avaliação normativa, talvez conscientes de que, apesar dos progressos realizados, sobretudo desde o já citado "Livro Branco sobre a Governança Europeia", não exista realmente no União Europeia nem "um modelo, nem uma metodologia de avaliação clara". Sobre isso, opina NIETO MARTÍN e MUÑOZ DE MORALES ROMERO, que converteu até agora os relatórios de avaliação anexados às propostas de Diretivas e Decisões-Quadro, há "mais uma formalidade que em um exercício real de argumentação legal"[22].

Nas particularidades da matéria penal, há apenas cinco avaliações que realizaram nesse sentido, a ilustrar, a proteção da propriedade intelectual e do meio ambiente, bem como

---

[19] http://ec.europa.eu/archives/dgs/internal_market/docs/evaluation/evaluation_guide.pdf.

[20] http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/docs/20131111_guidelines_pc_part_i_ii_clean.pdf.

[21] Já vinha destacando a importância da avaliação posterior da União Europeia com o Programa de Estocolmo (intitulado "Uma Europa aberta e segura que serve e protege o cidadão" [2010/C 115/01]), em que "foi dada grande atenção à avaliação em geral e, em particular, à avaliação 'ex post', destacando a necessidade de estudar 'a plena e efetiva aplicação, execução e avaliação de instrumentos existentes' antes de apresentar uma proposta legislativa" (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., "Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional)", *Revista General de Derecho Penal*, nº. 14, 2010, p. 7).

[22] NIETO MARTÍN, A./ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., "Presentación", NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./BECERRA MUÑOZ, J. (DIRS.): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 17.

no que se refere aos empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, terrorismo e tráfico de seres humanos[23]. Nesse sentido, é interessante notar que os impactos sociais que as – também notáveis – "Diretrizes para Análise de Impacto" preparadas pela Comissão em 2009 [SEC (2009) 92][SEC (2009) 92] indicam que devem ser estudadas previamente às normas europeias em matéria penal ("Criminalidade, terrorismo e segurança"), são os seguintes[24]:

- A opção (normativa) tem um efeito sobre a segurança, crime ou terrorismo?
- A opção afeta as possibilidades de detectar o agressor ou seu potencial benefício criminoso?
- É provável que a opção aumente o número de crimes?
- Isso afeta a capacidade de aplicar a lei?
- Isso terá impacto nos interesses de segurança?
- Terá um impacto sobre o direito à liberdade e segurança, no direito a um julgamento justo e o direito de defesa?
- Afeta os direitos das vítimas e testemunhas do crime?

Em qualquer caso, assim como todas as premissas foram realizadas até agora e as recomendações para a melhoria legislativa dentro da União Europeia, a responsável por colocar em prática o processo de elaboração do Direito derivado da União Europeia tem sido e é, fundamentalmente, a Comissão. E neste labor tem predominado dentro desta instituição a descentralização; isto é, não há "organismo central responsável pela avaliação"[25], mas que são "os Serviços diretamente responsáveis pelas várias atividades e políticas comunitárias que planejam e executam os trabalhos de avaliação"[26]. Ou seja, são estes Serviços Centrais da

[23] Veja-se o concienzuda análise crítica da avaliação realizada neste último assunto por por SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., "Evaluación y Derecho penal europeo: sobre el modelo de evaluación de la Comisión Europea", NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./BECERRA MUÑOZ, J. (DIRS.): *Hacia..., ob. cit.*, pp. 247 - 254.

[24] http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf.

[25] Por isso existe uma acertada proposta "de ferenda", que é a de DORBECK-JUNG, destinada a substituir a Comissão neste trabalho com a criação de um específico "Conselho Europeu de Avaliação" que será responsável, entre outras tarefas, pelo desenvolvimento de normas europeias para a avaliação da qualidade legislação (DORBECK-JUNG, B., "Evaluation of Draft Legislation by the Dutch Council of the State", KARPEN, U. (ED.): *Evaluation of legislation. Proceedings of the Fourth Congress of the European. Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland), June 15th-16th, 2000*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 86).

[26] "A nível central há uma coordenação desses trabalhos realizados pela Secretaria-Geral da Comissão no caso dos estudos de impacto, porque estes trabalhos estão unidos em grande medida ao planeamento e programação das actividades da Comissão. No caso da avaliação "ex post", é a

Comissão, que "publicam diretrizes e guias práticos, organizam cursos de treinamento e coordenam os padrões de qualidade de avaliação", que são preparados dentro da própria Comissão"[27]. Mais especificamente, são responsáveis por fazer recomendações e garantir que os resultados e recomendações da avaliação sejam utilizados na formulação de novas políticas. Para isso, dentro de cada Serviço existem unidades especializadas que fornecem suporte técnico aos serviços operacionais cujas atividades estão sujeitas a avaliação, havendo diferenças notáveis de um serviço para outro[28].

E, por outro lado, as Direções Gerais, que são as estruturas básicas de referência no funcionamento da Comissão, preparam os seus próprios programas de avaliação e realizam, internamente ou com apoio externo, os relatórios de avaliação[29]. De fato, como indica KARPEN[30], as Direções-Gerais são as que "aplicam a lista de verificação, analisam as consequências, acrescentam ideias às propostas ao Conselho e ao Parlamento como parte do objetivo ('exposé des motifs'), um equilíbrio financeiro ('fiche financière') e uma avaliação das consequências ('fiche d'impact')"[31].

Isto é, são as Direções Gerais da Comissão quem aplicam, à hora de formular de uma proposta normativa em suas respectivas áreas de materiais, o conteúdo do "Manual de orientações gerais sobre a política legislativa", que foi elaborado no âmbito do Comissão em 1996 para uso interno. Especificamente, a lista de verificação que é incluída no Anexo III (páginas 78 e 79), é composto por dez itens que devem ser concluídos, alguns dos quais acabaram de ser mencionados[32]:

Direção Geral de Orçamentos quem desempenha esta tarefa de coordenação" (CABALLERO SANZ, F., "La evaluación…", *ob. cit.*, p. 151).

[27] CABALLERO SANZ, F., "La evaluación…", *ob. cit.*, p. 152.

[28] CABALLERO SANZ, F., "La evaluación…", *ob. cit.*, p. 152.

[29] CABALLERO SANZ, F., "La evaluación…", *ob. cit.*, p. 152.

[30] KARPEN, U., "La implantación…", *ob. cit.*, p. 64.

[31] Como assinala MONTORO CHINER, "no caso das instituições europeias, o método habitual admitido é as 'check list', embora as consultas externas também são procuradas, conselhos; e o cartão financeiro, conhecido como 'registro de impacto', que trata da situação orçamentária e da implicação dos recursos humanos e administrativos". Além disso, "os projetos com impacto significativo na economia são identificados e sujeitos a controle sistemático por aplicação do método"Business Impact Assessment System', BIAS" (MONTORO CHINER, Mª.J., *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 131). Por exemplo, através do BIAS, que é considerado como "um sistema de avaliação bem estruturado", analisa-se o impacto de uma norma específica sobre o emprego (GALLAS, T., "Evaluation of legislation in European Institutions", KARPEN, U. (ED.): *Evaluation of legislation... ob. cit.*, p. 28).

[32] http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/legis_draft_comm_en.pdf.

1. justificação e objetivo (ou seja, a referência ao programa de trabalho da Comissão em causa);

2. base normativa;

3. o texto deve ser acessível e gerenciável (claramente escrito, simples sua apresentação e conteúdo, conciso);

4. subsidiariedade e proporcionalidade (teste da subsidiariedade: dimensão comunitária; teste de necessidade; teste de eficácia; teste de proporcionalidade);

5. simplificação, tanto legislativa como administrativa (vantagens e desvantagens da medida proposta);

6. consistência com outras políticas comunitárias;

7. consultas externas;

8. avaliação (os procedimentos e técnicas utilizados devem ser especificados);

9. avaliação do risco de fraude;

10. relatório financeiro ("fiche financière" – implicações, recursos humanos e administrativos necessários).

Como podemos ver, em conclusão, existem vários documentos e instrumentos que foram formulados e aplicados na União Europeia para melhorar a qualidade da legislação através da sua avaliação, especialmente aquela que ocorre previamente, mas também contínua e posterior, com o qual, neste ponto, é essencial estudar para este trabalho se, no caso do Estado finlandês, manifestou-se esta preocupação supranacional e, se for caso disso, como tem sido aplicado, dando atenção especial, é claro, ao campo legislativo criminoso.

3. ESTRUTURA SOCIOPOLÍTICA DA FINLÂNDIA

Uma vez analisado este quadro de referência sobre o tema específico deste trabalho, agora é necessário enquadrar o caso em que vamos estudar mais especificamente, que é o que diz respeito à recepção pela Finlândia de todas estas iniciativas normativas para a avaliação e melhoria da qualidade da legislação. É por isso que apresentaremos abaixo alguns dos caráteres mais destacados da estrutura sociopolítica da Finlândia, começando com sua história e estrutura territorial, seguindo com dois de seus aspectos sociológicos mais proeminentes (seu modelo de Estado de bem-estar e, relacionado a ele, seu elogiado sistema educacional),

para terminar com uma seção que servirá como uma ponte para o estudo de caso, consistindo de apresentar os aspectos essenciais do sistema legal e político finlandês.

3.1. HISTÓRIA E ESTRUTURA TERRITORIAL

A Finlândia é historicamente dividida entre as influências sueca e russa. Desde a Idade Média sob o domínio da coroa sueca, que fez herdar caráteres em seus sistemas culturais, econômicos e políticos que persistiram em muitos aspectos ao longo do tempo[33], esta atribuição foi interrompida no início do século XIX, quando foi anexada em 1809 ao Império Russo do Czar Alexandre I, mas desenvolvendo uma autonomia, mantendo a mesma estrutura institucional e regulatória. De fato, tornou-se formalmente reconhecido e consolidado com o status de Grão-Ducado Autônomo para, anos depois e depois de muitos avatares, alcançar sua independência como Estado democrático sob a forma de república (apesar de algumas tentativas iniciais de monarquia), algo que teve lugar em dezembro de 1917, quando a Rússia, em que terminou para triunfar a revolução bolchevique, aceitou a declaração de independência do Parlamento finlandês. Embora, nos primeiros passos como um Estado independente em janeiro de 1918, uma guerra civil entre brancos (burgueses) e vermelhos (proletários) começou, até o mês de maio do mesmo ano, com a vitória dos primeiros. Depois de uma eleição parlamentar, a nova forma de governo republicano foi ratificada em 17 de julho de 1919 e, em seguida, as primeiras eleições presidenciais foram realizadas, em que ele foi eleito, quem era até então presidente do Supremo Tribunal de Administração, Kaarlo Juho Stählberg[34]. Depois de seu envolvimento na Segunda Guerra Mundial Mundo (com um confronto bélico direto contra a União Soviética), sofreu consideráveis perdas da população, territoriais e econômicas, mas o país pôde ser recuperado, com grandes esforços, a ponto de conseguir elevar o padrão de vida dos seus cidadãos, passando de uma economia predominantemente rural a uma economia industrializada[35]. Finalmente, o último ponto destacado desta síntese histórico-política da Finlândia é a reorientação nos anos oitenta da sua

[33] KUSTAA H.J. VILKUNA/EILOLA, J./HAKANEN, M./LAMBERG, M., "La herencia sueca en Finlandia" (traduzido por Elizabeth Flores), *ISTOR*, nº. 48, 2012, p. 38.
[34] ROIKO-JOKELA, H., "Una historia política de Finlandia" (traduzido por Elizabeth Flores), *ISTOR*, nº. 48, 2012, pp. 10 – 20.
[35] ROIKO-JOKELA, H., "Una historia política de Finlandia", *ob. cit.*, pp. 25 e ss.

política externa, intimamente unida durante os dois séculos antes da Rússia, em direção ao continente europeu, completando-o com sua integração econômica e política na União Europeia[36], que ocorreu em 1º de janeiro de 1995.

Em outro sentido, a Finlândia se organizou ao longo de sua história socialmente em torno de Municípios (Kunta) e Condados (Lääni). Os Municípios foram estabelecidos durante o século XIX, com base nas antigas paróquias[37] (enquanto a igreja tinha um papel fundamental na organização social até então), sendo os provedores da educação básica, saúde pública local, serviços culturais (esportes, bibliotecas, teatros), recursos para representação política, bem como cobradores de impostos sobre a propriedade municipal. Antes da Segunda Guerra Mundial eles alcançaram a figura de mais de seiscentos, mas foram reduzidos a pouco mais de trezentos na atualidade[38]. Por outro lado, os Condados, considerados como "províncias históricas" e regidos por um governador, têm sua origem no século XVI, quando nove "Condados Castelo" (Linnalääni) foram estabelecidos pela monarquia sueca para controlar a área geográfica da Finlândia. De nove eles se tornaram doze para os anos oitenta, mas com a entrada da Finlândia na União Europeia, foram finalmente reduzidos para cinco em 1997, chamados Suuralueet. Em 2009, as funções desses condados foram delegadas a unidades territoriais mais modernas (dezoito, mais as Ilhas Åland ou Ahvenanmaa, que têm um governo autônomo), institucionalizados gradualmente desde o século XIX, e chamados "Conselhos Regionais" (Maakunnat) desde 1994 e com uma delimitação territorial diferente, baseada sobretudo na divisão espacial do trabalho entre centros urbanos e as áreas da periferia rural[39]. Elas são financiadas com contribuições de seus municípios membros, bem como com subsídios do Governo do Estado e do governo União Europeia, para o desenvolvimento das suas tarefas[40]. Precisamente, para fins estatísticos de União Europeia, os cinco Suuralueet acima mencionados constituem o nível II NUTS ("Nomenclatura das Unidades Territoriais

[36] ROIKO-JOKELA, H., "Una historia política de Finlandia", *ob. cit.*, p. 32.
[37] De fato, "os registros mais antigos dos tribunais finlandeses mostram que as sessões da corte foram levadas a cabo em cada paróquia" (KUSTAA H.J. VILKUNA/EILOLA, J./HAKANEN, M./LAMBERG, M., "La herencia sueca en Finlandia", *ob. cit.*, p. 53).
[38] PAASI, A/ZIMMERBAUER, K., "Theory and practice of the region: a contextual analysis of the transformation of Finnish regions", *Treballs de la Societat Catalana de Geografia*, nº. 71-72, 2011, p. 170.
[39] PAASI, A/ZIMMERBAUER, K., "Theory and practice…", *ob. cit.*, pp. 169-170.
[40] Concentrandas principalmente no planejamento do uso da terra, bem como no desenvolvimento de planos com objetivos políticos em matéria de habitação, infra-estrutura, meio ambiente, oportunidades de emprego, educação, inovação, serviços públicos e bem-estar social (https://www.uudenmaanliitto.fi/en/regional_council/regional_councils_in_finland).

Estatísticas"), os dezanoves Maakunnat correspondem ao nível III e, finalmente, o nível IV corresponde a 79 "novas" sub-regiões[41].

Em suma, a Finlândia está estruturada como um Estado unitário descentralizado territorialmente, que se articula em três níveis: estadual, regional e local (artigo 119 da seu Constituição, a que nos referimos mais adiante), reconhecendo a autonomia apenas para as Ilhas Åland ou Ahvenanmaa (como discutido acima), reguladas por uma lei ou estatuto específico (artigo 120)[42].

3.2. ESTADO DE BEM-ESTAR E SISTEMA EDUCACIONAL

Atualmente, a Finlândia é um país conhecido mundialmente como um dos "Estados de bem-estar nórdicos" ou escandinavos, equipados com "sistemas avançados de segurança social, saúde e educação", mas é frequentemente considerado como uma "exceção ou como uma adição tardia" a esse modelo[43]. Alguns pesquisadores apontam que o papel que desempenhou a Igreja Luterana foi "crucial no desenvolvimento da sociedade de bem-estar finlandesa"[44]. Pode-se dizer que as características do Estado de bem-estar que conhecemos como "modelo finlandês" (evitando cair em visões "idílicas" do mesmo)[45], isto é, "democracia política, estruturas legais reforçadas, igualitarismo, um governo com importante papel na sociedade e na economia (incluindo o mercado de trabalho), tributação progressiva e igualdade de gênero", começaram a consolidar-se nas décadas de 1920 e 1930, e que a partir dos anos sessenta tornou-se em um dos Estados que a maior parte de seu PIB foi dedicada a gastos sociais até agora[46]. Afirma-se que o sucesso econômico relativamente acelerado que o país alcançou desde meados dos anos 90 do século XX, é devido às políticas neoliberais que foram implementadas, mas com a especialidade que isso foi feito com o objetivo de conservar e preservar o seu modelo de Estado de bem-estar social, e que talvez por isso tenha sido

[41] Sobre suas características, veja-se PAASI, A/ZIMMERBAUER, K., "Theory and practice…", *ob. cit.*, p. 171.
[42] Veja-se, com mais profundidade, HANNIKAINEN, L., "La autonomía en Finlandia: la autonomía terroitorial de las Islas Åland y la autonomía cultural del pueblo indígena Saami" (traduzido por Carlos Ruiz Miguel), *Revista de Estudis Autonòmics i Federals*, nº. 17, 2013, pp. 73-90.
[43] MARKKOLA, P./OJALA, J., "Seguridad Social y bienestar en Finlandia" (traduzido por Elizabeth Flores), *ISTOR*, nº. 48, 2012, p. 95.
[44] MARKKOLA, P./OJALA, J., "Seguridad Social y bienestar en Finlandia", *ob. cit.*, p. 98.
[45] FERNÁNDEZ MONTAÑO, P., "Aproximación al modelo nórdico de Estado de bienestar: la experiencia de una trabajadora social española en Finlandia", *Trabajo Social Hoy*, nº. 71, 2014, pp. 94-95.
[46] MARKKOLA, P./OJALA, J., "Seguridad Social y bienestar en Finlandia", *ob. cit.*, pp. 96-97.

identificada uma falta de resistência social e debate político sobre o assunto[47]. Uma das políticas sociais empreendidas pela Finlândia, que mais é destacada em nível comparativo no momento, é a generalização do uso de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) entre sua população. De fato, a Finlândia "é um dos principais países do setor de telecomunicações"[48], como é creditado com "a liderança mundial de sua principal empresa, a Nokia"[49].

Mas se a Finlândia também se destaca por algo na arena internacional, é pelo seu sistema educacional, especialmente pelos bons resultados que tem obtido em o relatório do PISA ("Programa Internacional de Avaliação de Estudantes")[50] da mencionada acima OCDE, realizado com base em um questionário "em que se avalia a qualidade, a equidade e a eficiência dos sistemas educacionais" com uma periodicidade de três anos entre estudantes de quinze anos de idade de diferentes países[51].

No entanto, no último relatório do PISA[52], do ano de 2015 e apresentado em 2016, a Finlândia ocupa o quinto lugar no ranking do conhecimento científico (como no relatório anterior, de 2012), o quarto em compreensão de leitura (sexto em 2012) e o décimo segundo em matemática (o mesmo que em 2012). Em vez disso, Cingapura ocupa o primeiro lugar em todas as três categorias, substituindo nesse mesmo status privilegiado para Xangai, que foi o primeiro em todas as categorias em 2009 e em 2012. A Finlândia obteve os melhores resultados no relatório de 2006, onde ocupou a primeira posição no conhecimento científico, o segundo na compreensão de leitura e o segundo em matemática.

---

47 NYYSSÖNEN, H., "Finland's success: politics without resistance?", *Estudios Internacionales*, nº. 161, 2008, pp. 35-51.

48 BERUMEN, S.A./ARRIAZA IBARRA, K., "Medición de la intensidad en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en Escandinavia", *Contaduría y Administración*, nº. 18 (1), 2013, p. 303.

49 BERUMEN, S.A./LLAMAZARES REDONDO, F., "Medición de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en Suecia, Finlandia, Dinamarca y Noruega", *Boletín Económico del ICE*, nº. 3.003, 2010, p. 36

50 Mais extensivamente, GRIPENBERG, M./LIZARTE SIMÓN, E.J., "El sistema educativo de Finlandia y su éxito en la prueba PISA", *Journal for Educators, Teachers and Trainers*, vol. 3, nº. 1, 2012, pp. 14-24.

51 http://www.oecd.org/pisa/test/.

52 Há especialistas que advertem "sobre os potenciais efeitos perversos deste tipo de avaliações descontextualizadas" como a encuesta sobre a que se realiza o relatório PISA, em tanto não toma em consideração "a realidade cultural (por ex. aspectos linguísticos), social (por ex., políticas inclusivas), curricular (por ex. falta de adequação do teste para temporizar os conteúdos) e atitudinal (por ex., falta de relevância para o alumnado do conteúdo de muitas das tarefas propostas)" dos diferentes sistemas educativos; e realiza-se tal advertência principalmente por causa "das leituras sesgadas, acríticas e simplificadoras que possam ser extraído dos resultados" (BARQUÍN RUIZ, J. ET AL., "'Todos queremos ser Finlandia'. Los efectos secundarios de PISA", *Teoría de la Educación en la Sociedad de la Información*, nº. 12 (1), 2011, pp. 336-337).

Não em vão, desde os anos oitenta e noventa do século XX, suas políticas educacionais são baseadas precisamente na obtenção de resultados[53]. Afirma-se que, precisamente nesse momento, "a política educacional finlandesa enfatizou a benefício econômico" de tal forma que, "através da educação, a economia nacional finlandesa melhorou", buscando "garantir um número suficiente de trabalhadores qualificado em todos os campos"[54]. Além disso, em Finlândia parte-se do axioma de que os alunos "devem ter a liberdade de escolha e oportunidades para desenvolver-se e ser capazes de expressar-se de acordo com as suas origens e interesses" e, ao mesmo tempo, "as escolas têm liberdade para competir para ter os alunos mais talentosos"[55].

Vale ressaltar como na escola finlandesa, "a divisão entre os objetivos educacionais e intelectuais é traçada através do sistema de classes e disciplinas de os professores", de tal maneira que "os professores das disciplinas estudam a pós-graduação do ensino, os professores que ensinam classes gerais estudam apenas a carreira em educação e os estudos de ambos os grupos praticamente não coincidem em nenhum momento dentro da educação pedagógica"[56]. De fato, destaca-se como um dos principais fatores que explicam os resultados notáveis do sistema educativo finlandês "a organização tanto da educação escolar como pedagógica e a formação de sua cultura operativa a partir da década de 1970"[57]. Assim, em particular, "os objetivos ideais previstos na educação básica foram traduzidos em ações concretas e em uma cultura operacional onde a ênfase principal é alcançar os objetivos de aprendizagem das disciplinas escolares"[58]. Em particular, a linha adotada é a de "concentrar a atividade docente na obtenção de os objetivos cognitivos traçados para o aluno individual", de tal forma que "as crianças finlandesas obtenham resultados muito bons resultados nas avaliações"[59] coletadas nos relatórios internacionais mencionados acima[60]. Como contraponto,

53 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde 1850 hasta el presente" (traduzido por Pablo Domínguez Galbraith), *ISTOR*, nº. 48, 2012, pp. 129-130.
54 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, pp. 130-131.
55 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, p. 131.
56 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, p. 142.
57 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, p. 146.
58 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, p. 147.
59 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, p. 147.
60 Informa-nos FERNÁNDEZ MONTAÑO de que "os/as meninos/as finlandeses/as têm 190 dias de classe ao ano e seu ônus lectiva diária oscila entre 4 y 7 horas, sempre com intervalos de 10 minutos a cada 40. Assim mesmo, quase não há trabalho de casa para fazer em casa (o "dever de casa") com o objetivo de reforçar a participação em atividades externas ao ar livre. As aulas são geralmente pequenas, para incentivar a atenção individualizada

destaca-se que, "se a abordagem muda do conhecimento concreto para as atitudes e, especialmente, na cultura participativa, a Finlândia ocuparia os últimos lugares", pois "os jovens raramente estão interessados em política ou qualquer outra atividade social"[61], com relação à qual se realizaram estudos específicos que propuseram estratégias metodológicas concretas[62]. É também por isso que, nos últimos anos, se enfatizou pelas autoridades finlandesas na promoção da participação dos cidadãos na preparação de políticas públicas[63], reforçando instrumentos concretos de democracia participativa[64].

Outro dos principais fatores que visam-se para explicar o sucesso nos resultados do sistema educacional Suomi é "o modo como a educação foi colocada na sociedade finlandesa", o que implica que "as crianças frequentam a escola local, a que eles têm mais perto de sua casa", existindo "a confiança na sociedade que a criança receberá a mesma educação em qualquer escola", porque o professor é considerado "um profissional competente" a quem "é conferido uma grande autonomia pedagógica", até que o seu "desempenho trabalhista não está sujeito a um mecanismo de controle ou supervisão"[65].

3.3. SISTEMA JURÍDICO E POLÍTICO

3.3.1. ANTECEDENTES MAIS RELEVANTES

É muito importante esclarecer que o seu primeiro grande instrumento normativo, imbuído da filosofia iluminista, foi a Lei Civil do Reino de 1734, promulgada por Suécia, e que foi traduzida para finlandês em 1759[66]. Esta regra foi erguida em uma "base importante para a ampla reforma legislativa que ocorreu na segunda metade do século XIX" e, de fato,

dos alunos, com um mínimo de dois professores/as por sala de aula, para não mais de 15-18 alunos/as" (FERNÁNDEZ MONTAÑO, P., "Aproximación…", ob. cit., p. 91).

61 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, p. 147.

62 KOTILAINEN, S., "Participación cívica y producción mediática de los jóvenes: 'Voz de la Juventud'", *Comunicar. Revista Científica de Educomunicación*, nº. 32, 2009, pp. 181-192.

63 GONZÁLEZ SALCEDO, A., "El fomento de la participación ciudadana en Finlandia. Diferencias y similitudes con el caso español", en *Sistema*, nº. 250, 2008, pp. 119-126.

64 RAMÍREZ NÁRDIZ, A., "Estudio comparado de la democracia participativa en distintos ordenamientos europeos", *Advocatus*, vol. 12, nº. 25, 2015, pp. 25-26.

65 VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde…", *ob. cit.*, p. 146.

66 KUSTAA H.J. VILKUNA/EILOLA, J./HAKANEN, M./LAMBERG, M., "La herencia sueca en Finlandia", *ob. cit.*, p. 52.

algumas de suas partes "ainda estavam em vigor na década de 1980, quando a influência direta da legislação sueca na Finlândia foi finalmente eliminada"[67].

Por outro lado, também é notável que a Finlândia foi pioneira em termos de seu sistema parlamentar, cuja configuração mais moderna (tendo tido o precedente histórico do regime de "quatro fazendas") data de 1906, em que foi reconhecido o direito sufrágio ativo e passivo a todos os cidadãos finlandeses com mais de vinte e quatro anos, independentemente de sua renda ou gênero. Aquelas primeiras eleições gerais foram ganhas pelo Partido Social Democrata[68] e as mulheres obtiveram uma representação de o dez por cento dos duzentos membros do Parlamento[69].

3.3.2. CONFIGURAÇÃO ATUAL

A atual Constituição finlandesa (Suomen perustulaki), que substituiu quatro leis fundamentais que se remontam ao momento em que foi criado como um Estado independente no início do século XX, foi sancionada em 11 de junho de 1999 e entrou em vigor em 11 de março de 2000. Reconhece os direitos civis e políticos, bem como, é claro, direitos econômicos, sociais e culturais, que "são parte integrante do núcleo de tradições constitucionais" do país[70]. Eles contam para sua garantia e proteção com um "Ombudsman" parlamentar, como não poderia ser de outra forma em face da grande influência sueca, quem não apenas "monitorará o respeito aos direitos fundamentais e direitos humanos", mas também "assegurará que os Tribunais e outras autoridades e funcionários, trabalhadores de entidades públicas e outras pessoas no exercício da função pública observam a lei e cumprem suas obrigações" (art. 109). Os mesmos poderes são confiados ao Procurador Geral de Justiça

---

[67] KUSTAA H.J. VILKUNA/EILOLA, J./HAKANEN, M./LAMBERG, M., "La herencia sueca en Finlandia", *ob. cit.*, p. 62.

[68] ROIKO-JOKELA, H., "Una historia política de Finlandia", *ob. cit.*, p. 16. Veja-se, com maior exhaustividad, HIDALGO LAVIÉ, A., "Origen y desarrollo del sistema de partidos finlandés", *Revista de las Cortes Generales*, nº. 42, 1997, pp. 215-244, bem como sobre a trajetória de tal sistema e seus processos eleitorais, de tudo o século XX e princípios do atual, HIDALGO LAVIÉ, A., "Partidos, elecciones, minorías. Finlandia: cien años de elecciones libres, 1907/2007", *Sistema*, nº. 212, 2009, pp. 57-85.

[69] KUSTAA H.J. VILKUNA/EILOLA, J./HAKANEN, M./LAMBERG, M., "La herencia sueca en Finlandia", *ob. cit.*, p. 61.

[70] FAGGIANI, V., "Los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 14, 2010, p. 251.

do Conselho de Estado (art. 108), razão pela qual é regulada legalmente uma distribuição de funções entre ambos (art. 110).

Sua forma de governo "não está expressamente definida na Constituição", mas "da análise sistemática das relações entre os órgãos constitucionais e da distribuição entre os órgãos poderes do Estado (art. 3º) deduz-se que se trata de uma República semi presidencial. Em efeito, o Presidente da República é eleito "diretamente" pelo povo por um prazo de seis anos, com um máximo de dois mandatos. O poder executivo é exercido por este último, que adopta a maioria das suas decisões por proposta do Governo ou Conselho Estado, exceto em certos assuntos de sua competência exclusiva (art. 58); à frente do Governo ou Conselho de Estado é o Primeiro Ministro, que é eleito por Parlamento. Este, ao qual já nos referimos anteriormente, exerce o Poder Legislativo, é unicameral e é composto por duzentos deputados, eleitos pelo sufrágio universal e direto para um mandato de quatro anos através de um sistema eleitoral natureza proporcional[71].

4. O PROCESSO LEGISLATIVO (E PENAL) FINLANDÊS E A AVALIAÇÃO NORMATIVA

Uma vez delineados os parâmetros estruturais essenciais do sistema jurídico e político Finlandês, o trabalho discutirá agora como se integram na Finlândia, no tocante a parte dos elementos de avaliação e melhoria da qualidade da legislação do quadro europeu que apresentamos no início deste trabalho.

Assim, encontramos que[72], entre as possíveis iniciativas que dão começo ao processo legislativo, contempla expressamente a possibilidade de que ele comece a pedido do Ministério da Justiça, com base nas "informações coletadas, estudos ou relatórios, ou monitorando a implementação do impacto" de normas já aplicadas.

Do ponto de vista da avaliação prévia, uma fase de "preparação preliminar" é contemplada de qualquer projeto de lei, que inclui, como dissemos, guarda informações intangíveis sobre o objetivo ou questão abordada pela iniciativa legislação em questão, bem

[71] FAGGIANI, V., "Los ordenamientos constitucionales de…", *ob. cit.*, p. 255-256.
[72] http://lainvalmistelu.finlex.fi/en/.

como uma avaliação da necessidade de levar a cabo projeto legislativo, bem como um planeamento dos objetivos, direção e implementação do mesmo. Esta "preparação preliminar" pode concluir com o envio da iniciativa legislativa ao Parlamento, mas também com a decisão de não dar início à processo legislativo.

Em seguida, começa a fase de elaboração do projeto que, normalmente, será executada realizado pelo Ministério da Justiça em conformidade com as suas "Orientações relativas ao processamento" do ano de 2006[73] que preveem uma avaliação completa preliminar do projeto[74].Durante a mesma, é examinado com exaustão e detalhamento o assunto em questão, além disso, põe em relação com a Constituição e outras normas, determinando também as possíveis soluções alternativas para o regulamento que se destina a ser abordado, levando em consideração o impacto das mesmas, incluindo a consulta de possíveis afetados ou partes interessadas ("stakeholders"), que é realizado de acordo com umas "Diretrizes" aprovadas pelo Governo que datam de 10 de março de 2010[75]. Os possíveis impactos analisados são do tipo econômico, na Administração Pública, do tipo ambiental e social, através de uma "checklist" ou "lista de verificação" contida em outras "Diretrizes" aprovadas pelo Ministério da Justiça em 2008 e dedicadas especificamente á "Análise de Impacto no Processo Legislativo" (págs. 45 - 57)[76]. Todas estas análises devem ser incluídas no projeto legislativo em questão.

Neste momento e com esse objetivo, as propostas legislativas são encaminhadas para o "Conselho Finlandês de Análise de Impacto Regulatório"[77] (criado em dezembro de 2015; em abril de 2016, o Governo nomeou o seu Presidente e um máximo de oito membros para o seu primeiro mandato de 15 de abril de 2016 a 14 de abril de 2019). O Conselho não é responsável por realização de avaliações de impacto, mas analisa as avaliações propostas e faz sugestões para melhorias nas avaliações de impacto. O Conselho em si, é responsável pela emissão de declarações sobre propostas governamentais e sobre suas avaliações de impacto regulatório. Em definitiva, o Conselho visa melhorar a qualidade do projeto de lei e também visa desenvolver o projeto geral de lei incluindo o agendamento e planejamento de propostas

[73] http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/75937.
[74] ERVASTI, K./TALA, J., *The drafting of legislation and an Assessment of its impact in Finland*, Ministry of Finance, Helsinki, 1997.
[75] https://bit.ly/2r5gWsw.
[76] http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/76118.
[77] http://vnk.fi/en/council-of-regulatory-impact-analysis.

governamentais e a elaboração de contas. O Conselho também pode emitir declarações sobre o impacto avaliações de outros projetos legislativos, incluindo disposições significativas ao nível do decreto ou impacto regulamentar da legislação da UE. O Conselho é um órgão imparcial e independente. Seleciona as propostas do governo em que se concentrará. O Conselho emite aproximadamente 40 declarações cada ano e são públicas e apresentará um relatório de suas atividades a cada ano. Toda declaração fornece uma análise sobre se a proposta do governo inclui uma descrição adequada dos principais objetivos, impactos pretendidos, mecanismos de mudança e custos e benefícios estimados (famílias, empresas, finanças públicas, economia nacional). A declaração também analisa se as justificativas da proposta do governo são sustentáveis e transparentes em termos de uma base de conhecimentos.

A partir deste momento, é criado um grupo de preparação do projeto, podendo ser composto por um comitê, comissão ou um grupo de assessores ou de trabalho do qual participam grupos de interesse, representantes de outros ministérios, especialistas na área questão e políticos. Este grupo será responsável por realizar a análise de impacto da proposta legislativa. Quem é nomeado secretário, escreve o texto da norma a ser processada, sob a direção do seu presidente, no formulário correspondente para um projeto legislativo.

Depois que o rascunho é escrito, ele é passado para todos os grupos de interesse considerados importante, para que façam comentários a ele, mesmo no caso desses grupos fizeram parte da "preparação preliminar". Essa consulta visa todos os grupos de interesse conhecidos, mas, além disso, é publicado para que outras partes ou afetados também podem ter a oportunidade de comentar sobre o projeto normativo. Todos os comentários recebidos são compilados em um relatório que, além disso, é publicado.

O conteúdo do projeto legislativo é revisto com base no "feedback" obtido durante a fase de consulta, para a sua posterior tradução do Suomi para o Sueco (que é a segunda língua oficial na Finlândia)[78]. O texto, escrito em ambas as línguas, é submetido ao "Unidade de Inspeção Legislativa" do Ministério da Justiça, a fim de verificar que as propostas nele contidas foram formuladas em conformidade com as "Orientações de procedimento

[78] Sobre os problemas sintácticos que criam para os tradutores ao sueco jurídico as estruturas oracionales e os modos de expressão típicos da língua finlandesa que, em tudo caso, é a claramente maioritária atualmente no país, veja-se MATTILA, H.E.S., "La comunitat lingüística nòrdica en matèria jurídica", *Revista de Llengua i Dret*, nº. 54, 2010, pp. 25-27.

legislativo" acima mencionadas e que as versões nas duas línguas são consistentes. Nesta inspeção, verifica-se, portanto, que a estrutura técnica é correta, que o conteúdo da proposta é coerente e que concorda com os princípios gerais e outras disposições, iguais ou semelhantes, sobre o assunto em tela. Especial atenção é dada à precisão linguística, à inteligibilidade do texto e a consistência da proposta. As observações feitas durante esta inspeção se tornam a base para uma nova revisão dos textos.

Em uma próxima fase, procede-se a uma revisão do projeto, apresentado pelo Ministério que está a cargo (normalmente o de Justiça, como dissemos) pelo Governo. Em especial, a decisão de remeter o projeto de lei para o Parlamento é adoptada por Governo em sessão plenária, antes da qual qualquer proposta que tenha impactos financeiros significativos deve ser relatada pelo "Comitê de Finanças do Gabinete". Também antes dessa sessão plenária, o projeto é discutido em grupos de trabalho ministerial, comissões do Gabinete, reuniões informais do governo e, por fim, em diferentes negociações políticas, nas quais podem até participar representantes dos grupos parlamentares da oposição. O relator de parecer do projeto na sessão plenária do Governo será o Ministro responsável pelo projeto e as decisões que o executivo adota a este respeito são publicadas em seu site oficial.

O projeto é então encaminhado ao Parlamento, como é o caso com cerca de 220-300 projetos anuais, ante o qual o Primeiro Ministro remete ao órgão legislativo uma lista semestral de projetos que serão submetidos durante os seis meses seguintes, para que o Parlamento possa planejar os seus trabalhos. Uma vez recebido no Parlamento o projeto e a documentação anexada a este são submetidos a três níveis de discussão e análise:

- Em primeiro lugar, numa discussão preliminar, o Ministro em questão apresenta a proposta do Governo, após a qual os grupos parlamentares (e também os deputados individualmente) expressam sua opinião sobre o assunto.

- Em segundo lugar, numa revisão detalhada da comissão parlamentar interessada em razão do assunto (que pode coletar relatórios ou pareceres de outras comissões parlamentares), a discussão normalmente começa com as perguntas dirigidas por seus membros a quem tenha sido designado como representante do ministério, como perito, para apresentar a proposta legislativa. A comissão normalmente ouve especialistas e representantes de grupos de interesse durante esta avaliação legislativa do projeto e recolhe informação adicional do ministério competente se ela o precisa.
- Em terceiro lugar, o Parlamento, depois de receber o relatório da comissão parlamentar responsável, decide em sessão plenária sobre o conteúdo concreto do projeto legislativo e sua aprovação.

Uma vez realizada a aprovação, no seu caso, procede-se à promulgação do texto do projeto como lei, que a partir desse momento entra em vigor e prossegue a sua aplicação e a sua implementação, que normalmente requerem planejamento prévio pelo Ministério que promove o projeto normativo, em colaboração com as autoridades responsáveis pela matéria (incluindo julgados e tribunais), das medidas a aplicar. Entre os fatores contemplados nesse plano de implementação, são levados em consideração principalmente:

- recursos humanos suficientes, com especialidades, ferramentas e outros recursos que sejam necessários,
- cooperação eficaz e eficiente com outras autoridades que tenham funções ou competências no assunto em questão,
- ajuda e orientação das mais altas instâncias de autoridade, evitando interferências excessivas em detalhes ou assuntos específicos do campo de concorrência dos níveis mais baixos de autoridade,
- e consultar, como já foi dito, durante o processo de aprovação do projeto para os grupos de interesse afetados pela normativa.

Uma vez que começa a ser implementada e aplicada à norma, já no que se refere à avaliação posterior, passa-se a monitorá-la. O objetivo é avaliar a eficácia e efetividade da legislação e, assim, ser capaz de detectar as necessidades que podem levar a sua reforma. De fato, o processamento de qualquer reforma legislativa inclui o que tem sido o acompanhamento dos efeitos da norma a ser reformada e uma análise seus impactos. Tal

acompanhamento é realizado pelo ministério responsável pelo processamento do projeto em seu dia, que naquela época deveria ter incluído antecipadamente no texto do projeto legislativo a descrição de uma tal avaliação posterior, incluindo as áreas que devem ser analisadas e os recursos necessários para fazê-lo: considera-se que um planejamento prévio e adequado da supervisão ou acompanhamento do legislação ajuda a determinar como os impactos da legislação devem ser percebidos na prática. Entre as ferramentas de monitoramento ou avaliação vindoura inclui-se estudos e relatórios, estatísticas, decisões judiciais, decisões de autoridades administrativas, consultas e discussões e pesquisas ou qualquer outro instrumento que permite receber o "feedback" da aplicação da norma em questão. O acompanhamento da aplicação ou avaliação futura dos efeitos da legislação podem ser considerados adequados quando satisfaz os seguintes requisitos, de acordo com a o que é estipulado pelo próprio regulamento finlandês:

- abordagem sistemática, oportuna e suficientemente ampla;
- comparação dos resultados com os objetivos da legislação e com os impactos esperados durante o processamento do projeto previamente;
- registro das ferramentas ou instrumentos, métodos e resultados de uma forma que permitam uma fácil referência futura deles.

Se nos referirmos especificamente à esfera criminal, é muito importante o papel na avaliação legislativa do "Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti" (KRIMO)[79], ou seja, o "Instituto de Criminologia e Política Legislativa", cujo diretor é o Prof. Dr. Tapio Lappi-Seppälä desde 1995, já na época em que era chamado "Instituto Nacional de Investigação em Política Legislativa"[80] (e que foi então criado como tal pela Lei 51/1974, de 18 de janeiro - reformada pela Lei 1424/1991, de 13 de dezembro-)[81]. O atual "Instituto de Criminologia e Política Legislativa" deve sua configuração e estatuto ao Lei 1139/2007, alterada pela Lei 1066/2014, de 12 de dezembro. Esta última norma determinou sua integração administrativa, a partir de 1º de janeiro de 2015, na Universidade de Helsinque (dentro da Faculdade de Ciências Sociais e, em concreto, dentro do Departamento de Pesquisa Social). É especializado em investigação e monitorização (indistintamente com uma abordagem anterior ou posterior")

[79] http://www.helsinki.fi/kriminologian-ja-oikeuspolitiikan-instituutti/.
[80] Cujo precedente, por sua vez, foi o "Instituto de Criminologia" fundado em 1963.
[81] AROMAA, K., "National Research Institute of Legal Policy, Helsinki, Finland", en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4 (3), 1996, pp. 138 – 142.

da criminalidade na Finlândia, tendo encomendadas por Lei, como tarefas específicas de pesquisa, as seguintes contribuições:

- praticar investigações independentes sobre a política legislativa com base as necessidades do Ministério da Justiça e da sociedade em geral;
- monitorar a política legislativa e criminalidade, para analisar sua evolução;
- manter os bancos de dados de pesquisa que são necessários para realizar as tarefas de investigação que lhe são confiadas.

Para fins organizacionais, vale a pena notar que entre os nove membros do Comitê Executivo do Instituto, quatro estão incluídos por designação do Ministério da Justiça e dois nomeados, respectivamente, pelo Ministério da Educação e Cultura, assegurando assim que as investigações do Instituto têm "interesse político" e não meramente acadêmico. Quanto a sua administração e recursos financeiros e de gestão, depende atualmente do orçamento da Universidade de Helsinque.

A lei que aprova o estatuto do "KRIMO" contempla que (sem prejuízo das disposições relativas a ordens de sigilo e confidencialidade emitidas pelos tribunais, bem como outras restrições relativas ao direito de acesso à informação) pode solicitar as informações necessárias para realizar suas tarefas de pesquisa e supervisão ou avaliação legislativa dos órgãos competentes, incluindo todos os tipos de informações sobre processos criminais e decisões judiciais nesta matéria, assistência jurídica, conciliação e resolução de litígios através do Gabinete correspondente, registros criminais e, até mesmo, policiais. Ele também pode coletar do "Departamento de Saúde e Bem-Estar" todas as informações de natureza psiquiátrica forense, incluindo avaliações de risco, bem como da "Tesouraria do Estado" em relação com os danos patrimoniais que podem ser causados pelo crime.

5. CONCLUSÕES

Se há uma primeira e principal conclusão que me permitiu atingir este trabalho é que em Finlândia, em que pese se encontrar a mesma influência supranacional que Espanha para a consecução de uma melhora da qualidade das leis, sim configurou-se bem mais em sério esse objetivo. Ela o fez em primeiro lugar desde um ponto de vista formal, adotando diversos e

muito completos instrumentos e técnicas desde faz muitos anos, que continuamente submete a revisão para se fosse o caso, atualizá-los conforme às novas tendências supranacionais que vai recebendo nesta matéria. Inclusive tem tomado iniciativas não expressamente integradas nessas influências comuns que recebe junto a Espanha, como a criação específica do já comentado "Conselho Finlandês de Análise de Impacto Regulatório" que goza de absoluta independência para eleger sobre que temas preparar seus relatórios, algo inexistente e quase impensável em Espanha. Mas também ela o fez, em segundo lugar, desde um ponto de vista material, pois isto pude comprovar ao visitar o "Instituto de Criminologia e Política Legislativa", no que continuamente se fazem estudos de base empírica, rigorosos cientificamente, com o objetivo de comprovar como se aplicam as leis penais em Finlândia, que se traduzem em resultados tangíveis, em observações para a melhora de sua qualidade que, ademais, são consideradas pelos poderes de decisão política e legislativa, que são precisamente quem encarregam ditos estudos.

Quiçá isto ocorra, e esta é a segunda principal conclusão que eu tenho atingido com este trabalho, porque na Finlândia, ao invés que ocorre em Espanha[82], existe uma cultura da avaliação bem mais arraigada. Isto se vê muito claramente como seu sistema educativo se adaptou perfeitamente aos "standards" de, precisamente, a mesma OCDE, para que os resultados acadêmicos de seus estudantes se encontrem nas primeiras posições dentro dos seus rankings. Mas, não só nesta concreta manifestação isso é plausível, mas também o é quanto ao funcionamento mesmo de seu modelo de Estado de bem-estar, em tanto este tem propiciado que a atividade avaliativa desenvolva papel especial dentro do mesmo para contribuir a um bom gerenciamento do setor público[83]. Há estudos empíricos sobre o funcionamento de tal atividade valorativa, e indicam que, mesmo existindo certa ambiguidade na institucionalização básica da mesma em Finlândia e nos atores que a levam a cabo, no entanto, os princípios, regulares, enfoques e métodos de avaliação são coerentes, de maneira que pode ser afirmado que uma parte das práticas valorativas institucionalizadas em Finlândia melhoram a racionalidade formal das políticas públicas, bem como sua eficiência e

[82] TAMARIT SUMALLA, J.Mª., "Política criminal con bases empíricas en España", en *Política Criminal*, nº. 3, 2007, pp. 1 y 3. Eu descrevi e expliquei isso em RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación..., ob. cit.,* pp. 228-230.

[83] FORSS, K./REBIEN, C., "Is there a Nordic/Scandinavian evaluation tradition?", *Evaluation*, vol. 20 (4), 2014, p. 469.

efetividade, outra parte de tais práticas reforçam sua legitimidade, e, finalmente, outra parte contribuem a conseguir ambos objetivos[84]. De fato, no particular âmbito da política legislativa, levam-se implementando diversos projetos, desde a metade da década dos noventa, para melhorar a qualidade das leis em Finlândia[85], através do precedente orgânico do atual "Instituto de Criminologia e Política Legislativa", o também mencionado "Instituto Nacional de Investigação em Política Legislativa".

Em definitivo na Finlândia retomou como uma questão imprescindível melhorar a qualidade de adoção das decisões legislativas e isso o conseguem seus poderes públicos graças a que a cultura avaliativa está muito arraigada desde faz tempo nas políticas públicas próprias de seu Estado de bem-estar.

6. REFERÊNCIAS

AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA CALIDAD EN LOS SERVICIOS: *Fundamentos de evaluación de políticas públicas*, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, Madrid, 2010.

AHONEN, P., "Aspects of the institutionalization of evaluation in Finland: Basic, agency, process and change", *Evaluation*, vol. 21 (3), 2015.

AROMAA, K., "National Research Institute of Legal Policy, Helsinki, Finland", en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4 (3), 1996.

BARQUÍN RUIZ, J. ET AL., "'Todos queremos ser Finlandia'. Los efectos secundarios de PISA", *Teoría de la Educación en la Sociedad de la Información*, nº. 12 (1), 2011.

BERUMEN, S.A./LLAMAZARES REDONDO, F., "Medición de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en Suecia, Finlandia, Dinamarca y Noruega", *Boletín Económico del ICE*, nº. 3.003, 2010.

BERUMEN, S.A./ARRIAZA IBARRA, K., "Medición de la intensidad en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en Escandinavia", *Contaduría y Administración*, nº. 18 (1), 2013.

[84] AHONEN, P., "Aspects of the institutionalization of evaluation in Finland: Basic, agency, process and change", *Evaluation*, vol. 21 (3), 2015, p. 321.
[85] TALA, J./KORHONEN, J./ERVASTI, K., "Improving the quality of Law drafting in Finland", *Columbian Journal of European Law*, vol. 4 (3), 1998, p. 629.

CABALLERO SANZ, F.: "La evaluación en la Unión Europea", PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006.

DORBECK-JUNG, B.: "Evaluation of Draft Legislation by the Dutch Council of the State", KARPEN, U. (ED.): *Evaluation of legislation. Proceedings of the Fourth Congress of the European. Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland), June 15th-16th, 2000*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

ERVASTI, K./TALA, J., *The drafting of legislation and an Assessment of its impact in Finland*, Ministry of Finance, Helsinki, 1997.

FAGGIANI, V., "Los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 14, 2010.

FERNÁNDEZ MONTAÑO, P., "Aproximación al modelo nórdico de Estado de bienestar: la experiencia de una trabajadora social española en Finlandia", *Trabajo Social Hoy*, nº. 71, 2014.

FORSS, K./REBIEN, C., "Is there a Nordic/Scandinavian evaluation tradition?", *Evaluation*, vol. 20 (4), 2014.

GONZÁLEZ SALCEDO, A., "El fomento de la participación ciudadana en Finlandia. Diferencias y similitudes con el caso español", en *Sistema*, nº. 250, 2008.

GRIPENBERG, M./LIZARTE SIMÓN, E.J., "El sistema educativo de Finlandia y su éxito en la prueba PISA", *Journal for Educators, Teachers and Trainers*, vol. 3, nº. 1, 2012.

HANNIKAINEN, L., "La autonomía en Finlandia: la autonomía terroitorial de las Islas Åland y la autonomía cultural del pueblo indígena Saami" (traduzido por Carlos Ruiz Miguel), *Revista de Estudis Autonòmics i Federals*, nº. 17, 2013.

HIDALGO LAVIÉ, A., "Origen y desarrollo del sistema de partidos finlandés", *Revista de las Cortes Generales*, nº. 42, 1997, pp. 215-244.

HIDALGO LAVIÉ, A., "Partidos, elecciones, minorías. Finlandia: cien años de elecciones libres, 1907/2007", *Sistema*, nº. 212, 2009, pp. 57-85.

KARPEN, U.: "La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales", PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006.

KOTILAINEN, S., "Participación cívica y producción mediática de los jóvenes: 'Voz de la Juventud'", *Comunicar. Revista Científica de Educomunicación*, nº. 32, 2009.

KUSTAA H.J. VILKUNA/EILOLA, J./HAKANEN, M./LAMBERG, M., "La herencia sueca en Finlandia" (traduzido por Elizabeth Flores), *ISTOR*, nº. 48, 2012.

MARKKOLA, P./OJALA, J., "Seguridad Social y bienestar en Finlandia" (traduzido por Elizabeth Flores), *ISTOR*, nº. 48, 2012.

MATTILA, H.E.S., "La comunitat lingüística nòrdica en matèria jurídica", *Revista de Llengua i Dret*, nº. 54, 2010.

MONTORO CHINER, Mª.J.: *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001, GALLAS, T.: "Evaluation of legislation in European Institutions", KARPEN, U. (ED.): *Evaluation of legislation. Proceedings of the Fourth Congress of the European. Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland), June 15th-16th, 2000*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: "Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional)", *Revista General de Derecho Penal*, nº. 14, 2010.

NIETO MARTÍN, A./ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., "Presentación", NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./BECERRA MUÑOZ, J. (DIRS.): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

NYYSSÖNEN, H., "Finland's success: politics without resistance?", *Estudios Internacionales*, nº. 161, 2008.

PAASI, A/ZIMMERBAUER, K., "Theory and practice of the region: a contextual analysis of the transformation of Finnish regions", *Treballs de la Societat Catalana de Geografia*, nº. 71-72, 2011.

RAMÍREZ NÁRDIZ, A., "Estudio comparado de la democracia participativa en distintos ordenamientos europeos", *Advocatus*, vol. 12, nº. 25, 2015.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, Madrid, 2016.

ROIKO-JOKELA, H., "Una historia política de Finlandia" (traduzido por Elizabeth Flores), *ISTOR*, nº. 48, 2012.

SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., "Evaluación y Derecho penal europeo: sobre el modelo de evaluación de la Comisión Europea", NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./BECERRA MUÑOZ, J. (DIRS.): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

TALA, J., "Better Regulation throught Programs and Quality Standards – Are new perspectives needed?", *Legisprudence*, vol. 4, nº. 2, 2010.

TALA, J./KORHONEN, J./ERVASTI, K., "Improving the quality of Law drafting in Finland", *Columbian Journal of European Law*, vol. 4 (3), 1998.

TAMARIT SUMALLA, J.Mª., "Política criminal con bases empíricas en España", en *Política Criminal*, nº. 3, 2007.

VALTONEN, H./RAUTIAINEN, M., "La educación finlandesa desde 1850 hasta el presente" (traduzido por Pablo Domínguez Galbraith), *ISTOR*, nº. 48, 2012.

DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 124 E 126 DO CODIGO PENAL: UMA ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO ROBERTO BARROSO NO HC 124.306/RJ

OF THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLES 124 AND 126 OF THE CRIMINAL CODE: AN ANALYSIS OF THE VOTE OF MINISTER ROBERTO BARROSO IN HC 124.306 / RJ

TARCÍSIO MACIEL CHAVES DE MENDONÇA
Mestre e Doutor em Direito pela UFMG, professor de Direito e Processo Penal, advogado criminalista

Resumo: O presente artigo tem como objetivo estudar o voto do Ministro Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal dado nos autos do Habeas Corpus n. 124.306/RJ. Roberto Barroso concedeu a ordem de Habeas Corpus sustentando que a prisão preventiva era ilegal porque a conduta praticada pelos pacientes era atípica. Isso porque não consiste em crime interromper a gestação que ainda não superou o primeiro trimestre. Nosso trabalho consistiu em traçar o caminho processual trilhado pelos pacientes até a Suprema Corte. Analisamos os motivos pelos quais o Habeas Corpus foi concedido de ofício. Cuidamos também de posicionar os argumentos do voto de Roberto Barroso dentro da sistemática da prisão preventiva. Após, analisamos os fundamentos do voto de Roberto Barroso. Verificamos que a conclusão de Roberto Barroso não guarda uma correlação lógica com seus fundamentos. Isso porque Roberto Barroso deixou de analisar problemas jurídicos que seriam premissas importantes para se chegar a sua conclusão. Melhor seria o voto analisado tivesse se valido dos instrumentos que o direito penal já disponibiliza para resolver a questão. A conclusão seria mais lógica e compatível com o sistema jurídico.

Palavras-chave: Aborto – Crime Impossível – Tipicidade Material

Abstract: The present paper aims at studying the vote of Minister Roberto Barroso of the Federal Supreme Court given in the records of Habeas Corpus n. 124.306 RJ. Roberto Barroso granted the order of Habeas Corpus arguing that pre-trial detention was illegal because the conduct practiced by the patients was atypical. This is because it is not a crime to interrupt gestation that has not yet surpassed the first trimester. Our work consisted of tracing the procedural path taken by patients to the Supreme Court. We analyzed the reasons why the Habeas Corpus was granted ex officio. We also take care of positioning the arguments of Roberto Barroso's vote within the system of pre-trial detention. Afterwards, we analyze the fundamentals of Roberto Barroso's vote. We find that Roberto Barroso's conclusion does not bear a logical correlation with its foundations. This is because Roberto Barroso failed to analyze legal problems that would be important premises to reach its conclusion. It would have been better if the analyzed vote had used the instruments that the criminal law already makes available to

resolve the issue. The conclusion would be more logical and compatible with the legal system.

Keywords: Abortion – Impossible Crime – Material Crime

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar as premissas e conclusões alcançadas pelo voto de Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* registrado sob o número 124.306/RJ[1].

Trata-se de um *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional. O impetrante apontou como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça por ter se negado a julgar *Habeas Corpus* registrado sob o número 290.342/RJ. Esse último foi impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que deu provimento ao recurso em sentido estrito promovido pelo Ministério Público contra decisão do juiz que concedeu liberdade provisória a indivíduos acusados de aborto com o consentimento da gestante e associação criminosa.

Os pacientes foram acusados, na comarca de Duque de Caxias, pelas supostas prática dos crimes de aborto provocado com o consentimento da gestante (art. 126 do CP), por quatro vezes, e associação criminosa (art. 288 do CP). O magistrado local, após ser comunicado da prisão em flagrante dos pacientes, concedeu-lhes a liberdade provisória.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, inconformado, interpôs recurso em sentido estrito. Pleiteava a reforma da decisão do magistrado de Duque de Caxias com a decretação da prisão preventiva dos pacientes. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso ministerial. A prisão preventiva foi decretada.

A defesa técnica impetrou um *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça que lhe negou conhecimento. Justificou-se afirmando não ser cabível *Habeas Corpus* em substituição a recurso especial.[2]

---

[1] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf. Acesso em 30 nov. 2016.

[2] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38452430&num_registro=201400534269&data=20140916&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30 nov. 2016.

Novo *Habeas Corpus* foi impetrado em favor dos pacientes. Agora no Supremo Tribunal Federal. O *Writ* foi registrado sob o número 124.306/RJ. O objeto da impetração consistia na legalidade ou ilegalidade da prisão preventiva que recaía sobre os pacientes.

Marco Aurélio, Ministro do Supremo Tribunal Federal, concedia a ordem. Roberto Barroso pediu vista, formulando o voto ora em análise. Roberto Barroso, ao discutir a (i)legalidade da prisão preventiva, sustentou que o tipo penal, do qual os pacientes são acusados, deve ser interpretado de forma constitucionalmente orientada e que as interrupções voluntárias das gestações até 03 meses não estão sob o âmbito de incidência dos artigos 124[3] e 126[4], ambos do código penal.

O objetivo do presente artigo consiste em debater os argumentos do voto-vista, da lavra de Roberto Barroso e compreender como a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal.

2. HISTÓRICO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Para compreensão do caso é necessário tratar de algumas questões processuais. Os pacientes foram presos em flagrante delito[5]. O juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ optou por conceder a liberdade provisória aos pacientes (001449-75.2013.8.13.8.19.0021). Argumentou que os crimes imputados aos pacientes, se comprovados, levariam à substituição de pena ou ao cumprimento de pena em regime aberto. Portanto, não seria o caso de decretação de prisão preventiva. Vejamos:

> "Trata-se o presente pedido de convolação da prisão em flagrante em preventiva alvitrado pelo M.P. 2) A peça flagrancial encontra-se revestida de todos os requisitos e formalidades legais, não cabendo assim, falar em nulidade. 3) Noutro prisma, analisando o referido pedido do M.P., não vislumbro a necessidade de decretação da

[3] "*Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque*:" Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 02 dez. 2016.

[4] "*Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:*" Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 02 dez. 2016>

[5] "No sentido jurídico, é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada." (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2014. p.771/772)

> prisão preventiva em desfavor dos indiciados, cabendo ressaltar que tal medida tem o condão de caráter excepcional, e, assim sendo, não pode ser adotada no caso em tela, especialmente porque as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo a serem cumpridas em regime aberto. 4) Por tais motivos, INDEFIRO o pedido alvitrado pelo ilustre representante do M.P., para, em consequência, CONCEDER a Liberdade Provisória a todos os indiciados, independente do recolhimento de fiança, o que faço com fundamento nos termos do Artigo 310 do C.P.P.; 5) Expeçam-se Alvarás de Soltura a serem cumpridos com as cautelas e formalidades de estilo, lavrando-se termos de compromisso na forma da Lei, para o comparecimento dos indiciados a todos os atos processuais, restando prejudicada a presente concessão para aqueles detidos que já hajam sidos postos em liberdade por força de fiança concedida pela Autoridade Policial. 6) Registre-se para fins estatísticos e intimem-se"[6].

O Ministério Público apresentou recurso em sentido estrito (001449-75.2013.8.19.0021). Sustentou que a prisão preventiva se justificava na garantia da ordem pública e garantia de aplicação da lei penal. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu o recurso ministerial. A defesa, então, impetrou um *Habeas Corpus* no E. Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *Habeas Corpus.* Sustentou não ser possível *Habeas Corpus* em substituição a recurso. Afirmou também não ter encontrado qualquer ilegalidade na decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que decretou a prisão preventiva dos pacientes[7].

A defesa impetrou o *Habeas*, ora em análise, no Supremo Tribunal Federal. O *Writ* foi distribuído a Marco Aurélio que concedeu a liminar determinando a soltura dos pacientes[8]. O Ministro Relator entendeu que a prisão preventiva não estava minimamente fundamentada[9]. Quando do julgamento do mérito do *Habeas Corpus*, Marco Aurélio vinha concedendo a

[6]Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=2&descMov=Decis%E3o. Acesso em 07 dez. 2018.

[7]Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38452430&num_registro=201400534269&data=20140916&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 10 dez. 2018.

[8] "Embora não previsto em lei, a jurisprudência vem se consolidando no sentido de se permitir a concessão de liminar em processo de habeas corpus, aplicando, por analogia, as disposições previstas para o mandado de segurança (Lei n. 12.016/09)" (OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 21ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2017. p.768)

[9] Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288426790&ext=.pdf. Acesso em: 07 dez. 2018.

ordem, confirmando a liminar concedida. Roberto Barroso pediu vista e também concedeu a ordem, ocorre que por fundamentos diversos dos postos por Marco Aurélio.

3. DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO

O Superior Tribunal de Justiça, em voto de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sustentou, em apertada síntese, que não cabe *Habeas Corpus* quando seria possível a parte utilizar um recurso. No caso em análise, a parte poderia opor contra o acordão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recurso especial e/ou extraordinário.

A possibilidade ou impossibilidade de impetração de *Habeas Corpus* em substituição a qualquer recurso não é, na Suprema Corte, um assunto pacífico. A 1ª e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal divergem sobre o assunto.

Antes de 2012, o Supremo Tribunal Federal possuía seguro entendimento no sentido de que cabia *Habeas Corpus* substitutivo de recurso. Marco Aurélio levou a discussão à 1ª Turma do STF ao relatar o *Habeas* 107.528/PR, publicado em 06.09.2012.[10] A 1ª Turma do STF entendeu que não era cabível *Habeas Corpus* substitutivo de recurso.[11]

O *Habeas Corpus* substitutivo de recurso consiste, como o próprio nome já indica, na utilização da ação constitucional em substituição a um recurso. Essa hipótese viola, na visão da 1ª Turma da Suprema Corte, a disciplina recursal. O *Habeas,* impetrado nesta condição, não poderia ser conhecido. Caso o julgador percebesse que há uma ilegalidade cometida pela autoridade indicada como coatora, o *Habeas* ainda assim não deve ser conhecido. Todavia, o julgador deverá conceder a ordem de ofício.

A tese de que não cabe *Habeas Corpus* substitutivo de recurso é seguida pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Na Suprema Corte, como já dito, não foi coroada pela unanimidade. A 2ª Turma diverge da 1ª Turma, conhecendo de *Habeas Corpus* substitutivos. A questão chegou ao Plenário do STF pelo julgamento do *Habeas* 152.752/PR, Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 27.06.2018. Naquela oportunidade, por

[10] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676490. Acesso em: 02 dez. 2016.
[11] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676490. Acesso em: 02 dez. 2016.

maioria de votos, o Plenário da Suprema Corte assentou entendimento no sentido de que cabe *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional[12]. O *Habeas* 152.752/PR é posterior ao *Habeas* ora em análise. E mesmo que não fosse, a 1ª Turma não tem seguido a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal nesse particular.

Adotando, por hipótese, como correta a tese da impossibilidade de interposição de *Habeas Corpus* Substitutivo, a ordem ainda poderia ser concedida de ofício quando o magistrado percebesse o claro constrangimento ilegal. É o que diz Roberto Barroso:

> "Por outro lado, as peças que instruem este processo não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício, notadamente se se considerar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar caso análogo, assentou que não há incompatibilidade na conjugação do dolo eventual e da tentativa, "sobretudo porque remanesce, ainda, a possibilidade, segundo a acusação, de ter sido a conduta praticada com dolo direto" (HC 114.223, Rel. Min. Teori Zavascki)." (Decisão Monocrática. HC 160.200/MG. Rel. Min. Roberto Barroso. Publicação 23.11.2018)[13]

Roberto Barroso só admite a concessão de ofício de ordem de *Habeas Corpus* quando a situação, denunciada na inicial, for teratológica, flagrantemente ilegal ou denunciar um claro abuso de poder. O *Habeas*, ora em análise, é substituto de recurso. Não nos parece que as razões que fundaram o voto de Roberto Barroso indiquem que a decisão, originalmente impugnada, se encaixe nos requisitos, elaborados pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, para a concessão de ofício de uma ordem de *Habeas Corpus* a partir da negativa de conhecimento de um *Habeas* Substitutivo.

4. DOS FUNDAMENTOS DO VOTO

4.1. DA PRISÃO PREVENTIVA

Os pacientes foram presos em flagrante delito, praticando, em tese, aborto com o consentimento da gestante. A comunicação da prisão em flagrante delito é feita a um juiz. O

[12] Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019
[13] Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339107699&ext=.pdf. Acesso em 14 dez. 2018

magistrado tem três caminhos a seguir. Se o flagrante for ilegal, deve relaxá-lo. Caso o flagrante seja legal e haja razões de cautela, o magistrado irá decretar a prisão preventiva do preso ou alguma medida cautelar alternativa à prisão. Por fim, se o magistrado concluir que o flagrante é legal e não há razões de cautela para justificar qualquer medida cautelar, irá conceder a liberdade provisória[14]. O juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias optou pela terceira via.

A prisão preventiva é uma medida cautelar. Possui natureza excepcional. Como toda medida cautelar, funda-se no *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* será aqui designado *fumus commissi delicti*. O *periculum in mora* será melhor designado *periculum libertatis.*[15] Os dois requisitos gerais das medidas cautelares estão materializados no art. 312 do CPP que assim dispõe que "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"[16].

O *fumus commissi delicti* consiste na "prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria". O *periculum libertatis* se verifica quando a liberdade do investigado/acusado/sentenciado implicar risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dando provimento ao recurso em sentido estrito, reformou a decisão de primeiro grau e decretou a prisão preventiva do paciente. Entendeu haver razões de cautela a justificá-la.

A defesa impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça que lhe negou conhecimento. Um novo *Habeas* foi impetrado na Suprema Corte. Marco Aurélio, Ministro

[14] "Após a comunicação do auto de prisão em flagrante delito, o art. 310, *caput*, do CPP prevê que o juiz terá as seguintes alternativas: I – relaxamento da prisão, se ilegal; II – decretação da prisão preventiva, se não for cabível qualquer outra medida alternativa; e III – conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança" (BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal.* 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016. p.1020)

[15] "Em linhas gerais, é possível afirmar que, para a decretação da prisão preventiva, é necessária a presença do pressuposto objetivo, isto é, do *fumus commissi delicti* consiste na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, aliado a pelo menos uma das hipóteses de periculum libertatis do mesmo dispositivo, quais sejam os requisitos da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, *caput*)." (BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal.* 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016. p.1021)

[16] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 07 dez.2018.

Relator, concedeu a liminar, determinando a soltura dos pacientes até o julgamento do mérito do *Writ*.

4.2. POSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 126 DO CÓDIGO PENAL NO CONTEXTO DA DISCUSSÃO DA LEGALIDADE DE UMA PRISÃO PREVENTIVA

Poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que o voto de Roberto Barroso não foi nenhuma surpresa porque Marco Aurélio já havia concedido a liminar. Isso não é verdade. Nos fundamentos da liminar concedida não se trata, nem ao menos se tangencia, o âmbito de incidência do art. 126 do código penal. A discussão, embora perfunctória como deve ser toda medida liminar, tratou somente das razões de cautela. Vejamos:

> "No caso, apontou-se que, desafiando o ato que se tem como de constrangimento, a alcançar a liberdade de ir e vir, recurso, incabível é a impetração. A óptica ressoa como autodefesa presente a avalanche de processos. Cabe conciliar valores, e o maior está no respeito irrestrito à Lei das Leis, à Constituição Federal.
> No mais, observem que se deve apurar para, formada a culpa, prender. O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ percebeu essa premissa, vindo o Ministério Público a interpor recurso em sentido estrito quanto ao afastamento da custódia. Então, à mercê da imputação, apontou-se a periculosidade dos agentes, mencionando-se, mais, que, no momento do flagrante, tentaram fugir. Tem-se que, a persistir o primeiro fundamento, a presunção da periculosidade, haverá custódia preventiva automática ante o flagrante. Relativamente ao fato de os pacientes haverem tentado furtar-se a este último, trata-se de ato próprio a direito natural"[17]

O voto de Roberto Barroso não tratou da (in)existência de razão de cautela para a manutenção da prisão preventiva dos pacientes. Cuidou de avaliar o *fumus commissi delicti.* Sustentou, em síntese, que os pacientes não praticaram uma conduta típica porque a criança a ser abortada não tinha terminado o primeiro trimestre de gestação. Para chegar a essa conclusão, Roberto Barroso sugeriu uma leitura constitucionalmente orientada do art. 126 do código penal que acabaria por restringir seu âmbito de incidência. Vejamos:

> *"*Em segundo lugar, é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a

[17] Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288426790&ext=.pdf. Acesso em 09 jan.2019.

> decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal."[18]

Roberto Barroso, em seus argumentos, não deixa claro se discute a tipicidade objetiva ou material dos tipos penais em análise. Ao que tudo indica, podemos colocar seus argumentos no âmbito da tipicidade objetiva embora utilize, em parte, como argumento, elementos da tipicidade material.

O art. 126 e 124, ambos do código penal, deveriam, na visão de Roberto Barroso, serem lidos a partir de determinados parâmetros constitucionais que acabariam por restringir a sua incidência. Assim sendo, a conduta dos pacientes seria evidentemente atípica, não podendo servir de base para a decretação de uma prisão preventiva, mesmo que as razões de cautela estivessem presentes. Só haveria crime de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante se o feto já tivesse vencido o primeiro mês de gestação.

A tipicidade objetiva parece ser o local em que se situa os argumentos do voto, ora em análise, porque, se a solução passasse pela tipicidade material, "bastaria" o argumento de que não há vida no primeiro trimestre de gestação por ausência de vida encefálica. Essa premissa, inclusive, já havia sido debatida e saiu vitoriosa no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 54. Com isso, não estamos querendo dizer que os postulados da ADPF 54 podem ser aplicados ao caso, ora em análise, de forma isenta à crítica.

Tratar a questão no âmbito da tipicidade objetiva suscita, no caso concreto e pelos fundamentos que sustentam o voto de Roberto Barroso, um debate interessante sobre os limites da atuação do judiciário na interpretação da norma jurídica. Parece-nos que a solução proposta por Roberto Barroso implicou legislar ao determinar que o intérprete visualizasse um elemento objetivo do tipo (após 3 meses de gestação) inexistente. Não desconhecemos e nem ao menos negamos a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal realizar uma interpretação conforme a Constituição da República. E isso pode resultar na restrição da incidência do tipo penal. Ocorre que o judiciário não pode fazê-lo fundado em razões de políticas públicas, algo que seria de competência exclusiva do Congresso Nacional.

[18] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf. Acesso em 30 nov. 2016.

4.2.1. DOS FUNDAMENTOS DO VOTO-VISTA

Roberto Barroso, ao analisar o caso em questão, deixa de avaliar se há ou não razão de cautela para manter os pacientes presos. Sua discussão centra-se na existência do crime. Concluiu que o fato imputado aos pacientes era claramente atípico e determinou a concessão da ordem de *Habeas Corpus*. A questão é que os argumentos de Roberto Barroso não se sustentam logicamente ou são considerações de ordem político-criminal.

Roberto Barroso justificou o voto em análise dizendo que "a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade"[19]. Esses princípios constitucionais, na sua visão, justificariam uma leitura constitucionalmente orientada que restringiria o âmbito de incidência dos art. 124 e 126, ambos do código penal. Interromper uma gestação que não ultrapassou o primeiro trimestre não configuraria os crimes descritos nos art. 124 e 126 do código penal.

Roberto Barroso confunde – ou não faz questão de distinguir – tipicidade objetiva e material. A tipicidade objetiva consiste na ação ou omissão objetivamente descrita e realizada pelo sujeito ativo. A tipicidade material consiste na efetiva e significativa lesão ao bem jurídico penalmente tutelado pela norma penal.

O art. 124 do código penal descreve a seguinte conduta típica: "provocar aborto em si mesma, ou consentir que outrem lho provoque". Aborto é interrupção de gestação. Haverá gestação a partir do momento em que se verificar a nidação[20]. Do ponto de vista estritamente objetivo, a nidação é o marco inicial dos crimes descrito nos art. 124, 125 e 126, todos do código penal.

Roberto Barroso sustenta que no primeiro trimestre de gestação não há vida. Isso porque vida se confunde com vida encefálica e o sistema nervoso só se desenvolve a partir do primeiro trimestre. Aceitando essa premissa como verdadeira, não é necessário invocar

[19] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf. Acesso em 30 nov. 2017

[20] "Biologicamente, porém, o começo da vida é marcado pela concepção ou fecundação, ou seja, a partir do momento em que o óvulo feminino e o espermatozoide masculino se unem. Não obstante, o início da vida humana como limite mínimo de proteção jurídica é fixado pela nidação, isto é, com a implantação do embrião na parede do útero, quatorze dias após a fecundação" (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial.* 14ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015. p.667)

qualquer outro princípio ou direito para que se afirme ser materialmente atípica a conduta de interromper uma gestação que ainda não ultrapassou o primeiro trimestre. O problema se resolveria no âmbito da tipicidade material e não objetiva.

O tipo penal é composto do tipo objetivo, subjetivo e material. O tipo objetivo é a descrição da conduta proibida. O tipo subjetivo consiste na forma com que o sujeito ativo se vincula subjetivamente ao resultado: pode ser por dolo ou culpa. No caso dos crimes, ora em análise, a única vinculação subjetiva possível é a dolosa, à mingua de previsão legal dos crimes em sua forma culposa. O tipo material consiste na lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado.

O tipo objetivo do delito de autoaborto e aborto provocado com o consentimento da gestante são os seguintes: a) - "provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque"; b) - "provocar aborto com o consentimento da gestante". Para a verificação da tipicidade objetiva basta dar causa à interrupção de uma gestação. Haverá gestação a partir do momento em que o óvulo fecundado se ligar à parece uterina. Só isso não é suficiente para dizer que um indivíduo cometeu uma conduta típica de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante. É ainda necessário verificar se o sujeito ativo agiu com dolo e se sua conduta dolosa colocou em risco ou lesou o bem jurídico penalmente tutelado.

O bem jurídico penalmente tutelado pelos crimes de autoaborto e aborto provocado com o consentimento da gestante é a vida do feto ou embrião.[21] Não haverá aborto se a criança, ainda no ventre materno, não estiver viva. Isso porque a ação de interromper a gestação não lesará ou menos exporá à lesão o bem jurídico vida. A pena não se legitima porque o sujeito ativo desrespeita a norma jurídica, mas porque, ao fazê-lo, lesa o bem jurídico que o ordenamento jurídico pretendida tutelar[22]. É exatamente isso que nos quer dizer o art. 17 do código penal que dispõe sobre o crime impossível. Não se pune a tentativa quando

[21] "O bem jurídico tutelado pelos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal é a vida do ser humano dependente, em formação – embrião ou feto. Protege-se a vida intrauterina, para que possa o ser humano desenvolver-se normalmente ao nascer." (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial.* 14ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015. p.664)

[22] Günther Jakobs tem posição distinta. Acredita que a pena e o próprio direito penal se legitimam na medida em que garante as expectativas sociais de comportamento materializadas nas normas. Vejamos: "La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigencia legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas" (JABOBS, Günter. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación.* 2ª Ed. Madrid: Ed. Marcial Pons. 1997. p.45)

era impossível consumar o crime por absoluta impropriedade do objeto ou inidoneidade do meio empregado porque em momento algum se expôs o bem jurídico penalmente tutelado a perigo de dano.

O direito não define vida, mas sim a morte. A morte confunde-se, nos termos da Lei 9.434/97, com morte encefálica. Pela via reversa, vida é vida encefálica. No primeiro trimestre de gestação, a criança ainda não formou o sistema nervoso central, logo não estaria viva. A interrupção de sua gestação não configuraria crime de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante por não haver tipicidade material.

Para sustentar que não é típica a conduta de interromper a gestação no primeiro trimestre basta recorrer ao conceito de tipicidade material. Embora não imune à críticas, esse argumento independe do princípio autonomia da mulher, do direito à integridade física e psíquica, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, da igualdade de gênero, e do princípio da proporcionalidade. Esse não foi o caminho trilhado por Roberto Barroso.

O voto em análise propõe uma restrição da tipicidade objetiva. Ao lermos os artigos 124 e 126, ambos do código penal, a partir de uma leitura constitucionalmente orientada, devemos enxergar uma restrição temporal: só haveria autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante se a gestação já tivesse ultrapassado o primeiro trimestre.

É evidente que todos reconhecemos a validade dos princípios e direitos enunciados por Roberto Barroso para justificar sua posição. Causou-nos estranheza o recurso ao direito à igualdade de gênero como sustentação da proibição da criminalização do aborto no primeiro trimestre. A plena equiparação dos gêneros implica garantir a mulher o direito de interromper uma gestação indesejada haja vista que o homem não engravida.

Fica difícil argumentar ou mesmo compreender a posição de Roberto Barroso. Estaria o voto em análise querendo sustentar que o homem pode se negar a reconhecer um filho ou mesmo negar-lhe a assistência material ou afetiva? Sabemos que há mais filhos abandonados pelo pai do que pela mãe. O princípio da isonomia consiste em tratar a todos de forma igual a partir de suas diferenças. O resultado da equação deve ser permitir que todos possam, a partir de suas diferenças, exercer seus direitos de forma isonômica. O pai não tem o direito de negar a paternidade, assistência material ou afetiva ao filho. Suscitar o princípio da isonomia para justificar a interrupção da gestação consiste em falácia.

Ninguém também há de negar o princípio da autonomia da mulher, do direito à integridade física e psíquica, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, e do princípio da

proporcionalidade. A questão consiste na pertinência desses princípios para justificar uma restrição da tipicidade objetiva, como proposto por Roberto Barroso. Todos os direitos e o denominado princípio só poderia justificar a interrupção voluntária da gestação se superássemos a discussão: a criança em gestação é um indivíduo destinatário de uma tutela jurídica distinta da dirigida à sua genitora? Esse é o grande problema não enfrentado por Roberto Barroso. Não se trata de tomar posição, mas de reconhecer que o voto em análise deveria ter trilhado esse caminho que nos parece muito lógico.

O código civil, no art. 2º, assim dispõe: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"[23]. O Código Civil, em seu art. 542, também afirma ser válida "a doação feita ao nascituro, sendo aceita por seu representante."[24] Se o nascituro é um simples elemento disponível do corpo de sua mãe, como justificar o disposto no art. 1779 do código civil que assim dispõe: "Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar." Nenhum dos dispositivos, acima citados, menciona o marco temporal de 03 meses. A criança em gestação, mesmo no primeiro trimestre, teria ou não personalidade jurídica? E se sim, seria digna de proteção penal?

Nossa crítica não é de conteúdo. Isso seria mais ameno. Nosso problema com o voto de Roberto Barroso tem um fundo metodológico. O princípio e direitos suscitados por Roberto Barroso só tem pertinência para solucionar a questão se o ponto controvertido, levantado no último parágrafo, for resolvido. Ou então a questão pode ser solucionada exclusivamente no âmbito da tipicidade material. Nessa seara, basta sustentar que a criança em gestação não está viva e, portanto, a interrupção da gravidez seria crime impossível.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de definir a vida como vida encefálica e declarou atípica a conduta de interromper a gestação de um feto anencéfalo. A Suprema Corte, na ADPF 54, partiu da premissa de que vida é encefálica e concluiu não ser crime de aborto a interrupção da gestação do feto portador de anencefalia[25]. O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 54, afirmou, citando o Dr. Thomaz Rafael Gollap, que "o anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical"[26]. Interromper a gestação de

[23] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 dez. 2018
[24] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 dez. 2018
[25] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf. Acesso em: 14 jun. 2017
[26] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf. Acesso em: 14 jun. 2017

um feto anencéfalo é uma conduta atípica por ausência de tipicidade material. Para chegar a essa conclusão, basta aplicar o art. 17 do código penal.

Há uma importante distinção entre a ADPF 54 e o HC 124.306/RJ. O primeiro trata de fetos que não têm e não terão vida encefálica. O segundo trata de fetos absolutamente normais que não possuem vida encefálica pelo simples fato de não ter superado o primeiro trimestre de gestação. Seria então possível estender as premissas da ADPF 54 ao HC 124.306/RJ? Esse problema também não foi enfrentado por Roberto Barroso.

Vamos ignorar todas as questões aqui levantas e testar as conclusões de Roberto Barroso. Ainda assim encontraremos problemas. Roberto Barroso sabe o que é tipicidade material. Sabe também que bastava afirmar que o feto não se encontrava vivo porque ainda não havia formado o sistema nervoso. Logo não haveria crime de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante pela aplicação do art. 17 do código penal. O voto trilhou o caminho da restrição da tipicidade objetiva por meio de uma leitura constitucionalmente orientada.

Mesmo analisado sob o ângulo da tipicidade objetiva – o que nos parece ser um erro metodológico –, a inexistência de vida encefálica, no primeiro trimestre de gestação, é um argumento relevante que sustenta o voto ora em análise. A ausência de vida a ser tutelada leva à atipicidade da interrupção da gestação nas hipóteses dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal. Por que não estender essa conclusão ao crime de aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP)? Caso um indivíduo, sem o consentimento da gestante, provocasse a interrupção de uma gestação que não tivesse superado o primeiro trimestre, não cometeria o crime descrito no art. 125 do Código Penal, mas sim o crime de lesão corporal.

Se não há vida no indivíduo em formação que ainda não superou o primeiro trimestre, não seria possível cometer o crime de aborto sem o consentimento da gestante. Do contrário ignoraríamos o art. 17 do código penal e a própria noção de tipicidade material. Evidente que a conduta não restaria impune, na medida em que a gestante foi lesada em sua integridade física, por isso o autor teria cometido o crime de lesão corporal. Não estamos dizendo que concordamos com essas conclusões. Só estamos nos dedicando a testar as premissas de Roberto Barroso.

Então, se levássemos os argumentos de Roberto Barroso a sério chegaríamos ao absurdo de dizer que o direito à vida do feto depende da vontade da mãe. Se ela deseja a

gestação, a vida da criança será protegida desde o instante da nidação. Do contrário, só após o período de três meses. A tutela penal da vida de um não pode depender da vontade de outro. Esse problema não foi nem ao menos tangenciado no *Habeas Corpus* aqui analisado.

O artigo 128, inciso II assim dispõe: "Não se pune o aborto praticado por médico: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da representante legal"[27]. Poder-se-ia argumentar que o artigo 128, inciso II do código penal condiciona a tutela da vida da criança, pelo menos no caso específico das gestações fruto de estupro, à vontade da mãe. Isso não nos parece ser a melhor interpretação. O artigo 128, inciso II (assim como o inciso I) do código penal é uma restrição da tipicidade objetiva.

O inciso segundo cuida da interrupção da gestação fruto de estupro. O aborto deve contar com o consentimento da gestante ou de seu representante legal e ser realizado por um médico. A conduta, descrita nos artigos 124 e 126 do código penal, quando realizada no contexto do art. 128, inciso II do código penal, é objetivamente atípica.

Quando o legislador tipifica uma determinada conduta inaugura ou reafirma uma ilicitude, já sedimentada em outro ramo do ordenamento jurídico[28]. A Constituição da República oferece um norte axiológico que nos permite identificar os bens jurídicos que são dignos de tutela penal. Isso não significa que se deva tipificar todas as condutas lesivas ao bem jurídico penalmente tutelado. Somente as mais lesivas[29]. O legislador também pode, por questão de política criminal, se abster de tipificar uma determinada conduta lesiva a um bem jurídico, digno de tutela penal. Ou pode restringir a incidência de uma tipificação objetiva. É

[27] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 17 jan. 2019

[28] Cerezo Mir noticia debate doutrinário acerca da natureza do direito penal: valorativo ou meramente sancionador. "La teoría del carácter secundario, accesorio o meramente sancionatorio del Derecho penal tiene un rancio abolengo histórico. Su versión moderna ha sido expuesta y defendida especialmente por Grispigni y Maurach. Al derecho penal no le correspondería, según estos autores, una función valorativa, sino puramente sancionatoria. Las normas (mandatos y prohibiciones) del derecho penal podrían ser deducidas en su totalidad de los preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico. Al Derecho penal correspondería exclusivamente una función protectora del resto del ordenamiento jurídico, que constituiría su prius lógico. Los preceptos jurídicos-penales no extenderían la amenaza de la pena sino a las formas más graves de lo ilícito civil, administrativo, etc. Esta teoría no ha hallado eco en la dogmática moderna. Diversos autores han señalado, con razón, que los preceptos jurídicos-penales extienden a veces la amenaza de la pena a conductas que no se hallan prohibidas por otros sectores del ordenamiento jurídico" (CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Tomo I. Madrid: Ed Tenos, 2004. p. 68-69).

[29] Sobre o caráter fragmentário do direito penal, afirma Mir Puig: "Significa que el Derecho penal no ha de se sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos" (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: Parte General. Montevideo – Buenos Aires: Ed. B e F, 2015. p.118)

exatamente o que se verificou no art. 128, inciso II do código penal. O fato de não se tipificar todas as formas de se lesar um bem jurídico não significa que o objeto de tutela não tenha valia ou que sua lesão não seja um ilícito. Só não se trata de um ilícito penal.

O sofrimento a que é submetido uma mulher que gera o fruto de uma violência sexual é, certamente, desumano. Essa dor justifica a restrição da incidência dos tipos descritos nos art. 124 e 126 do código penal. Seria de uma insensibilidade profunda ameaçar com uma sanção penal a mulher que, vítima de uma violência sexual, abortou ou consentiu que alguém lho provocasse. Por isso, há a restrição do tipo penal objetivo descrito no art. 128, inciso II do código penal. O fato de se interromper a gestação, nos termos do art. 128, inciso II do código penal, não significa que não haja uma lesão ao bem jurídico vida. A conduta, pelas razões já explicitadas, só não será punida.

O art. 181 do código penal assim dispõe: "É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural"[30]. Se um pai comete um crime de furto contra o filho estará isento de pena. Isso não significa que o patrimônio, inclusive o do filho, não mereça ser protegido. Entendeu o legislador que seria mais adequado que o Estado não interviesse nessas situações quando envolvessem atores com um parentesco tão próximo.

5. CONCLUSÃO

A partir do estudo, ora realizado, pomos extrair as seguintes conclusões:

1. Tratou-se de um *Habeas Corpus* substitutivo de recurso. Essas hipóteses de *Habeas Corpus* não devem ser conhecidas. A ordem pode ser concedida de ofício se o Supremo Tribunal Federal entender que o ato coator implicou uma grave ofensa à Constituição da República.

[30] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

2. A impetração se opôs à decretação da prisão preventiva ocorrida no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em um recurso em sentido estrito oposto contra a decisão do magistrado de Duque de Caxias que concedeu a liberdade provisória ao paciente.

3. O Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar e estava concedendo o mérito. Fundou-se na inexistência de razões de cautela para justificar a prisão preventiva. O Ministro Roberto Barroso também concedeu a ordem, mas por fundamento completamente diverso.

4. Roberto Barroso sustentou que a conduta praticada pelos pacientes era claramente atípica e, portanto, a prisão preventiva deveria ser relaxada, posto que ilegal. Justificou-se afirmando que deveríamos ler os artigos 124 e 126 do código penal de forma mais restrita.

5. Roberto Barroso não considera crime interromper a gestação que ainda não superou o primeiro trimestre. Isso desde que a mulher consinta na interrupção da gestação. Afirma que a criminalização da interrupção da gestação fere diversos direitos fundamentais da mulher.

6. Os argumentos de Roberto Barroso não se sustentam do ponto de vista lógico. Não se trata de discutir a validade do princípio e direitos invocados, mas de questionar sua pertinência para sustentar as conclusões dos votos avaliados.

7. Roberto Barroso não resolve problemas básicos que julgamos indispensáveis para apoiar suas conclusões. Seus argumentos não possuem rigor lógico. São próprios de movimentos políticos e como tais são válidos e legítimos, mas não nos parece revertidos de rigor técnico a justificar uma decisão de uma Suprema Corte.

8. Ao testarmos as conclusões de Roberto Barroso, também encontramos problemas. Se um feto não está vivo até o terceiro mês de gestação, não haveria crime de aborto em provocar a interrupção da gestação, no primeiro trimestre, sem o consentimento da gestante. Concluiríamos, se considerássemos válidas as conclusões de Roberto Barroso, que a proteção da vida do feto dependeria da vontade da mãe. No entanto, a proteção à vida de um não pode depender da vontade do outro.

9. O art. 128, inciso II do código penal não vem em socorro às conclusões de Roberto Barroso. O dispositivo legal é uma hipótese de restrição da tipicidade elaborada pelo legislador. Restringe o âmbito de incidência do tipo penal o que não significa que o bem jurídico não mereça tutela penal.

10. A conclusão de Roberto Barroso não encontra sustentação em argumentos consistentes. Quando testada, não apresenta soluções satisfatórias. Roberto Barroso poderia ter chegado a solução semelhante para a controvérsia levantada se tivesse tratado da questão a partir dos instrumentos que o direito penal já lhe oferece. Se assim o fizesse, seus argumentos seriam metodologicamente mais adequados o que não significa que não enfrentariam críticas.

6. REFERÊNCIAS

BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo Penal.* 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016, p. 1020.

BRASIL, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 07 dez.2018.

BRASIL, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 02 dez. 2016.

BRASIL, STF: HC 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio DJ 17.03.2017 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf. Acesso em 30 nov. 2017.

BRASIL, STF: ADPF 54. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 30.04.2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf. Acesso em: 14 jun. 2017

BRASIL, STF: HC 107.528/PR. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.09.2012 Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676490. Acesso em: 02 dez. 2016.

BRASIL, STF: HC 160.200/MG. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 23.11.2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339107699&ext=.pdf. Acesso em 14 dez. 2018

BRASIL, STF HC 152.752/PR. Rel. Rel. Min. Edson Fachin, DJ 27.06.201. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf. Acesso em 17 jan. 2019.

BRASIL, STJ: HC 290.341/RJ. Rel (a). Min (a) Maria Thereza de Assis Moura. DJ 16.09.2014.Disponívelem:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38452430&num_registro=201400534269&data=20140916&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30 nov. 2016.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Tomo I. Madrid: Ed Tenos, 2004. p. 68-69.

JABOBS, Günter. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación.* 2ª Ed. Madrid: Ed. Marcial Pons. 1997. p.45

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: Parte General. Montevideo – Buenos Aires: Ed. B e F, 2015. p. 118.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Juris. 2008. p. 768.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial.* 14ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015, p.667.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2014. p. 771-772.

ESCOLHA RACIONAL E SISTEMA PUNITIVO[1]

RATIONAL CHOICE AND PUNITIVE SYSTEM

MARIA AUGUSTA OLIVEIRA DE SOUZA
Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Criminologia e Políticas Criminais pelo Instituto de Criminologia e Políticas Criminais. Professora de Processo Penal na Universidade Positivo e na Faculdade Educacional Araucária.

MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Doutora e mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), professora associada da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e PUCPR.

Resumo: O artigo versa sobre a problemática do sistema punitivo, em especial quanto às penas privativas de liberdade, levando em consideração os custos do encarceramento e a efetividade das políticas criminais adotadas para diminuir a criminalidade no Brasil. Nesse sentido, foram analisadas pesquisas elaboradas pelo Departamento Penitenciário Nacional e informações levantadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário de 2008 sobre a população carcerária, os crimes mais praticados e os custos de cada preso para o Estado. Em seguida, adentrou-se nas ideias e conceitos da Análise Econômica do Direito como tentativa de uma proposta para direcionar as políticas públicas para mitigar os custos do sistema penal, a partir do método da Teoria da Escolha Racional.

Palavras-chave: sistema punitivo – custos do encarceramento – políticas públicas – análise econômica do direito – teoria da escolha racional.

Abstract: The article discusses the issue of punitive system, especially as the custodial sentences, considering the incarceration costs and the effectiveness of the criminal policies adopted to reduce crime in Brazil. In this sense, especially surveys were analyzed prepared by the National Penitentiary Department and information gathered by the Parliamentary Commission for the Prison System Survey of 2008 on the prison population, the most committed crimes and the cost of each prisoner to the state. Then he entered on the ideas and concepts of Economic Analysis of Law as an attempt to a

[1] Artigo realizado no âmbito do Projeto aprovado na Chamada Pública nº 24/2012: Programa Universal / Pesquisa Básica e Aplicada da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná.

proposal to direct public policies to mitigate the penal system costs by using the method of Rational Choice Theory.

Keywords: Punitive system - incarceration costs - public policies - economic analysis of law - rational choice theory.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade é um fenômeno complexo que possui causas diversas e controversas, assim como origina efeitos multifatoriais, por vezes imprevisíveis. Episódios dramáticos de violência no país não são raros e se fazem responsáveis pelo sentimento de medo generalizado nos brasileiros.

Grande parte da população brasileira não se sente segura em seus bairros. Paralelamente a este quadro de medo instaurado, a população clama por respostas e possíveis soluções. Entretanto, por ser um problema complexo, soluções parciais e provisórias parecem ser as eleitas pelo poder público, talvez por trazerem mais rapidamente o sentimento de paz social.

Nesse sentido, as escolhas públicas assumem papel relevante. Tem-se adotado no país políticas que aumentam o poder punitivo do Estado, com a consequente criação de novos tipos penais, enrijecimento das penas, operações e intervenções miliares e, consequentemente, aumento do número de presos.

Não é difícil de notar que políticas comumente adotadas pelo Estado não se prestam a aniquilar o quadro de violência no país. Decidir a melhor medida para diminuir a criminalidade não é tarefa fácil, ainda mais quando não se utiliza critérios complementares e interdisciplinares para a tomada de decisão acerca da escolha das medidas públicas.

Neste condão, a utilização dos conceitos, critérios e críticas de outras ciências do conhecimento pode auxiliar na melhoria desse quadro. Assim, a moderna interdisciplinaridade entre Direito e Economia pode ajudar na compatibilização das políticas públicas a fim de minorar ou, pelo menos, dar uma resposta ao problema da criminalidade, atacando sua raiz.

2. POLÍTICA CRIMINAL E A QUESTÃO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

Um importante fator socioeconômico comumente utilizado para explicar e justificar a criminalidade no país é a pobreza. Acredita-se que muitos crimes são praticados em virtude de o sujeito ter que satisfazer suas necessidades básicas. O desemprego e os baixos salários, aparentemente, levam parte das pessoas a buscar maneiras de se alimentar e viver mediante empregos informais, outra parte da população sobrevive utilizando meios ilícitos (CHESNAIS, 1997, p. 24 e 25).

Paradoxalmente, o consumismo da sociedade moderna globalizada leva a maior parte da sociedade a, desenfreadamente, sonhar e consumir sempre mais. As pessoas querem os objetos expostos pelas vitrines e, sobretudo, o símbolo que estes objetos representam.

> "A televisão valoriza objetos simbólicos e exalta o consumismo, ela leva desejar roupas, equipamentos, carros, belas mulheres, etc, que estão freqüentemente fora das possibilidades, donde uma frustração crescente, insuportável numa sociedade polarizada onde coexistem uma oligarquia riquíssima (São Paulo é a segunda cidade do mundo em jatos particulares depois de Nova York) e massas miseráveis". (CHESNAIS, 1997, p. 25).

Essa frustração crescente, mencionada por Chesnais, é vivida por grande parte da população brasileira. Veja-se que 10% das pessoas mais ricas no país concentram 40% da totalidade da renda *per capita* (BRASIL, 2016). A desigualdade é o veneno do país e adoece a população.

Ainda de acordo com Chesnais, a hiperinflação da moeda fez com que cada pessoa preferisse o consumo imediato comparativamente à poupança ou investimento, criando um perfil de preferências em curto prazo que estimula o hedonismo e a recusa ao esforço (CHESNAIS, 1997, p. 26). Além disso, fez surgir um sentimento de perda de liberdade, de privação de algo que deveria lhe pertencer, acarretando a relativização de valores como o trabalho e honestidade.

Somando-se à problemática da desigualdade-pobreza vem a educação deficitária. O Estado vem se preocupando com a universalização da escola, mas deixa de lado a qualidade do ensino. De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, realizada pelo IBGE (2016), houve um crescimento substantivo do acesso à educação infantil, visto que "em 10 anos, as taxas de escolarização das crianças de 0 a 3 anos e de 4 e 5

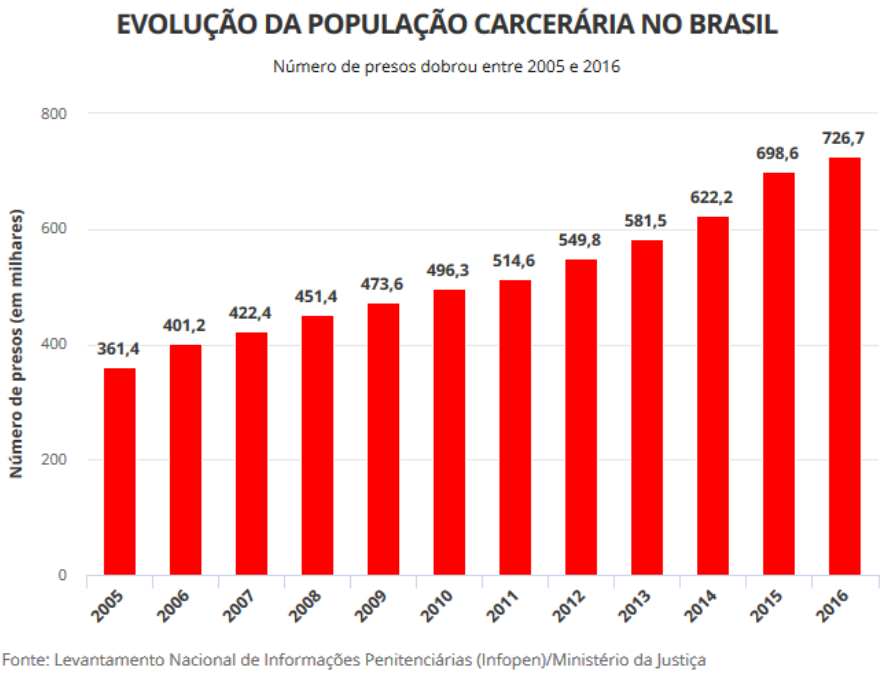
anos de idade subiram de 13,0% e 62,8%, respectivamente, em 2005, para 25,6% e 84,3%, respectivamente, em 2015" (BRASIL, 2016, p. 57). A taxa de frequência escolar bruta dos menores de 6 a 14 anos de idade se aproxima da universalização, chegando a 98,4%, entre os jovens de 15 a 17 anos de idade, essa taxa caiu um pouco para 84,3%, em 2013 (BRASIL, 2014).

Entretanto, no que tange a qualidade do ensino, os dados não são muito positivos. Segundo dados obtidos pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), em 2017 nenhum estado brasileiro atingiu as metas (BRASIL, 2017) de desenvolvimento propostas para o ensino médio, fase estudantil crucial para o aprendizado e aperfeiçoamento de habilidades técnicas voltadas ao mercado de trabalho.

Inúmeros fatores poderiam ainda ser descritos para responder a problemática da criminalidade: aspectos culturais, demográficos e históricos, por exemplo. A criminalidade é multifatorial e atinge, de alguma maneira, todo universo de pessoas. Qualquer tentativa de unificar os vetores do problema é inócua. A tentativa é válida, sim, quando, ao se identificar os componentes da criminalidade, busca-se criar ferramentas preventivas para a ocorrência do crime. E isso o Direito tem mostrado que não consegue fazer sozinho.

3. OS TIPOS PENAIS MAIS PRATICADOS E CUSTOS DE UM PRESO PARA O SISTEMA

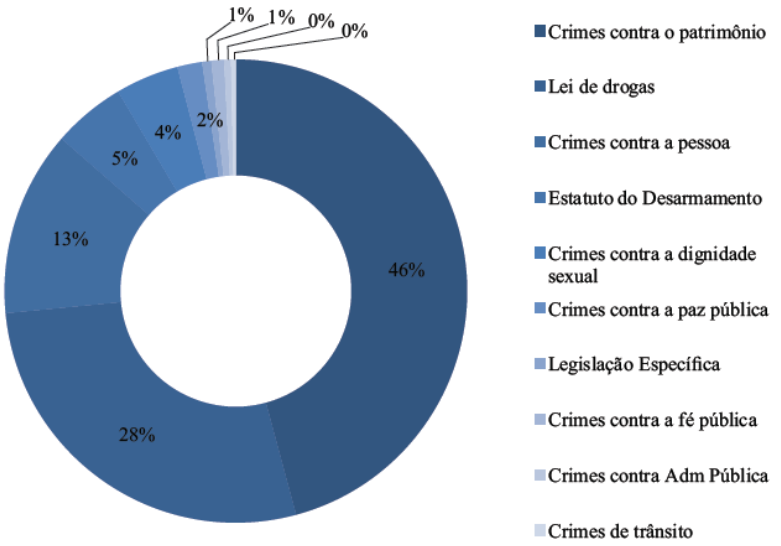
O Brasil mantém, aproximadamente 726 mil, de acordo com os dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, feito em junho de 2016 (BRASIL, 2016), quantia essa que deixa o país com a 3ª maior população carcerária do mundo, mesmo sendo o Brasil o 5º mais populoso. O que mais assusta é que "nos últimos 14 anos a população do sistema prisional brasileiro teve um aumento de 267,32%, muito acima do crescimento populacional" (BRASIL, 2014).



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)/Ministério da Justiça

O ordenamento penal é inflado de tipos penais, alguns esparsos e outros contidos no Código Penal. Os crimes contra o patrimônio, contra a pessoa e relacionados a drogas constituem, juntos, 87% (oitenta e sete por cento) do total dos crimes praticados por pessoas que estão encarceradas (BRASIL, 2014).

Figura 3 - Distribuição das sentenças de pessoas presas no Brasil por grandes categorias



Fonte: Infopen, dez./2014.

De acordo com dados do Infopen (BRASIL, 2014), que podem ser visualizados pelo gráfico acima, os crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes somam mais de 50% (cinquenta por cento) das sentenças condenatórias e cujos agentes estão atualmente na prisão.

Uma característica relevante sobre esses crimes que somam a maioria é que, muitas vezes, estão conectados. Imbuídos pelo desejo de consumir a droga, muitos usuários acabam traficando ou praticando pequenos delitos para consegui-la.

É importante elucidar que o país vive uma luta contra as drogas, sem qualquer esperança de melhora, visto que a quantidade de crimes sendo praticados e pessoas sendo presas cresce diariamente. Além disso, vê-se que os pequenos delitos inflam o sistema penal como um todo, envolvendo estruturas físicas como delegacias e prisões, além de estrutura com funcionários públicos e terceirizados.

Não é difícil encontrar julgados envolvendo roubo/furto de pequenos valores. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal negou provimento, em 2013, a Agravo Regimental em *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em defesa de um sujeito que teria furtado quatro galinhas caipiras, avaliadas em R$ 40,00 (quarenta reais), sob o argumento, em suma, da não incidência do princípio da insignificância ao caso em razão da reincidência do agente na prática de delitos contra o patrimônio. Argumentou o Ministro Luiz Fux, Relator do julgado, que "o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta" (STF, HC 115850).

Neste caso, por exemplo, utilizou-se da estrutura pública para punir um sujeito por um delito insignificante. Note-se que, no momento ou logo após o cometimento do crime, foi preciso que policiais levassem o sujeito à delegacia para prestar esclarecimentos. Neste ato, utilizou-se, provavelmente, um carro do poder público. Chegando à delegacia, foi preciso um delegado que interrogasse o sujeito e que um escrivão lavrasse o ato e os depoimentos. Caso tenha sido preso, foi necessário um carcereiro para lhe vigiar, além da alimentação básica. Isso tudo sem contar com a estrutura física da delegacia e, posteriormente, penitenciária.

Nesse sentido, Jesus (2015, p. 23) afirma que:

> "Estes crimes de pouca ou nenhuma relevância para a tutela do Direito Penal, por sua vez, acabam sobrecarregando a Justiça Criminal, dificultando o processamento de crimes com maior gravidade, continuando a permitir a existência de inquérito policial, deflagração da ação penal, prisão em flagrante e, em certos casos, da

> própria prisão preventiva a esta categoria de delitos, impondo-se, portanto, uma atuação exaustiva do sistema criminal para, ao final, serem aplicados institutos distintos da pena privativa de liberdade."

Crimes que não ofendam de forma grave bens jurídicos relevantes deveriam estar protegidos pelo Princípio da Lesividade, o qual "proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal" (SANTOS, 2010, p. 26).

Frise-se que aludido princípio pouco é aplicado, resultando em apreensões, prisões ou detenções de indivíduos que cometeram lesões irrelevantes a bens jurídicos. São inúmeros gastos que se tem com cada sujeito que é preso. Gastos estes superiores ao valor da própria *res furtiva,* como no caso do exemplo utilizado.

Segundo informação do Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, instituída em 2008 pela Câmara dos Deputados, "não existem dados ou informações reais confiáveis sobre o custo do preso em nenhum dos estados brasileiros". Diante do que foi possível obter, a referida CPI concluiu que há diferenças no custo do preso em diferentes estados, e que "para o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) é de R$ 1.300,00 o custo médio mensal de cada preso em presídios comuns e de R$ 4.500,00 nos presídios de segurança máxima" (BRASIL, 2008).

Ainda, a CPI, baseando-se em dados do Departamento Penitenciário Nacional, concluiu que o gasto mensal com o sistema penitenciário totaliza R$ 3.604.335.392,00 (três bilhões, seiscentos e quatro milhões, trezentos e trinta e cinco mil, trezentos e noventa e dois reais), assim direcionados: R$ 2.642.579.873,00 (dois bilhões, seiscentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e setenta e nove mil, oitocentos e setenta e três reais) gastos com a folha de pagamento dos servidores ativos (73,32%); R$ 27.701.964,00 (vinte e sete milhões, setecentos e um mil, novecentos e sessenta e quatro reais) gastos com a folha de pagamento dos servidores inativos (0,76%); R$ 799.481.100,00 (setecentos e noventa e nove milhões, quatrocentos e oitenta e um mil e cem reais) aplicados em despesas de custeio (22,18%) e R$ 134.572.455,00 (cento e trinta e quatro milhões, quinhentos e setenta e dois mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais) destinados a despesas de investimento (3,74%) (BRASIL, 2008).

Está claro que o sistema penal rígido para com apenas certas condutas gera custos insuportáveis para o Estado, sem conseguir resolver o problema da criminalidade sozinho. Por

isso, faz-se mister a intercomunicação com outras áreas do conhecimento, como forma de melhor alocar os recursos de maneira eficiente.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA O DIREITO PENAL

As relações humanas são pautadas por interações que o indivíduo faz com seus iguais e com seu meio. As ciências – exatas, humanas, biológicas, sociais, dentre outras – também interagem. E assim não poderia deixar de ser a relação entre o Direito e a Economia. Esta se dedica ao estudo de como o indivíduo decide e se comporta em um universo de recursos escassos, já aquele tem por finalidade a regulação do comportamento humano (GICO JÚNIOR, 2011, p. 17). A união entre essas ciências pode parecer óbvia em determinas situações, como na defesa da concorrência na regulação econômica (ESTEVES, 2010), mas em outros casos é preciso se libertar da comodidade do senso comum para pensar em conceitos relacionados à efetividade, racionalidade e coordenação que vão além do estudo isolado do Direito e da Economia.

Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 25):

> "A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços."

Sintetizando o conceito de Análise Econômica do Direito, Ivo T. Gico Jr (2011, p. 18), leciona que:

> "A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências."

A AED visa, portanto, ao estudo dos efeitos e das consequências das normas jurídicas a partir da visão de conceitos econômicos. Na área do Direito Penal, a Análise Econômica do Direito é aplicada como tentativa de racionalizar as políticas públicas, as

escolhas políticas e legislativas de forma a tornar as leis penais mais racionais e eficientes (GONÇALVES, 2015).

O economista estadunidense Gary Stanley Becker foi o pioneiro da Análise Econômica do Direito Penal, com a publicação da obra *Crime and Punishment: An Economic Approach* em 1968. Apesar de ter sido ganhador do prêmio Nobel em 1992 e influenciado estudiosos como Isaac Ehrlich, segundo Jacintho Del Vecchio Júnior, Becker é fortemente criticado por sociólogos como Bowling e Foster, Bonnet e outros, em razão das dificuldades inerentes à corroboração empírica decorrente da aceitação de seus postulados, "lançando sérias dúvidas no que diz respeito à sua validade enquanto instrumento teórico apto a descrever os fenômenos criminológicos" (DEL VECCHIO JUNIOR, 2012).

Não obstante as críticas feitas, o estudo elaborado por Becker trouxe contribuições inéditas para o diagnóstico do crime e do comportamento criminoso. Seu trabalho busca a reflexão sobre o que se determina como quantidade e qualidade dos recursos gastos com a criação de leis penais e sua consequente sanção. Secundariamente, procura responder: quantos/quais crimes devem ser permitidos e quantos criminosos podem ficar impunes (BECKER, 1974). Ou seja, que existe uma quantidade ótima de crimes.

5. O PROBLEMA DA ESCASSEZ E A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Segundo Mackaay e Rousseau a escassez impõe fazer-se escolhas (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). A escassez gera conflitos e, por conta disso, faz-se necessária a existência de instrumentos reguladores (Direito) para coordenar as necessidades humanas e sociais (RIBEIRO; CAMPOS, 2012). Assim:

> "A ação correspondente à escolha realizada por cada sujeito é uma imposição de uma realidade fática em que os bens não são suficientes para atender, ao mesmo tempo, integralmente as necessidades de todos os membros da sociedade. A *escassez* de recursos é, pois, um dado com que o indivíduo tem de conviver e a partir do qual deve planejar seu comportamento e orquestrar suas relações sociais (FERNANDEZ, 2013, p. 15)."

Diante desse universo de escassez, as escolhas são inevitáveis e devem ser tomadas com o maior rigor possível. Na hipótese de existência de um problema causador de danos,

nem sempre a alternativa mais correta é coibir a ação do precursor e, em tese, deve ser escolhida a opção que cause menor prejuízo a todos (evitar prejuízo mais grave) (COASE, 2009, p. 01).

A Teoria da Escolha Racional pressupõe que o comportamento humano é direcionado de acordo com a instrumentalidade dos fins. O sujeito, quando se encontra perante um conjunto de oportunidade (opções), decide por aquilo que seja mais adequado para se obter os fins desejados. Para essa tomada de decisão, há um elemento volitivo (vontade) que inspira a finalidade da escolha, e por isso, diz-se que os indivíduos agem "maximizando suas utilidades" (MEYERHOF SALAMA, 2013).

Entretanto, toda escolha vincula-se a um custo, denominado custo de oportunidade. Assim, quando o custo de uma escolha aumenta, as pessoas tendem a escolher menos frequentemente essa opção (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31). Há, então, uma ponderação feita pelas pessoas na hora de decidir entre aquilo que lhe traz maior benefício a um menor custo.

De acordo com Ivo T. Gico Júnior (2011, p. 22):

> "A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, *pessoas respondem a incentivos."*

Outro aspecto importante no momento da escolha racional é a informação, pois "o modelo da escolha racional faz a decisão que será tomada depender da informação disponível das opções e consequências" (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 32).

Resumindo a teoria, Carlos H. Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Júnior consideram que (2011, p. 76):

> "De acordo com essa teoria, a chave para a compreensão do comportamento criminoso está em assumir que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional. Nessa linha, algumas pessoas tornam-se criminosas não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas por seus benefícios e custos diferirem."

Em conclusão, a Teoria da Escolha Racional é uma das bases da teoria econômica e foi aprimorada por teóricos que a aplicam em diferentes áreas, ganhando espaço mais influente em vários campos de estudo.

6. RELAÇÃO CUSTO – BENEFÍCIO DA PRISÃO PARA O SISTEMA

Com base na Teoria da Escolha Racional, assim como tomada de decisão, cometer um crime envolve uma série de aspectos que o sujeito leva em conta no seu ato. Há um processo de maximização racional, considerando fatores econômicos e envolvendo agentes como o Estado, o próprio sujeito e a vítima (RODRIGUES, 2014, p. 74 e 75).

O possível criminoso avalia qual seria sua rentabilidade ao empregar seu tempo no mercado lícito/formal e pondera essa rentabilidade com o quanto ganharia dedicando seu tempo a atividades ilícitas. Concomitantemente, calcula o risco de responder penalmente pelo seu ilícito praticado. Assim, o sujeito poderá decidir pelo mercado do crime ou não. É o que se baseia a Teoria Econômica do Crime.

É fato que, diante da criminalidade, recursos públicos e privados são gastos para prevenir delitos e prender os criminosos. Nesta análise Becker parte do método que calcula a perda social em decorrência da existência de crimes, buscando encontrar a alocação ótima de recursos e punições que diminuam essa perda social. O estudo do aludido economista, baseado em dados oficiais da *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, chegou à conclusão que gastos públicos com polícia, tribunais, assim como com prisões e segurança privada acarretavam reflexos no PIB dos Estados Unidos (BECKER, 1974)[2].

[2]"The more that is spent on policemen, court personnel, and specialized equipment, the easier it is to discover offenses and convict offenders. One can postulate a relation between the output of police and court 'activity' and various inputs of manpower, materials, and capital, as in A = f(m, r, c), where f is a production function summarizing the 'state of the arts'. Given f and input prices, increased 'activity' would be more costly, as summarized by the relation. It would be cheaper to achieve any given level of activity the cheaper were policemen, judges, counsel, and juries and the more highly developed the state of the arts, as determined by technologies like fingerprinting, wiretapping, computer control, and lie-detecting. One approximation to an empirical measure of 'activity' is the number of offenses cleared by conviction. An increase in either the probability of conviction or the number of offenses would increase total costs" (BECKER, 1974, p. 172)

De acordo com a pesquisa, havendo mais policiais, funcionários de tribunais e equipamentos especializados, maior será a facilidade de se descobrir crimes. Assim, é preciso levar em conta a relação entre o trabalho realizado pela polícia e pela justiça, bem como as atividades policiais e judiciárias que exigem funcionários, equipamentos e capital[3]. Neste ponto, é importante frisar o papel do aperfeiçoamento das tecnologias como forma de diminuir uma parte desses custos.

Com o objetivo de analisar o perfil do criminoso e suas motivações para a atividade ilícita, Pery Shikida elaborou um trabalho contendo resultados de dez anos de pesquisa que concluiu que as razões pelas quais as pessoas escolhem a atividade criminosa está muito mais ligada a fatores como influência de amigos, desestrutura familiar e motivações individuais como a cobiça, ambição e a possibilidade de ganho fácil para manter determinado status social (SHIKIDA, 2010).

Baseando-se em estudos empíricos de Piliavin, Gartner, Thornton e Matsueda, de 1986, sobre indivíduos com potencial criminoso, Fraçois Bonnet defende que a prática de atividades criminosas está relacionada a oportunidades disponíveis aos indivíduos e não aos riscos da possibilidade de ser apreendido. A maioria dos inquéritos analisados na pesquisa mostrou que a severidade da punição praticamente não impede a ocorrência de crimes, e, ainda, que o aumento da probabilidade de punição desempenha um pequeno papel na determinação de escolha do ofensor. Ou seja, tanto a severidade da punição como a probabilidade do sujeito ser punido não acarreta efeito desestimulador àquele que pretende cometer a atividade criminosa (BONNET, 2006).

Bonnet também afirma que a Teoria Econômica do Crime não considera as divisões de classes sociais, raciais e minorias, impondo o foco do estudo em uma ideia idealizada do agente econômico como *homo economicus* por excelência (BONNET, 2006).

Não obstante, o sistema punitivo brasileiro se encontra de crescimento, mediante a elaboração de medidas de recrudescimento de penas e relativização de princípios protetivos constitucionais. Todavia, é importante que, para uma política criminal efetiva, os custos do sistema penal sejam considerados para uma alocação ótima de recursos.

Veja-se que a escolha das políticas públicas – aqui, no caso, políticas criminais – deve levar em conta os custos e benefícios de cada opção para que se maximizem os

resultados, ou seja, uma escolha racional. Na escolha da melhor alocação de recursos, Ronald Coase explica que (2009, p. 35):

> "desejável que a escolha entre alocações sociais distintas para a solução dos problemas econômicos deva ocorrer em termos mais amplos e que o efeito total dessas alocações, em todas as esferas da vida, deva ser levado em consideração. Como Frank H. Knight tem, frequentemente, enfatizado, os problemas da teoria econômica do bem-estar dissolver-se-ão, no final, num estudo da estética e da moral."

No raciocínio de Posner, a Teoria Econômica tem por finalidade modelar um sistema criminal, aplicando racionalmente a lei, de forma a otimizar os recursos públicos, buscando evitar custos adicionais da aplicação da lei quando esta é infringida (sanção) (GUIMARÃES, 2009).

Nas palavras de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães (2009, p. 76):

> "Fica claro, destarte, que o ponto ótimo da política criminal economicista se encontra, exatamente, na possibilidade de minimização do custo social da prática delitiva – custos diretos –, impedindo-se que crimes sejam cometidos, assim como, com a minimização dos gastos que permitam que os autores de tais crimes venham a ser efetivamente punidos – custos indiretos. Esse objetivo somente é alcançado com a confluência – repita-se – entre a evitação da prática delitiva e a otimização dos gastos com as agências do sistema penal no deslinde deste objetivo."

Sendo assim, indaga-se: é racional optar por uma política de encarceramento rígida em determinados tipos de crime?

O Direito Penal mínimo garante o controle dos processos de criminalização de condutas lesivas consideradas irrelevantes para o Direito Penal, da mesma forma que visa a proteger o indivíduo contra o abuso punitivo Estatal (ARGÜELLO, 2005). Esta forma de compreender o Direito Penal torna o sistema punitivo mais racional e mais adepto a realidade social considerando a superpopulação carcerária e os seus custos envolvidos.

Na lógica econômica, citando Posner, Fillipe A. Rodriguez (2014) assevera que as penas pecuniárias ou de multa são as melhores alternativas às penas severas por serem as que melhor otimizam recursos para o sistema jurídico e político como forma de defender o Erário público e os direitos de liberdade.

Em obra específica sobre o tema, Posner (1985, p. 1207) afirma que, em casos de crimes menos graves, aplicar uma penalidade mais branda impediria que um crime mais grave

seja cometido. Por exemplo, um ladrão sabendo que pena de seu crime, roubo ou furto, for a mesma do que a de um homicídio, poderia optar por matar uma testemunha como forma de encobrir seu crime.

Importante também destacar que sanções que não sejam as penas privativas de liberdade, como a prestação de serviços à comunidade, podem representar maiores benefícios e menores custos, quando (e apenas quando) houver certa perda social[4].

Essa proposta faz com que a sociedade, sabendo que o crime jamais deixará de existir, "até mesmo porque esse ambicioso objetivo lograria consumir um volume de dinheiro não disponível, deve a comunidade aprender a conviver com certo nível de criminalidade" (GUIMARÃES, 2009, p. 76).

Citando Issac Ehrlich (*The Economic approach to crime: a preliminary assessment,* 1979, p. 302), Cláudio Alberto G. Guimarães (2009, p. 76) afirma que:

> "Será ótimo para a sociedade permitir que um certo número de delitos ocorram, não porque o delito em si mesmo seja útil para algum tipo de função social, senão porque os custos adicionais de combater a delinqüência mais além de um certo nível finito superam os benefícios adicionais resultantes para a sociedade."

Baseados em estimativas, Cooter e Ulen (2016) argumentam que seria mais prudente alocar recursos com policiamento e programas educacionais, já que tais alternativas além de mais econômicas, evitam a ocorrência de crimes.

7. CONCLUSÃO

É fato que um dos papéis do Estado é assegurar a segurança pública, consoante dispõe a própria Constituição Federal, como corolário da garantia aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Em decorrência da existência de mandamento constitucional, é natural que a demanda por segurança seja expressa amplamente pela sociedade.

Entretanto, garantir a segurança à população exige o dispêndio de alto custo, especialmente quando são consideradas as políticas públicas de expansão punitiva visando o

[4] Deve-se considerar essa perda social em grau médio, intermediário entre inexistentes ou insignificantes perdas sociais e perdas sociais consideráveis em que os custos da pena privativa de liberdade compensem.

encarceramento em massa. Tais medidas além de demandarem custos potencialmente insustentáveis para um Estado diante da inevitável escassez de recursos, são meramente pontuais, pois não atacam a causa da criminalidade, que, segundo a experiência, aumenta no decorrer dos anos.

Por isso, faz-se imprescindível que o sistema jurídico não atue isoladamente, especialmente quando se considera a elevada importância da consideração de algumas premissas relacionadas às Teorias Econômicas. Assim, é primordial que, para uma política criminal efetiva, que priorize a segurança da sociedade, os custos do sistema penal e de medidas correlatas sejam considerados para uma alocação ótima de recursos.

É evidente que na análise de custos e benefícios do aprisionamento de determinados tipos de crimes os custos são, por vezes, maiores do que os benefícios, ao se considerar o aumento da criminalidade no decorrer dos anos, mesmo diante da existência das penas privativas de liberdade com seus pretendidos efeitos de retribuição, intimidação e neutralização.

A priorização das sanções pecuniárias poderiam ser a resposta imediata para o problema, entretanto deve ser considerado um problema secundário, já que tais medidas podem desencadear a impossibilidade de uma grande parte dos agentes não conseguir arcar com tais penalidades, diante da potencial falta de condições financeiras. Diante disso, essas pessoas acabariam sendo encarceradas ou sairiam impunes. Quanto à primeira hipótese, o nível de segregação social aumentaria em patamares maiores dos que os atuais, além de voltar à situação problema de custos altos com a manutenção do sistema prisional. As penas de prestação de serviço à comunidade poderiam ser destacadas como uma alternativa a ser aprimorada e considerada.

Nesta linha de pensamento, a escolha política ideal para um sistema de justiça criminal pressupõe que se considere como crime as condutas que efetivamente acarretem uma perda social elevada. Na linguagem penal, a escolha da criminalização primária (tipificação de condutas) deve se dar apenas àquelas condutas que efetivamente lesionem bens jurídicos de elevada relevância. Assim, não sendo consideradas como crime, não haveria punição penal para as condutas com menor potencial de perda social (menos lesivas), convertendo-se, por exemplo, em alguma forma de sancionamento civil.

Por óbvio que não se pretende a total deslegitimação do sistema penal, mas a racional escolha de políticas públicas criminais, permitindo que sejam mais amplas e eficientes, além

de acompanhadas da menor sobrecarga possível para o erário público, nas hipóteses em que, quando da ponderação de custos e benefícios estes sejam ínfimos ou insignificantes em comparação com o alto valor daqueles.

É irracional pensar que o crime deixará de existir na sociedade e que não haja condutas sociais desviantes. Porém, alguns delitos considerados como de menor potencial ofensivo e os que causem pouco prejuízo ao indivíduo lesionado podem receber um tratamento diferente do que a restrição da liberdade.

Os altos custos do aprisionamento (construção e manutenção de presídios, gastos com mão de obra, alimentação etc), além da perda econômica de se manter infinitas pessoas ausentes do processo produtivo, geram custos insuportáveis para o Estado, indicando a necessidade de se ter uma política criminal que não se atenha exclusivamente à pena restritiva de liberdade.

Também se faz necessário o aumento do proveito do exercício de atividades lícitas, quer seja pelas medidas de estímulo ao trabalho, quer seja na imposição de medidas de prestação de serviços à comunidade como forma de retribuição a danos de menor impacto produzidos pela ação delituosa.

Porém, nenhuma política pública está apta a modificar a realidade sem a melhoria no nível de educação, importante estratégia para a redução da potencial opção pelo exercício de atividades ilícitas.

8. REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In**:** **Anais do Congresso Paranaense de Criminologia**. Londrina, Mimeo 2005.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) Essays in the Economics of crime and Punishment. **Chicago: National of Economic Research**, 1974.

BONNET, François. De l'analyse économique du crime aux nouvelles criminologies anglo-saxonnes? Les origines théoriques des politiques pénales contemporaines, **Déviance et Société.** (Vol. 30), 2006.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**: 2016. IBGE.

http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=291983. Acesso em 16 de julho de 2018

_____. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**: 2014. IBGE. http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=291983. Acesso em 16 de julho de 2017.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Resultados IDEB 2017**. Disponível em http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/nenhum-estado-atinge-a-meta-do-ideb-2017-no-ensino-medio/21206. Acesso em julho de 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2016**. Infopen. Em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2019

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2008**. Em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp;jsessionid=03E54E33278723D6AAE63CF20AD6450B.proposicoesWeb1?idProposicao=346322&ord=1&tp=completa. Acesso em 25 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 115850**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, DJe-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013.

CHESNAIS, Jean Claude. O aumento da violência criminal no Brasil. **Justitia:** São Paulo, 1997.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean journal of legal studies**, v. 3, 2009.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law & economics**. 5th ed. The Addison-Wesley series in economics. Boston: Pearson Education, 2016.

_____. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DE ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Corrupção e judiciário: a (in) eficácia do sistema jusicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, p. 075-098, 2011.

DEL VECCHIO JUNIOR, Jacintho. **Sobre o alcance da Teoria Beckeriana do crime e da Punição.** In: Basso, Marco Antonio (org.). "Ciências policiais de Segurança e Ordem Pública". São Paulo: Editora Scortecci, 2012

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Max Weber e o Diálogo Possível entre Direito e Economia**. Rio de Janeiro, 2010. Tese Doutorado em Economia. Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010

FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da Pesquisa e a Análise Econômica do Direito: Fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 159, 2013.

GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. A Análise Econômica do Direito Penal. XXIV Congresso Nacional do Conpedi - Ufmg/Fumec/Dom Helder Câmara, Criminologias e Política Criminal. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/z4c7xib8/3jI7On7xRUBfs16H.pdf.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. De jure: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2009, p. 76.

JESUS, Almir Pereira de. **Descriminalização de delitos patrimoniais não violentos**: uma abordagem crítica e racional à luz da teoria do direito penal mínimo. Dissertação de mestrado profissional em segurança pública, justiça e cidadania. Universidade Federal da Bahia, 2015. Em http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17930

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEYERHOF SALAMA, Bruno. O que é" direito e economia"?. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 160, 2013.

POSNER, Richard A. An Economic Theory of the Criminal Law., **Columbia Law Review**, 1985.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SHIKIDA, Pery FA. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 324-344, 2010.

VITIMOLOGIA FORENSE: AS VÍTIMAS DOS ASSASSINOS EM SÉRIE

FORENSIC VICTIMOLOGY: SERIAL KILLERS' VICTIMS

DENIS VICTOR LINO LINO DE SOUSA
University of Liverpool

ALINE LOBATO
Universidade Estadual da Paraíba

Resumo: A Vitimologia Forense, uma subárea da Criminologia, estuda o papel da vítima nos crimes, ela se consolidou internacionalmente através de pesquisas de vitimização e criação de bancos de dados que possibilitam aos investigadores cruzar informações de forma a auxiliar na captura de agressores, especialmente em casos de assassinos em série, situação que o Brasil não atende às expectativas. A presente pesquisa, portanto, teve por objetivo traçar o perfil vitimológico de uma amostra de assassinos em série brasileiros. Foram analisadas características de 65 vítimas mortas por 15 assassinos em série e foi descoberto que o perfil vitimológico de assassinos em série brasileiros difere bastante daqueles internacionais, mas são extremamente semelhantes das vítimas mortas por assassinos brasileiros comuns, ou seja, aqueles que não atuam em série.

Palavras-chave: Assassinos em Série, Crime, Criminologia, Psicologia Criminal, Vitimologia.

Abstract: Forensic Victimology, a sub-area of Criminology, studies the role of the victim in crimes, it has been consolidated internationally through victimization surveys and the creation of databases that allow researchers to cross-information in an effort to capture perpetrators, especially in cases of serial killers, a context that Brazil fail to meet expectations. Therefore, the present research aimed to trace the victim profile of a sample of Brazilian serial killers. The characteristics of 65 victims, murdered by 15 serial killers, were analyzed through police records and it was discovered that the victim profile of Brazilian serial killers differs greatly from international ones, but they are extremely similar to those killed by ordinary Brazilian killers, that is, those who do not act in series.

Keywords: Serial Killers, Crime, Criminology, Criminal Psychology, Victimology.

1. INTRODUÇÃO

O assassinato em série não é um acontecimento contemporâneo, a história é capaz de informar sobre assassinos que atuavam desta forma há milênios. Entretanto, este tema cresceu no imaginário popular de maneira gritante nas últimas décadas, principalmente após o famoso "Jack, o Estripador" e a insistência da mídia em divulgar estes casos.[1]

Na sociedade contemporânea, é de fácil percepção a influência destes sujeitos e suas ações nas vidas das pessoas comuns, tendo em vista a comoção midiática quando descobre, ou pensa descobrir, a existência de um novo assassino em série, dando ao público exatamente o que ele deseja. Além disto, pode ser observado que até as formas de lazer estão cercadas pelo assassinato em série, como é o caso dos filmes, seriados, novelas e jogos. De forma que nos identificamos com o assassino em série, não enquanto vilão, mas como modelo, torcemos para que ele realize suas atrocidades e escape da captura, perdurando a trama, por exemplo nos casos famosos de Hannibal Lecter e Dexter Morgan.[2]

Diante de toda esta atenção recebida pelo assassinato em série, pesquisadores de diferentes áreas tentam explicar o porquê de tal fenômeno existir em todas as culturas. Tentando entender como ele se manifesta, quais são as informações mais confiáveis em realizar um prognóstico de assassino em série e por qual motivo eles se tornam cada vez mais presentes. Por outro lado, algumas áreas do saber tentam encontrar maneiras mais eficazes de combater as ações de tais sujeitos, buscando conhecimentos que auxiliem nas investigações criminais, nos julgamentos e na prevenção de futuros homicídios, é o caso da Vitimologia Forense.

A Vitimologia Forense trabalha na vertente de que é importante conhecer a vítima para chegar até o agressor. Neste contexto, os vitimologistas forenses são especialistas que buscam examinar, verificar e interpretar as evidências sobre as vítimas para responder a questões jurídicas e investigativas. Comumente eles atuam contribuindo para um melhor entendimento dos elementos do crime; desenvolvendo uma linha do tempo ao envolver vítima e ato criminal na reconstrução do crime; ajudam a definir o tipo de agressor mais provável de ter cometido

[1] MOURA, L.A. *A***nticristos Superstars - O mito dos serial killers como anti-heróis numa sociedade de extremismos.** Mestrado. Universidade do Minho, 2016.
[2] DONELLY, A. The New American Hero: Dexter, Serial Killer for the Masses. **J Pop Cult,** v. 45, n. 1, p. 15 – 26, 2012.

aquele crime; sugerem novos caminhos para a investigação; realizam a conexão de crimes de acordo com as informações comportamentais de cada crime, entre outras possíveis atuações. Porém, é necessário que todos os relatórios e análises desenvolvidos estejam embasados em teorias e informações já comprovadas cientificamente.[3]

No Brasil, a principal base científica na qual os vitimologistas forenses podem se apoiar é o Mapa da Violência, com a produção de relatórios periódicos que avaliam o fenômeno da violência no Brasil por diversos ângulos. Entretanto, tais pesquisas e dados ainda pecam por relatar apenas dados superficiais sobre as vítimas, focando sempre na idade e sexo, sem avaliar outros quesitos considerados importantes pela Vitimologia Forense. Além do fato do Mapa da Violência muitas vezes expressar apenas dados nacionais e gerais, sem uma análise profunda de cada tipo de crime.

Atualmente não há um perfil vitimológico para os assassinos em série brasileiros, e é exatamente esta lacuna que a presente pesquisa almeja começar a preencher. A literatura internacional sobre o tema já está bem avançada e está na hora de começarmos a trilhar nosso caminho dentro dessa área. O presente estudo busca iniciar essa jornada com este primeiro olhar sobre as vítimas dos assassinos em série e como elas contribuem ou não para o cometimento do assassinato. Antes disto, é necessário descrever o que define um assassino em série e quais são as bases teórico-científicas da Vitimologia Forense no Brasil e no mundo.

2. ASSASSINOS EM SÉRIE

A expressão "assassino em série" deriva do inglês "*serial killer"* e é extremamente famosa na atualidade, principalmente devido às inúmeras referências a esses sujeitos na mídia, tanto em jornais quanto em filmes, novelas e seriados. Apesar de sua popularidade, o termo é recente, tendo em vista que foi em 1966, na Inglaterra, que John Brophy utiliza pela primeira vez do vocábulo "homicida em série" (*serial murderer)* em seu livro "O Significado

[3] KONVALINA-SIMAS, T. **Profiling Criminal: introdução à análise comportamental no contexto investigativo.** Lisboa: Rei dos Livros, 2012.

de Assassinato". Entretanto, o termo "assassino em série" só viria a se popularizar na década seguinte devido a Robert Ressler.[4]

Ressler era um agente do *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e fazia parte do Behavioral Science Unit — BSU (Unidade de Ciência Comportamental). Ele explica em sua autobiografia, intitulada *Whoever Fights Monsters*, que extraiu o termo assassino em série após participar de uma conferência em que um colega relatava crimes em série (*serial crimes*). A partir de então ele passa a usar do termo *serial killers* em suas próprias palestras e, desta forma, o termo foi difundido até o estado atual.[5]

Apesar de ser um termo com pouco mais de meio século, os assassinos em série remontam a tempos bem anteriores. Atualmente a maioria dos historiadores e pesquisadores da área, como Harold Schechter[6], afirmam que o primeiro assassino em série da história foi o famoso Jack, o Estripador, responsável por 5 assassinatos no século XIX em Londres. Porém Vellasques[7] afirma que o primeiro caso registrado aconteceu no primeiro século d.C. e que seria Locusta, a Envenenadora, a primeira assassina em série da história, a autora relata ainda vários outros exemplos ao longo dos anos até chegar em Jack, o Estripador.

Existem também muitas críticas em torno de qual seria a definição correta do assassino em série. A primeira definição do FBI surge com o trabalho de Douglas e colegas[8] e leva em consideração quatro aspectos que representam a atuação do assassino em série: quantidade de vítimas, quantidade de eventos, quantidade de locais e a presença do período de resfriamento ou "calmaria". Para estes autores o assassino em série é o sujeito que mata no mínimo três pessoas, em três locais e momentos diferentes com um período de calmaria entre eles, este pode variar de dias a meses. Em 1992, o FBI lançou o *Crime Classification Manual* [9], considerando que os crimes cometidos pelos assassinos em série devem ser motivados pela

[4] SCHECHTER, H. **Serial Killers: Anatomia do Mal**. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.
[5] RESSLER, R.; SHACHTMAN, T. **Whoever Fights Monsters: My twenty years tracking serial killers for the FBI**. New York City: St. Martin's Paperbacks, 1992.
[6] SCHECHTER, H. **Serial Killers: Anatomia do Mal.** Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.
[7] VELLASQUES, C.T. **O perfil criminal dos serial killers**. Bacharelado. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2008.
[8] DOUGLAS, J.; RESSLER, R.; BURGESS, A.; HARTMAN, C. Criminal Profiling From Crime Scene Analysis. **Behavioral Sciences & The Law**, v. 4, n. 4, p. 401-421, 1986.
[9] DOUGLAS, J.; BURGESS, A.; BURGESS, A.; RESSLER, R. **Crime Classification Manual: A Standard System for Investigating and Classifying Violent Crimes.** San Francisco: Jossey-Bass, 1992.

sexualidade. Enquanto em 2008, no livro *Serial Murder: Pathways for Investigations*[10], foram incluídos, na definição do assassino em série, assassinatos por outros motivos como lucro, raiva ou desordem mental.

Além das próprias modificações do FBI, existem outros autores e instituições que utilizam definições diferentes, como no caso do *National Institute of Justice* (Instituto Nacional de Justiça) que utiliza a base da definição do FBI, mas afirmam que assassinos em série podem ser considerados como tal se cometerem no mínimo dois assassinatos, estando sozinhos ou não e sendo motivados por questões psicológicas sádicas e sexuais. Por outro lado, existem os que consideram que o sujeito, para ser denominado assassino em série, deve ter cometido no mínimo quatro assassinatos[11]

Os assassinos em série por vezes são confundidos com outros tipos de assassinos, pois estes também matam um grande número de pessoas. É o caso do assassino em massa (*mass murderer*) e também do assassino relâmpago (*spree killer*). O primeiro é responsável pela morte de várias pessoas em um só local e momento, por exemplo, o caso de *Columbine* ou genocídios. Já o segundo mata várias pessoas em um mesmo momento, porém em locais diferentes e sem o tempo de calmaria, como no caso da Família Manson ou uma pessoa que se arma e vai passando de casa em casa matando todos os residentes.[12]

Na busca de explicar o porquê de os assassinos em série agirem como agem, algumas tipologias e classificações foram criadas. De acordo com Holmes e DeBurger[13] existem quatro tipos de assassinos em série: Visionário, um indivíduo psicótico que ouve vozes a as obedece; Missionário, o sujeito que não demonstra socialmente ser psicótico, porém sente a necessidade de "limpar" a Terra dos seres imundos, dessa forma, ele ataca grupos específicos de pessoas; Hedonistas, aqueles que matam por diversão, têm prazer nessa ação e cometem atos sexuais cruéis e perversos; Poder/Controle, são os assassinos sexuais que matam por "tesão", obtendo satisfação principalmente no poder que exercem sobre suas vítimas, deixando-as à sua mercê.

---

[10] MORTON, R.; TILLMAN, J.; GAINES, S. **Serial Murder: Pathways for Investigations.** Estados Unidos: Federal Bureau of Investigation, 2008.
[11] SCHECHTER, H. **Serial Killers: Anatomia do Mal**. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.
[12] DOUGLAS, J.; RESSLER, R.; BURGESS, A.; HARTMAN, C. Criminal Profiling From Crime Scene Analysis. **Behavioral Sciences & The Law**, v. 4, n. 4, p. 401-421, 1986.
[13] HOLMES, R.; DEBURGUER, J. **Serial Murder**. California: SAGE Publications, 1998.

Na busca da explicação do assassino em série, existe ainda a chamada "tríade do homicida", três características que, de acordo com Macdonald[14], são prognósticos de personalidade adulta violenta caso estejam presentes durante infância: enurese noturna em idade avançada, piromania e prática de abuso (físico, sexual, afetivo ou psicológico). Ressler, Burgess e Douglas[15] identificaram estas características como possível indicador de futuros assassinos em série.

Ao analisar os trabalhos produzidos neste tema, muitas vezes fica notória a procura dos autores por uma relação entre assassino em série e transtorno mental ou de personalidade, porém nenhuma correlação real foi encontrada até o momento que explique a ação de todos os assassinos em série. Dentre estes transtornos investigados, estão presentes: esquizofrenia, transtornos parafílicos e transtorno de personalidade narcisista.[16] Entretanto, de todos os transtornos, o mais comumente utilizado para explicar o assassinato em série é a Psicopatia (tratado como Transtorno de Personalidade Antissocial por alguns autores). Pessoas com este transtorno de personalidade são representado como um sujeito mal, que não sente remorso, se camufla na sociedade como nossos amigos, vizinhos e até parentes, têm prazer em burlar e quebrar as regras da sociedade, além do fato de que aprisiona-lo não terá efeito algum, pois ele não aprende com a punição.[17]

3. VITIMOLOGIA FORENSE

A vitimologia, em poucas palavras, é o estudo científico das vítimas e da vitimização. Este estudo também é responsável pela análise tradicional da relação vítima-ofensor, assim como a relação entre a vítima e os investigadores, o tribunal, ambientes carcerários, mídia e também movimentos sociais. Toda a análise desenvolvida pela Vitimologia tem por objetivo auxiliar a investigação que haja a presença de vítimas. Vítima, por sua vez, é um termo

[14] MACDONALD, J. The threat to kill. **Am J Psychiatry**. v. 120, n. 2, p. 125–130, 1963.
[15] RESSLER, R.; BURGESS, A.; DOUGLAS, J. **Sexual Homicide Patterns and Motives**. New York City: Simon and Schuste, 1988.
[16] VELLASQUES, C.T. **O perfil criminal dos serial killers.** Bacharelado. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2008.
[17] HARE, R. **Sem Consciência: O Mundo Perturbador dos Psicopatas Que Vivem Entre Nós**. Porto Alegre: Artmed, 2012.

utilizado para descrever qualquer pessoa que tenha sofrido perda, prejuízo ou dano devido a uma ação ilegal praticada por outro indivíduo, grupo ou organização.[18]

A Vitimologia passou por três momentos ao longo da história. O primeiro deles é a *Era de Ouro*, onde as vítimas eram as responsáveis pela justiça, podendo chegar a matar ou mutilar aquele que havia lhe feito mal. O segundo momento é a *Era Negra*, onde as leis escritas começam a tomar posse do poder da justiça e os crimes realizados tinham como vítimas os reis ou o próprio Estado, não mais contra a vítima ou sua família. O momento em que vivemos é o do *Ressurgimento da Vítima*, onde as vítimas voltam a figurar um papel mais central, após a percepção de que os mais afetados pelo crime estão pouco presentes no processo criminal, neste momento as vítimas também passam a ser fonte de informação sobre os crimes e os criminosos.[19]

Atualmente existem várias correntes da vitimologia que focam diferentes aspectos, dentre elas estão a Vitimologia Geral, a Vitimologia Penal e a Vitimologia Forense. A primeira delas é responsável pela análise das vítimas como um todo, inclusive de acidentes, guerras e desastres naturais. A segunda grande corrente está mais voltada ao processo penal e julgamento, levando em consideração aspectos vitimológicos relevantes para a defensoria e promotoria. A Vitimologia Forense tem um enfoque centrado nas investigações criminais, realizando pesquisas e fornecendo informações que permitam maior precisão e eficácia de tais investigações, sua área de atuação abrange homicídio, assalto, roubo, estupro, fraude ao seguro, entre outros.[20]

Muitas das vezes, para se compreender as ações criminosas e apreender o ofensor, é necessário entender quem são suas vítimas, seu papel dentro desse ato criminoso, o grau de risco ao qual a vítima se expôs e o risco que o ofensor correu ao praticar o crime. É nessa vertente que surgem os primeiros estudos científicos da Vitimologia Forense, buscando entender a relação vítima-ofensor em uma análise sistemática.[21]

---

[18] BURGESS, A. W.; REGEHR, C.; ROBERTS, A. **Victimology: Theories and Applications**. Massachusetts: Jones and Bartlett Publishers, 2010.
[19] TURVEY, B. **Forensic Victimology: Examining Violent Crime Victims in Investigative and Legal Contexts**. 2ª ed. London: Academic Press, 2013.
[20] TURVEY, B. **Forensic Victimology: Examining Violent Crime Victims in Investigative and Legal Contexts**. 2ª ed. London: Academic Press, 2013.
[21] KONVALINA-SIMAS, T. **Profiling Criminal: introdução à análise comportamental no contexto investigativo.** Lisboa: Rei dos Livros, 2012.

Um dos pioneiros da Vitimologia Forense, Hans von Hentig[22], acreditava que as próprias vítimas contribuíam para a sua vitimização, através de fatores que nem sempre estavam sob o seu controle. Diante disto, ele desenvolve treze classificações de vítimas vulneráveis: o jovem, a mulher, o velho, o mentalmente retardado, os imigrantes, as minorias, os simplórios, o deprimido, o ganancioso, o promíscuo, o solitário, o carrasco e o absolvido. Este autor é o responsável pela noção de vítima nata, aquela em que o sujeito, com seu comportamento e personalidade agressiva é o gerador de um fato criminoso contra si, por exemplo, pais abusivos que são mortos pelos filhos.

Da mesma forma que Hans von Hentig desenvolveu sua tipologia em busca de verificar a influência das características da vítima na realização de um ato criminoso, Benjamin Mendelsohn também criou uma tipologia. Porém, diferentemente de von Hentig, ele considerou aspectos situacionais influenciadores do crime. De acordo com Mendelsohn, as vítimas poderiam ser classificadas como: vítimas completamente inocentes, vítimas ignorantes, vítimas voluntárias, vítimas mais culpadas que o agressor, vítima unicamente culpada e vítima simuladora ou imaginária.

Mais recentemente, outras definições e tipologias de vítimas surgiram com vistas a preencher as lacunas deixadas por seus antecessores, é o exemplo de David Canter[23] que elabora uma nova tipologia, desta vez baseada no papel que a vítima assume na narrativa do criminoso para aquele crime específico. Ele estabelece que uma vítima assume um de três papeis: a) Objeto: vítima é vista como um objeto a ser explorado e controlado pelo criminoso através de contenção e ameaças, geralmente tendo ganhos secundários do crime, como roubar pertences da vítima; b) Veículo: vítima como meio para a expressão emocional do ofensor, por exemplo, raiva e assim a vítima será sujeita a atos de extrema violência e abuso; c) Pessoa: onde o criminoso busca um certo nível de pseudo-intimidade e assim ter um relacionamento com a vítima.

Por outro lado, a Teoria das Atividades Rotineiras prega que haverá a vitimização caso haja a convergência de três fatores: um provável agressor, um alvo adequado e a ausência de um guardião capaz de impedir o crime. O provável agressor é considerado qualquer sujeito que tenha o intuito de cometer um ato ilegal; o alvo pode ser uma pessoa, objeto, residência,

[22] HENTIG, H. **The Criminal and His Victim: Studies in the Sociology of Crime.** New Haven: Yale University Press, 1948.
[23] CANTER, D**. Criminal Shadows: Inside the mind of the serial killer**. London: Harper Collins, 1994.

loja, entre outras possibilidades; o guardião é qualquer pessoa ou situação que restrinja a ação criminal, pode ser um pai, policial, vizinhos, câmeras de segurança, etc.[24]

Hickey[25] relata que existem três tipos de vítima: a de baixo, médio e alto risco. As vítimas de baixo risco se referem aos sujeitos que têm um estilo de vida que não acarreta grande risco de lesão e danos pessoais ou materiais. Enquanto as de médio risco têm um estilo de vida que as expõe a um certo risco. As vítimas de alto risco estão em constante exposição a riscos, é o caso de viciados em drogas, mendigos e prostitutas. Da mesma forma que as vítimas têm graus de riscos, o modo de operar do agressor também se apresentam dessa forma, podendo atuar com baixo risco (planejamento do ato; destreza antes, durante e depois do crime; escolha de local e horário com menor risco; etc.) ou com alto risco (pouco planejamento; pouca destreza antes, durante e depois do crime; agindo durante o dia e em ruas movimentadas; etc.)

Turvey[26], divide o estudo da Vitimologia Forense em dois grandes grupos: os nomotéticos e ideográficos. O primeiro envolve a análise de grupos e tem por objetivo estabelecer regras gerais, ele baseia-se em uma série de informações estatísticas coletadas ao longo de anos de pesquisa científica para aplicar aos casos investigativos. Enquanto o segundo também se utiliza dessa base científica, porém aplica a vitimologia em um nível mais individual, analisando cada caso em sua particularidade e unicidade. Independentemente do método escolhido pelo investigador, para utilizar Vitimologia Forense em casos de investigação em andamento é necessário que exista uma base científica sólida sobre a qual as inferências e orientações para os investigadores se alicercem. Assim como também é imprescindível que o responsável pela análise vitimológica seja capacitado para avaliar os dados dessas pesquisas e saber aplica-los a cada caso individualmente, tendo em vista o caráter único dos crimes.

Atualmente as principais formas de estabelecer essa base científica se dá através de pesquisas com os dados oficiais de criminalidade, como aqueles disponibilizados nos Anuários do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e através de pesquisas sobre vitimização,

[24] CLARKE, R.; FELSON, M. Introduction: Criminology, routine activity, and rational choice. In: CLARKE, R.; FELSON, M. (Org.). **Routine activity and rational choice: advances in criminological theory**, Vol. 5. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993. p. 1-14.
[25] HICKEY, E. **Serial Murderers and their Victims**. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.
[26] TURVEY, B. **Forensic Victimology: Examining Violent Crime Victims in Investigative and Legal Contexts**. 2ª ed. London: Academic Press, 2013.

por exemplo, a Pesquisa Nacional de Vitimização do Senasp e *National Crime Victimization Survey*. Nestas pesquisas pretende-se verificar quem são as vítimas dos variados crimes que chegam às delegacias, quando e onde tal crime ocorreu, entre outros aspectos, para então estabelecer um perfil das vítimas, dos crimes e das regiões mais afetadas.

4. VITIMOLOGIA FORENSE NO BRASIL E NO MUNDO

No Brasil, a produção científica sobre a Vitimologia Forense tem pouco mais de meio século, o primeiro artigo em português sobre o tema surge entre 1958 e 1959 e é uma tradução do "*Contribution de la Victimologia aux Sciences Criminologiques*" escrito por Paul Cornil. A partir deste evento, profissionais de diferentes áreas voltaram seus olhares para o tema, participando de eventos e desenvolvendo pesquisas, o que resultou no primeiro livro em Vitimologia: "Vítima: a Dupla Penal Delinquente – Vítima, Participação da Vítima no Crime. Contribuição da Jurisprudência Brasileira para a Nova Doutrina", escrito por Edgard de Moura Bittencourt em 1971.[27]

Nos últimos anos houve uma intensificação no meio acadêmico brasileiro de estudos voltados à Vitimologia, porém ainda não atingem o nível desejado devido a diversos fatores como a falta de verbas governamentais para o estudo, a falta do uso das técnicas de vitimologia nas investigações, uma falta de padronização dos instrumentos utilizados nacionalmente e etc. Em outros países, como os Estados Unidos, a pesquisa e a utilização da técnica da Vitimologia já vem sendo realizada de forma eficaz há bastante tempo, principalmente desde a criação do *National Crime Victimization Survey* (NCVS).[28]

O NCVS se qualifica nos dias atuais como uma das melhores fontes sobre a criminalidade nos Estados Unidos, sendo responsável por pesquisas de vitimização, duas vezes ao ano, entrevistando cerca de cem mil habitantes do país em busca de coletar informações relevantes sobre a criminalidade nacional e regional. O NCVS funciona praticamente como uma política pública instalada e mantida pelo Estado com o objetivo de: oferecer informações detalhadas e precisas sobre as vitimizações e suas causas; estimar a

[27] SENASP. **Pesquisa Nacional de Vitimização: Questionário SENASP**. Datafolha Instituto de Pesquisas, 2013.
[28] Ibid.

proporção de eventos criminais não denunciados à polícia, tendo em vista a existência das cifras negras nos dados oficiais. Com essas pesquisas de vitimização o NCVS é capaz de produzir mensurações padronizadas de crimes selecionados para o estudo, por exemplo, uma análise específica do estupro ou do roubo, além de poder realizar análises comparativas em tempo e espaço.[29]

Seguindo o exemplo dos Estados Unidos, foram criados outros órgãos, organizações ou entidades voltadas à pesquisa em vitimização, como o UNICRI, das Nações Unidas; o *European International Crime Survey Consortium* (EU-ICS), dos países Europeus; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD); e o *International Crime Victims Survey* (ICVS), o qual busca coletar dados de maneira padronizada em todo o mundo para poder realizar comparações regionais e temporais.

Ainda que o Brasil tenha participado de algumas poucas pesquisas de vitimização realizada por estes órgãos supracitados, sua utilização ainda é escassa em nossa noção. Foi em 1988 que veio ocorrer a primeira pesquisa de vitimização no Brasil, e até o mês de novembro de 2012 mais de 40 delas haviam ocorrido em diferentes cidades brasileiras, porém não é possível comparar devido à falta de padronização metodológica. Com a intenção de suprir essa falta, o Ministério da Justiça através da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) realizou a primeira Pesquisa Nacional de Vitimização (PNV) em 2013. Apresentando dados com relação ao perfil da vítima dos crimes analisados, as vitimizações ocorridas por crimes policiais, o grau de confiança nessas instituições, o medo com relação ao crime e violência, e as medidas/alterações de comportamento apresentadas pelas vítimas para evitar a vitimização por crime.[30]

Atualmente, a principal forma de estudo e pesquisa da criminalidade realizada no Brasil é o Mapa da Violência, com várias edições lançadas anualmente sobre diferentes temas relacionados à violência como: Homicídios por armas de fogo no Brasil[31], Homicídio de

[29] BURGESS, A. W.; REGEHR, C.; ROBERTS, A. **Victimology: Theories and Applications**. Massachusetts: Jones and Bartlett Publishers, 2010.
[30] SENASP. **Pesquisa Nacional de Vitimização: Questionário SENASP**. Datafolha Instituto de Pesquisas, 2013.
[31] WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2016: Homicídios por armas de fogo no Brasil**. Brasília: Flacso Brasil, 2016.

Mulheres no Brasil[32], Adolescentes de 16 e 17 anos no Brasil[33], etc. Estas pesquisas utilizam dados oficiais e alcançam seu objetivo claro de mapear violências específicas, várias vezes descobrindo o perfil estatístico da vítima desta violência, com informações sobre sexo, idade e etnia. Porém, é necessária uma análise mais minuciosa de crimes específicos e suas vítimas, pois homicídios, por exemplo, podem ocorrer de diferentes formas e por variados motivos.

Até o momento não há um perfil vitimológico bem estabelecido para os assassinos em série brasileiros, pois existem vários casos famosos, porém com enormes discrepâncias nas escolhas de vítimas. Por exemplo: Francisco das Chagas e o Vampiro de Niterói atacavam unicamente crianças, por outro lado, Sailson das Graças, responsável por mais de 40 assassinatos, afirmou ter um vício em matar mulheres brancas, já o Maníaco do Parque atacava apenas mulheres jovens. Existe ainda os casos de Pedrinho Matador, que perseguia e matava outros criminosos, e o caso de Tiago Henrique Gomes da Rocha, que supostamente matou mais de 20 pessoas, dentre elas mulheres, moradores de ruas e homossexuais.

Apenas com esses exemplos é possível verificar as especificidades de cada caso e a dificuldade de realizar um perfil vitimológico dos assassinos em série, necessitando assim de um estudo bem desenvolvido para auxiliar investigações futuras. Entretanto, ao mesmo tempo em que não existe tal estudo padronizado e em grande escala sobre casos marcantes, os casos menos famosos geralmente ficam esquecidos e não entram nas análises, o que causa a perca de confiança em análise de dados selecionados. Portanto, para elaborar perfis vitimológicos de assassinos em séries, é necessário levar em consideração todos os casos de assassinato em série, sejam midiáticos ou não.

No quesito de analisar vítimas de crimes específicos, novamente os Estados Unidos lidera, tendo em vista que eles vêm pesquisando e criando programas que auxiliam nesta área. Através de análises estatística, pesquisadores norte-americanos verificaram que o assassino em série mata geralmente crianças ou mulheres que sejam jovens adultas, prestativas, da mesma raça do agressor e que várias vezes têm uma função na fantasia mental desse agressor, por exemplo, a mãe controladora, a irmã abusiva, a donzela em perigo, o amor proibido, etc. Além disso, na maioria das vezes os assassinos em série atacam desconhecidos, raramente matando familiares ou pessoas próximas. Na análise vitimológica, os EUA também

[32] WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2015: Homicídios de mulheres no Brasil**. Brasília: Flacso Brasil, 2015.
[33] Id., 2015.

verificaram que a principal motivação dos assassinos em série é a satisfação sexual, desta forma, seus critérios de seleção da vítima são diferentes daqueles dos assassinos comuns.[34]

5. METODOLOGIA

Tendo em vista a formulação de um perfil vitimológicos de assassinos em série, a presente pesquisa é voltada tanto para os interesses sociais quanto científicos com objetivos descritivos-explicativos. Foi utilizada uma abordagem quantitativa através de procedimentos técnicos típicos da pesquisa documental. Foi considerada aqui uma abordagem nomotética, pois, como já descrito, é necessário coletar os dados para desenvolver teorias, criar um ponto referencial para a utilização futura da Vitimologia Forense com assassinos em série e também explicitar o contexto das vítimas destes crimes.

Os dados da presente pesquisa foram coletados em arquivos da 2ª Delegacia Regional de Polícia Civil, situada na cidade de Campina Grande, no Estado da Paraíba, Nordeste do Brasil. Devido ao fato da coleta de dados ter ocorrido diretamente nos inquéritos policiais, a pesquisa pôde evitar os principais problemas encontrados em pesquisas, tanto brasileiras (Mapa da Violência), quanto norte-americanas (*Uniform Crime Report*): alegações falsas de crime, dados adulterados pelas agências de polícia, dados incompletos para envio ao órgão nacional. Outro fator relevante na coleta de dados é o fato do crime analisado ser o de homicídio, desta forma sendo improvável que a cifra negra, ou subnotificação, esteja influenciando negativamente os resultados.

A amostra dessa pesquisa foi composta por 65 vítimas de homicídios, cometidos por 15 assassinos em série, no período entre junho de 2009 e junho de 2015. Para a definição dos assassinos em série foram analisados todos os inquéritos em busca de homicidas que haviam cometido três ou mais homicídios, em três momentos diferentes e cumprindo um período de "calmaria". Não foram computados os casos de homicídios em que o ofensor não havia atingido a maioridade no momento do crime.

Dentre os dados extraídos estão: idade, etnia, estado civil, escolaridade, profissão, gênero, local de residência do ofensor e da vítima, motivação para o homicídio e relação entre

[34] HICKEY, E. **Serial Murderers and their Victims**. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

vítima-ofensor. Para facilitar tal coleta de dados foi elaborada uma lista de checagem para os pesquisadores seguirem ao analisar cada inquérito.

Os dados foram analisados usando o programa estatístico *Statistical Package for Social Sciences* – SPSS, no qual foram realizadas as estatísticas descritivas para alcançar os objetivos propostos. Além disso, a presente pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Estadual da Paraíbas (CEP – UEPB), número do parecer: 884.569, garantindo a sua adequação às normas do Conselho Nacional de Saúde, através da Resolução N° 466/12.

6. RESULTADOS E DISCUSSÃO

De acordo com os dados sociodemográficos obtidos, foi constatado que as vítimas de assassinos em série eram, em sua maioria, do sexo masculino (93.8%), com idade variando entre 13 e 52 anos de idade, com idade média de 28.03 anos (DP = 8,77), sendo a faixa etária de 25 a 30 anos a mais atingida, correspondendo a 30.2% da amostra.

Tais dados corroboram com a literatura nacional, a qual estabelece que jovens adultos do sexo masculino são aqueles mais atingidos pela violência no Brasil. Waiselfisz[35], afirma que "todo o peso da vitimização das armas de fogo recai na faixa jovem, faixa na qual, preferencialmente, são descarregadas as balas dessas armas." Ele verificou que a faixa etária que mais sofreu vitimização devido aos homicídios por arma de fogo variou de 18 a 24 anos de idade, sendo 20 anos de idade o pico deste índice de vitimização. Nos Estados Unidos não é diferente, dados do *Uniform Crime Reporting* de 2015 mostram que, em sua maioria, as vítimas de homicídios eram negras, homens e maiores de idade que foram assassinados utilizando uma arma de fogo.

Ainda neste contexto, a nível nacional, segundo estimativas do IBGE, os jovens de 15 a 29 anos de idade representavam 26% da população total do país no período analisado. Entretanto, a participação juvenil no total de homicídio por arma de fogo mais que duplica o

[35] WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2016: Homicídios por armas de fogo no Brasil**. Brasília: Flacso Brasil, 2016.

peso demográfico dos jovens, pois 58% de tais crimes foram cometidos por jovens nesta faixa etária, apontando um crescimento espantoso na vitimização de jovens.[36]

Estes dados aparecem nas pesquisas nacionais desde 1998, ano de publicação do primeiro Mapa da Violência, porém ainda falhamos em descobrir os motivos por trás desta vitimização específica dos jovens. No caso da presente pesquisa, pode ser afirmado que os assassinos em série desta amostra também estão seguindo o padrão de violência nacional: vitimando jovens adultos do sexo masculino.

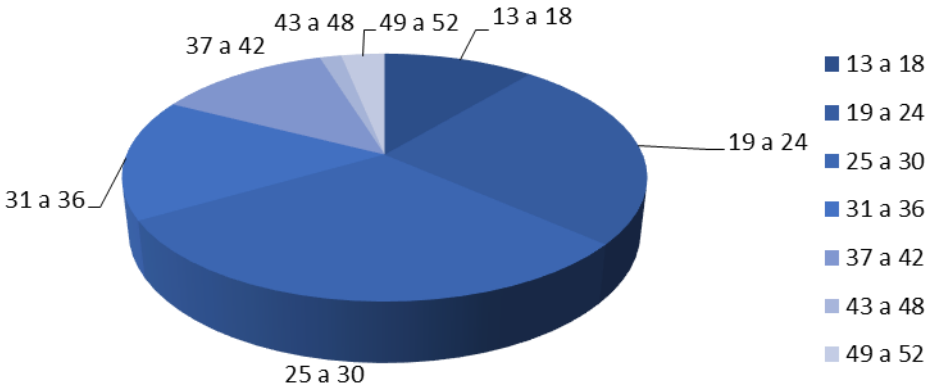


Gráfico 1 – Faixa etária das vítimas de homicídios

Outra informação que merece destaque é o fato de a maioria das vítimas serem do sexo masculino, tendo em vista que pesquisadores como Hickey[37] afirmam que os homens são o grupo menos provável de sofrer vitimização por assassinos em série. Assim, é observável uma forte discrepância entre a atuação dos assassinos em série aqui estudados e aqueles pesquisados pelo autor citado.

Devido à ausência de informações nos inquéritos policiais, não foi possível determinar precisamente a etnia das vítimas, tendo em vista que em apenas metade dos inquéritos analisados havia uma concordância de informações com relação a este dado. No entanto, dos dados que puderam ser analisados, todas as vítimas eram pardas, não tendo sido encontradas, nessa amostra, outras categorias.

[36] Ibid.
[37] HICKEY, E. **Serial Murderers and their Victims**. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

No estudo conduzido por Waiselfisz[38], o assassinato de negros é 3x maior que o assassinato de brancos no Brasil no ano de 2014, onde 10,6/100mil de brancos são mortos, ao passo que 27,4/100mil de negros são mortos. Dessa forma, no que se refere à etnia, pode ser verificado que a escolha das vítimas por parte dos assassinos em série não difere da escolha das vítimas por parte dos demais tipos de assassinos.

Ainda tratando do perfil das vítimas, na tabela 1, pode ser verificado que as vítimas solteiras compõem 56.9% da amostra, as vítimas em uma união estável, correspondem a 37.9% da amostra, sendo poucas vítimas casadas ou divorciadas oficialmente. Ainda não existem dados sobre a influência ou prevalência do estado civil das vítimas no processo de vitimização por homicídios, porém é possível inferir que a maioria das vítimas são solteiras devido ao fato de serem jovens.

Além disto, em razão dos indivíduos aqui apresentados não serem chefes de família, e assim, possuindo menos responsabilidade, era mais provável que eles se envolvessem em ações perigosas que os tornassem alvos de assassinos. Da mesma forma, os assassinos em série buscam atacar pessoas que ninguém irá sentir a falta, para que ele possa sair impune, tenha mais tempo para ficar com sua vítima ou planejar onde deixar o corpo da vítima após o crime, consequentemente, eles focarão em pessoas solitárias, sem muitos amigos, sem família ou relacionamento sério.

Quanto ao nível de escolaridade, 81.6% das vítimas possuíam ensino fundamental incompleto, 7.9% se encontravam com o ensino fundamental completo, 5.3% eram analfabetos, 2.6% possuíam ensino médio e 2.6% ensino superior, vide Tabela 1. Pode-se observar na mesma tabela que o nível de escolaridade reflete no grau de complexidade da profissão exercida pela vítima, pois 76.4% eram profissões de baixa complexidade (pintor, porteiro, servente de pedreiro, vendedor ambulante, etc.) e 23.6% de média complexidade (moto taxista, motorista, comerciante, etc.).

[38] WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2016: Homicídios por armas de fogo no Brasil**. Brasília: Flacso Brasil, 2016.

Variáveis	*Categorias*	*n*	*%*
Etnia	Branca	0	0
	Negra	0	0
	Parda	33	100
Estado Civil	Solteiro	33	56.9
	União estável	22	37.9
	Casado	2	3.4
	Divorciado	1	1.7
Escolaridade	Analfabeto	2	5.3
	Fundamental incompleto	31	81.6
	Fundamental completo	3	7.9
	Ensino médio	1	2.6
	Superior completo	1	2.6
Profissão	Baixa complexidade	43	76.4
	Média complexidade	13	23.6
	Alta complexidade	0	0

Tabela 1- Dados sociodemográficos das vítimas.

No que diz respeito à existência de uma relação entre ofensor e vítima anterior ao crime, em 81.1% dos casos o ofensor conhecia a vítima, enquanto em 18.9% dos casos, a vítima era desconhecida, assim como exposto no Gráfico 2. É importante ressaltar que a categorização efetuada nestes dados refere-se à relação afetiva, portanto, desconhecidos também englobam aquelas pessoas que o sujeito sabia quem era, porém não tinha nenhuma relação de afeto com ela, seja de amor, ódio, amizade, ou qualquer outra, sendo o caso, por exemplo, de um matador de aluguel que precisa conhecer e estudar sua vítima, porém não tem nenhuma relação com a mesma.

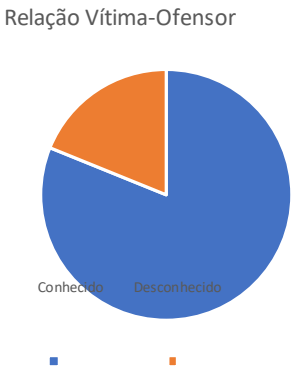


Gráfico 2 - Relação vítima-ofensor

Autores como Schechter[39] mostraram um pouco da evolução desta relação afetiva entre assassino em série e sua vítima. Ele afirma que os primeiros assassinos em série percorreram o caminho de atacar pessoas extremamente próximas, até aquelas desconhecidas. Eles atacavam pessoas próximas a si, como familiares, depois modificando esta atuação para assassinar indivíduos próximos, mas não tanto quanto a sua família, passando a matar os conhecidos mais distantes, e chegando no momento atual a matar desconhecidos. Este é um dos motivos que torna a captura de assassinos em série tão difícil, matam pessoas com as quais não possuem nenhuma relação afetiva, inviabilizando qualquer conexão que possa ser feita durante a investigação entre vítima e ofensor.

Entretanto, a presente pesquisa indica que a maioria dos assassinos em série ainda atua contra pessoas conhecidas, variando de familiares até conhecidos próximos. Hickey[40] afirma que as vítimas desconhecidas dos ofensores são, em geral, mulheres e crianças, o que pode explicar o fato desta pesquisa ter encontrado uma prevalência na existência de um relacionamento afetivo entre vítima-ofensor, pois em geral as vítimas eram homens.

No tocante à motivação do crime, pode ser observado no gráfico 3, que os homicídios foram motivados principalmente pelo tráfico de drogas (48.4%), dos quais 32.3% foram pela disputa por pontos de venda de drogas e 16.1% por acerto de contas por dívidas de drogas. Já

[39] SCHECHTER, H. *Serial Killers: Anatomia do Mal*. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.
[40] HICKEY, E. *Serial Murderers and their Victims*. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

37.1% dos casos foram motivados por vingança, sendo 25.8% por motivos expressivos (caracterizada pelo fato do homicídio ser o principal objetivo do evento) e 11.3% por motivos instrumentais (quando o homicídio é apenas um meio para se chegar ao verdadeiro objetivo, ou seja, o ganho material). Em 8.1% dos casos as vítimas não eram o alvo, sendo mortas por engano, enquanto 6.5% dos homicídios foram cometidos por motivos fúteis (fato de a vítima ter rido do homicida; discussão a respeito de bebida alcoólica e etc.).

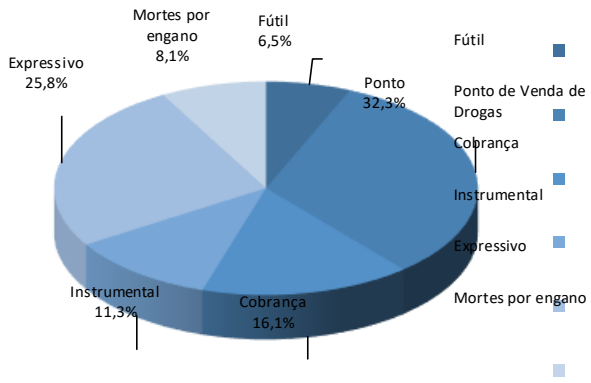


Gráfico 3 - Distribuição quanto à motivação do crime.

Estes resultados mostram que não é necessária uma motivação sádica-sexual para a definição de assassino em série, ao mesmo tempo que fica confirmada a influência do consumo e tráfico de drogas nos crimes de assassinatos em série. Há, portanto, uma forte discrepância entre os dados brasileiros e os dados norte-americanos, pois nestes últimos apenas 21% dos casos de assassinatos em série eram motivados por ganho monetário (similar à disputa por pontos de venda de droga e cobrança das dívidas), enquanto que apenas 9% dos assassinatos em série tinham motivações pessoais (fútil ou vingança expressiva), de forma que 52% dos assassinos em série tinham por motivação a sua satisfação sexual.[41]

Ao posicionar estes resultados nas tipologias da Vitimologia Forense pode ser verificado que na menor parte dos casos, as vítimas eram completamente inocentes, ou seja,

[41] MORTON, R.; TILLMAN, J.; GAINES, S. *Serial Murder: Pathways for Investigations*. Estados Unidos: Federal Bureau of Investigation, 2008.

não provocaram de maneira alguma a ação sobre si quando assassinada. Na presente amostra, podemos identificar vítimas completamente inocentes apenas em dois casos distintos: vítimas assassinadas por engano, já que não tiveram nenhuma culpabilidade ou responsabilidade pelo assassinato; e vítimas de assassinatos motivados por futilidade, tendo em vista que as vítimas não têm parcela de responsabilidade pela reação exagerada do assassino a uma situação desimportante.

Desta forma, na maioria dos casos, considerando a amostra da presente pesquisa, a vítima teve sim uma participação efetiva na provocação para o assassinato, pois nas motivações expressivas e instrumentais a vítima já havia sido responsável pela morte de alguém, sendo a retaliação uma resposta a tal provocação. Por outro lado, a provocação das vítimas nos casos de assassinatos motivados pela cobrança de dívidas de droga parece ser uma provocação mais moderada. No entanto, ao mesmo tempo em que dever dinheiro não é motivo provocador para assassinato, a vítima estava envolvida com o consumo de drogas, mostrando que tinha um estilo de vida de alto risco, sabendo das consequências que advém de dever a traficantes de drogas.

Por fim, há nitidamente um estilo de vida de alto risco naquelas vítimas assassinadas em disputas por pontos de vendas de droga, tendo em vista que elas sabiam da ilegalidade de seus atos, eram conhecedoras das disputas violentas por tais pontos de venda e, mesmo assim optaram, por continuar com tais comportamentos. Não se pode afirmar que elas provocaram diretamente seus algozes, mas certamente seu estilo de vida deixava clara a possibilidade de tal acontecimento.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo foi realizada uma análise vitimológica de assassinos em série, buscando estabelecer um perfil de escolha de vítimas por este tipo de criminoso. Para tanto, também foram comparados os dados aqui encontrados com os resultados de pesquisas nacionais e internacionais, especialmente dos Estados Unidos, por ser o país com o maior número de informações sobre o tema.

Na presente pesquisa foi verificado que o perfil das vítimas de assassinos em série não é tão diferente quanto se imagina ao comparar com vítimas de assassinos comuns, pois eles

matam, estatisticamente falando, o mesmo grupo populacional e pelos mesmos motivos que os demais assassinos de acordo com os dados de vitimização por homicídio no Brasil. Entretanto, os achados desta pesquisa apontam uma enorme diferença com relação aos perfis vitimológicos internacionais, onde os assassinos em série de outros países focam mulheres e crianças, desconhecidas, principalmente por motivação sádica-sexual.

Tendo isto em vista, percebemos que os assassinos em série brasileiros estão intrinsecamente envolvidos com drogas, portanto torna-se mais evidente a necessidade de desenvolver estratégias de combate ao uso e tráfico de drogas (serviços de inteligência, campanhas, atividades policiais e comunitárias) para que, dessa forma, possamos diminuir também os casos de assassinatos em série. Por outro lado, devido à proximidade dos perfis de vítimas de assassinos comuns e vítimas de assassinos em série, se faz necessária a utilização de outros métodos de investigação para que seja possível a identificação de qual tipo de criminoso está sendo investigado, comum ou em série.

Com esse primeiro olhar sobre a vítima do assassino em série, foi possível dar subsídio para futuras investidas no tema, porém ainda estamos longe do estado ideal, necessitando aprofundar o conhecimento sobre o tema na prática policial e científica do Brasil, para aumentar a eficácia das investigações policiais. Para tanto, são propostos alguns temas de pesquisa que poderão servir para dar continuidade aos estudos em vitimologia de assassinos em série: a) avaliar assassinos em série com motivações similares àqueles estudados nos EUA para identificar se a disparidade na seleção de vítimas permanece; b) avaliar a seleção de vítimas com modo de agir dos criminosos em busca de correlações; c) identificar as narrativas criminais dos assassinos em série envolvidos com drogas para identificar comportamentos criminais preditivos de acordo com a cena do crime; d) verificar atitudes protetivas que possam evitar novas vitimizações.

8. REFERÊNCIAS

BURGESS, A. W.; REGEHR, C.; ROBERTS, A. **Victimology: Theories and Applications**. Massachusetts: Jones and Bartlett Publishers, 2010.

CANTER, D. **Criminal Shadows: Inside the mind of the serial killer**. London: Harper Collins, 1994.

CLARKE, R.; FELSON, M. Introduction: Criminology, routine activity, and rational choice. In: CLARKE, R.; FELSON, M. (Org.). **Routine activity and rational choice: advances in criminological theory, Vol. 5**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993. p. 1-14.

DONELLY, A. The New American Hero: Dexter, Serial Killer for the Masses. **J Pop Cult**, v. 45, n. 1, p. 15 – 26, 2012.

DOUGLAS, J.; RESSLER, R.; BURGESS, A.; HARTMAN, C. Criminal Profiling From Crime Scene Analysis. **Behavioral Sciences & The Law**, v. 4, n. 4, p. 401-421, 1986.

HARE, R. **Sem Consciência: O Mundo Perturbador dos Psicopatas Que Vivem Entre Nós.** Porto Alegre: Artmed, 2012.

HENTIG, H. **The Criminal and His Victim: Studies in the Sociology of Crime**. New Haven: Yale University Press, 1948.

HICKEY, E. **Serial Murderers and their Victims**. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

HOLMES, R.; DEBURGUER, J. **Serial Murder.** California: SAGE Publications, 1998.

KONVALINA-SIMAS, T. **Profiling Criminal: introdução à análise comportamental no contexto investigativo.** Lisboa: Rei dos Livros, 2012.

MACDONALD, J. The threat to kill. **Am J Psychiatry**. v. 120, n. 2, p. 125–130, 1963.

MORTON, R.; TILLMAN, J.; GAINES, S. **Serial Murder: Pathways for Investigations.** Estados Unidos: Federal Bureau of Investigation, 2008.

MOURA, L.A. **Anticristos Superstars - O mito dos serial killers como anti-heróis numa sociedade de extremismos**. Mestrado. Universidade do Minho, 2016.

RESSLER, R.; SHACHTMAN, T. **Whoever Fights Monsters: My twenty years tracking serial killers for the FBI.** New York City: St. Martin's Paperbacks, 1992.

RESSLER, R.; BURGESS, A.; DOUGLAS, J. **Sexual Homicide Patterns and Motives.** New York City: Simon and Schuste, 1988.

SCHECHTER, H. **Serial Killers: Anatomia do Mal.** Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.

SENASP. **Pesquisa Nacional de Vitimização: Questionário SENASP**. Datafolha Instituto de Pesquisas, 2013.

TURVEY, B. **Forensic Victimology: Examining Violent Crime Victims in Investigative and Legal Contexts.** 2ª ed. London: Academic Press, 2013.

VELLASQUES, C.T. **O perfil criminal dos serial killers**. Bacharelado. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2008.

WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2016: Homicídios por armas de fogo no Brasil**. Brasília: Flacso Brasil, 2016.

O DELITO DE ESTUPRO DIANTE DAS TEORIAS FEMINISTAS DO DIREITO

THE CRIME OF RAPE IN THE FACE OF FEMINIST THEORIES OF LAW

RAUALI KIND MASCARENHAS
Universidade da Grande Dourados - Unigran - MS

Resumo: O conhecimento sobre o delito de estupro é um dos principais enfoques das teorias feministas do Direito que se destina a uma análise do sistema da justiça penal brasileira, essas teorias abrangem o discurso das decisões judiciais e outros fatores sociais que influenciam no julgamento desse delito. Nesse sentido, a objetificação sexual das mulheres, com a ideia de que elas estão à disposição dos homens sob a ótica da "cultura do estupro", não depende somente da aprovação de leis, mas sim de um enfrentamento educacional e cultural contra o machismo e a misoginia. Há que se discutir a influência do patriarcado nos casos de julgamentos envolvendo o crime de estupro. Disso se extrai a necessidade de se demonstrar a inter-relação discrepante entre a epistemologia feminista e o julgamento de casos do delito de estupro pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda, o Código Penal traz em seu artigo 59 um de rol circunstâncias judiciais que devem ser analisadas na fase da dosimetria da pena e na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, dentre os quais se destaca o comportamento da vítima. Assim, é imprescindível o estudo analógico de casos de estupro sob a perspectiva da influência do comportamento da vítima em face do teor da condenação.

Palavras-chave: Estupro; Objetificação Feminina; Teorias Feministas.

Abstract: Knowledge about the crime of rape is one of the main focuses of feminist theories of law that are aimed at an analysis of the Brazilian criminal justice system, which includes the discourse of judicial decisions and other social factors that influence the judgment of this crime before the Justice. In this sense, the sexual objectification of women, with the idea that they are disposing of men from a "rape culture" perspective, depends not only on the passage of laws, but on an educational and cultural confrontation against machismo and the misogyny. It is necessary to discuss the influence of the patriarchy in the cases of judgment of this crime in question. From this, the need to demonstrate the discrepant interrelationship between feminist epistemology and the trial of rape cases by STF is drawn. Moreover, the Criminal Code brings in its art.59, a role of judicial circumstances that must be analyzed before the trial of the crime of rape, such as the so-called behavior of the victim, thus, it is essential to study analogues of rape cases from the perspective of the influence of the victim's behavior in relation to the content of the conviction.

Keywords: Rape; Female Objectification; Feminist Theories.

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário jurídico nacional manifesta uma concepção patriarcalista dos crimes sexuais no país, que traz um enfoque relevante no julgamento dos casos de estupro. É frequente encontrar decisões judiciais em que o foco de discussão não é a violência sexual sofrida pela vítima (seja esta uma adolescente ou uma mulher adulta), mas o seu comportamento, sua "moral sexual". Nestes casos, o gênero feminino é submetido a uma dupla vitimização: A primeira é a agressão praticada pelo ofensor e a segunda decorre da forma como a vítima é tratada pelo próprio sistema de justiça. Em ambos os casos, existe um inaceitável vínculo entre formulação de leis penais sexistas e a produção de sentenças sexistas. Na dupla vitimização, a vítima é resultante da violência plurifacetada do sistema penal que reproduz a violência estrutural das relações capitalistas e patriarcais da nossa sociedade e os estereótipos que elas recriam no sistema penal principalmente na moral sexual masculina.

O Código Penal de 1940 traz, em seu artigo 59, um rol taxativo de circunstâncias judiciais que devem ser analisadas na primeira fase da dosimetria da pena quando do julgamento criminal e, dentro desse rol, destaca-se o chamado comportamento da vítima.

Assim, revela-se imprescindível um estudo de casos, com análise qualitativa, sobre julgamentos envolvendo o crime de estupro cometido em face de vítima mulher, de forma a verificar a incidência ou não da circunstância judicial do comportamento da vítima como fator influenciador de pena mais benéfica ao réu.

Ademais, não se pode olvidar o influxo da chamada cultura do estupro, tema extremamente delicado e que tem ganhado cada vez mais atenção do campo acadêmico, e a sua contribuição para a perpetuação dessa espécie delitiva, notadamente contra a mulher, em que se trata de considerar a figura do estuprador como doente ou mero produto da sociedade determinista que o fez assim.

O trabalho realizará, ainda, o estudo de casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal valendo-se das teorias feministas do Direito. Para isso, haverá demonstração de alguns posicionamentos sobre o tema influenciados pelas teorias feministas radical e pós-moderna. Posteriormente será analisado o julgamento do Habeas Corpus nº 73662 e do Recurso Extraordinário nº 418.376, ambos relatados pelo ministro Marco Aurélio de Melo, julgados em 21 de maio de 1996 e 09 de fevereiro de 2006, respectivamente.

2. CRIMES SEXUAIS: ANÁLISE HISTÓRICA SOB A PERSPECTIVA FEMINISTA

Inicialmente, propõe-se levantar alguns aspectos da tipificação do estupro a partir de uma análise feminista. Sucede que a própria conceituação dos crimes sexuais revela-se capaz de discriminar a mulher ao mesmo tempo em que favorece a sua (re)vitimização pelo sistema jurídico criminal.

A princípio, destaca-se a legislação brasileira, entre os anos de 2005 e 2009 algumas reformas legislativas foram feitas que acabaram por amenizar a concepção patriarcalista dos crimes sexuais no país que se tinha até então. Essas alterações provocadas no código penal foram, em muitos aspectos, influenciadas por reformas legislativas feitas por alguns países na Europa, na América do Norte e na Austrália, ainda nos anos de 1990. Constrangidos pelos movimentos feministas, pela produção abundante de estudos feministas nas faculdades de direito e institutos jurídicos, pela presença (mesmo que limitada) de mulheres na política e pela produção de tratados internacionais em defesa dos direitos humanos das mulheres, países como Alemanha, Espanha, Itália, Grécia, França, Austrália, Inglaterra, EUA e Canadá reformaram suas legislações penais, contraindo parte das reivindicações feministas acerca da formulação dos crimes sexuais[1].

No Brasil, a lei 11.106 revogou, no ano de 2005, alguns tipos penais, como a "Sedução" (art.217), o "Rapto violento ou mediante fraude" e o "Rapto consensual" (arts.219 e 220), para os quais era prevista uma causa de diminuição de pena na hipótese do autor contrair matrimônio com a vítima (art. 221). Também foi revogado o dispositivo que previa uma causa de aumento de pena (art. 226, III) caso o agressor fosse casado.

Tratava-se de uma descrição misógina dos crimes sexuais, pois as normas penais não objetivavam proteger a liberdade sexual da mulher, colocando a vítima em segundo plano e priorizando o deturpado conceito de "bons costumes", que inclusive grafava o título VI do Código Penal antes da reforma ora discutida. Os crimes sexuais visavam proteger uma moral sexista, que posicionava as mulheres em uma posição de submissão ao domínio masculino.

[1] Para uma análise feminista e comparativa dessas reformas, Cfr.Sabadell, 1999 *apud* SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. In: **Revista brasileira de Ciências Criminais,** 27, 1999, pp.80-102.

Eram normas que apenas protegiam o interesse masculino. Mas isso não foi de todo superado pois o próprio título VI – onde se inseriam os delitos sexuais –, permaneceu com a mesma denominação datada de 1940: "Dos crimes contra os costumes". Somente no ano de 2009 ocorreu uma nova reforma e a lei 12.015 alterou a formulação do Título VI, que passou a denominar-se "Dos Crimes contra a Dignidade Sexual".

Ainda que a cessação das referidas cláusulas de aumento e de diminuição de pena em 2005, em razão do casamento (ou de sua impossibilidade) do agressor com a vítima, alguns magistrados ainda continuaram a aplicar o revogado dispositivo, ainda que sem mencioná-lo, diante do princípio da ultratividade da lei penal. O matrimônio poderia tanto "autorizar" uma diminuição de pena ou até mesmo fundamentar uma sentença absolutória. Analisaremos no decorrer do estudo um Recurso Extraordinário sobre o tema, de relatoria do ministro Marco Aurélio de Melo, onde tal argumento foi empregado com a finalidade de convencer os demais ministros da necessária absolvição de um acusado de praticar pedofilia.

Com a reforma de 2005 retirou-se o termo "mulher honesta", elemento normativo indicativo de uma "qualidade moral" da vítima nos crimes de "Posse sexual mediante fraude" (art. 215) e "Atentado ao pudor mediante fraude" (art. 216) do CPB. Também neste caso, observou-se que essa revogação não provocou na eliminação (prática) de um juízo de valor negativo, pela magistratura, que incide sobre a formulação de sentença criminal na matéria de crimes sexuais.

Diante da análise, depara-se com indicativos de que a honestidade das mulheres integra ainda o juízo avaliativo da magistratura brasileira, já que o comportamento sexual das vítimas é critério frequentemente empregado para absolver réus de crimes sexuais, ainda quando as vítimas são crianças ou adolescentes[2].

Em 2009 ocorreu nova reforma e a lei 12.015 alterou a formulação do Título VI, que passou a denominar-se "Dos Crimes contra a Dignidade Sexual", situando-se o estupro no capítulo I, denominado "Dos crimes contra a liberdade sexual". Foi uma importante mudança já que as denominações dos capítulos refletem, em regra, os bens jurídicos tutelados pelo legislador. Assim, não mais há a tutela de um direito "coletivo" (a moral sexual), mas sim a de um bem jurídico individual, a liberdade sexual da pessoa, pois o crime lesiona o direito à liberdade do exercício da sexualidade.

[2] Cf. Barbosa;Borges, 2017.

De todas as maneiras, a maior parte das reformas (incluindo as realizadas no Brasil) não foram suficientes para superar a concepção patriarcal sobre os crimes sexuais. Para citar alguns exemplos, o código penal brasileiro (art. 213- ano 2009), colombiano (art. 205 de 2008), mexicano para o distrito federal (art. 174 de 2002), o código penal espanhol (art. 178 de 199525), o código penal francês (art. 222-23 de 1989) e peruano (art. 170 de 2006) determinaram insignificantes variações terminológicas, que o meio empregado pelo agente deve ser a grave ameaça ou violência. No caso do Código Penal Brasileiro, o verbo empregado é "constranger". Isso demonstra que o estupro, diante de uma perspectiva patriarcalista, deve ocorrer de duas formas: a vítima deve "opor" uma forte resistência contra o agressor, pois se ela não o faz, não se caracteriza a grave ameaça ou violência[3].

No ano de 2013 a desembargadora Bernadete Coutinho Freidrich (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) relatou um caso de estupro de uma adolescente de 14 anos a qual considerou que a violência e a ameaça empregada pelo acusado foram fracas (de acordo com os autos ele agarrou a vítima pela cintura, jogou-a em um matagal, ameaçou bater em sua cabeça – caso gritasse – e a imobilizou com seu corpo) e que a vítima poderia ter gritado, mas não o fez. Ainda, a vítima após se encontrar imobilizada, pediu ao agressor que ao menos usasse um preservativo. Os dados constantes do exame de corpo de delito (hematomas e escoriações no corpo, nas coxas e na genitália) foram considerados irrelevantes. A ausência de uma forte resistência por parte da vítima foi considerada suficiente para desfigurar a violência ou grave ameaça. Segundo a desembargadora a violência não "foi tamanha" ao ponto de "impedir a vítima de se desvencilhar de seu algoz"[4]. Os demais desembargadores seguiram o voto da relatora e o réu foi absolvido por unanimidade.

Diante disso, como se determinam as teorias do feminismo radical e do pós-estruturalismo em face do crime de estupro? As principais críticas se iniciam com as posições feministas radicais que inseriam o estupro no âmbito da dominação, questionando uma visão

[3] Sabadell, 1999.

[4] Apelação Crime número 7000521811955- Sexta Câmara Criminal- Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul. (publicado no DJ eletrônico 5242 em 20.01.2014). Disponível consulta online: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct:3.crr:496&partialfields=o:campina.o:das.o:miss%C3%B5es.(s:crime)&as_q=+&ulang=ptBR&ip=201.17.16.244&access=p&entqr=3&entqrm=0&q=+inmeta:ac%3DEstupro&_dnavs=inmeta:ac%3DEstupro#main_res_juris. O caso foi recentemente denunciado pela revista GALILEU, (pp.36-37) em matéria inédita na imprensa brasileira sobre decisões machistas dos tribunais brasileiros. Cfr. Galileu, edição 320, março, 2018.

puramente sexual. Catherine Mackinnon (1989) em "Rape: On coercion and consent" problematiza a visão legal de estupro, construída a partir de pressupostos masculinos.

3. TEORIA FEMINISTA RADICAL DO ESTUPRO

Para Catherine Mackinnon (1997) sob a ótica da teoria feminista radical do estupro, o corpo da mulher é uma propriedade cujo seu limite de violação não é concedido por ela, mas por um paradigma desigual em face da supremacia masculina, em que "o homem propõe e a mulher dispõem". O consentimento é uma forma de controle da mulher, em que lhe é atribuída a causa da iniciativa masculina e a negativa do prazer quando não consentindo. Assim, o grande desafio, é diferenciar o sexo do estupro[5]. Diante dessa dificuldade, os elementos culturais atuam na interpretação dos fatos pelo julgador.

Outro aspecto importante examinado por esta teoria é a figura do "estuprador" como alguém horrendo, com uma moral pervertida e desconhecido da vítima. Estudos afirmam o oposto, pois as mulheres são estupradas, na maioria das vezes, por homens conhecido, como familiares. Por essa teoria, a formulação do delito de estupro é estritamente masculina.

Para a autora "com força e sem consentimento", em uma ótica feminista, se demonstra redundante, vez que a força está presente justamente porque o consentimento está ausente, mas não para a sexualidade submetida a uma supremacia masculina.

Um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro desclassificou o delito de estupro consumado para tentado já que os acusados não percorreram, na opinião dos julgadores o "*iter ciminis* do seu intento criminoso", que só se concretizaria com a conjunção carnal.

> Por outro lado, a prova carreada aos autos evidencia que o delito de estupro restou tentado e não consumado. Ainda que se tenha como suficiente para a configuração do crime em questão a prática de qualquer ato libidinoso, abarcando as mais diversas condutas desde as mais graves, como penetração anal e vaginal, até condutas menos agressivas, como toques e carícias é necessário que o agente percorra todo o iter criminis do seu intento criminoso para que se reconheça como consumada a infração penal, o que não se verifica no presente caso[6].

[5] MacKinnon, 1989, p. 172.
[6] Decisão proferida nos autos do processo 0267010-21.2013.8.19.0001.

Neste caso, uma jovem foi sequestrada por três homens, o fato foi marcado pelo uso da violência, conforme se aduz do próprio acórdão, mas de acordo com o entendimento dos desembargadores – e posteriormente mantido pelo STJ – o fato da vítima ter fugido antes de uma eventual penetração fez com que o crime não fosse consumado[7].

A maior dificuldade é diferenciar o sexo do estupro, o sexo consentido do não consentido. Nesse sentido, é comum observar a (re)vitimação da ofendida, que tem sua vida privada investigada, ou forja-se um consentimento presumido, quando a vítima (antes da agressão sexual) pede uma carona ao agressor ou aceita um primeiro encontro em um bar. Outro aspecto importante analisado pelas feministas radicais é a "proliferação" da figura do "estuprador" como alguém monstruoso, com uma moral deturpada e desconhecido da vítima. Estudos revelam o oposto, em que as mulheres são estupradas, na maioria dos casos, por homens conhecidos (inclusive familiares).[8]

Para a Mackinnon, a construção conceitual do estuprador é a de um homem desconhecido que sabia do não consentimento da vítima e ainda assim prosseguiu com a ação. Assim, a mulher vítima deve, com risco da lesão de sua própria integridade corporal, resistir "ativamente". Os tribunais não adotam a perspectiva da vítima, ou seja, não tomam em consideração as típicas formas de reação de uma mulher frente a um agressor que, em regra geral, é mais forte que ela e, em todo caso, surpreende a vítima. Desta maneira, a intensidade das lesões corporais sofridas torna-se o indício principal da "resistência".

Neste sentido, a epistemologia feminista proposta pelas feministas radicais objetiva o significado do ato em face do ponto de vista da ofendida, na "experiência feminina", expressando a desigualdade existente entre homens e mulheres.

---

[7] "(...) em local ermo, escuro e com matagal, após desembarcarem com a vítima, puseram-lhe um fio, semelhante a uma linha de pesca, pressionando a região frontal de seu pescoço, jogaram-na no matagal e praticaram com a vítima ato libidinoso, consistente em acariciar seu corpo com fins lascivos. Durante a privação de liberdade, o denunciados (...) continuou a ofender a integridade física da vítima, com emprego de estilete, contando-lhe as pernas, os braços, as costas e sua bermuda, enquanto o denunciado (...) ofendia-lhe a integridade física desferindo chutes, ocasionando as múltiplas agressões as lesões corporais descritas no AECD de fls. 10/11, ainda a ser complementado. Concomitantemente às agressões à vítima, os denunciados faziam uso de substância entorpecente. Assim, aproveitando-se de um momento de distração dos denunciados, enquanto faziam uso da droga, a vítima conseguiu empreender fuga antes que consumassem a conjunção canal, tendo sido socorrida por um taxista que passava pelo local. (...)".

[8] Outra pesquisa do IPEA revela que "no geral, 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, o que indica que o principal inimigo está dentro de casa e que a violência nasce dentro dos lares". Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/estuprosno-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude Acesso em 25 fev. 2017

4. TEORIA FEMINISTA DO ESTUPRO PÓS-MODERNA

Em uma perspectiva pós-moderna a ontologia dos gêneros é criticada, pois não há uma essência feminina e outra masculina. O binarismo (homem/mulher) é um produto reificado de práticas discursivas difusas e múltiplas que resultam como regimes de produção/construção de poder, em que elementos definidores são o falocentrismo e a heterossexualidade compulsória.[9]

A naturalização das categorias é inscrita na linguagem por práticas performativas de gênero como forma de legitimação, que produzem e reproduzem significados socialmente estabelecidos. Sendo assim, Butler questiona a estabilidade da categoria "mulheres":

> (...) o sexo/gênero "não é um substantivo, mas também tampouco é um conjunto de atributos flutuantes, pois (...) seu efeito substantivo é performativamente produzido e imposto pelas práticas reguladoras de coerência de gênero". Esse questionamento é relevante para as teorias feministas porque ao desestabilizar a categoria de "sexo/gênero"[10]

A definição dessas identidades é ilusória dentro do paradigma pós-moderno. Essas identidades são pontos de identificação, feitos no interior dos discursos da cultura e da história. A ideia de identidade como origem/essência fora de uma linha ininterrupta dá lugar a ideia de cultura como posicionamento.

5. ANÁLISE DE CASOS

[9] A noção de performatividade para Butler pode ser descrita como: "(...) atos, gestos e desejo produzem o efeito de um núcleo ou substância interna, mas o produzem na superfície do corpo, por meio do jogo de ausências significantes, que sugerem, mas nunca revelam, o princípio organizador da identidade como causa. Esses atos, gestos e atuações, entendidos em termos gerais, são performativos, no sentido de que a essência ou identidade que por outro lado pretendem expressar são fabricações manufaturadas e sustentadas por signos corpóreos e outros meios discursivos. O fato de o corpo gênero ser marcado pelo performativo sugere que ele não tem status ontológico separado dos vários atos que constituem sua realidade". (BUTLER, 2003, p. 194).

[10] A tarefa dessa investigação é centrar-se – e descentrar-se – nessas instituições definidoras: o falocentrismo e a heterossexualidade compulsória. A genealogia toma como foco o gênero e a análise relacional por ele sugerida justamente porque o "feminino" já não parece mais uma noção estável, sendo seu significado tão problemático e errático quanto o de "mulher", e também porque ambos os termos ganham seu significado problemático apenas como termos relacionais. Além disso, já não é mais certo que a teoria feminista deva tentar resolver as questões da identidade primária para dar continuidade à tarefa política. Em vez disso, devemos nos perguntar: que possibilidades políticas são consequência de uma crítica radical das categorias de identidade? Que formas novas de política surgem quando a noção de identidade como base comum já não restringe o discurso sobre políticas feministas? E até que ponto o esforço para localizar uma identidade comum como fundamento para uma política feminista impede uma investigação radical sobre as construções e as normas políticas da própria identidade?", (Butler, 2003, p. 10).

5.1. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: *HABEAS CORPUS* Nº 73662 DE 1996

No Brasil o HC nº 73662 representou uma decisão paradigmática acerca do crime de estupro de vulnerável. Tratou-se de um pedido de soltura do condenado com base na alegação de que não estava consubstanciado o crime de estupro pelo qual foi acusado (art. 213 c/c o então vigente art. 224 do CP).

É importante ressaltar, inicialmente, que apenas com a lei 12.015 de 2009 o tipo penal "estupro de vulnerável" foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, revogando os dispositivos existentes sobre a violência presumida e adotando uma nova diretriz normativa capaz de configurar o estupro, quando praticado contra vulnerável, dispensando qualquer análise acerca de ter ou não havido violência contra a vítima. À época o Código Penal previa a presunção de violência em caso de vítima menor de 14 anos e a mulher como sujeito passivo (art. 213 c.c com art. 224, alínea a).

A presunção relativa adotada pelo STF no caso em análise, abriu margem para valorações e visões com incidência de estereótipos de gênero que convergem, em que muitas vezes denunciado por feministas no mundo todo: o julgamento da vítima e não do suposto autor do fato. Um exemplo deste tipo de julgamento é o HC 73662, de relatoria do ministro Marco Aurélio:

> ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência física e mental, de tratarse de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

O voto do ministro foi estruturado pela investigação moral da vítima, em que o depoimento "exsurge com inegável importância". De maneira geral, dois são os fatores apontados para a relativização: 1- o fato da vítima já ter mantido relações sexuais com o agressor, que pediu "gentilmente para que mantivesse conjunção carnal, que se recusara, de início, mas que cedera face às carícias" e 2- a promiscuidade da vítima, que mesmo com

pouca idade, já se comportava de forma "lasciva", pois a troca de carícias e beijos também já tinha sido realizada "com amigos do Paciente e outros rapazes".

Observa-se que o voto se vale da vida pessoal da vítima para justificar a atipicidade da conduta praticada pelo réu, como se o fato da vítima já ter mantido relações com o agressor em data pretérita ou de ter um "comportamento lascivo com muitos rapazes" a fizesse "menos vítima" do que uma "mulher honrada". Para o ministro, a reputação moral da vítima é mais reprovável do que o ilícito penal:

> "O quadro se revela estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. (...) Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir"[11]

Este é o voto declaradamente conservador que decide pelo "anacronismo" do Código Penal face aos tempos atuais, considerando a inexistência do ilícito penal, pois não houve, de acordo com o entendimento do ministro, um constrangimento ou grave ameaça para obtenção da relação sexual. Em seguida, por ser menor de 14 anos, o relator define como presunção relativa, perquirindo a vida pessoal da ofendida, que por "aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público[12]". Sendo relativa, ela é, então, excluída pelo julgador diante da "suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos[13]".

Nota-se no julgamento, que corria com votação de 3 votos pela absolvição e 2 para a condenação uma "questão de ordem" do ministro Neri da Silveira, então presidente, para que o julgamento, que acontecia na Segunda Turma, fosse enviado ao plenário da Corte devido à importância do caso.

O ministro Marco Aurélio então, diverge: "Isso gerará perplexidade, tendo em vista que o Impetrante e o meio acadêmico, em virtude da veiculação do caso pelos jornais, pelos

[11] HC 73662, STF, Serviço de Jurisprudência D.J. 20.09.96 ementário número 18422, p. 316.
[12] Ibdem. p. 318.
[13] Ibdem. p. 319.

periódicos, vêm acompanhando o julgamento com certa expectativa"[14]. Percebe-se pelos votos seguintes, divergentes e favoráveis, que se especula a possibilidade de erro de tipo ao comparar fotos da vítima como de outras meninas mais velhas do que ela e o dolo eventual do agente ao assumir o risco de produção do resultado[15].

Ainda, são acostados aos autos do processo um laudo psicológico somente da vítima, que é citado diversas vezes nos votos de alguns ministros[16]. O pedido de remessa ao plenário foi denegado pelo mesmo placar de três votos a dois, ficando vencidos o Presidente e o ministro Carlos Velloso. Insta ressaltar que à época do julgamento, como não havia mulheres compondo o Supremo Tribunal Federal, todos os votos foram proferidos somente por homens. O dissenso inicial da vítima é citado no voto do relator, porém, desconsiderado para fins de análise do delito.

O julgamento revela de modo geral dois elementos sobre o fato típico em discussão: o elemento volitivo do autor do fato e a moral da vítima. Desta maneira, a verdade jurídica é produzida como espelho da vontade do autor do fato, pois somente interessa o que o fato significou para ele. Em outras palavras, se ele não sabia que a vítima era menor ou se não sabia que ela não consentia, não há estupro. Se, para ele, o agressor não há estupro, também não há para a lei ou para a vítima. Essa passa a ser a única verdade produzida.

5.1.1. ABOLIÇÃO DA EXPRESSÃO "VIOLÊNCIA PRESUMIDA"

No dia 07.08.2009, foi sancionada a Lei n. 12.015, que reformulou o Título VI, da Parte Especial do Código Penal, que trata dos crimes sexuais. A nova lei trouxe relevantes modificações, criando novos crimes, modificando outros e extinguindo alguns deles. Ocorreu a criação do crime de estupro de vulnerável, com pena de reclusão de 8 a 15 anos, que se

[14] Ibdem. p. 339.
[15] "Não caberia, ademais em habeas corpus, pretender reapreciar as provas do feito criminal, em ordem a poder sustentar a tese de a menor possuir aparência de pessoa com mais de quatorze anos. À evidência, a fotografia de fls. 19, trazida com a inicial, nada prova, desde logo, por absoluta falta de identificação das seis meninas que nela são vistas e da data que corresponde". Ibdem. p. 347.
[16] "Não é menos certo que, no primeiro depoimento, informou que por medo, subiu na carona da moto do paciente, quando este determinou. Está, de outra parte, em uma rápida incursão pelos documentos, no "laudo psicológico", às fls. 83: "Seu comportamento é instável, com falta de perseverança nas atividades, reagindo de forma imatura às estimulações ambientais. Percebe-se também seu narcisismo e exibicionismo, com fantasias no campo sexual. (...) Encontra-se emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do ego". Ibdem. p. 353.

caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos (217-A, "caput"), ou com pessoa (de qualquer idade) que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento, ou não pode oferecer resistência (§ 1º).

Esse tipo penal é resultante da revogação do artigo 224 do Código Penal que previa as hipóteses de presunção de violência, agora transformadas em elementos do crime de estupro de vulnerável.

Como o artigo 217-A não contém em sua descrição típica o emprego de violência, doravante a menoridade da vítima passa a integrar o tipo penal, não cabendo qualquer discussão sobre a sua inocência em assuntos sexuais.

A revogação do artigo 224 do Código Penal, não alterou a situação dos réus que já foram processados e/ou condenados pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor mediante o emprego de violência presumida, pois as hipóteses elencadas no aludido dispositivo passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável (art. 217-A), com pena mais severa.

5.2. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 418.376

O segundo caso julgado pelo STF, de relatoria do ministro Marco Aurélio refere-se a uma menina de 9 anos de idade que, em razão das dificuldades financeiras da família, foi entregue pelos pais aos cuidados de uma tia. A menina foi estuprada rotineiramente e de forma violenta pelo tio, seu tutor, que a ameaçava para que não relatasse nada aos familiares. Logo após a primeira menstruação, com 11 anos, a vítima, que continuava sendo seviciada pelo ofensor, engravida. Em 2006, julgando um recurso extraordinário da ação penal sobre esses fatos, o Tribunal, por maioria, conheceu e negou o provimento ao recurso extraordinário, vencidos os senhores ministros Marco Aurélio (Relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que consideraram, conforme sugestão do relator, que o ofensor deveria ser absolvido, pois após a gravidez ambos passaram a viver em união estável.[17]

[17] **Recurso Extraordinário n. 418.376**, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 09.02.2006, Diário de Justiça, 23.03.2007.

Antes das alterações propostas pela lei 11.106 de 2005 o inciso VII do artigo 107 do Código Penal previa a extinção de punibilidade pelo casamento do agente com a vítima. À época do julgamento este dispositivo não estava mais em vigor, mas beneficiaria o réu, pois quando os crimes foram cometidos ainda vigorava. No Recurso Extraordinário, a defesa postulava a equiparação da união estável ao casamento com vistas ao mesmo benefício para o réu.

> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

Desconsiderando que a vítima era uma criança seviciada pelo agressor e também ignorando o direito vigente, o ministro afirma a possibilidade de uma "analogia *in bona partem*" no caso:

> Quanto ao confronto de valores, cumpre deliberar se o mais importante para o Estado é a preservação da família ou o remédio para a 'ferida social' – causada pelo insensato intercurso sexual – dada a idade da jovem (...). De minha parte, parto da premissa básica – ao Estado cumpre proteger o mais frágil nessa história: o filho que resultou dessa relação. Ainda, será a criança que arcará com as consequências de uma punição pífia, de objetivos no mínimo dúbios: a título de dar satisfação à sociedade, a título de exemplo, acaba-se de solapar a autoestima de uma criança, sobre cujos ombros recairá todo o peso da carga de preconceitos também enfrentada pelo pai 'estuprador' e pela mãe que, após a condenação, transmutar-se- á na companheira de um presidiário, transformado de trabalhador a mero pária, merecedor de todo o opróbio. A quem interessa tanto contrassenso?

A divergência ao voto do relator é inaugurada pelo ministro Joaquim Barbosa argumentando que somente o efetivo casamento, regularmente celebrado, tem o condão de extinguir a punibilidade. O posicionamento contrário ao voto do relator é seguido pelo ministro Eros Grau ao afirmar que uma "família que começa com violência contra uma menina de 9 anos e aparentemente prossegue com mais violência ainda, não é uma família da qual nasce a sociedade civil". O ministro Cezar Peluso acompanha a divergência com a justificativa de que uma criança de 9 anos não possui "consciência" e "discernimento" para avaliar a diferença entre um carinho afetivo e o erótico. Em outra parte do acórdão a seguinte discussão se estabelece no pleno:

> Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Pelo que percebi, o agente teria começado a bolinar a garota a partir dos 9 anos e chegou a consumar a relação quando tinha 11 anos. Há também a notícia, na sentença, de que ela própria dissera que antes já se entregara a outro homem. No entanto, isso está na sentença. Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Pode-se dar crédito ao que diz uma criança de 9, 10 anos de idade? Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – O culpado é sempre a vítima. Acabou a sedução. (...) Senhor Ministro Marco Aurélio – Realmente impressiona – 9 anos –, mas a realidade, principalmente nas classes de menor renda, é diversa daquela relativa às classes "AA".

Observa-se que o ministro relator Marco Aurélio traz à sua argumentação um fato relativo ao passado da vítima diverso do caso examinado – uma relação sexual com outro homem – para construir uma imagem de menina devassa ou imoral. Ao cabo, conclui, com uma visão classista, como se as crianças de classes mais baixas merecessem uma proteção legal diversa "daquelas relativas às classes AA".

Gilmar Mendes, seguindo a mesma linha divergente, apresenta uma "interpretação sistemática" do artigo 226 da Constituição e traz à baila o artigo 227, que versa sobre a responsabilidade do Estado de assegurar a proteção da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

> Por fim, destacamos a manifestação do relator na parte final do acórdão: Não há como colocar esta realidade em segundo plano. A vítima compõe o que se pode, no campo da generalização, denominar de família. Ou seja, o agente provê a subsistência não só da vítima como também do filho nascido, ou filha nascida, e mantém a união estável. Ocorreu, no ano passado, retrocesso normativo ao se alterar o Código Penal para expungir a extinção da punibilidade, em caso de estupro, tenho em vista o casamento. Indago: interessa à sociedade desfazer, a esta altura, considerado o fato preterido, a união estável existente, condenando o agente a cumprir pena em regime exclusivamente fechado, retirando-o do seio da família, inviabilizando o sustento da própria vítima e do filho nascido? A resposta, para mim, é negativa. Observo não a circunstância em que foi ocorrido o abuso, o estupro, mas o fato consoante a lei de regência, que deságua na extinção da punibilidade – a união estável.

Em ambos os casos, o elemento da culpabilidade é o que está em questão. O que o ato significa para quem o pratica, mas especialmente, o que significa para quem o julga? E quem o julga? Nos votos proferidos pelo ministro Marco Aurélio de Melo o ato não é reprovável e, portanto, há uma busca para que a culpabilidade seja excluída. Essa investigação ora se dá pela potencial consciência de ilicitude (a vítima tem compleição física de uma menina maior de 14 anos e, portanto, o agente foi levado ao erro de forma imprevisível) e ora se dá por justificativas morais que autorizam a flexibilizam a penalização. Em muitos casos, como os que analisamos aqui, essa interpretação se realiza através de valores morais hegemônicos em

uma sociedade patriarcal. A reflexão que faz o autor e a comunidade sobre o significado da conduta é, portanto, um olhar quase sempre masculino, que além de julgar a mulher-vítima, exclui a possibilidade de sua participação no processo.

6. O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL E A "CULTURA DO ESTUPRO"

O corpo feminino é representado como público, devido a constate e reificada exposição como objeto e produto estético, ou seja, reiteradamente vinculado ao desejo e posse. Segundo Engel (2017), "as consequências disso são diversas e se atualizam cotidianamente, inclusive fazendo com que seja possível e desejável para alguns assistir imagens e vídeos do estupro de uma menina, evidenciando seu corpo machucado, invadido e conquistado".

Essa convicção é resultante da mídia televisiva, redes sociais, músicas, publicidades, piadas, palavras e imagens que banalizam a violência contra as mulheres, ao mesmo tempo em que a tratam como objeto de prazer e sexo frágil. Nesse sentido, Marilene Kehdi (apud Guia Mundo em Foco: cultura do estupro, 2016), afirma que,

> [...] quando se vê uma mulher como objeto de uso, quando se duvida do que ela diz numa denúncia, ou coloca culpa nos trajes, no jeito de ser, no horário que está na rua, quando há impunidade, quando se expõe a mulher de forma vulgar, quando se tolera e deixa passar atos de violência contra a mulher, podemos sim pensar que existe uma cultura do estupro.

Como muito se observa em propagandas comerciais, como, por exemplo, a da Cerveja 100% Itaipava, a qual foi suspensa após denúncias, em que o Conselho Nacional de Autor regulamentação Publicitária (Conar) requereu que a empresa Itaipava retirasse um cartaz de circulação pois, segundo o órgão, há "apelo excessivo à sensualidade".

A propaganda faz parte da campanha "Itaipava 100%", que traz a bailarina Aline Riscado como a personagem "Verão", em que mostra a bailarina segurando uma cerveja com o número 350 ml escrito abaixo da bebida. Na outra mão, há uma garrafa com a mensagem 300 ml. Abaixo dos seios da moça, está escrito 600 ml e mensagem "Faça sua escolha".[18]

[18] https://exame.abril.com.br/marketing/conar-pede-suspensao-de-campanha-da-itaipava/

Sobre o tema, Jordão (2005), dispõe que "a indústria cultural, fruto do desenvolvimento capitalista, trouxe a mercantilização do erotismo e da sensualidade, utilizando o desejo e o sonho como principais ingredientes para obtenção do lucro", assim, "imagens eróticas e linguagem ambígua invadem todos os meios de comunicação de massa, e os anúncios publicitários são constituídos de ícones sexuais que apelam ao consumo".

Esses meios contribuem, de forma inevitável, para a hierarquização do gênero e naturalização da violência, nos quais a mulher e seu corpo não apenas passam a ser vistos como objetos de desejo, mas também como os responsáveis pelas condutas violentas contra elas praticadas, caso não se adequem aos padrões comportamentais considerados aceitáveis.

Segundo a ONU Brasil (2016), cultura do estupro é a expressão utilizada para "abordar as maneiras em que a sociedade culpa as vítimas de assédio sexual e normaliza o comportamento sexual violento dos homens", ou seja, "quando, em uma sociedade, a violência sexual é normalizada por meio da "culpabilidade" da vítima, isso significa que existe uma cultura do estupro".

Nesse sentido, entra em questionamento a superfluidade da circunstância judicial para a dosimetria da pena do condenado, prevista no artigo 59, *caput*, do Código Penal como "comportamento da vítima", *in verbi:*

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)

Com isso, compreende-se que o julgamento de um crime contra a liberdade sexual, com ênfase no crime de estupro, não é um espaço onde se reconhece a prática de uma violação e violência a liberdade sexual feminina, muito menos julga o homem culpado, mas sim "julgam-se simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa". Para a mulher, está em jogo a sua reputação sexual "que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina".[19]

[19] ANDRADE, Manoel Da Costa. **Temas de Direito Penal**, 2005.

Atualmente, mesmo após as alterações providas pela Lei nº 12.015/09, em que a alteração do objeto de proteção (deixou de ser costumes e passou a ser dignidade sexual) e a extinção nos textos da lei da expressão "mulher honesta", a logicidade da honestidade ainda parece permanecer, em que "a lógica da honestidade é tão consolidada que "os julgamentos de estupro, na prática, operam sub-repticiamente uma separação entre mulheres "honestas" e mulheres "não honestas". Somente as primeiras podem ser consideradas vítimas de estupro, apesar do texto legal" [20]

Quando em julgamento, como preleciona Andrade, a prova dos crimes sexuais depende na maioria das vezes, exclusivamente da palavra da vítima, e a veracidade do valor probante destas dependerá muito da reputação sexual da mesma. Ainda quando a palavra da vítima, como prova, "deva ser corroborada pelos demais elementos probatórios constantes dos autos" leva-se em consideração a história de vida da vítima, assim, o julgamento depende da reputação sexual dessa.

Em se tratando de vítimas crianças, não é diferente, pois as "gozam da mesma falta de credibilidade, embora por outro motivo: não são escutadas nem têm voz porque a tendência é não acreditar no que dizem ou desqualificar a sua versão dos fatos como fantasias infantis"

> [...] as mulheres estereotipadas como "desonestas" do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, como podem, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, ser convertidas de vítima em acusadas ou rés, num nível crescente de argumentação que inclui a possibilidade de ter, ela mesma, "consentido", "gostado" ou "tido prazer", "provocado", "forjado o estupro" ou "estuprado" o pretenso estuprador, especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador, pois correspondê-lo é condição fundamental para a condenação (ANDRADE, 2015).

Com isso conclui-se que o sistema penal apresenta promessas ineficientes para a desconstrução da violência sexual, uma vez que se perdura a cultura do estupro, em que não se julga os fatos, mas sim reproduz a discriminação contra a mulher.

Sobre o tema a ONU mulheres disserta "Nenhum argumento deve, em nenhuma instância, normalizar ou justificar atos bárbaros e criminosos como o estupro. Por tudo isso que é tão importante que todas as pessoas, homens e mulheres, entrem para esse movimento pelo fim da cultura do estupro".

---

[20] ANDRADE, Manoel Da Costa. **Temas de Direito Penal**, 2005

São 500 mil casos de estupro no Brasil por ano, segundo estimativa do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), órgão vinculado ao Governo Federal. Apenas 50 mil são denunciados, desses 70% das vítimas são crianças e adolescentes; 24% dos agressores são pais ou padrastos; 32%, amigos ou conhecidos.[21]

A "cultura do estupro" da sociedade em face do sistema penal demonstra as dificuldades que as vítimas de violência sexual enfrentam durante ação penal, retratando que também aqui são partes vulneráveis. Nesse sentido, segundo Larrauri "cada processo de notória publicidade no qual se afirma a inocência do réu reforça a imagem da mulher mentirosa e do pobre homem acusado. 'Em um sentido simbólico, cada processo de violação não condenado é uma vitória dos valores falocêntricos'.[22]

Nesse sentido, Campos e Carvalho apontam que violência de gênero, como assunto dos movimentos feministas, integra a "criminalidade tradicional", nas quais mesmo as políticas criminais de direito penal mínimo apontam como legítimas a sua criminalização:

> [...] os atos de violência contra as mulheres, em sua maioria, podem ser traduzidos no que o direito penal e a criminologia caracterizam como criminalidade tradicional, ou seja, tais condutas implicam danos concretos, praticados por e contra 'pessoas de carne e osso', em que são afetados bens jurídicos tangíveis, palpáveis, como vida, integridade física e liberdade sexual. Encontram-se, pois, no rol daquelas condutas que as políticas criminais alternativas – derivadas da criminologia crítica e atualmente identificadas como direito penal mínimo ou garantismo – entendem como lícita a criminalização. Conforme destaca Larrauri, são "bienes jurídicos tradicionales del derecho penal mínimo" (2011, p. 150)

Dessa forma, o apego ao sistema penal se demonstra justificável pelo receio de que, ao abdicar completamente dele, concorra, ainda mais, para a naturalização da violência de gênero e a legitimação e reforço da cultura do estupro, que culpabiliza as vítimas pela violência sofrida.

[21] http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21849.
[22] 1996, p.19, apud SMART.

7. CONCLUSÃO

O atual sistema jurídico penal manifesta uma concepção patriarcalista no julgamento dos crimes de estupro em que em suas decisões judiciais o foco da discussão não é a violência sexual sofrida pela vítima, mas o seu comportamento, a sua "moral sexual". Nesse estudo foi demonstrado casos paradigmáticos do STF em que se demonstra o predomínio de princípios masculinos nas relações de poder, o qual se exerce por meio de controle social que marginalizam e oprimem as mulheres.

Ainda, salientou-se a cultura do estupro, compreendida como um conjunto de crenças que justificam a violência sexual contra a mulher, em que se faz presente na sociedade, no seio familiar, nas mídias sociais e instituições, sendo reproduzida várias vezes de forma automática, resultando na naturalização da violência e de certos conceitos sexistas, bem como no silenciamento das vítimas e todos considerados vulneráveis socialmente.

Diante disso, fica evidente que a cultura estupro, a mídias sociais, os princípios patriarcais familiares, os estereótipos e a sociedade sexista contribuem de maneira ardil, tanto na produção de normas penais que buscam tutelar a dignidade sexual, bem como nos julgamentos do delito de estupro.

Assim, indaga-se, mas qual mecanismo a ser tomado a fim de abolir esse problema social? Primordialmente se faz necessário na educação das crianças em seu próprio seio familiar, em seus princípios familiares, trazendo uma criação mais intelectual, com sororidade e equidade entre ambos; após, deve-se buscar uma autorreflexão do próprio individuo em meio a sociedade a fim de não consentir mais com essa cultura sexista, erradicando com os meios que a impulsionam; por fim cabe ao poder público adotar medidas e critérios não mais misogínicas.

Dessa forma, este estudou objetivou a análise de um caso de estupro a luz das teorias feministas, em que a primeira sendo a teoria radical expõe a desigualdade entre mulheres e homens e busca o significado da prática do ato em face do ponto de vista da ofendida. A segunda, teoria pós-estruturalista busca uma visão que não engesse os gêneros como a identificação da mulher como vulnerável e do homem como potencial estuprador, objetivando sempre uma análise mais contingencial.

8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. **Criminologia feminista e direito penal patriarcal: um estudo das manifestações da" cultura do estupro" no sistema penal.** 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis**, p. 71-102, jan. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>. Acesso em: 21 out. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.5007/%x.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 17, n. 33, 1996.

BRASIL, ONU. **Por que falamos de cultura do estupro.** Publicado em 31/05/2016. Disponível em:< https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/>.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=102343. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. **HC 73662, STF**, Serviço de Jurisprudência D.J. 20.09.96 ementário número 18422, p. 316.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=10/08/2009. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 418.376**. Relator Ministro Marco Aurélio; julgamento 09.02.2006, Diário de Justiça, 23.03.2007.

CAMPOS, Andrea Almeida. A cultura do estupro como método perverso de controle nas sociedades patriarcais. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 16, n. 183, p. 01-13, 2016.

FERNANDES, Maíra Cristina Corrêa. A tutela penal patriarcal: por que a criminalização do feminicídio não é uma conquista para o feminismo?. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 131-149, 2015.

FOUCAULT, Michel. The History of Sexuality: An Introduction. Vol. 1.: Random House: New York, 1978. Apud PAIVA, Lívia de Meira Lima; SABADELL, Ana Lucia. O crime de

estupro à luz da epistemologia feminista: um estudo de casos no stf. **Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, n. 4, p. 110-155, 2018.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado –** 11.ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2017.

LARRAURI, Elena. La Mujer ante el Derecho Penal. In: **Revista Ciencias Penales**, n. 11, Costa Rica, 1996.

MACKINNON, Catharine. Rape: On coercion and consent. **Writing on the body: Female embodiment and feminist theory**, 1997.

MARDOROSSIAN, Carine M. Toward a new feminist theory of rape. **Journal of Women in Culture and Society,** v. 27, n. 3, p. 743-775, 2002.

MARTINS, José Renato. O delito de estupro no código penal brasileiro: questões controvertidas em face dos princípios constitucionais e a proposta desse delito no novo código penal. **Revista eletrônica da faculdade de direito de franca**, v. 10, n. 1, p. 93-142, 2016.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 26. ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAIVA, Lívia de Meira Lima; SABADELL, Ana Lucia. O crime de estupro à luz da epistemologia feminista: um estudo de casos no STF. **Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, n. 4, p. 110-155, 2018.

SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. In**: Revista brasileira de Ciências Criminais**, 27, 1999, pp.80-102.

SALGADO, Carmona, C. **Delitos contra la libertad sexual** (1). In: Cobo Del Rosal, M. (dir.). Curso de Derecho Penal espanhol, P.E., l, p.303, 1996.

SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Estudos Feministas**, v. 25, n. 1, p. 9-29, 2017.

TAVARES, Ligia Maria Ladeira; LOIS, Cecília Caballero. Anotações sobre a teoria feminista do direito de Catharine MacKinnon. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, v. 2, n. 2, p. 151-170, 2016.

WEILER, Ana Luísa Dessoy. **Cultura do estupro, violência sexual e sistema jurídico penal**. 2018.

RENDA BÁSICA DE CIDADANIA E O ABOLICIONISMO PENAL: REFLEXOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA RENDA BÁSICA UNIVERSAL NO SISTEMA PUNITIVO ESTATAL

BASIC INCOME OF CITIZENSHIP AND CRIMINAL ABOLITIONISM: Reflections of the implementation of a universal basic income in the state punitive system

EDSON GABRIEL SOUZA ZAMBA
Defensor Público do Estado do Maranhão e
mestrando do Programa de Políticas Públicas e
Direitos Humanos da UFRJ.

Resumo: Este trabalho busca analisar os possíveis reflexos da implementação da Renda Básica da Cidadania no Sistema Punitivo Estatal. Seja em relação a prevenção de atos classificados como crime, seja na repressão de tais atos, nos limites do capitalismo e para além dele. O debate sobre a implementação de uma renda básica universal ganha destaque no momento no qual o capitalismo passa por uma crise estrutural. A competição entre os capitalistas conduz a substituição da força de trabalho humana pela mecanização e automação. Eleva-se, dessa forma, o desemprego, na mesma medida em que se diminui o número de potenciais consumidores. A ideia de uma renda básica universal encontra eco em diversos países, dividindo opiniões. A partir de uma pesquisa bibliográfica, centrada na criminologia crítica, buscar-se-á, utilizando o método hipotético-dedutivo, analisar os reflexos da implementação da Renda Básica de Cidadania, no Sistema Punitivo Estatal. A conclusão é que a implementação da Renda Básica de Cidadania levará a redução consecutiva na prática de atos classificados como crime. Verifica-se, ainda, que há depender de mudanças legislativas, pode-se modificar, também, a forma de cumprimento de penas e a repressão estatal.

Palavras-chave: Abolicionismo Penal. Renda Básica de Cidadania. Opressão. Criminologia Crítica

Abstract: This work searches the possible reflects of the implementation of a citizenship basic income at the State Punitive System. Even related to the prevention of actions classified as a crime, even in repression of this acts. The debate about the implementation of a universal basic income gain a highlight in the moment when the capitalism goes through a structural crisis. The competition among the capitalists leads the human workforce replacement for the mechanization and automation. Therefore, increases the unemployment, in the same way that decreases the number of potential consumers. The idea of a universal basic income divides the opnions. One of the

arguments presented for the implementation of the citzenship basic income is the consecutive decrease in the practice of acts classified as a crime. Verify that, depending on legislative change, may be modified, also, the way of penalty compliance and the state repression. Searching, therefore, to point concrete and feasible actions that can assist the end of prisons and all types of punishment.

Keywords: Penal abolitionism. Citizenship basic income. Oppression. Criminology. Criticism.

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre uma renda mínima universal, paga indiscriminadamente a todas as pessoas de uma determinada localidade, ganha destaque no ambiente público e acadêmico. Diferentemente do *espectro* do comunismo que rondou a Europa no século XIX, a ideia de uma renda mínima distribuída a todos, possui adeptos e críticos tanto a esquerda como a direita no campo político[1].

No Brasil, o termo Renda Básica de Cidadania é a expressão utilizada pela lei, lei No 10.835 de 2004, para designar o benefício pago de forma incondicional a todos os habitantes de determinado local, independentemente de sua condição socioeconômica. A implementação da renda básica de cidadania no Brasil, ainda depende de ato do executivo. Também chamado de Renda Básica Universal e Renda Mínima Universal, a proposta encontra-se em debate por todo o planeta.[2]

O aparelho repressivo estatal se impõe, principalmente, contra os miseráveis. O encarceramento se acentua sob égide neoliberal. Cria-se um senso comum penal, ancorado no slogan "Tolerância Zero".[3] O encarceramento em massa é uma das consequências das modificações no mercado de trabalho, instrumentalizadas por esse senso comum penal.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo como metodologia de abordagem. O trabalho se desenvolverá a partir da hipótese de que a implementação da Renda Básica de Cidadania é um instrumental útil para o fim das prisões e do Direito Penal. Para tanto, a

1 BOOTH, Adam. **Renda Básica Universal: sonho utópico ou pesadelo libertário?**, 2017. Disponível em: https://www.marxismo.org.br/content/renda-basica-universal-sonho-utopico-ou-pesadelo-libertario/ . Acesso em: 17 mar. 2019.
2 SUPLICY, Eduardo Matarazzo, **Renda de Cidadania: A saída é pela porta**, 7.ed. SÃO PAULO: [s.n.], 2013, p. 138.
3 WACQUANT, Loic, **As Prisões da Miséria**, 2ª ed. RIO DE JANEIRO: Zahar, 2011, p. 37.

técnica de pesquisa utilizada possui base bibliográfica, com consulta a livros, dissertações/teses, legislação, artigos e revistas especializadas e sítios públicos na rede mundial de computadores.

2. RENDA BÁSICA DE CIDADANIA

Segundo Philippe Van Parijs: "Renda básica é uma renda paga por uma comunidade política a todos os seus membros individualmente, independentemente de sua situação financeira ou exigência de trabalho"[4]. O debate sobre a criação da Renda Básica de Cidadania ganha força devido a evolução tecnológica. Com o incremento da automação e robotização no mundo, principalmente nos países desenvolvidos, o desemprego estrutural é crescente.

Há quem entenda que o trabalho, apesar de suas metamorfoses, continuará como imprescindível na sociedade contemporânea[5]. De outro lado, Ivanis Varafoukis, ex-Ministro da Fazenda da Grécia, vai além, e indica que a Inteligência Artificial pode chegar a um estágio, onde o trabalho não se torne necessário.[6] No mesmo sentido caminham Nick Srnicek e Alex Williams, quando vislumbram uma sociedade pós-capitalista com automação total, desemprego pleno e renda básica[7].

A concorrência entre os capitalistas conduz ao investimento em máquinas que possam reduzir o custo de produção da mercadoria. Todavia, só o trabalho humano produz valor. Essa contradição capitalista, nas últimas décadas, foi contornada pela financeirização das sociedades empresárias. A crise iniciada em 2008 parece mostrar que o capital fictício encontrou um limite no fornecimento de lucros crescentes para as empresa[8].

Dentro da crise estrutural do capitalismo uma fração da classe burguesa mais vinculada a tecnologia, adere ao pensamento de uma renda mínima universal. Como Pierre

[4] VAN PARIJS, Philippe, Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI?. **Estudos Avançados**, v. 14, n. 40, p. 179–210, 2000, p. 179.
[5] ANTUNES, Ricardo, **Adeus ao Trabalho**, 11 ed. Campinas, SP: Cortez, 2006, p. 83.
[6] VARAFOUKIS, Yvanis, **Conversando sobre economia com a minha filha**, 1ª ed. SÃO PAULO: Planeta, 2015, p. 117.
[7] SRNICEK, Nick e Williams; ALEX, **Inventing the future - Postcapitalism and a World Without Work**, 1 ed. London: Verso, 2015. Disponível em: http://openaccess.city.ac.uk/16935/1/SRNICEK%20and%20Williams%20(2015)%20'Inventing%20the%20Future'.pdf . Acesso em: 17 mar. 2019.
[8] HARVEY, David. O Enigma Do Capital, São Paulo: **Boitempo,** 2011, p. 185.

Omidyar fundador da Ebay. Omidyar doou U$ 500.000,00 (quinhentos mil doláres) para testar a renda mínima universal no Quênia.[9] Longe de ser um ato isolado, parcela do empresariado já percebe que a automação e robotização coloca o capitalismo em uma encruzilhada.[10]

Rutger Bregman, ao defender a renda básica de cidadania para superar o que ele chamou de segunda era das máquinas, chama a Renda Básica de um "caminho capitalista para o comunismo".[11] Afirma, ainda, que em uma indústria totalmente automatizada não são pagos salários, não há, portanto, consumidores.[12]

Se concentrando apenas no consumo e esquecendo a produção, comete o grande equívoco de reduzir o sistema capitalista ao consumo. Essa fração da classe capitalista está disposta a perder o exército industrial de reserva para conservar consumidores. Entretanto, há de se verificar que o problema para o capitalismo não se resume a ausência de consumidores. A força de trabalho é o único fator de produção que não transfere integralmente seu dispêndio para a mercadoria. É dizer, "a força de trabalho possui uma qualidade única, um traço que a distingue de todas as outras mercadorias: ela cria valor".[13]

A redução da pessoa a um consumidor é uma ideologia, no sentido de que funciona como um sistema de ideias que falseia a realidade. Essa ideologia é útil ao capitalismo, pois minimiza as crises de subconsumo e controla a classe trabalhadora que ao consumir se percebe inserida na sociedade capitalista. Apesar de as pessoas não se resumirem a consumidores, não se trata aqui de negar a necessidade material. Contudo, influenciados ou amparados por essa falsa ideia da realidade, os empresários supracitados esperam que a crise estrutural do capitalismo se resolva pela implementação de uma renda mínima universal.

A semelhança dos déspotas esclarecidos, reis absolutistas que adotaram algumas ideias iluministas no Século XVIII, em um esforço de modernizar o Estado, assim também se apresentam os empresários dos ramos de alta tecnologia que tentam manter seu poderio

[9] ESCUDEIRO, Leo, **Fundador do eBay doa meio milhão de dólares para teste de renda básica universal**, disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/fundador-do-ebay-renda-basica-universal/>, acesso em: 17 mar. 2019.
[10] PEYSER, Eve, **Elon Musk acha que precisaremos de renda básica universal num futuro sem trabalho**, disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/elon-musk-renda-basica/>, acesso em: 17 mar. 2019.
[11] BREGMAN, Rutger, **Utopia para realistas**, 1ª ed. RIO DE JANEIRO: [s.n.], 2018, p. 36.
[12] BREGMAN, **Utopia para realistas**. p.36
[13] NETO, José Paulo, **Economia Política: uma introdução crítica**, 8ª ed. SÃO PAULO: Cortez, 2012, p. 113.

econômico. Adotam, dessa maneira, a Renda Básica de Cidadania, a fim de evitar o colapso total do capitalismo.

Quanto maior for a Renda Básica de Cidadania, maiores serão as dificuldades do Capital para continuar a extrair mais-valia da classe trabalhadora. Seja pelo efeito do aumento dos salários, seja pela possibilidade que o trabalhador terá de obter, por outros meios, renda.

A destrutividade do capital, por outro lado, pode conduzir a guerra. Devido ao invento das armas de destruição em massa, a Guerra Total tem como ônus a destruição da vida humana. Dessa maneira, germinam pelo Globo guerras de uma escala mais limitada. Com a crise estrutural do capital, atinge-se o limite da Guerra, também [14].

Quando Marx, ao criticar o Programa de Gotha, descreve a busca da construção de uma sociedade que proporcione "*de cada um segundo suas capacidades, [assegurando] a cada um segundo suas necessidades"*[15], deduz a se cogitar uma renda básica de cidadania, até porque todo o ser humano possui uma necessidade mínima. A renda básica de cidadania é insuficiente para a transformação da sociedade. Deve-se verificar, contudo, que a implementação de uma renda básica de cidadania é capaz de gerar uma fissura no *"estreito horizonte jurídico burguês".*

O Programa Bolsa-Família, criado no Brasil durante o primeiro Governo Lula, tem origem na ideia da Renda Básica de Cidadania. O Bolsa família unificou em 2003 o Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás. [16]

A implementação da Renda Básica da Cidadania conduziria a redução da pobreza, como aponta a Universidade de Manchester no livro Just Give Money to the poor (Apenas dê dinheiro aos Pobres). Avaliou-se, também, que as famílias fazem bom uso do dinheiro, há benefícios de longo prazo para a renda, saúde e receita em impostos, além do custo menor que o Renda Básica de Cidadania tem em relação a outros programas sociais.[17]

Em Mincome, Canadá, foi realizada uma experiência de Renda Básica de Cidadania em março de 1973. Por dissenso político, os resultados da experiência quase foram perdidos. Apenas em 2004, Evelyn Forget conseguiu analisar os dados obtidos. Forget submeteu os

[14] MÉSZAROS, István, **A montanha que devemos conquistar: Reflexões acerca do Estado**, 1ª ed. [s.l.]: BOITEMPO, 2015, p. 106.
[15] MARX, Karl. **Crítica Do Programa De Gotha**, 1ª ED. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2012, p. 33.
[16] SUPLICY, Eduardo Matarazzo, **Renda de Cidadania: A saída é pela porta,** p. 19.
[17] BREGMAN, Rutger, **Utopia para realistas**, p. 34.

dados aos diversos modos de análise estatística. Concluiu que o desempenho escolar melhorou, mensurando, principalmente, o tempo de estudo e o tempo para a conclusão do estudo.[18]

3. O ABOLICIONISMO PENAL

O Sistema Punitivo Estatal no século XXI está concentrado no encarceramento[19]. As prisões servem, na maioria das vezes, para gerir a miséria causada por um sistema que privilegia o lucro em detrimento do bem-estar dos indivíduos.

Em alguns países - como na Palestina - também se verifica, contemporaneamente, a existência de um Necropoder. Um poder sobre a morte, com a formação de milícias, existência de territórios com pouca comunicação entre si, atuação das forças estatais de forma intimidatória, com a utilização de máquinas de guerra terrestres e aéreas, tendo como instrumento principal para o exercício do poder, a morte de indivíduos pertencentes a determinados grupos[20].

O *exército Industrial de reserva* não aceita passivamente a ausência de condições mínimas de vida. As reações individuais surgem contra a desigualdade de forma anacrônica. Logo, o Estado classifica como crime, os atos dos mais pobres que afrontam a lógica do sistema capitalista.

Como já citava Engels ao descrever a situação da classe operária na Inglaterra enfatiza: "A maioria dos crimes, como em todos os países civilizados, constituem-na delitos contra a propriedade – a necessidade, portanto, é a sua causa, porque não se rouba aquilo que se possui"[21].

O abolicionismo penal surge com a proposta do fim de todas as prisões, bem como de todo o Direito Penal e da ideologia punitivista. Não se pode, entretanto, encarar de forma

[18] BREGMAN, Rutger, **Utopia para realistas**, p. 34.
[19] FOUCAULT, MICHEL, **Vigiar e Punir**, 20ª. PETRÓPOLIS: VOZES, 1987, p. 134.
[20] MBEMBE, Achille, Necropolítica, **Arte & Ensaios**, v. 2, n. 32, p. 122–151, 2017.
[21] ENGELS, FRIEDRICH. A situação da classe trabalhadora na inglaterra, 1ª. SÃO PAULO: **BOITEMPO**, 2010, p. 169.

única todos os pensadores que se debruçam sobre o abolicionismo penal[22]. Classificam-se os abolicionismos, considerando como elemento distintivo a trajetória para a Abolição de todas as penas. Nessa classificação, seriam possíveis duas classificações de Abolicionismo: o Abolicionismo de itinerário, no qual se predetermina um caminho possível para a abolição de todas as penas; e o Abolicionismo processo que se determina pela prática libertária cotidiana[23]. Adere-se ao Abolicionismo Penal Marxista e de itinerário. Planeja-se, portanto, um percurso possível, porém modificável a depender da conjuntura, para o fim de todas as prisões e punições. Apesar da imprevisibilidade do futuro, é preciso traçar um itinerário provável para a abolição de todas as penas. Nesse sentido, se aplica a lição milenar de Sun-Tzu *"*Com numerosos cálculos, pode-se obter a vitória. Teme quando os cálculos forem escassos. E quão poucas chances de vencer tem aquele que nunca calcula!".[24]

A prisão se apresenta como a solução para a violência e a criminalidade. Mero engodo. Os defensores do encarceramento afirmam que a prisão previne a prática de delitos e tem como objetivo ressocializar a pessoa que foi encarcerada. Além de, supostamente, evitar que o encarcerado cometa mais atos classificados como crimes. A prisão não consegue reabilitar a pessoa que foi encarcerada, afinal como ensinar alguém a viver em sociedade retirando-a do convívio social? Não é possível. Uma grande gama de estudos empíricos revela que a prisão não se mostra efetiva no que concerne a reabilitação do indivíduo.[25]

A prisão não consegue prevenir crimes pelo medo que o indivíduo teria de ser preso. Primeiro, porque a condição miserável que a maioria dos indivíduos que são presos vivem, é degradante, logo o ambiente degradante da prisão não impõe medo. Depois, se o indivíduo não possui medo de morrer em um eventual confronto com as forças de segurança, ou quadrilha rival, não é a prisão que lhe causará medo. Estudos empíricos demonstram que o medo da prisão não afeta os potenciais atingidos pelo direito penal, isto é, sobre aqueles que deveriam temer, o direito penal não causa medo.[26]

---

[22] ANGOTTI, Bruna, Breves notas sobre o abolicionismo penal, **Revista Dos Tribunais Online**, v. 80, p. 1–17, 2009.
[23] PASSETI, Edson, A atualidade do abolicionismo penal, *in*: PASSETTI, Edson (Org.), **Curso Livre de Abolicionismo Penal**, 2ª Edição. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2012, p. 27.
[24] TZU, Sun, **A arte da guerra**, Porto Alegre: Cassal, Sueli Barros, 2006, p. 15.
[25] MATHIESEN, Thomas**. A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível**?, 2003, v. 4, p. 80–111, 2003, p. 91.
[26] MATHIESEN, Thomas, **A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível**?, 2003, v. 4, p. 80–111, 2003, p. 91.

A prisão é cara. É necessário construir um estabelecimento prisional, manter a estrutura física, fornecer alimentação, vestuário aos custodiados e pessoal para segurança, limpeza e serviços administrativos. Aponta estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento, "O encarceramento é custoso e, em comparação com outras políticas, não apresenta uma boa relação entre custo e benefício quanto se trata do combate ao crime".[27] A prisão não incapacita, ainda que temporariamente, o indivíduo de praticar atos classificados como crime. A prisão não é solitária, então o indivíduo pode praticar novos atos classificados como criminosos em desfavor dos demais presos. Se pensarmos nos presídios de segurança supermáxima nos Estados Unidos da América, ou no Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, em que alguns presos são submetidos ao isolamento, a questão também não se resolve. Nas democracias burguesas é garantido o direito a visitação, onde o indivíduo pode ordenar a prática de crimes, enviar informações e atentar contra a integridade física do visitante. A prisão é irracional porque transforma o indivíduo, deixando-o mais perigoso [28].

A prisão cria o criminoso. Organiza a criminalidade. Conduz os indivíduos que foram submetidos ao cárcere para uma nova prática criminosa direcionada. Apesar de não tratar diretamente do fim das prisões, a obra de Foucault é de grande valia para a construção de uma sociedade sem prisões e punições [29]

Ângela Davis aponta a dificuldade que se tem em imaginar um mundo sem prisões. As prisões estão presentes no imaginário coletivo. Imagem que é reforçada nas artes, no cinema, no teatro, na literatura. Todo um conjunto de obras que reforçam a imagem da prisão. [30]

O crime, contudo, não existe. O que existe são atos. Os atos são classificados em bons, ruins, apropriados, inapropriados, crime, fato atípico. O crime é, portanto, apenas uma classificação para o ato[31]. Sendo assim, é perfeitamente possível deixar de classificar os atos como crimes.

O crime não é atemporal. Ao reverso, está inserido historicamente e socialmente dentro de uma realidade. Os atos que no passado eram considerados crimes, logo deixam de ser considerados crimes pela lei. Na França, por exemplo, até a década de 70 do século passado o

[27] JAITMAN, Laura. **Os custos do crime e da violência**, 2017, p. 40.
[28] MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI — abolição, um sonho impossível?,** v. 4, p. 80–111, 2003.
[29] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 20ª. Petrópolis: VOZES, 1987, p. 299.
[30] DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**, 1ª ed. RIO DE JANEIRO: Diefel, 2018, p. 20.
[31] NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**, RIO DE JANEIRO: REVAN, 2011, p. 10.

adultério era considerado crime, hoje já não é mais. [32] Da mesma forma a lei brasileira que em 2005 pela Lei 11.106, descriminalizou a conduta de Adultério. A pergunta que surge quando se indica a ineficiência da prisão é: O que fazer então? A Renda Básica de Cidadania, acompanhado de outras medidas, podem colaborar para o fim das prisões e do sistema punitivo estatal, sem o fortalecimento de um Direito Penal Subterrâneo não-oficial.

O encarceramento está relacionado a demanda por força de trabalho. Quanto maior é a necessidade que a sociedade capitalista possui por trabalhadores que possam vender sua força de trabalho, menor é o encarceramento e mais educativo é o cárcere.[33] A ausência de trabalho, com uma renda mínima e suficiente para todos, pode nos conduzir ao fim das prisões, já que as penas são umbilicalmente ligadas a produção. Se não há necessidade de tornar corpos dóceis para o trabalho, a prisão perde uma de suas bases de sustentação. Se não há a necessidade de impelir uma massa para o subemprego, a prisão perde uma de suas funções. É certo que não basta o voluntarismo para pavimentar o caminho para o fim de todas as penas e da emancipação da pessoa, tampouco a inércia é suficiente para o deslinde desse caminho. Além disso, um mundo sem direito penal já existe. Muitos crimes não são levados a conhecimento da autoridade policial, ou judiciária. Outros tantos, não se encontram o autor, são as denominadas cifras ocultas. Um mundo sem prisões já existiu em sociedades passadas.[34]

O direito penal se volta contra os mais pobres. A seletividade do sistema penal não só pune os atos desviantes das classes subalternas, como também impede a ascensão social dos menos favorecidos.[35] A Renda Básica da Cidadania traz reflexos na punição estatal. Tal reflexo poderá ocorrer tanto em uma sociedade capitalista, ou pós-capitalista.

---

[32] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Beniatde, **Penas Perdidas. O sistema penal em questão,** Niteroí-RJ: Luam Editora, 1993, p. 64.
[33] ANIYAR, Lola; CODINO, Rodrigo, **Manual de Criminologia Sociopolítica - Coleção Pensamento Criminológico: 23**, 1. ed. RIO DE JANEIRO: [s.n.], 2017, p. 59.
[34] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Beniatde, **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão, Niteroí-RJ: Luam Editora, 1993, p. 64–67.
[35] BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a Sociologia do Direito Penal**, 6ª ed. RIO DE JANEIRO: [s.n.], 2014, p. 85.

4. POSSÍVEIS REFLEXOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA RENDA BÁSICA DE CIDADANIA NO SISTEMA PENAL

4.1. REFLEXOS NA PREVENÇÃO DE SITUAÇÕES CLASSIFICADAS COMO CRIMES

Eduardo Matarazo Suplicy (ex-senador PT) é um dos principais defensores da Renda Básica de Cidadania no Brasil. Aponta como principal benefício do implemento de uma renda mínima a todos a oportunidade gerada aos mais pobres para a sobrevivência. Dessa forma, um jovem poderia com a Renda Básica da Cidadania ter a opção de não integrar uma facção criminosa para sobreviver. O ex-senador cita inclusive a canção o Homem na Estrada dos Racionais Mc's.[36]

Nos EUA o Estado de bem-estar social passa a se transformar em um Estado Penal, a partir da década de 70, do século XX[37]. Ao mesmo tempo que o Estado é mínimo na efetivação de Direitos Sociais, é máximo na punição e repressão dos pobres. Há uma substituição dos benefícios sociais pela prisão. Na Europa, verifica-se o mesmo processo. Apesar dos destinatários serem diferentes, já que nos EUA os negros são a clientela preferencial do Direito Penal, ao passo que na Europa a prisão alcança, principalmente, os imigrantes. Na chamada globalização da "Tolerância Zero"[38]

Hulsman[39] critica a "prevenção ao crime", vez que o fato definido como crime não é necessariamente ruim, ou indesejável, em alguns casos pode até ser considerado heroico. Tampouco, mesmo sendo indesejável, não quer dizer que sua prática não poderá trazer avanço social. Essa crítica à "prevenção ao crime" toma a exceção pela regra. Não quer dizer que a prevenção à situações que causam dor as tornaram inexistentes. Tão-somente implica a diminuição dos fatos classificados como criminosos.

---

[36] SUPLICY, Eduardo Matarazzo, **Renda de Cidadania: A saída é pela porta**, 7.ed. SÃO PAULO: [s.n.], 2013, p. 200.
[37] WACQUANT, Loic, **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**, 3ª edição. RIO DE JANEIRO: Sérgio Lamarão, 2003, p. 89.
[38] WACQUANT, Loic, **As Prisões da Miséria**, 2ª ed. RIO DE JANEIRO: Zahar, 2011, p. 38.
[39] HULSMAN, Louk, Alternativas a Justiça Criminal, In: PASSETTI, Edson (Org.), **Curso Livre de Abolicionismo Penal**, 1a ed. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2012, p. 53.

No que diz respeito ao Bolsa-Família, Chioda et al. (2015) apontam que a Expansão do programa para jovens de 16 a 17 anos reduziu em 6.5% a ocorrência de crimes ao redor das escolas. Estudo para São Paulo. Significativo a 5.0%.[40] Dados compilados, para um conjunto de países ricos, apresentados no ano de 2009 por Richard Wilkinson e Kate Pickett, em The Spirit Level, e reproduzidos por Laura Carvalho, demonstram que a taxa de encarceramento por habitante cresce na mesma proporção que a desigualdade[41].

O Estado possui Aparelhos que o auxiliam na sua perpetuação. Pode-se dividi-los em Aparelhos de Estado (repressivos) e os Aparelhos Ideológicos de Estado que atuam na criação de consensos sociais[42]. A prisão, nesse quadro teórico, se apresenta como Aparelho de Estado (repressivo). A utilização maior de Aparelhos Ideológicos do Estado, como à educação, por exemplo, proporcionada pela Renda Básica de Cidadania, conduziria a redução da utilização do Aparelhos de Estado (repressivos). O supracitado experimento de Evelyn Forget empiricamente comprova o maior acesso à educação, com a implementação de uma Renda Básica.

A principal causa de encarceramento é a prática de atos que atentam contra a propriedade privada ou buscam acréscimo patrimonial. Logo, o abolicionismo penal reconhece a questão econômica como prioritária [43]

4.2. POSSÍVEIS REFLEXOS NA REPRESSÃO DE SITUAÇÕES-PROBELMA

A renda básica da cidadania possibilitaria uma maior efetividade do Direito Civil e Administrativo, podendo-se atribuir sanções pecuniárias aos infratores. Tanto as que se reverteriam em favor das vítimas, como as que seriam pagas para o Estado. São necessárias modificações legislativas, a fim de se criar um sistema punitivo administrativo eficaz, com o desconto do valor atribuído como sanção a um crime diretamente na fonte, isto é, antes da Renda Básica de Cidadania ser paga ao cidadão. Com um limitador que não impeça o

[40] RIBEIRO, Felipe Garcia; SHIKIDA, Claudio; HILLBRECHT, Ronald Otto, Bolsa Família: Um survey sobre os efeitos do programa de transferência de renda condicionada do Brasil. **Estudos Econômicos** (São Paulo), v. 47, n. 4, 2018, p. 854.
[41] CARVALHO, Laura, **Valsa Brasileira do boom ao caos econômico**. 1ª. SÃO PAULO: Todavia, 2018, p. 160.
[42] ALTHUSSER, Louis, **Aparelhos Ideológicos de Estado**, 3ª edição. Rio de Janeiro: [s.n.], 1987, p.42-43
[43] PASSETTI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. **São Paulo em Perspectiva**, v. 13, n. 3, 2005, p. 64.

indivíduo de obter a sobrevivência. Assim, é necessário que a renda básica de cidadania assuma o valor que comporte, também, os gastos com o lazer e outros itens além do mínimo existencial.

O Direito Penal recai sobre os miseráveis, na maioria das vezes. É preciso, então, que haja a possibilidade de permuta da prestação em pecúnia, por serviços a serem prestados a comunidade, ou outra sanção não pecuniária e diversa da prisão. Principalmente, se a Renda Básica for implementada com um pequeno valor. A coercitividade desse Estado se apresenta de múltiplas formas. A mais danosa é o Direito Penal. Por isso, os jurisconsultos chamam o Direito Penal de *ultima ratio* (última razão).[44] Significa dizer, que a preferência deveria ser por outros ramos do Direito que não o Direito Penal. Assim, o Direito à locomoção seria o último a ser atingido pelo Estado. A distância entre teoria e prática fica evidente pelo aumento da população carcerária no mundo. Existem cerca de 10,35 milhões de pessoas se encontram mantidas em presídios em todo o mundo, o que equivale a uma taxa de 144 detentos por 100.000 habitantes (ICPR 2015)[45].

A utilização de outros ramos do Direito para a solução de situações-problema pode auxiliar no fim do Direito Penal. Há um desprezo pela vítima no Direito Penal. A partir do momento que o processo se instaura, o Estado toma para si o conflito e na maioria das vezes a vítima passa a condição de mera testemunha. O perdão da vítima e a modificação que o tempo realiza no conflito não são considerados para a aplicação da pena.[46]

Quando as alternativas ao cárcere se proliferam, o horizonte do abolicionismo penal se torna mais factível e diminuem o impacto da prisão em nosso mundo. Essas alternativas auxiliam na separação do binômio crime-castigo, impulsionando o abolicionismo penal no seu intento.[47]

Em sociedades não-capitalistas a adoção de uma renda básica também pode ser aplicada como alternativa a pena de prisão. A URSS, no século XX, adotou a prática do encarceramento. A história do GULAG é de grande notoriedade. A China no século XXI, autodeclarada comunista, em que pese divergências, possui a segunda maior população

[44] MASSON, Cleber Rogério**. Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**, São Paulo: MÉTODO, v. 1, p. 943, 2011.
[45] JAITMAN. **Os custos do crime e da violência**.
[46] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Beniatde, **Penas Perdidas. O sistema penal em questão**, Niteroí-RJ: Luam Editora, 1993.
[47] DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**, 1ª ed. RIO DE JANEIRO: Diefel, 2018, p. 20.

carcerária do planeta, com 1.657.812 pessoas encarceradas em 2014, segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias Brasileiro[48].

Delito e pena são determinações necessárias da forma jurídica. Sem o aniquilamento da superestrutura jurídica, não poderemos nos libertar do Direito Penal e das punições[49]. Não é a mera vontade que libertará a humanidade do Direito, mas sim realizações concretas direcionadas a emancipação humana.

5. CONCLUSÃO

Verifica-se, assim, que a implementação da Renda Básica de Cidadania trará impactos na redução do encarceramento em massa e na construção de um mundo sem prisões. Quer pela redução de miseráveis, público preferencial do Direito Penal, quer pela possibilidade de composição civil para a reparação dos danos da vítima.

O aumento da automação e investimentos em capital fixo, resultante da concorrência entre os capitalistas, coloca a classe dominante em uma situação insolúvel. O desemprego crescente diminui a quantidade de consumidores, mas também a produção de valor. Assim, a implementação da Renda Básica de Cidadania surge com destaque. Muito embora se vislumbre que a Renda Básica de Cidadania não é a solução definitiva para a contradição interna do capital, tampouco é o "caminho capitalista para o socialismo", admite-se os reflexos positivos que a implementação da Renda Básica de Cidadania trará para a solução do encarceramento em massa.

A implementação de uma Renda Básica de Cidadania altera de maneira significativa a lógica da produção. Sem um exército industrial de reserva, a lógica do Capital desmorona. Quanto maior for a Renda Básica de Cidadania, maiores serão as dificuldades do Capital para continuar a extrair mais-valia da classe trabalhadora. As modificações em relação a penúria proporcionada pelo desemprego e o desalento, modificam a repressão estatal.

---

[48] MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN - junho de 2014, Brasília: [s.n.], 2014.
[49] PACHUKANIS, Evgeny Bronislavoich, **Teoria Geral do Direito e Marxismo**, 1ª ed. SÃO PAULO: Silvio Donizete Chagas, 1998, p. 136.

Em relação a prevenção a ocorrências de situações classificadas como crime, demonstrou-se pela comparação com o Programa Bolsa-Família, bem como pela classe social a que pertencem os indivíduos que comumente são encarcerados e pela possibilidade do incremento da utilização de outros meios de controle social, que a implementação Renda Básica de Cidadania reduzirá o número de eventos classificados como criminosos.

No outro flanco, pela possibilidade de todos terem alguma renda, pode-se utilizar mais largamente o Direito Civil, ou administrativo, como uma retribuição a atos socialmente indesejados. Ora pela aplicação de multas, ora para reparar o dano à vítima, a existência de uma renda paga a todos incondicionalmente, desde que em valor superior ao necessário para a subsistência, trará maior efetividade aos outros ramos jurídicos. O Direito Penal poderá se aproximar da teoria, que preconiza a vocação de atuar como último ramo do Direito a ser utilizado. Então, acompanhada da efetivação de outras medidas abolicionistas, se possa aniquilar, enfim, o Direito Penal.

6. REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. 3ª edição. Rio de Janeiro: [s.n.], 1987.

ANGOTTI, Bruna. Breves notas sobre o abolicionismo penal. **Revista Dos Tribunais Online**, v. 80, p. 1–17, 2009.

ANIYAR, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica - Coleção Pensamento Criminológico: 23**. 1. ed. RIO DE JANEIRO: [s.n.], 2017.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho**. 11 ed. Campinas, SP: Cortez, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a Sociologia do Direito Penal**. 6ª ed. RIO DE JANEIRO: [s.n.], 2014.

BOOTH, Adam. Renda Básica Universal: sonho utópico ou pesadelo libertário? 2017. Disponível em: <https://www.marxismo.org.br/content/renda-basica-universal-sonho-utopico-ou-pesadelo-libertario/>.

BREGMAN, Rutger. **Utopia para realistas**. 1ª ed. RIO DE JANEIRO: [s.n.], 2018.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 1ª ed. RIO DE JANEIRO: Diefel, 2018.

ENGELS, Friedrich. **A Situação Da Classe Trabalhadora Na Inglaterra**. 1ª. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2010.

ESCUDEIRO, Leo. **Fundador do eBay doa meio milhão de dólares para teste de renda básica universal**. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/fundador-do-ebay-renda-basica-universal/>. Acesso em: 17 mar. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar E Punir**. 20ª. PETRÓPOLIS: VOZES, 1987.

HARVEY, David. **O Enigma Do Capital**. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2011.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Beniatde. **Penas Perdidas. O Sistema Penal Em Questão**. Niteroí-RJ: Luam Editora, 1993.

JAITMAN, Laura. **Os custos do crime e da violência.** p. 118, 2017. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Os-custos-do-crime-e-da-violência-Novas-evidências-e-constatações-na-América-Latina-e-Caribe.pdf>.

MARX, KARL. **Crítica Do Programa De Gotha**. 1ª ED. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2012.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**. São Paulo: MÉTODO, v. 1, p. 943, 2011.

MATHIESEN, Thomas. **A Caminho Do Século XXI — Abolição, Um Sonho Impossível?** 2003, v. 4, p. 80–111, 2003.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Arte & Ensaios, v. 2, n. 32, p. 122–151, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>.

MÉSZAROS, István. A Montanha Que Devemos Conquistar: Reflexões Acerca Do Estado. 1ª ed. [s.l.]: **BOITEMPO,** 2015.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen - Junho De 2014**. Brasília: [s.n.], 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

NASCIMENTO, André. Apresentação À Edição Brasileira. In: CHRISTIE, Nils. **Uma Razoável Quantidade De Crime**. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2011.

NETO, José Paulo. **Economia Política: Uma Introdução Crítica**. 8ª ed. SÃO PAULO: Cortez, 2012.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavoich. **Teoria Geral Do Direito E Marxismo**. 1ª ed. SÃO PAULO: Silvio Donizete Chagas, 1998.

PASSETI, Edson; ET.AL. **Curso Livre De Abolicionismo Penal**. 2ª ed. RIO DE JANEIRO: [s.n.], 2004.

PASSETTI, Edson. Sociedade De Controle E Abolição Da Punição. **São Paulo em Perspectiva**, v. 13, n. 3, p. 56–66, 2005.

PEYSER, Eve. **Elon Musk Acha Que Precisaremos De Renda Básica Universal Num Futuro Sem Trabalho**. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/elon-musk-renda-basica/>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SRNICEK, Nick e Williams; ALEX. **Inventing the Future - Postcapitalism And A World Without Work**. 1 ed. London: Verso, 2015.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Em Direção À Renda Básica De Cidadania**. XIII Congresso Internacional da BIEN, Basic Income Earth Network, na FEA-USP, em 30 de junho, 1º. e 2 de julho de 2010, v. 9, n. 1, p. 76–99, 2010.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Renda De Cidadania: A Saída É Pela Porta**. 7.ed. SÃO PAULO: [s.n.], 2013.

TZU, Sun. **A Arte Da Guerra**. Porto Alegre: Cassal, Sueli Barros, 2006.

VAN PARIJS, Philippe. **Renda Básica: Renda Mínima Garantida Para O Século XXI?** Estudos Avançados, v. 14, n. 40, p. 179–210, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300017>.

VARAFOUKIS, Yvanis. **Conversando Sobre Economia Com A Minha Filha**. 1ª ed. SÃO PAULO: Planeta, 2015.

WACQUANT, Loic. **As Prisões Da Miséria**. 2ª ed. RIO DE JANEIRO: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loic. **Punir Os Pobres: A Nova Gestão Da Miséria Nos Estados Unidos [a Onda Punitiva]**. 3ª edição. RIO DE JANEIRO: Sérgio Lamarão, 2003.