



Por João Carlos Castellar¹

Marcou o último trimestre a veiculação pelo sítio jornalístico *The Intercept Brasil* das conversas travadas por meio eletrônico entre o Juiz da momentosa operação Lava-Jato, hoje Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Moro, e Procuradores da República, liderados por Deltan Dallagnol, integrantes da Força-Tarefa constituída no Ministério Público Federal para proceder às investigações correspondentes àquela operação.



Editores
Leandro Demori (executivo)
Betsy Reed (chefe)
Editores Fundadores
Glenn Greenwald
Jeremy Schahill

No âmbito da devassa que seguem protagonizando, o coeso grupo formado por membros do Ministério Público, da Polícia Federal e do Poder Judiciário, tanto no Estado do Rio de Janeiro, como no Paraná, Brasília, São Paulo e outras capitais, vêm aplicando estratégias e táticas investigativas e processuais semelhantes ou inspiradas naquelas utilizadas nos *maxiprocessos* italianos, ocorridos primeiramente nos anos 1980 (para lidar com as organizações de caráter mafioso) e, já nos anos 1990, no que se chamou de *Mani Pulite*, ou Mãos Limpas (gigantesca investigação sobre corrupção envolvendo, sobretudo, políticos da Democracia Cristã, assim como burocratas, empresários e outras figuras públicas), quais sejam: a ampliação dos poderes de atuação do Ministério Público, que em coordena investigação, promove a ação penal e fiscaliza a aplicação da lei como *custos legis*, além da utilização de institutos de origem alienígena, como a delação premiada, e, também, fazendo uso ilegal da condução coercitiva sem intimação prévia (depois

proibida pelo STF), as longas prisões preventivas e a imposição de penas gravíssimas, resultado do cúmulo de delitos que são imputados aos réus.

Nesse desenrolar, violações a caros princípios regentes do processo penal vêm sendo a tônica em praticamente todas as ações penais. Investigações secretas, mas com vazamento seletivo de informações sigilosas para órgãos de imprensa que, associados ao *Parquet*, publicam os fatos de modo bombástico, não raro acompanhando “ao vivo e a cores” as diligências policiais para flagrar investigados em pijamas e descompostos, comprometendo gravemente a dignidade de familiares.

Prisões cautelares são impingidas com inegável finalidade de obtenção de delações premiadas; inaceitável disparidade de armas entre acusação e defesa, na medida em que os investigados, concomitantemente às suas prisões, recebem a citação para responder às acusações narradas em denúncias contendo centenas de folhas, produto de meses, quiçá anos de investigação, dispondo os advogados de apenas dez dias para examinar todos os autos, arguir vícios, propor diligência e tudo mais necessário à formação do desenho inicial da defesa técnica (artigos 396 e 396-A, do Código de Processo Penal).

Enfim, amalgamando-se investigadores, procuradores, magistrado e grande imprensa ideologicamente orientada instituiu-se um populismo investigativo jamais visto. Imersos nesse infectado caldo de cultura, proclamam os acusadores que os fins justificam os meios, mandando às favas os escrúpulos, as cláusulas do devido processo legal, enfim, chutando para escanteio o estado democrático de direito.

Os reveladores diálogos que o *The Intercept* trouxeram à luz, nunca negados de modo peremptório pelas autoridades envolvidas, desnudaram as relações impróprias que havia entre Juiz e Procuradores no trato com distin-

¹ Diretor Cultural da SACERJ



tas providências processuais penais, descortinando uma verdadeira camaradagem folgazã entre todos. Era nesse clima gremial que se combinavam as ações policiais, que se discutiam oportunidades, que se escolhia quem participaria das audiências; era nessa atmosfera de confrades que até mesmo se selecionavam os que seriam investigados, separando-se aqueles cujas susceptibilidades não deveriam ser feridas. Algo semelhante ao que mostraram as conversas divulgadas não tem precedentes na crônica judiciária brasileira – ao menos que tenha sido trazido a público.

Nesse momento, em que ainda há conversas a serem desencavadas da obscuridade, o Boletim não vai emitir opiniões ou fazer juízo de valor quanto à repercussão processual que tais revelações podem ensejar para os réus, investigados e condenados. O que se sabe até aqui é que os interlocutores não sofreram nenhuma sanção por parte dos órgãos de fiscalização das respectivas carreiras. Aliás, o então Juiz não mais ocupa esse posto. Agora é Ministro do governo Bolsonaro e continua no cargo.

Feitos esses comentários conjunturais, veja-se o que essa edição traz para o deleite do leitor.

Diga-se, primeiramente que no seu terceiro número o Boletim inova. E o faz inaugurando uma conta no sítio *Youtube*, para transmitir calorosa entrevista que o Ministro Sepúlveda Pertence concedeu para Carmen da Costa Barros e João Carlos Castellar. Assista, acessando <http://www.sacerj.com.br/index.php/boletins>.

O advogado homenageado nessa edição será Hiperides, consagrado defensor de Frinéia, a voluptuosa cortesã ateniense.

O leitor também encontrará nesse número um Obituário.

Kátia Tavares inicia a seção científica com aplaudido parecer sobre a descriminalização do aborto. Quatro artigos acadêmicos tratando de temas tão distintos quanto instigantes, perpassando a criminologia, com Renato Tonini, o processo penal, na pena de Luiz Guilherme Vieira e a política criminal para drogas, com João Carlos Castellar, vêm em sequência.

Na coluna “Perfil”, instituída nessa edição, Déa Rita Matosinhos desce a serra e brinda os da cidade com deliciosa crônica sobre um grande e saudoso abolicionista, Louck Hulsman.

Rafael Fagundes resenha o mais recente livro de autoria do Professor Nilo Batista, obra em que o mestre de todos nós desvela para os fãs do velho “bruxo” do Cosme Velho, Machado de Assis, as acertadas incursões – e são muitas! – do nosso maior escritor na seara das ciências penais.

Por fim, será apresentado aos leitores nosso Consultor Literário, o bacharel Macedo Snamud da Silva. Escrevendo com exclusividade para o Boletim SACERJ, o intrépido crítico das mais altas generalidades inaugurará sua bissexta coluna com uma pitoresca “Fábula”. Imperdível!

Estima-se instituir a partir da próxima edição uma sessão de Cartas dos Leitores. Nela espera-se reproduzir com absoluta isenção as críticas positivas, os elogios, as congratulações e as possíveis galhardias que os associados queiram registrar.

Ah, sim! Visitem o site: www.sacerj.com.br. Mesmo que apenas para dar uma bisbilhotada de leve. É muito maneiro e bem carioca. Lá o leitor encontrará tudo que a SACERJ produziu desde sua refundação, como as notas de júbilo e repúdio e os anteriores volumes desse Boletim.

SUMÁRIO

Miscelânea	3	Resenha	40
Doutrina	7	Fábula	41
Perfil	38	Entrevista	42

MISCELÂNEA

EXTRA! EXTRA! EXTRA!

Encontrada edição do Boletim SACERJ de 1993

As rotatórias foram paradas para a divulgação dessa notícia. Entre os arquivos pessoais da editoria desse Boletim foi encontrada uma verdadeira raridade: a terceira edição do Boletim Informativo SACERJ, editada pelo saudoso José Carlos Fragoso e publicada em dezembro de 1993.

O periódico traz em sua primeira página notícia impressionante, sobretudo se levarmos em conta os números atuais. Trata-se do censo penitenciário realizado naquele ano, 1993, organizado por Edmundo Oliveira.



Boletim Informativo da SACERJ, publicado em dezembro de 1993, sendo editor José Carlos Fragoso. Leia o inteiro teor em: <http://www.sacerj.com.br/index.php/boletins>

Veja-se a quantidade de presos que no longínquo 1993 já alarmava a SACERJ: 126.152. Na época o Brasil tinha uma população de 150 milhões de habitantes, significando que 0,84% do total de patrícios estavam atrás das grades. Hoje somos 208,5 milhões de brasileiros, mas nossas prisões abrigam 750 mil presos, implicando em 3,5% de homens de mulheres presos. É terrificante.

Além da bem humorada coluna que José

Carlos intitulava de “Febeapá Forense”, numa referência ao jornalista Sergio Porto, a edição traz luxuoso artigo de Heleno Fragoso sobre o Princípio da Reserva Legal, cujo falecimento, determinado pelo Supremo Tribunal Federal, esse mesmo periódico teve a infelicidade de registrar 26 anos depois.

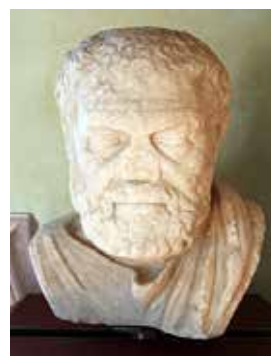
A animação do Boletim com a descoberta dessa antiga edição se justifica pelo seu relevante significado histórico-afetivo. Em todo período de existência da SACERJ muito se falou da sua importância, da qualidade intelectual e representativa de seus associados para a comu-

nidade jurídica e do quanto havia por fazer em prol do escorreito e respeitado exercício da advocacia criminal fluminense. Todavia, pouco se preservou de sua memória, já que os discursos proferidos nas solenidades não foram gravados nem arquivados, tampouco foram compiladas as diversas edições do Boletim, avidamente esperadas, pois sempre permeadas de anedotas pitorescas e caprichados artigos acadêmicos.

Hoje a tecnologia nos socorre e permite que mantenhamos nossos registros *on line*. E isso vem sendo feito, pois toda produção da SACERJ está eletronicamente arquivada em seu sítio eletrônico. Aliás, essa é mais uma razão para que os associados enviem seus trabalhos para publicação.

HYPEREIDĒS ou HIPÉRIDES

O ADVOGADO HOMENAGEADO DESSA EDIÇÃO



Nascido em Atenas 309 e falecido em Cleonas (?), no Peloponeso, em 322 a/C, foi orador de político. Contemporâneo e rival de Demóstenes, a quem acusou quando da questão de Hárpalos (324). Enriqueceu com a atividade de logógrafo (designação comum aos prosadores e historiadores dos primeiros anos da Grécia). Depois de Queroneia (338) organizou a defesa de Atenas. Foi executado a mando de Antípatro, depois da guerra lamíaca (Lâmia). **Destacou-se, como advogado, na defesa de Frinéia, defendendo a tese de a beleza deve triunfar sempre.**

A cortesã da Grécia*

FRINÉIA

Para que se possa aquilatar o talento e a criatividade de Hipérides como advogado necessário conhecer a cliente que o fez merecer as homenagens que lhe são dedicadas como o grande tribuno que era.

Frinéia era uma jovem de rara beleza que transcendia qualquer imaginação, e fora pintada e eternizada por Apeles e Praxíteles, servindo de modelo à imagem da Deusa Vênus da Beleza. Vivera na década de 320 a.C. e seu nome era Mnesarete, natural de Téspia na Beócia (segundo dizem, lá moravam pessoas de curta inteligência, daí se convencionou chamar de “beócios” os infeli-

zes menos privilegiados de mente), residindo em Atenas onde se tornou célebre e solicitada para as festas. Os homens ajoelhavam-se aos seus pés.

Era recatada, vivia retirada e tida como honesta, era amante das artes e participava de reuniões em casas de artistas mais afamados da época. Até que foi convidada a dançar nos festejos de Netuno (Deus do mar para os gregos). Quando subiu ao templo, aguardou pouco tempo e como se estivesse em transe, desceu toda a escadaria despojando-se das peças

de suas roupas, até ficar inteiramente nua, exibindo seu corpo marmóreo, arrancando aplausos ao fazer esvoaçar sua vasta cabeleira, atirando-se às águas da fonte. Ao sair das águas foi tida como Vênus (Deusa do Panteon) que voltava a nascer. Depois dessa apoteose sumiu. Sua performance aliada à sua grande

beleza estonteava a todos. Logo após o silêncio passou a uma gritaria da massa ensandecida. A passar daí, sucederam-se, no mesmo ritual, suas danças a Netuno, onde se tornava divinal. Passou a ser vista publicamente apenas nestas festividades.

Um jovem grego chamado Eutias, dela se apaixonou perdidamente, mas foi repellido, provocando nele o forte desejo de uma vingança. Ferido de paixão, espalhou em Atenas que ela caçoava dos deuses, promovendo paródias burlescas dos mistérios de Elêusis, cidade onde se cultuavam Demeter e Persófone, deusas agrícolas.

Defendida por Hipérides, que por ela se apaixonou, a ponto de no Tribunal se declarar e chorar convulsivamente pelo seu amor, pedindo que a ira dos deuses fosse lançada contra o caluniador Eutias, passando fazer que se compreendesse a inocência de Frineia. Percebendo, porém, que ela seria condenada, vai num gesto dramático e impulsivo até a ré e arranca-lhe abruptamente as vestes, deixando-a totalmente nua frente aos magistrados

do Areópago, dizendo:– “Esqueci todos os argumentos, mas, vede se não seria doloroso condenar à morte à própria Vênus! Piedade para com a beleza!

Os austeros membros do Tribunal, perplexos e silenciosos discutiram entre si o que fazer, e acabaram por pronunciar a decisão que a absolvía, condenando seus acusadores a pagar elevada multa.

Anos mais tarde, Tebas foi invadida e devastada por Alexandre, o Grande, que destruiu suas muralhas, matando

todos os homens e seus soldados estuproaram as mulheres que juntamente com as crianças foram vendidas como escravas.

Frineia se ofereceu, para com seus próprios recursos a reconstruir a cidade, mas não foi possível, pois já não havia mais nenhum tebano.

Anos mais tarde, após seu falecimento,

seus amigos e admiradores lhe erigiram uma estátua em ouro, colocando-a no Templo de Diana (Deusa da lua e da caça).

*<https://diaconobenevides.wordpress.com/2012/03/09/frineia/>

POESIA

Dedicando-se a presente edição do Boletim a Hiperides, nada mais oportuno que essa coluna reproduzisse o poema intitulado *O Julgamento de Frinéia*, de autoria do ‘Príncipe dos Poetas Brasileiros’, Olavo Bilac. Ele, que também foi advogado, narra com o lirismo arrebatado e sensual que tanto caracteriza sua obra o julgamento da mais destacada cortesã da “Idade de Ouro de Atenas” ou do seu “Período Clássico”, corresponde ao século V a.C. da história da Grécia Antiga, época de grande desenvolvimento da cidade de Atenas e apogeu da democracia grega, principalmente nos anos em que Péricles governou Atenas (de 444 a.C. a 429 a.C.).



Jean-Léon Gérôme

O JULGAMENTO DE FRINÉIA



Olavo Bilac

Nascido no Rio de Janeiro em 1865, Olavo Braz Martins dos Guimarães, ou Olavo Bilac, estudou medicina até o 5º ano. Já admitido como interno, desistiu de estudar direito em São Pau-

lo. Atraído, porém, pela vida fluminense, estreando-se com grande êxito na imprensa literária. A irradiação do seu nome foi rápida, logo publicando suas *Poesias* (1888). Foi dos mais ardorosos abolicionistas, sendo exímio prosador e orador primoroso. Em 1900 transfere-se para Paris como correspondente. De volta, exerceu inúmeros cargos na administração pública e publicou extensa obra. Era membro da Academia Brasileira de Letras. Faleceu no Rio em 1918.

*Mnezarete, a divina, a pálida Frinéia,
Comparece ante a austera e rígida assembléia
Do Areópago supremo. A Grécia inteira admira
Aquele formosura original, que inspira
E dá vida ao genial cinzel de Praxíteles,
De Hiperídes à voz e à palheta de Apeles.
Quando os vinhos, na orgia, os convivas exaltam
E das roupas, enfim, livres os corpos saltam,
Nenhuma hetera sabe a primorosa taça,
Transbordante de Cós, erguer com maior graça,
Nem mostrar, a sorrir, com mais gentil meneio,
Mais formoso quadril, nem mais nevado seio.
Estremecem no altar, ao contemplá-la, os deuses,
Nua, entre aclamações, nos festivais de Elêusis...
Basta um rápido olhar provocante e lascivo:
Quem na frente o sentiu curva a frente, cativo...
Nada iguala o poder de suas mãos pequenas:
Basta um gesto, — e a seus pés roja-se humilde Atenas...*

*Vai ser julgada. Um véu, tornando inda mais bela
Sua oculta nudez, mal os encantos vela,
Mal a nudez oculta e sensual disfarça.
Cai-lhe, espáduas abaixo, a cabeleira esparsa...
Queda-se a multidão. Ergue-se Eutias. Fala,
E incita o tribunal severo a condená-la:
‘Elêusis profanou! É falsa e dissoluta,
Leva ao lar a cizânia e as famílias enluta!
Dos deuses zomba! É ímpia! É má!’ (E o pranto ardente
Corre nas faces dela, em fios, lentamente...)
Por onde os passos move a corrupção se espraia,
E estende-se a discórdia! Heliastes! condenai-a!
Vacila o tribunal, ouvindo a voz que o doma...
Mas, de pronto, entre a turba Hipérides assoma,
Defende-lhe a inocência, exclama, exora, pede,
Suplica, ordena, exige... O Areópago não cede.
‘Pois condenai-a agora!’ E à ré, que treme, a branca
Túnica despedaça, e o véu, que a encobre, arranca...
Pasmam subitamente os juízes deslumbrados,
— Leões pelo calmo olhar de um domador curvados:
Nua e branca, de pé, patente à luz do dia
Todo o corpo ideal, Frinéia aparecia
Diante da multidão atônita e surpresa,
No triunfo imortal da Carne e da Beleza”.*

† OBTUÁRIO †

A SACERJ cumpre o triste dever de comunicar o falecimento do PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

Assegurando a todos que não haverá crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, o Princípio foi mortalmente ferido pelo Supremo Tribunal Federal no dia 13/06/2019, quando a Corte equiparou a homofobia (aversão irreprimível, repugnância, medo, ódio, preconceito que algumas pessoas nutrem contra os homossexuais, lésbicas, bissexuais e transexuais) ao crime de racismo (toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano [em igualdade de condição] de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer ou-

tro campo da vida pública), sob o fundamento de que o Congresso Nacional omitiu-se em sua função de legislar. Ao tomarem conhecimento do fato, suas irmãs HARMONIA e INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES foram acometidas de mal súbito, que logo evoluiu para óbito.

A SACERJ, que faz parte da família dos que lutam pelo aperfeiçoamento do Direito e da Justiça, permanece em luto e colhe o ensejo para agradecer as manifestações de pesar recebidas de toda comunidade jurídica.



Gravura de HANS
HOLBEIN¹

The Advocate

The rich client is putting a fee into the hands of the dishonest lawyer. Death also contributes, but reminds him that his glass has run out. To this admonition he seems to pay little regard. Behind is the poor suitor, wringing his hands, and lamenting that poverty disables him from coping with his wealthy adversary.

O Advogado

O rico cliente está colocando os honorários nas mãos do advogado desonesto. A morte também contribui, mas lembra-o de que o seu tempo acabou. A essa advertência ele parece dar pouca importância. Atrás, vê-se o outro litigante balançando as mãos e lamentando a própria pobreza, que lhe impede de enfrentar seu afortunado adversário de igual para igual.



Gravura de HANS
HOLBEIN

The Magistrate

A Demon is blowing corruption into the ear of a magistrate, who has turned his back on a poor man, whilst he is in close conversation with another person, to whose story he seems emphatically attentive. Death at his feet with an hour-glass and spade.

O Magistrado

Um diabo está soprando corrupção no ouvido do magistrado, que deu as costas para um pobre homem enquanto está numa conversa íntima com outra pessoa, para quem o assunto está merecendo enfática atenção. A morte está aos seus pés com uma ampulheta e uma pá (tradução livre).

EXPEDIENTE

Presidente: Alexandre Dumans

Vice Presidente: Marcia Dinis

Diretor Executivo: Luciano Saldanha

Diretor Cultural: João Carlos Castellar

Diretora Financeira: Kátia Tavares

Secretário Executivo: João Bernardo Kappen

Secretário Cultural: Carlos Bruce Batista

Secretária Financeira: Maria Clara Batista

Contato: 21 2004-5160 • contato@sacerj.com.br

Projeto Gráfico & Impressão: Pod Editora

Diagramação: Marcelle Ferreira da Silva

¹ Hans Holbein nasceu em 1497, em Augsburg, na Alemanha e morreu em 29/11/1545, aos 48 anos, em Londres, Inglaterra, sendo considerado um dos mestres retratistas do Renascimento



PARECERES

Por Kátia Rubinstein Tavares¹

Referência: Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n° 442 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que propõe a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSol). Relatora: Ministra Rosa Weber. Determinação de Audiência Pública marcada para os dias 3 a 6 de agosto do corrente ano. Requerimento de Pedido Habilitação de pedido de *amicus curiae* do IAB no STF.

PALAVRAS-CHAVE: *Dircito Penal — Aborto com consentimento da gestante — Despenalização/Descriminalização — Supremo Tribunal Federal (STF) — Arguição de Preceito Fundamental (STF) n° 442 — Amicus Curiae*

INTRODUÇÃO

O presente estudo baseia-se em parecer da autora submetido à Comissão de Direito Penal do IAB a respeito da Indicação n° 036/2018 que versa sobre a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, objeto central da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

Vale esclarecer que esse Parecer, solicitado em caráter de urgência foi aprovado pelo Plenário do IAB na sessão de 25 de julho de 2018. Posteriormente na audiência pública realizada no STF em 06 de agosto de 2018, tal Parecer foi entregue à Ministra Relatora Rosa Weber para servir de subsídio na construção de sua decisão.

Foi protocolada no dia 7 de março de 2018 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 442 no Supremo Tribunal Federal, que questiona a criminalização da prática do aborto prevista nos artigos 124 e 125 do Código Penal, propondo a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação, com fundamento na violação de diversos princípios fundamentais.

Conforme contextualiza o Indicante, Doutor João Carlos Castellar, muito embora a Ministra Relatora tenha negado o pedido liminar formulado na inicial, determinou audiência pública para os dias 3 e 6 de agosto desse ano para instruir o processo, “estando relacionados para usar da palavra 44 expositores, com 20 minutos para cada argumentação”.

Sustenta, por outro lado, com fundamento na Indicação, malgrado o tema esteja mais diretamente relacionado ao direito da mulher sobre o seu próprio corpo, que esse se reveste de amplo interesse nacional. Assim, afirma o Indicante ser indispensável que o Instituto dos Advogados Brasileiros venha solicitar inscrição para participar do evento, dada a relevância do tema, enviando representante para assistir aos debates.

Finalmente, além da possível representação do IAB na citada audiência pública, mesmo que seja tão-somente para a ela assistir, entende o Indicante: “a ADPF em questão visa à despenalização/descriminalização de dois dispositivos penais, motivo pelo qual seria mesmo imprescindível fosse emitido Parecer pela Comissão de Direito Penal sobre a matéria.”

Diante do exposto, requer o Indicante, com fulcro nos artigos 2º, III, 14, III do Estatuto do IAB e na forma do artigo 64 do seu Regimento Interno, que o Plenário do IAB deliberasse:

- A representação do IAB na audiência pública a ser realizada no Supremo Tribunal Federal entre os dias 3 a 6 de agosto do corrente ano, preferencialmente na pessoa da sua Presidente;
- O encaminhamento da Indicação para a Comissão de Direito Penal para fins de emissão de Parecer;
- A habilitação do IAB como *amicus curiae* na citada ADPF perante o Supremo Tribunal Federal.

Honrada com a designação da Ilustre Presidente do IAB, Doutora Rita Cortez, para formular Parecer, em caráter de urgência, após aprovação da pertinência da matéria pelo Plenário, a seguir são apresentadas as razões que se consideram como fundamentais.

¹ A autora é Mestre em Direito (UCAM), Doutoranda em Políticas Públicas (UERJ) e Diretora Financeira da SACERJ



A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM OUTROS PAÍSES

O aborto sempre foi punido em todas as legislações, até o século XX, chegando a ser castigado com pena de morte na Idade Média - se a mulher interrompesse voluntariamente a gravidez, era enterrada viva ou queimada.

O primeiro país a legalizar o aborto foi a Rússia em 1920. Posteriormente, seguiram-se os países do norte da Europa como a Islândia em 1935, a Suécia em 1938, a Dinamarca em 1939, a Finlândia em 1950 e a Noruega em 1960.

A Suíça foi o país da Europa central que legalizou o aborto mais cedo, em 1942. Após 1975, os países do centro começaram a legalizar a interrupção voluntária de gravidez, começando pela França e pela Áustria em 1975, seguida da Alemanha em 1976, da Itália em 1978 e da Holanda em 1981. Na Espanha, o aborto passou a ser autorizado em 1985 e, na Bélgica, em 1993, decisão que já é bastante tardia em relação ao que ocorreu na Rússia. Na Dinamarca, Itália e Grécia até dez primeiras semanas. Na Alemanha, Áustria, Bulgária e Suíça até doze semanas. Na Suécia, é admitido até dezesseis semanas. Nos Países Baixos, o aborto é autorizado a pedido da mulher até vinte e duas semanas.

Também há países como a França e a Bélgica onde o aborto é permitido por razões sociais ou econômicas até doze semanas, ou seja, a mulher pode abortar se não tiver condições para sustentar o filho. No Reino Unido (exceto a Irlanda), o aborto é permitido nessas condições até vinte e quatro semanas. Também na Itália, o aborto é permitido até os noventa dias (entre as doze e treze semanas) por razões sociais (incluindo as condições familiares e/ou as circunstâncias em que se realizou a concepção), médicas ou econômicas ou a pedido da mulher, permitindo-se em qualquer momento em caso de risco de vida ou saúde física ou mental da mulher, risco de malformação do feto, violação ou crime sexual.

O aborto foi legalizado na Espanha, em 1985, pelo governo de Felipe González, do Partido Socialista Operário Espanhol (PSOE), com algumas condições para “salvaguardar os direitos das mulheres”; nesse país já se despenalizava o aborto nos casos de violação, graves malformações do feto ou risco de saúde física ou psíquica da mãe. O Governo espanhol decidiu, no dia 14 de junho de 2009, autorizar o aborto até as primeiras 14 semanas de gestação. O diploma que altera o quadro legal sobre a interrupção da gravidez prevê também a prática do

aborto até as primeiras 22 semanas sempre que esteja em causa a saúde da mulher ou estejam comprovadas graves anomalias do feto. Em 24 de fevereiro de 2010, o Senado da Espanha, durante o governo socialista de José Luis Rodríguez Zapatero (também do PSOE), aprovou em definitivo uma legislação que permite, inclusive, que as adolescentes com idade entre 16 e 18 anos possam interromper a gravidez mesmo sem o consentimento de seus pais.

O aborto é permitido em Portugal até dez semanas de gestação a pedido da grávida. A Lei nº 16/2007 de 17 de abril dispõe que é obrigatório um período mínimo de reflexão de três dias e têm de ser garantidas à mulher “a disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão” e “a disponibilidade de acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão” quer para estabelecimentos públicos, quer para clínicas particulares. A mulher tem de ser informada “das condições de efetuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher” e das “condições de apoio que o Estado pode dar à persecução da gravidez e à maternidade;”. Também é obrigatório que seja providenciado “o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar”. O período de permissão é estendido até às dezesseis semanas em caso de violação ou crime sexual (não sendo necessário que haja queixa policial), até as vinte e quatro semanas em caso de malformação do feto e ainda é permitido em qualquer momento em caso de risco para a grávida (“perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida”) ou no caso de fetos inviáveis.

Por outro lado, a lei judaica (halachá) não tem uma posição única e coerente em relação ao aborto. Ela apresenta uma série de opiniões centrais, as quais levam a uma gama de possíveis decisões legais sobre o aborto. Entretanto, para a lei judaica o reconhecimento de quando se admite a existência da vida é com o nascimento e não com a fecundação. Em Israel, foi aprovada pelo parlamento no ano de 1977 uma legislação que permite à mulher acima de 40 anos de idade realizar o aborto, além de admitir o aborto em casos de relações sexuais em hipóteses como estupro, incesto, prostituição e adultério e quando houver risco do feto sofrer algum dano físico ou mental, e também quando a gravidez põe em risco a vida da mulher ou quando afetá-la fisicamente ou psicologicamente. Além disso, é permitido o aborto



mesmo quando o nascimento da criança possa acarretar à família dificuldades financeiras ou familiares como separação, inimizade, etc.

O aborto foi legalizado nos Estados Unidos - uma conquista alcançada em um caso conhecido como *Roe versus Wade*. Em 1970 adveio uma das maiores batalhas jurídicas do século XX, iniciada no Texas e encerrada na Suprema Corte dos EUA. Jane Roe, nome fictício de Norma McCorvey, era uma mulher solteira e pobre que, em 1970, recorreu à Justiça pelo direito de interromper uma gestação que fora resultado de um estupro. No estado do Texas, a pena para quem praticasse aborto era de cinco anos de prisão. A decisão da Suprema Corte tornada pública em 21 de janeiro de 1973 reconheceu o aborto como um direito das mulheres. Estabeleceu-se, assim, que a maioria das leis contrárias nos EUA violavam “o direito constitucional à privacidade” e, portanto, eram inconstitucionais, o que resultou na legalização do aborto. Atualmente, os estados americanos regulam em que circunstâncias uma mulher pode realizar o aborto, variando a legislação de um lugar para outro.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade*, em 1973, e o caso *Aborto I*, em 1975, na Alemanha, merecem particular atenção. Esses litígios deram início aos quarenta anos de enfrentamento da questão do aborto em cortes constitucionais de vários países e também a revisões das decisões originais nos dois países, como foi o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, nos Estados Unidos, em 1992, e *Aborto II*, na Alemanha, em 1993. Também, a Colômbia foi o primeiro país da América Latina a ter recepcionado uma revisão constitucional da legislação criminal de aborto nos anos 2000.

Na América Latina e Caribe, poucos países, como Uruguai, Cuba e Guiana, abrem o precedente para que a mulher interrompa a gestação até a décima ou décima segunda semana. Alguns países permitem o aborto quase exclusivamente para salvar a vida da mulher, e só uns poucos abrem exceções em casos de estupro (Brasil, Panamá e Chile, por exemplo) e anomalias fetais graves. Mas, na Argentina, recentemente os parlamentares começaram a avaliar a lei que permitiria que as mulheres fizessem um aborto nas primeiras 14 semanas de gravidez. A Argentina se tornaria, assim, a quarta nação da região a permitir o aborto sem tais restrições, ao lado de Cuba, Uruguai, Guiana e algumas partes do México e Colômbia.

A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA ANENCEFALIA

O Código Penal brasileiro de 1940 pune o aborto, distinguindo-se três espécies: a) o aborto provocado pela própria gestante; b) por terceiro sem consentimento desta; c) ou por terceiro com esse consentimento. As duas únicas hipóteses de interrupção da gravidez, consideradas como causas especiais de exclusão da ilicitude, eram as previstas nos incisos I e II do artigo 128 do CP, não havendo punição ao aborto realizado por médico “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto necessário) e se a gravidez resulta de estupro e há o consentimento prévio da gestante ou, se esta é incapaz, de seu representante legal.”

Importa destacar que, sob o ponto de vista da ciência médica, a hipótese de anencefálico implica o seguinte diagnóstico: quase todos os casos são cientificamente inviáveis, pois o feto não tem condições de sobrevivência fora do útero materno. Outro aspecto importante é que por inexistir o cérebro não se pode atribuir qualquer expectativa possível de vida no feto. Também é difícil classificá-lo como ser da espécie humana, cuja característica essencial é a possibilidade de pensar. Portanto, impõe-se uma conclusão fundamental: no feto anencefálico não se considera, sob o aspecto científico, a existência sequer de uma pessoa humana.

Com certeza, o legislador em 1940, quando elaborou o Código Penal, não se defrontou com essa hipótese de gravidez, pois se naquela época houvesse o diagnóstico da medicina, de que aproximadamente em quase cem por cento dos casos de anencefálico o feto morre nos primeiros momentos após o nascimento, reconheceria a interrupção da gravidez, conforme o fez nos casos precedentemente descritos.

Ora, se é autorizado o aborto de gravidez resultante de estupro, em que se pressupõe a existência de vida em potencial, com mais razão, deve ser reconhecida a interrupção de uma gravidez sem qualquer expectativa ou condições de sobrevivência do nascituro. Em última análise, dever-se-ia aplicar nesse particular a analogia *in bonam partem*. No estupro tem-se a permissão do legislador, o qual tutela a dignidade da mulher em detrimento da vida em potencial que ela carrega no ventre, levando em consideração o sentimento de revolta e aversão em relação ao ser, fruto da violência, tornando-se ele testemunha da vergonha e da desonra de que foi vítima. Da mesma forma, por analogia, é passível de concessão, nesses



casos, da antecipação terapêutica do parto, tratando-se de uma gravidez de feto sem cérebro, preservando-se a dignidade da pessoa humana, a saúde física e mental da mulher. Porquanto, não resta dúvida de que, considerando os estudos cientificamente comprovados, na maioria dos casos, a inviabilidade da vida humana da criança transforma-se numa verdadeira tortura psicológica para quem a gere.

Registre-se que, a par dessas considerações os Tribunais vinham firmando o entendimento, por meio de decisões pontuais proferidas em todo o país, em que reconheciam o direito das gestantes de se submeterem à antecipação terapêutica do parto nos casos da gravidez em decorrência de feto portador de anencefalia, autorizando judicialmente a realização do aborto, desde que a anomalia estivesse comprovada em laudo médico. Entretanto, decisões em sentido inverso desequilibravam essa jurisprudência.

Diante da polêmica existente no debate sobre o tema, a Confederação Nacional dos Trabalhadores, em julho de 2004, ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54), requerendo liminar, a fim de que o Supremo Tribunal Federal (STF) fixasse o entendimento no qual a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico (ausência de cérebro) fosse legalizada, permitindo que as gestantes em tal situação tivessem o direito de interromper a gravidez, sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Ademais, é notória a morosidade da Justiça, em qualquer procedimento. Nesse caso, tal demora da autorização judicial acarretava mais angústia para a gestante, além de que, muitas vezes, a decisão torna-se inócua, chegando somente ao final da gravidez. A liminar foi, então, deferida pelo Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. A Procuradora Geral da República em exercício, à época, Doutora Deborah Duprat, enviou parecer ao STF defendendo a legalização da interrupção da gravidez em caso de feto com anencefalia. Desde que a doença seja diagnosticada pelo médico, considerou que deve ser reconhecido o direito de a gestante se submeter a esse procedimento sem que haja necessidade de autorização judicial ou de qualquer órgão estatal. Destacou, ainda, que a proibição de interrupção da gravidez contraria o direito à liberdade, à autonomia, além de ferir o direito à saúde da gestante, e o princípio da dignidade humana, argumentando que o direito à vida é uma discussão de cunho religioso.

Nesse contexto, o Plenário do Instituto dos Advogados dos Brasileiros, na sessão do dia 5 de setembro de 2009, aprovou por unanimidade Parecer, que foi levado à Câmara dos deputados como subsídio para discussão do

Projeto de Lei 4.384/2004 de autoria dos deputados Luciana Genro (PSol/RS) e José Aristodemo Pinotti (PMDB/SP), que autoriza a interrupção de gestação de fetos anencefálicos, que tramitava no Congresso Nacional, para incluir esse caso entre as possibilidades legais de aborto, incluindo o inciso III ao artigo 128 do Código Penal.

Em 12 de abril de 2012, o STF julgando o mérito da ADPF 54², ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico. Nesse debate travado, o STF, por ocasião do julgamento da referida Ação, ampliou a discussão em torno da personalidade e da dignidade humana do feto anencefálico, questionando a tese se este seria titular do direito fundamental à vida e se esse direito seria absoluto e inviolável.

Em um primeiro momento, os Ministros discutiram se havia titularidade do direito à vida pelo nascituro, divergindo todos sobre o processo de personificação que conduziria a essa conclusão. Em seguida, se debruçaram sobre a questão de qual a expectativa da vida do anencefálico, fosse ele pessoa ou não, se poderia ser considerada a vida humana juridicamente tutelada ou relevante. Todavia, a maioria dos ministros decidiu por considerar como vida humana juridicamente protegida seguindo a teoria científica de “vida cerebral”, seja ela intrauterina ou extrauterina.

Contudo, os argumentos favoráveis à interrupção de gestações ligadas à condição de anencefalia fetal, expostos na ADPF 54, ao final do julgamento, fundaram-se nos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana*, da *intimidade*, da *liberdade de opção* e da *liberdade de crença*, do *direito à saúde* e à *proteção da maternidade*, equiparando, ainda, a imposição da manutenção da gravidez de um feto anencefálico à tortura, tratamento proibido em nosso ordenamento jurídico, vez que a gestante teria pleno conhecimento de que seu filho seria natimorto ou, se nascesse com vida, sobreviveria pouco tempo fora do útero materno.

Os argumentos contrários à interrupção da gravidez basearam-se, eminentemente, no *direito à vida* do feto, bem jurídico que é tutelado pelo ordenamento pátrio,

² ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico seja conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. STF, ADPF nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, julg. 12.4.2012, publ. 30.4.2012.



proibindo, assim, o aborto. Finalmente, a conclusão que prevaleceu no STF por ocasião do julgamento da ADPF 54 à época foi na seguinte perspectiva: o feto anencefálico, porque não tem possibilidade de vida extrauterina é impossível de ser um centro de imputação de direitos fundamentais. Ainda, o bem jurídico a ser tutelado seria a saúde psicofísica da mãe, bem como sua autodeterminação e liberdade, com todos os seus consectários.

Nessa situação jurídica, diante da certeza da não sobrevivência, o feto anencefalo não se constitui em centro de imputação de direitos e deveres, afastando-se a concepção do processo de personificação do nascituro; logo, não há que se falar em iguais liberdades fundamentais entre ele e a mãe, a qual passa, inclusive, por grande sofrimento, ao ser ela compelida a levar adiante uma gravidez marcada pela inviabilidade de vida humana tutelável.

Assim, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, em 12 de abril de 2012, pela possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico, determinando inconstitucional a interpretação de que essa interrupção da gestação se caracterizasse como conduta ilícita tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Finalmente, acresce-se, outro fundamento que restou decidido no julgamento da referida Ação: tendo em vista o fato de o Brasil se constituir em um Estado laico, cuja estrutura político-jurídica deve se apresentar neutra em relação a dogmas religiosos dos mais variados, o STF decidiu pela tutela da *liberdade sexual e reprodutiva da mulher* e pela tutela de sua *saúde, dignidade e possibilidade de autodeterminação*. Na ocasião, foram favoráveis os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Rosa Maria Weber e, contra, pugnano pela improcedência dos pedidos da ADPF 54, Ricardo Lewandowski e o então Presidente da Corte, Cezar Peluso. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar a matéria, uma vez que havia atuado no processo como Advogado-Geral da União.

O ABORTO E AS VIOLAÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O objeto da Indicação reside no fato de que o Partido Socialista e Liberdade - PSol, em conjunto com o ANIS – Instituto de Bioética ajuizaram, no dia 7 de março do corrente ano, a Arguição de Descumprimento de Pre-

ceito Fundamental (ADPF) nº 442 no Supremo Tribunal Federal, requerendo que a interrupção voluntária da gravidez, nas 12 primeiras semanas de gestação, não seja considerada crime. A tese dessa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) fundamenta-se nas seguintes razões jurídicas: a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustenta, porque viola os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

Nesse contexto, a ADPF nº 442 baseia suas alegações nas violações resultantes da criminalização do aborto para os direitos fundamentais das mulheres, considerando os principais aspectos:

1. A análise do direito comparado nas últimas décadas do século XX, especialmente a partir dos anos 1970, em diferentes países democráticos, como a Alemanha e os Estados Unidos, na França e, mais recentemente, na Colômbia, na Cidade do México (Distrito Federal do México) e em Portugal, em relação à revisão do aborto, para a compreensão de como as cortes constitucionais se estabeleceram como instância legítima no espaço político para as interpelações fundamentais provocadas pela questão do aborto, como ocorreu, em particular com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade*, em 1973, e o caso *Aborto I*, em 1975, na Alemanha. Esses parâmetros internacionais de interesse da Corte brasileira são abordados por duas razões: pelo diferentes marco constitucionais solicitados para a revisão constitucional da questão do aborto (privacidade e dignidade, respectivamente), mas também por apresentar o marco dos trimestres (definição de limites temporais para a criminalização do aborto associados à viabilidade do feto para a vida extrauterina) e o marco das causais (definição de exceções à ilicitude do crime de aborto) na constitucionalização do direito ao aborto. Entende-se que tais decisões foram resultados de um processo histórico e político de atualização do direito, como integridade, que resultaram em descriminalização ou legalização do aborto.
2. O exame, ainda, das decisões da Suprema Corte, na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306, em que hou-



ve o enfrentamento da questão do aborto, sobretudo quanto à inadequação de se considerar o status de pessoa atribuível ao embrião ou feto e o critério do nascimento como marco para a imputação de direitos fundamentais, demonstrando a construção de um processo de entendimentos cumulativos da Suprema Corte na proteção de direitos fundamentais das mulheres.

3. Ainda, através de dois métodos interpretativos enfrenta a questão da inconstitucionalidade quanto à criminalização do aborto: o primeiro procura elucidar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana por dimensões essenciais vinculadas a outros direitos constitucionais; o segundo, pelo teste da proporcionalidade, demonstra como a criminalização do aborto não se fundamenta em um objetivo constitucional legítimo e, além de não coibir a prática, não promove os meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto. Os dois métodos interpretativos evidenciam como a criminalização do aborto resulta em graves infrações de direitos fundamentais vinculados à violação da dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres.
4. Finalmente, a criminalização do aborto pelo Estado brasileiro torna a gravidez um dever, violando o princípio da razoabilidade, já que impõe às mulheres, em particular às negras e indígenas, nordestinas e pobres, graves conseqüências de vida para elas, pois o procedimento de interrupção ocorre em condições insalubres e sob a ameaça de perseguição criminal, agravadas também pela desigualdade racial, econômica e regional. A forma como vem sendo tratado esse tema acaba por infringir outros direitos, tais como os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a sua liberdade de opção da maternidade e do planejamento familiar, já que ela não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada, sem falar na ofensa à integridade física e psíquica da gestante, que sofre os efeitos de uma gravidez indesejada.

Como se ressalta no teor da ADPF 442, mesmo antes do julgamento da ADPF 54, a Suprema Corte brasileira, ao decidir a ADI 3.510, aprovando a constitucionalidade da pesquisa com embriões, antecipou-se ao debate, pois, já nessa ocasião, admitiu o nascimento com potência de sobrevida para o reconhecimento da personalidade jurídica, afastando a presunção de direitos fundamentais

em relação à existência de criatura humana, ainda em desenvolvimento, conforme sublinhou o Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto:

A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxicarbônica com o meio ambiente.³

Nesse sentido, o entendimento dos Ministros foi o de que *o status da pessoa só seria reconhecido após nascimento com vida*, não havendo como se imputarem direitos fundamentais ao embrião, como segue da ementa do acórdão:

E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com timbre de fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar) [...] A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana [...]. O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.⁴

Também registrou a peça inaugural, objeto desta Arguição, após o julgamento da ADPF 54 em que o Supremo Tribunal Federal permitiu a interrupção da gestação de anencéfalo, em 12 de abril de 2012, que, no julgamen-

³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico* Brasília, DF, n.96,28 maio2010. Disponível em:><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 22 jul. 2018.

⁴ Ibidem.



to do Habeas Corpus 124.306,⁵ a 1ª Turma, por maioria, seguiu o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, ao decidir pela concessão da liberdade dos funcionários de uma clínica clandestina de aborto no Rio de Janeiro: em novembro de 2016, o STF concluiu pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, por considerar medida legal desproporcional que viola direitos fundamentais das mulheres, incluindo direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade, a partir de uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Por outro lado, além da ausência de seus fundamentos constitucionais, também demonstra a ADPF nº 442 a falta de razoabilidade em ser considerado como pressuposto de discussão que a criminalização do aborto se justificaria para proteger a vida do embrião. Dessa forma, sustenta que o debate sobre a questão do aborto deve se cingir no âmbito jurídico, levando-se em conta os dados científicos relevantes que apontam para a injustiça da criminalização do aborto à luz da ordem constitucional vigente e de instrumentos internacionais de direitos humanos. Segundo sustenta, ainda, a criminalização da interrupção da gravidez viola a dignidade humana e a cidadania das gestantes, ao mesmo tempo em que as discrimina. Isso porque o embrião ou feto são colocados em pé de igualdade com as mulheres, mesmo sem serem pessoas constitucionais. Com isso, as mulheres perdem autonomia sobre seus projetos de vida.

Como argumentam as ilustres advogadas **Luciana Genro, Luciana Boiteux, Gabriela Rondon e Sinará Gumieri** que subscrevem a inicial, os fundamentos da ADPF encontram-se plenamente justificados, devendo ser examinado como parâmetro o desenvolvimento de um processo de interpretação que foi consolidado pela Suprema Corte, no enfrentamento da questão, como matéria de direitos fundamentais na ADI 3.510, em que a Corte superou o questionamento sobre o início de existência da vida para a constitucionalidade da pesquisa de célula-tronco com embriões, entendendo que não há como se imputar o status de pessoa ou mesmo o caráter absoluto do direito à vida aos embriões. Da mesma forma, como ocorreu na ADPF 54, em que a Corte reafir-

mou a interpretação das cortes internacionais no enfrentamento da questão da interrupção da gravidez, além de que não há direito absoluto em nosso ordenamento constitucional.

Também, a ADPF nº 442 reafirma os mesmos fundamentos abordados no julgamento do referido HC 124.306, em que o STF concluiu que o embrião ou o feto não possuem status de pessoa constitucional, pois isso somente é reconhecido após o nascimento com vida. Assim, eles não têm ainda direito às garantias fixadas na Constituição. Portanto, a maioria da Primeira Turma do STF interpretou a questão da interrupção da gravidez voluntária como decisão reprodutiva moralmente razoável das mulheres, cuja criminalização viola seus direitos fundamentais. Portanto, a proibição do aborto é desproporcional, e entra em conflito com os direitos fundamentais das mulheres. Seguindo argumentação consolidada na ADI 3.510 e na ADPF 54, o Ministro Barroso afirmou:

O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.⁶

O parâmetro requisitado pelo PSOL para interrupção da gravidez voluntária, em sua Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o dos três meses. Conforme o partido, o Estado não poderia interferir se uma mulher com gravidez de até 12 semanas quiser abortar. Esse modelo temporal é adotado na Alemanha e também foi base nos EUA. Nesse contexto, é útil reconhecer a solução jurídica encontrada pela maioria dos países desenvolvidos e por um crescente número de países em desenvolvimento: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Cidade do México (México), Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Guiana Francesa, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Moçambique, República Tcheca, Rússia, Suíça e Uruguai autorizam a

⁵ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

⁶ Ementa do voto-vista vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.



interrupção da gestação por decisão da mulher até 12 semanas de gestação. Da mesma forma, foi o mesmo critério usado pela 1ª Turma do Supremo no HC 124.306, quando mandou soltar os donos de uma clínica de aborto. Seguindo voto do ministro Luís Roberto Barroso,⁷ o colegiado entendeu que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser tratada como o crime de aborto descrito no Código Penal.

Por outro lado, na petição assinada pelas ilustres advogadas, o partido ainda alega que a proibição do aborto não impede a sua prática. Nesse diapasão, traz como base a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, a constatação de que 503 mil mulheres interromperam voluntariamente a gravidez no país em 2015. Ainda, sustenta alicerçada em dados cientificamente demonstrados, que as camadas de mulheres mais penalizadas são as pobres, nordestinas, indígenas e negras. Esse levantamento estatístico indica que 18% das nordestinas já praticaram aborto, contra 11% das moradoras da região Sudeste. Além disso, 15% das índias e negras já interromperam a gestação, contra 9% das brancas. Como a prática é proibida, essas mulheres acabam recorrendo a métodos perigosos, que colocam suas vidas em risco, ressaltando que isso não ocorre com as mais ricas, que têm acesso a clínicas de alto padrão.

Conforme também analisa a ADPF nº 442, a criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre de gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres com reflexos, sobretudo, na sua dignidade humana e, ainda, enseja a violação de uma série de direitos fundamentais. Além de constituir um equívoco, a forma como vem sendo tratado esse tema (conforme já foi possível inferir-se no presente trabalho) acaba por violar outros direitos, a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a sua liberdade de opção da maternidade e do planejamento familiar, já que ela não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada, sem falar na ofensa à integridade física e psíquica da gestante, que sofre os efeitos de uma gravidez indesejada.

Por outro lado, a tipificação penal contraria, ainda, o princípio da razoabilidade porquanto a proibição do aborto gera uma medida falaciosa, enquanto pretensamente visa à proteção ao bem jurídico que se almeja tutelar (vida do nascituro), pois a criminalização não produz qualquer impacto sobre o número de abortos praticados

no país. Ao contrário, a incriminação do aborto só impede que a interrupção voluntária da gravidez seja feita de modo seguro e igualitário. Além disso, existem outros meios mais eficazes e menos lesivos para o Estado evitar a ocorrência de abortos, ao invés da criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas. Por fim, a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Na atual conjuntura, é forçoso admitir que a interrupção voluntária da gravidez consista numa realidade cotidiana e clandestina nos países em que o aborto não foi ainda legalizado, principalmente no Brasil. Em verdade, deixando de lado as hipocrisias, não constitui segredo para ninguém que a gravidez indesejada é frequentemente interrompida em clínicas clandestinas pelas classes abastadas. Mais uma vez, impõe-se no Brasil uma brutal diferença aos cidadãos de poder aquisitivo: a mulher rica tem condições de pagar pelo aborto, com segurança, higiene e cuidados, enquanto a mulher pobre e desesperada com a gravidez, em geral, se entrega nas mãos dos chamados “carniceiros”, ou descobre a enfermeira sem adequada qualificação na área de saúde, correndo perigo de vida. Muitas mulheres sofrem hemorragias graves, perdem o útero, vão parar na UTI e morrem. Não foi ainda realizado um estudo que tenha por objetivo a determinação dos custos para os cofres públicos; entretanto, especialistas estimam que as complicações do aborto clandestino possam ser dez vezes maiores do que seria para atender os casos de aborto legal.

Afigura-se a criminalização do aborto, sob o ponto de vista jurídico e constitucional e social, como um lamentável equívoco. Por outro lado, sua proibição expõe a mulher, que decide abortar, repita-se, a grandes riscos de vida, já que ela recorre a expedientes não cirúrgicos, especialmente as mulheres pobres, negras e indígenas que, sem assistência médica e os cuidados higiênicos exigidos para a sua prática, acabam se submetendo ao aborto. A desigualdade racial e de classe torna o aborto um evento muito mais comum na vida das mulheres hipossuficientes e que vivenciam maior vulnerabilidade social.

Ainda, apesar de admitir a ADPF nº 442 que a taxa de prisão por aborto seja baixa quando comparada ao universo de mulheres que realizaram o aborto,⁸ o certo é que

⁷ Ibidem

⁸ Como ressalta a ADPF, certo é: “O já falido sistema prisional brasileiro se-



essas consequências são traumáticas e danosas para as mulheres. A cada minuto, uma mulher brasileira toma a decisão de não seguir com uma gestação e, em função da criminalização, esse procedimento de interrupção ocorre em condições insalubres e sob a ameaça de processo criminal, potencializado pelo estigma e ainda pela desigualdade racial, econômica e regional, como já ressaltado. Por outro lado, também contextualiza a referida Arguição que a criminalização por aborto é altamente seletiva e arbitrária, e frequentemente decorre da violação de sigilo médico por profissionais de saúde ao atender mulheres, pois: “Mulheres jovens, negras e indígenas, pobres e pouco escolarizadas são algemadas em macas, saem do hospital direto para delegacias, possuem sua intimidade de saúde devassada por investigações policiais e midiáticas, e enfrentam a possibilidade de serem levadas a júri popular, conforme se observa em decisões judiciais de tribunais de todo o país”⁹.

Assim, é inegável registrar os efeitos nocivos acarretados com o estigma que a criminalização do aborto representa para as mulheres perante a lei penal. O Brasil é recordista em abortos clandestinos (cerca de mais de um milhão por ano), além de exibir um elevado número de mortes e o comprometimento da saúde das mulheres em decorrência das péssimas condições em que os abortos são realizados. Da forma como é tratada a matéria, ao contrário de tutelar a vida humana, criam-se ameaças a

ria quadruplicado, e as mulheres seriam a principal população carcerária. Mas não seriam quaisquer mulheres nos presídios: é principalmente para as mulheres negras e indígenas, pobres e menos escolarizadas que os efeitos punitivos do aborto resultariam em prisão. A seletividade do sistema prisional brasileiro ganharia uma face assustadoramente feminina, pobre, negra e indígena.” (fls. 03).

⁹ Ainda, enfatiza a ADPF nº 442 (p. 60): “Os jornais atualizam a cada dia a urgência do perigo de dano imposto às mulheres pela criminalização do aborto. Há dez anos, o “caso das 10 mil” assombrou mulheres em todo o país: em 2007, uma clínica de planejamento familiar foi fechada em Campo Grande (MS) sob a suspeita de realizar abortos ilegais. A operação policial violou a privacidade e o direito ao sigilo médico de quase 10 mil mulheres que haviam sido pacientes da clínica ao longo dos anos; confiscou, acessou e tornou públicos os prontuários médicos. Cerca de 1.500 mulheres foram indiciadas e a muitas foram impostas penas alternativas; quatro profissionais de saúde foram levadas a julgamento pelo tribunal do júri e condenadas a penas que variaram entre 1 e 4 anos de prisão. Há poucas semanas, uma mulher de 26 anos, moradora de uma das cidades mais pobres da região metropolitana de Curitiba, buscou atendimento médico no Hospital Universitário Evangélico de Curitiba, após induzir um aborto de forma insegura. Chegou como emergência médica, mas, após receber alta, foi levada do hospital ao cárcere da Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa, onde permaneceu por três dias, até conseguir pagar a fiança. A suspeita é de que tenha sido denunciada por um enfermeiro, que desrespeitou seu direito a atendimento humanizado e sigiloso.”

outros bens jurídicos, como a saúde e a integridade física das mulheres. Chega-se, assim, à seguinte conclusão: a criminalização do aborto não impede a sua realização. Nesse sentido, como registra a ADPF nº 442: “estudos recentes estimam que entre 8 e 18% de mortes maternas no mundo decorram de abortos inseguros, e estão concentradas em países pobres. No Brasil, a própria criminalização dificulta a produção de dados nacionais confiáveis sobre a mortalidade associada ao aborto inseguro, mas sabe-se que cerca de metade das mulheres que fez um aborto ilegal no país precisou ser internada.”

CONCLUSÃO

Já se examinou a questão constitucional na ADPF nº 442 e, exaustivamente, a comprovação descrita nas estatísticas sobre a seguinte realidade: o fato de haver uma legislação que, se criminaliza o aborto, não evita sua prática, que é realizada de forma clandestina, com riscos de vida e saúde para a mulher. No Brasil, têm-se vários exemplos dessa situação. Um deles, talvez o de maior gravidade, é o Estado da Bahia, onde a realidade da mortalidade materna confirma, de forma singular, o caráter perverso da criminalização do aborto, já que, conforme foi sustentado, há fator inegável e seletivo do sistema penal: a desigualdade social e a discriminação de raça e gênero e cor. Os números de mortes maternas aí assinalados, em decorrência do aborto feito de forma insegura, são muito acima da média nacional. A cada cem internações por parto, na capital baiana, registram-se 25 mortes em decorrência do aborto, quando a proporção nacional é de 15 para cada 100 mortes. As práticas insalubres do aborto já foram consideradas a terceira causa de morte materna no país. E não foi ainda realizado estudo confiável visando determinar os verdadeiros custos para os cofres públicos gerados por essa prática incontrolada e insalubre. Especialistas na matéria, no entanto, estimam que as complicações do aborto clandestino costumam gerar custos dez vezes maiores do que para o atendimento dos casos de aborto legal. É forçoso e lamentável se admitir que a interrupção voluntária da gravidez consista numa realidade cotidiana, clandestina e social nos países em que o aborto ainda não foi legalizado.

Por outro lado, em vários Estados brasileiros ocorrem mais de mil processos contra mulheres que realizaram aborto. Há um histórico de casos de verdadeira violência praticada contra mulheres, por conta da atuação truculenta da polícia. Os agentes policiais não respeitam nem preservam a privacidade e a intimidade das mu-



Iheres, permitindo sua indevida exposição, em relação à forma como foram manuseadas as fichas médicas por pessoas não qualificadas. Elas hoje ainda são processadas criminalmente, algumas já foram condenadas, e outras que não foram processadas vivem o drama de serem investigadas criminalmente, com medo de ter sua vida privada revelada para suas famílias, seus colegas de trabalho, ou para o público em geral. É inadmissível que o Estado brasileiro mantenha uma legislação absolutamente desajustada à realidade social, uma lei desumana e cruel para as mulheres, que as joga no caminho da clandestinidade, tratando-as como criminosas e, por isso, são estas obrigadas a sentar no banco dos réus, podendo ser condenadas a três anos de prisão.

Até quando vamos continuar inadmitindo que o aborto é um problema de saúde pública e não um caso de polícia, ou trazendo a questão moral e religiosa ao centro do debate? É só visitar uma unidade de saúde pública para constatar a realidade: o número de mulheres internadas para tratar de complicações derivadas de práticas inseguras em decorrência de abortamento. No momento em que houver essa conscientização da sociedade civil e do poder público, aí sim poderemos enfrentar o problema, buscando uma solução melhor para a grave realidade do aborto clandestino realizado no Brasil, longe da esfera penal, onde lamentavelmente se encontra na atualidade, reconhecendo em primeiro lugar a questão de saúde pública.

Como finaliza acertadamente a ADPF nº 442, é com fundamento tanto na perspectiva empírica (a magnitude do aborto ilegal e inseguro no Brasil) quanto na perspectiva constitucional (a ausência de genuíno conflito entre os direitos fundamentais), que comprovam a gravidade da criminalização do aborto para a garantia dos direitos fundamentais das mulheres, em particular da dignidade da pessoa humana e da cidadania, que justifica inexistir objetivo constitucional legítimo na criminalização do aborto. Diante do exposto, o Parecer apresentado ao IAB concluiu pela procedência da ADPF 442, e pelo rigor dos seus fundamentos, para que a Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, com base nos seguintes princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, cidadania das mulheres e promoção da não discriminação. Foi possível reconhecer violação dos direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar; a contrário senso, avaliou-se como fundamental assegurar às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.



ARTIGOS

AS DUAS CARAS DA MILÍCIA

Por João Carlos Castellar^{1*}

A partir de meados de 2007, o Brasil inteiro, vidrado na telinha, acompanhou mais uma eletrizante telenovela de autoria de Aguinaldo Silva: *Duas Caras*. O cenário em que se desenvolveu o enredo foi a comunidade da *Portelinha*, inspirando-se o autor, declaradamente, na favela de *Rio das Pedras*, situada em Jacarepaguá. Era naquele sítio que o ex-segurança *Juvenal Antena*, magistralmente interpretado por Antônio Fagundes, exercia seu domínio. Valendo-se de meios heterodoxos, atuando acima do bem e do mal, para se impor ante seus subordinados e à população local o líder carismático baixava leis e códigos de condutas extraídos do seu próprio tino. Traficar drogas ou mesmo consumi-las na comunidade era absolutamente proibido. Roubos ou furtos contra moradores igualmente vetados. Em hipóteses de violações a essas regras as punições eram severas e o julgamento dos *culpados*, por óbvio, não obedecia aos ditames daquilo que no Direito se chama de *devido processo legal*. O ferrabrás monopolizava o uso da força, servindo como uma espécie de magistrado plenipotenciário na solução dos conflitos comunitários. Ele, sim, encarnava e exercia uma forma genuína de *poder paralelo* ao do estado, que os telespectadores aplaudiam por estar o personagem caracterizado na trama como alguém *justo e do bem*, defensor dos desvalidos, um *Robin Hood* às avessas².



Rede Globo, no horário das 21 horas, de 1/10/2007 a 31/5/2008, em 210 capítulos. Escrita por Aguinaldo Silva, com a colaboração de Glória Barreto, Maria Elisa Berredo, Nelson Nadotti, Izabel de Oliveira, Filipe Miguez e Sergio Goldenberg, dirigida por Cláudio Boeckel, Ary Coslov e Gustavo Fernandez, com direção geral e de núcleo de Wolf Maya.

Vida que passa...

Em 2019, mais de uma década depois do sucesso televisivo – e da permanência não ficcional de uma violen-

tíssima milícia exercendo o controle territorial da comunidade de Rio das Pedras – jornal diário do mesmo conglomerado de comunicações que exibiu a telenovela noticiou o seguinte: “Quando a milícia de Rio das Pedras surgiu, em meados do ano 2000, havia a *visão romântica* de que os paramilitares estavam lá para proteger os 55 mil moradores do lugar”. É inquietante observar que a reportagem fala das mazelas do lugar como se a organização midiática a que o jornal pertence não tivesse nenhuma responsabilidade pela *romantização* da atividade ilícita que lá se instalou. Parece que os jornalistas só descobriram agora que os milicianos são “donos da região e se transformaram na organização criminosa mais temida do estado”. A matéria destaca, e não com poucas tintas, que das vísceras daquela quadrilha armada brotou o *Escritório do Crime*, a mais letal e secreta falange de pistoleiros da cidade³. Sim, mas o que impressiona o leitor do diário é que mesmo depois da enorme contribuição que o conglomerado midiático deu para a aceitação social da milícia como algo positivo – afinal de contas, a novela caracterizou assertivamente o miliciano *Juvenal Antena* – jornal do mesmo grupo manifeste ingênua surpresa ante a formidável expansão do fenômeno paramilitar que desde Rio das Pedras (ou da fictícia *Portelinha*) vem se esparramando pela cidade de modo aparentemente incontrolável e em caráter definitivo.

É bem verdade que não foi apenas a novela das nove que enalteceu e aplaudiu o surgimento das milícias naquela época. O incremento dessa modalidade criminal (formação de quadrilha armada/organização criminosa para a prática de outros ilícitos) também teve o explícito aval do Prefeito da cidade, que então era César Maia. Em entrevista concedida a vários jornalistas, o alcaide disse ter se convencido de que as milícias poderiam amainar o problema que a omissão do Estado impunha às favelas, destacando, sem invocar licença poética, que “as milícias são *melhores* que o tráfico”⁴.

Melhores que o tráfico? “Há controvérsias!”, diria *Pedro Pedreira*, aluno da Escolinha do Professor Raimundo, personagem interpretado pelo comunista histórico Francisco Milani, de saudosa memória.

Não será ocioso lembrar, que muito tempo antes de entrar no ar a obra ficcional e das emblemáticas declarações do

³ <https://oglobo.globo.com/rio/operacao-os-intocaveis-conheca-os-alvos-veja-como-age-milicia-que-comanda-rio-das-pedras-23353397>. Acesso em 09/06/2019.

⁴ <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/agora-e-tolerancia-total/>. Acesso em 09/06/2019.

¹ O autor é Doutor em Direito (PUC-Rio) e Diretor Cultural da SACERJ

² [https://pt.wikipedia.org/wiki/Duas_Caras_\(telenovela\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Duas_Caras_(telenovela)). Acesso em 30/05/2019



prefeito admitindo serem as milícias uma solução capaz de dar cobro à criminalidade violenta nas áreas carentes da cidade, o Rio de Janeiro já sentia os deletérios efeitos da política criminal de *guerra às drogas*, que encontrava nas milícias um aliado de ocasião. Adotando perfil marcadamente bélico (com “derramamento de sangue”, nas palavras de Nilo Batista), a principal característica dessa política é o emprego de táticas militares para fazer valer a proibição de comércio e consumo de certas substâncias. Nesse cenário de campanha, considera-se o comerciante (ou *traficante*) como um inimigo a ser eliminado e não um delinquente a ser preso e futuramente levado a julgamento. Desse confronto armado que se estabelece entre varejistas de ramo e agentes públicos, o que resulta de mais relevante não é a redução de usuários de substâncias danosas à saúde, mas a morte de muitos jovens negros e pobres que tiram dessa atividade o sustento de suas famílias, pois é nas comunidades em que habitam que o negócio ilícito prospera com mais vigor, apresentando-se como real alternativa ao desemprego crônico e suprimindo, por outro lado, a falta de escolas e dos serviços sociais elementares. Vez por outra, em meio aos tiroteios e escaramuças morrem também policiais, mas em número bem menor que os suspeitos de participarem do comércio clandestino. Não seria legítimo considerar representarem essas mortes apenas uma das *anceps belli fortuna* ou um efeito colateral indesejado. Em realidade, esse saldo macabro é o único e funesto resultado que se extrai dessa equivocada e fratricida política criminal. Desde sua difusão pelos EUA na década de 1980, anunciada em cadeia nacional de televisão pelo ex-ator e presidente Reagan ladeado por sua esposa Nancy (Nixon e Kennedy já acalentavam essa ideia nos anos 1960⁵), não se verificou sensível declínio no consumo de cocaína ou de heroína – as principais substâncias consumidas que causam efetiva dependência física e psíquica – ou na diminuição das vendas desses produtos que sejam dignas de registro contábil significativo.

O que comprovadamente evitou mortes e prejuízos materiais em termos de política criminal para drogas foi o levantamento por parte de alguns países da proibição do comércio e consumo dessas substâncias, atividades que passam a ser exercidas sob controle estatal, e a adoção de programas de redução de danos, com instalação de casas para acolhimento de adictos, centros de reabilitação, distribuição de seringas, preservativos e até mesmo das

substâncias causadoras da dependência, a fim de que sejam consumidas sob supervisão, para evitar *overdoses* e transmissão de doenças. Veja-se, por exemplo, o estado norte-americano do Colorado, que desde novembro de 2012 liberou o comércio e o uso da maconha. Andrew Monte, médico de emergência em toxicologia e pesquisador do Hospital da Universidade do Colorado, que estudou inúmeros casos de usuários de cannabis, disse que “milhares de pessoas no Colorado usam maconha com segurança todos os dias” e que “os dados de saúde do estado não mostraram um surto de pacientes que procuraram tratamento para dependência”. No que tange às incidências criminais, num Tribunal Juvenil de Denver, onde jovens se veem diante de um magistrado por acusações de violação ao toque de recolher e brigas, o número de casos de porte de maconha está diminuindo. “A parcela de adolescentes presos por delitos relacionados à maconha caiu 20%”. No entanto, “jovens e adultos negros ainda estão sendo presos em níveis muito mais altos do que os brancos ou hispânicos”, o que leva a crer não estar o problema criminal relacionado ao comércio ou consumo de maconha, mas, sim, à cor da pele ou à classe social.⁶

Muito embora ainda não se cogitasse de uma política criminal de guerra, é de se destacar que desde a Convenção Internacional do Ópio, firmada na Haia há mais de um século (23/01/1912), é incontroverso que a edição dos tratados internacionais sobre drogas é capitaneada pelos EUA. Atualmente, tais normas preveem inúmeras formas de cooperação entre países, que vão desde o fornecimento de tecnologia (aparelhos de escuta, identificação de vozes e imagens, uso de satélites para localizar plantações) passando pelo treinamento militar para a formação de *forças-tarefa* destinadas à execução propriamente dita do *combate* ao que essas convenções passaram a chamar de *organizações criminosas* dedicadas ao *tráfico de drogas* e à *lavagem de dinheiro*. Como os EUA desde há muito assumiram o protagonismo na implantação dessa política criminal é lá que se encontram os principais centros de treinamento para forças de segurança nacionais, notadamente as dos países periféricos.

Mas o tiro, ao que parece, saiu pela culatra. Tudo leva a crer que foram as distorções verificadas na estruturação das forças policiais encarregadas de executar a *guerra às drogas* que deram ensejo à formação das milícias. Exemplo mais eloquente do que se afirma são os tristemente famosos “Zetas”, no México. Essa quadrilha se

⁵ A Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova York data de 30/06/1961 (vide Decreto 54.216, de 27/08/1964).

⁶ O Globo, edição em meio físico de 02/07/2019, p. 21.



constituiu em 1999 com ex-integrantes da tropa de elite do exército mexicano treinada em *Fort Bragg* nos EUA, precisamente para atuar no combate aos cartéis que mo-



Fort Bragg é conhecido como o centro de excelência para treinamento de forças especiais, sendo chamado de Home of the Nation's finest fighting forces (mais detalhes consulte-se <https://www.military.com/base-guide/fort-bragg>. Acesso em 11/06/19)

nopolizavam o contrabando de cocaína, maconha e outras substâncias⁷.

Modus in rebus, aqui no Brasil se passa coisa muito semelhante ao que vem ocorrendo no México. Primeiramente, porque se define milícia como “um grupo de pessoas que realiza patrulhas contra narcotraficantes, geralmente em regiões onde o Estado não está presente com serviços básicos à população – como a própria segurança pública”. Há quem diga que as “milícias são uma justiça paralela, que supre o abandono social de um Estado malsucedido em políticas públicas”⁸. Por outro, basta ver que os principais líderes milicianos em atividade são o ex-capitão Adriano Magalhães da Nóbrega, que integrava o Batalhão de Operações Policiais Especializadas da Polícia Militar – o temível BOPE – uma tropa de elite muito bem treinada e especializada em incursões nas “bocas de fumo” situadas em favelas, e também o major Ronald Paulo Alves Pereira. Ambos são oficiais formados pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, a quem foram ministradas técnicas de abordagem e intimidação, treinamento para manuseio de armas, tiros, táticas para enfrentamento armado em áreas urbanas etc.

Ao que revela o noticiário, a base de operações dessa dupla de milicianos é Rio das Pedras, a mesma *Portelinha de Juvenal Antena*, comunidade detentora do posto de pioneira em sediar uma milícia.

É preciso recordar que muito antes desses dois, outros milicianos oriundos dos quadros policiais pontificavam na cidade, mais especificamente na Zona Oeste. Jerônimo (*Jerominho*) e Natalino Guimarães, irmãos entre si e ex-policiais civis, figuraram entre os precursores nessa atividade naquele início dos anos 2000. Tamanho era seu poderio que ocuparam assento tanto na Assembleia Legislativa como na Câmara dos Vereadores. A crônica jornalística registra que “foram presos em 2007 e 2008 e condenados em primeira e segunda instância por chefiar o maior grupo miliciano do Rio de Janeiro, a *Liga da*



Cartaz distribuído pelo “Disque-Denúncia” indicando recompensa no valor de R\$ 2.000,00 para informações sobre Batman

Justiça, responsável por extorsões, assassinatos e outros crimes, enquanto usavam símbolos de super-heróis como marca política, em especial o do *Batman*”. Segundo a reportagem, “eles sempre negaram as acusações, mas ficaram mais de dez anos na cadeia”⁹. Aliás, *Batman* é o sugestivo codinome de outro policial, o PM Ricardo Teixeira Cruz, acusado de participar desse mesmo grupo. Con-

denado por homicídio, *Batman*, preso pela última vez em 2009, logo foi transferido para unidade de segurança máxima em razão de fugas anteriores, para cujo êxito teriam contribuído seus próprios carcereiros¹⁰.

Esse rápido histórico é suficiente para que se perceba que a geração de grupos paramilitares nas comunidades empobrecidas vêm se perpetuando há décadas e só tem se robustecido em homens e armas com o passar do tempo. Nada sugere que a curva ascendente retroceda. O quadro, revelado pelo noticiário cotidiano, não aponta

⁷ HARI, Johann. *Na fissura – uma história do fracasso no combate às drogas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 167 e seguintes.

⁸ <https://www.politize.com.br/milicias-no-brasil-como-funcionam/> Acesso em 20/06/2019

⁹ https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/05/politica/1557066247_273526.html. Acesso em 18/06/2019.

¹⁰ <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,ex-pm-acusado-de-integrar-milicia-foge-de-prisao-no-rio,268353>. Acesso em 18/06/2019.



para um almejado declínio desse segmento criminal. Ao contrário, ao que se pode especular diante das circunstâncias, é que a atuação das milícias só tende a tornar-se mais aguda em face das medidas anunciadas pelos diversos níveis de governo, tais como: o afrouxamento no controle da posse e do porte de armas, o endurecimento das leis penais e o estímulo às ações beligerantes, propostas que são defendidas, respectivamente, pelo Presidente da República, o ex-capitão do exército Jair Bolsonaro, pelo ex-juiz Sergio Moro, Ministro da Justiça e da Segurança Pública e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, o também ex-juiz Wilson Witzel, trinca que, ao menos aparentemente, está tomada por verdadeira *bellatrix iracundia*. Até mesmo a municipalidade, que não atua diretamente na área da segurança pública, contribui eficazmente para a manutenção desse estado de coisas, quando o prefeito Marcelo Crivela procede à drástica redução dos investimentos para o “acolhimento especializado a crianças e adolescentes usuários de *crack* e outras substâncias”. O noticiário informa que “os recursos para essas ações despencaram de R\$ 10,3 milhões, em 2015, para R\$ 1,7 milhões esse ano (2019), uma redução de 82,9%”¹¹.

Já que se falou no Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, há que se ter em conta uma seriíssima advertência da antropóloga e cientista política Jacqueline Muniz, no sentido de que as “*lavanderias* do dinheiro do crime passam por agremiações religiosas”. - “Onde é que você vai lavar o dinheiro do crime?”, indaga ela, que responde no mesmo diapasão: - “Você vai usar as agremiações religiosas porque cada uma delas tem um CNPJ. Então você pode criar uma casa de oração ali na esquina, lavar o dinheiro do crime e com isso também produzir intolerância religiosa, destruição de terreiros nas comunidades populares etc”. Segundo essa pesquisadora, “a formação desse grupos armados – como ela chama as milícias – para controle territorial é histórica e o desmanche das UPP’s (Unidades de Polícia Pacificadora) possibilitaram a *neomiliciação* do Rio de Janeiro”¹². Realmente, numa inusitada *joint venture* entre “traficantes” e “milicianos” atuante na favela do Dendê, Ilha do Governador, Rio de Janeiro, a partir de 2013, um dos líderes da quadrilha, conhecido por Fernandinho Guarabu, frequentador assíduo de um templo evangélico localizado na

comunidade, determinou que os moradores estavam proibidos de se vestir de branco, impondo o “fechamento de dez terreiros”¹³.

A sociedade carioca teme pelo que possa advir no estado do Rio de Janeiro com o exponencial acirramento da violência e das suas mais graves e tenebrosas consequências, que são (i) a morte precoce de jovens sem escolaridade, negros, pobres e residentes nas áreas periféricas ou, quando sobreviventes, e (ii) seu encarceramento em fase tão prematura da vida, situação que tomada em conjunto comprometerá indelevelmente seu futuro e o do País, em sério risco de perder toda uma geração, paradoxalmente por balas disparadas pelos órgãos encarregados de garantirem a segurança da população. É assustador, mas estudos mostram que apenas nesse estado (RJ) “ocorreram 731 homicídios por intervenção policial nos cinco primeiros meses do ano em curso (2019)”, número que “representa 28% de todos os registros de letalidade violenta, que inclui homicídios dolosos, latrocínios, lesões corporais seguidas de morte e mortes durante ação policial”¹⁴. Estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisas em Economia Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, denominado Atlas da Violência, revela que em cerca de 26 anos – desde de 1991, um ano após a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), até 2017 – 27.887 (vinte e sete mil oitocentos e oitenta e sete) jovens foram vítimas de homicídio no Estado do Rio de Janeiro. A pesquisa revela ainda que após a vigência do ECA o quadro só piorou: em 1991 as mortes violentas representavam 32% do total de óbitos nessa faixa etária da população. Vinte e seis anos depois apontavam que os homicídios já haviam subido para 57%¹⁵. Apenas para que se tenha uma ordem de grandeza para comparar os números, na Guerra do Vietnam, sangrento conflito armado que durou 8 anos (1965-1973), morreram 58 mil soldados norte-americanos. Aqui, apenas nesse Estado do Rio de Janeiro, que não declarou guerra a nenhuma nação estrangeira, morreram a balaços quase 28 mil crianças e adolescentes em 26 anos. Não foram soldados, mas sim, repita-se, crianças e adolescentes!

Desassossega saber que a morte ou a prisão sejam as únicas escolhas disponíveis para esses rapazes e moças moradores das favelas. O assombro é ainda maior quando se lê nos jornais que essa é uma promessa de campanha

¹¹ O Globo, edição em meio físico de 20/06/2019, p. 9.

¹² <https://revistaforum.com.br/forum-entrevista-igrejas-tornaram-se-lavanderias-para-o-dinheiro-das-milicias-diz-jacqueline-muniz/>. Acesso em 26/06/2019.

¹³ O Globo, edição em meio físico de 28/06/2019, p. 14

¹⁴ O Globo, edição em meio físico de 22/06/2019, p. 11

¹⁵ O Globo, edição em meio físico de 26/06/2019, p. 14



que o governador Witzel vem cumprindo à risca: “Quem quer continuar no mundo do crime faz a opção pela cadeia ou pela morte”¹⁶. Esquece o chefe do executivo estadual que não são oferecidos pelo estado que governa ou por outros segmentos da sociedade de consumo formal – tais como instituições financeiras, grandes complexos industriais, companhias de petróleo etc. – opções distintas a esse enorme contingente juvenil, tais como ensino fundamental e secundário de qualidade, prática de esportes, cursos de idiomas, acesso a atividades culturais (cinema, teatro, artes plásticas, literatura), assim como universidade, estágios, empregos com “carteira assinada”, habitação em local urbanizado e com meios de transporte baratos ao alcance de uma pequena caminhada etc¹⁷. Houvesse essa chance, a mesma que as famílias de classe média e abastadas asseguram aos seus filhos, certamente esses meninos, adolescentes e jovens adultos favelados não a trocariam por um fuzil destinado a garantir que a *boca-de-fumo* da comunidade em que nasceram seja tomada por um grupo hostil ou desbaratada pela polícia.

Nas palavras de James Carville, estrategista de Bill Clinton em campanhas presidenciais, “é a economia, estúpido!”, que faz prosperar esse tipo de ilicitude e não a suposta má índole da meninada¹⁸. Fosse o comércio dessas substâncias legalizado e vivesse o País sob a égide de uma economia saudável, com renda distribuída equilibradamente, empregos, sistema público de saúde eficiente e ensino público e gratuito de qualidade em todos os níveis é bem provável que os índices criminais fossem bem menores, que os cárceres fossem menos ocupados e os cemitérios mais vazios de gente jovem morta a tiros.

Acredita-se que outros modelos de política criminal para drogas devem ser tentados pelas autoridades públicas brasileiras, ante a inequívoca falência do que está em vigor há cerca de quase meio século. É preciso que se encontrem caminhos menos traumáticos para o complexo problema que o comércio e o consumo de algumas substâncias psicoativas vêm acarretando. As soluções para isso não podem ser simplistas e muito menos cin-

girem-se à eliminação de parte da população pela morte ou relegando-lhe o isolamento com longas penas de prisão. Não basta construir mais e mais cadeias (alvi-trase a construção de dez presídios ao custo de R\$ 800 milhões¹⁹) nem matar suspeitos com tiros na cabeça, soluções que no entender do governador seriam o “preço da paz”. Os administradores do estado brasileiro hão de fazer algum esforço para se despirem de amarras morais, há muito cristalizadas no inconsciente coletivo, para chegar ao cerne da questão, qual seja, saber porque é proibido comercializar e usar certas substâncias. Está mais do que demonstrado que a repressão pura e simples, à base de chumbo e grades, não evita mortes por *overdose*. Não há, por outro lado, escassez de mão de obra pelo fato de homens e mulheres abusarem do uso de certas substâncias; o desemprego, sabe-se bem, tem outras razões que não possível opção de parte da população por ganhar a vida comercializando drogas. A proibição não permite que se verifique se acidentes de trabalho vitimam pessoas em razão do uso de drogas. Não são estimulados estudos econômicos com vistas a sopesar o dispêndio de recursos públicos destinados à repressão ao comércio e consumo de drogas com outras medidas governamentais para sua redução. Tampouco se conhece possível projeção de tributos a serem arrecadados com a comercialização regular dessas substâncias, não obstante já se tenha feito estudo semelhante para o fim de legalização do jogo, que giraria em torno de R\$ 20 bilhões²⁰.

É preciso, antes de seguir com o proibicionismo, ter resposta para tais questões; é preciso que se reencontrem os reais motivos que ensejaram a proibição do comércio e do consumo de certas substâncias, que em tempos não tão distantes circularam livremente na sociedade sem necessidade de se declarar guerra contra os que as vendiam e consumiam. É o que se fará nas linhas seguintes.

A política criminal de cunho proibicionista remonta ao início do século passado. Foi em 1936, em Genebra, que os países integrantes da Comunidade das Nações (ainda

¹⁹ O Globo, edição em meio físico de 29/06/2019, p. 17.

²⁰ Conforme análise feita pelos especialistas André Gustavo Sales Damiani e Marina de Almeida Santos Dias, “de acordo com a estimativa do próprio Congresso, a legalização dos jogos, sobretudo dos cassinos integrados aos resorts, geraria mais de 300 mil postos de trabalho para a economia brasileira, que atualmente apresenta um dos mais altos índices de desemprego de sua história (cerca de 13 milhões de brasileiros desempregados). Estima-se, ainda, que a liberação desse tipo de atividade atrairia mais de R\$ 50 bilhões ao ano em investimentos e aproximadamente R\$ 20 bilhões com arrecadação tributária”. <https://www.gamesbras.com/legislao/2019/2/6/lei-n-137562018-como-prenuncio-da-legalizacao-dos-jogos-no-brasil-11465.html>. Acesso em 26/06/2019.

¹⁶ O Globo, edição em meio físico de 13/06/2019, p. 9.

¹⁷ Segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 12 milhões de pessoas estão desempregadas. Os subocupados, aqueles que trabalham menos de 40 hora semanais são 7,2 milhões de brasileiros e os desalentados, pessoas que sequer procuram emprego porque acreditam que não conseguirão uma vaga atingiram no espantoso número de 28,5 milhões. *In*: O Globo, edição em meio físico de 29/06/2018, p. 26.

¹⁸ <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2018/04/nao-e-mais-economia-estupido.html>. Acesso em 18/06/2019.

não existia a Organização das Nações Unidas – a ONU – criada em 1948) realizaram uma *Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas* (recepção no Brasil pelo Decreto nº 2.994, de 17/08/1938), com a finalidade de punir com prisão tanto os que vendessem quanto os que simplesmente portassem *drogas nocivas* para consumi-las. O artigo II dessa normativa estabelece que Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para *punir severamente*, e sobretudo com *pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade*, os seguintes atos: a) fabricação, transformação, extração, preparação, *detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título* (...). Pelo convencionado, os países que aderissem ao pacto deveriam inserir em seus ordenamentos internos normas que criminalizassem e punissem severamente tanto o comércio quanto o consumo de substâncias como o ópio e seus derivados, a cocaína e até mesmo a maconha, essa considerada como *estupefaciente* pela *Segunda Conferência do Ópio*, realizada em Genebra no dia 19/02/1925, também sob os auspícios da Liga das Nações, com a denominação de *Cânhamo Indiano* (*Indian Hemp* ou *Chanvre Indien*).

É verdade que no Rio de Janeiro o uso maconha já estava proibido desde longa data, mas por outras razões. Como assinala Nilo Batista, não era permitido na cidade do Rio de Janeiro o uso do *Pito de Pango* conforme estabelecia um Código de Posturas, aprovado pela Câmara Municipal em 1830. Os destinatários dessa regra municipal eram os escravos negros, que não se admitia ficarem desatentos ou sonolentos ao fumarem a *diamba*. Mais tarde, já vigente o proibicionismo universal, a “erva do norte”, embora contemplada na listagem das substâncias proibidas, não preocupava as autoridades, pois “era consumida pelos pobres, ou, para usar as palavras aristocráticas de Hungria, *por gente de macumbas ou da boêmia do ‘troisième dessous’*”²¹.

O artífice da cruzada que desdobrou no proibicionismo em caráter mundial foi o norte-americano Harry Anslinger. Ele era policial e chefiava um departamento incumbido da fiscalização do cumprimento da Lei Seca – o *Volsted Act* – que entrou em vigor em 17/01/1920 nos EUA. Com a revogação dessa norma em 1933 a atividade de Anslinger deixou de ser relevante, mas ele rapidamente encontrou outros *inimigos a combater*. Os Estados Unidos naquela época ainda padeciam dos efeitos do *crash* de 1929, mas já havia movimentos ex-



tremamente preocupados com o “excesso” de imigrantes negros, chineses e mexicanos, e esses grupos minoritários se incluíam entre os que mais consumiam cocaína, ópio e maconha, respectivamente. Anslinger iniciou uma campanha de pânico moral através de programas rádio e em grandes fóruns nacionais. Em um dos seus famosos discursos no Senado, o astuto tira bradou haver “100.000 fumantes de maconha nos EUA, e a maioria são negros, hispânicos, filipinos e artistas. Sua música satânica, *jazz* e *swing*, é resultado do uso da maconha. Esta maconha faz com que mulheres brancas busquem relações sexuais com os negros, artistas e quaisquer outros”. Os cartazes que espalhava faziam associações da maconha com orgias estranhas e festas selvagens e traziam mensagens como “o cigarro do inferno”, “um vício que abraça suas crianças”, junto a palavras como degradação, pecado, insanidade, crime, tristeza, ódio e vergonha²².



Mulheres comprando cocaína em Berlim em 1929.

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Bundesarchiv_Bild_102-07741,_Berlin,_%22Koks_Emil%22_der_Kokain-Verk%C3%A4ufer.jpg

Em patamar global, pode-se também exemplificar o surgimento da onda proibicionista com o que se passou na

²¹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*, ano 3, nº 5-6, 1º e 2º semestres de 1998. Rio de Janeiro, ICC/Freitas Bastos Editora, 1998, p. 77 e seguintes.

²² SALLES, Marcos. <https://www.politize.com.br/politica-de-combate-as-drogas-como-tudo-comecou/>. Acesso em 12/06/2019.



Alemanha dos anos 1920/1930. Na República de Weimar, que se inicia 1919, ao fim da I Grande Guerra, e termina em 1933, quando Hitler assume o poder, os *Paraísos Artificiais* de que falava Baudelaire no século anterior estavam na moda²³. Com a derrota na guerra, tudo era permitido na Berlim dos anos 1920. A vida intelectual fervilhava nos cafés, teatros e cabarés. Na cidade se reunia a vanguarda das letras, das artes plásticas, do cinema expressionista e na arquitetura.

Em janeiro de 1933, Adolf Hitler foi nomeado chanceler da Alemanha (*Reichskanzler*) pelo presidente e herói da Primeira Guerra Mundial, *Paul von Hindenburg*, que se opunha à natureza liberal democrática da República de Weimar. Mas logo o gabinete formado por *Hindenburg* foi dissolvido pelo ditador. Os nacional-socialistas, que já vinham vociferando contra os judeus e os comunistas e realizando com crescente desfaçatez suas marchas e tumultos nas ruas de Berlim, asfixiaram a socos e cacetadas a exaltada cultura do ócio da década anterior. Nesse contexto de adoração de um mito, de um salvador, “as drogas foram proibidas porque permitiam experimentar irrealidades distintas do nacional-socialismo e os tais *venenos sedutores* não podiam ter cabimento num sistema onde somente o *Führer* estava autorizado a seduzir”. A Lei do Ópio vigente à época da República de Weimar passou a vigorar com uma série de novas disposições, todas baixadas a serviço da ideia fundamental de “higiene racial”. Logo foi editada uma lei que autorizava internar compulsoriamente em estabelecimentos fechados, por um período de até dois anos, prorrogáveis por outro tanto, pessoas consideradas adictas. Como havia muitos médicos usuários de morfina, aqueles que fossem identificados como tais poderiam sofrer inabilitação por até cinco anos. Além disso, foi revogada a lei que obrigava os médicos a manter o sigilo profissional, determinando a notificação compulsória dos pacientes adictos, a fim de que fosse possível formar um registro de consumidores de substâncias ilegais. Segundo Norman Ohler, “as estratégias seletivas da luta antidroga eram dirigidas contra qualquer estranho percebido como ameaçador, com o fim de incluir nesse rol todos os que não se ajustassem ao ideal social. Precisamente por isso, no nacional-socialismo essas estratégias tinham automaticamente uma conotação antisemita. Qualquer pessoa que consumisse drogas padecia de uma ‘peste estrangeira’”²⁴. Logicamente tais estratégias não atingiram *Hermann Göring*,

que contraiu dependência à morfina durante tratamento decorrente de um tiro que o atingiu na perna ao tentar, com Hitler, em novembro de 1923, dar um golpe militar conhecido como o *Putsch de Munique*²⁵.

Freud considerava que, “a vida, tal como a encontramos, é árdua demais para nós; proporciona-nos muitos sofrimentos, decepções e tarefas impossíveis”. A fim de suportá-la, dizia o pai da psicanálise, “não podemos dispensar as medidas paliativas. Existem talvez três medidas desse tipo: derivativos poderosos, que nos fazem extrair luz de nossa desgraça; satisfações substitutivas, que a diminuem e as *substâncias tóxicas, que nos tornam insensíveis a ela*. Algo desse tipo é indispensável”²⁶. A natureza humana é única e o uso de substâncias que alteram a consciência é prática que existe no mundo desde o pecado original e não está necessariamente vinculada a ritos religiosos, mas também à recreação e até à formação educacional, tal como ocorria na Grécia antiga²⁷⁻²⁸.

²⁵ Mais tarde *Göring* comandou a *Luftwaffe* (força aérea alemã). Condenado à morte no Tribunal de Nuremberg, suicidou-se na véspera da execução ingerindo uma cápsula de cianureto que lhe foi entregue clandestinamente.

²⁶ FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Vol. XXI. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1974, p. 93

²⁷ Desde tempos remotíssimos os banquetes eram, entre os Gregos, locais onde pontificava a verdadeira tradição da autêntica *arete* masculina e da sua glorificação em palavras poéticas e em cantos. Em sua obra *O Banquete* Platão revela o valor educacional do beber e das reuniões de bebedores, defendendo essas práticas contra os ataques de que eram alvo. Esta nova ética das reuniões de bebedores correspondia à prática estabelecida de reuniões periódicas desse tipo na Academia (JAEGER, Werner. *Paidéia – a formação do homem grego*. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.722/723).

²⁸ Veja-se a seguinte passagem do *Banquete* (Versão eletrônica - Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia) Homepage do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>):

“- Depois disso - continuou Aristodemo - reclinou-se Sócrates e jantou como os outros; fizeram então libações e, depois dos hinos ao deus e dos ritos de costume, voltam-se à bebida. Pausânias então começa a falar mais ou menos assim:

- Bem, senhores, qual o modo mais cômodo de bebermos? Eu por mim digo-vos que estou muito indisposto com a bebedeira de ontem, e preciso tomar fôlego - e creio que também a maioria dos senhores, pois estáveis lá; vede então de que modo poderíamos beber o mais comodamente possível.

Aristófanes disse então: - É bom o que dizes, Pausânias, que de qualquer modo arranemos um meio de facilitar a bebida, pois também eu sou dos que ontem nela se afogaram.

Ouviu-os Erixímaco, o filho de Acúmeno, e lhes disse: - Tendes razão! Mas de um de vós ainda preciso ouvir como se sente para resistir à bebida; não é, Agatão.

- Absolutamente - disse este - também eu não me sinto capaz.

²³ BAUDELAIRE, Charles P. *Paraísos Artificiais*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

²⁴ OHLER, Norman. *High Hitler – las drogas en el III Reich*. Buenos Aires: Critica, 2016, p. 35.

Na Alemanha hitlerista a cocaína e a morfina foram banidas e as pessoas que as usavam associadas a extravagâncias, sem-vergonhices, pertencimento a sub-raças e demais lugares comuns do discurso ariano-supremacista dos nazistas. Era premente, então, encontrar uma substância substituta que pudesse ser usada pelo puro povo alemão, sem que isso implicasse afronta aos eugênicos conceitos nacional-socialistas. Foi a partir da ideia da formação de um Homem mais forte e mais inteligente que se desenvolveu e se utilizou à larga, inclusive como arma de guerra, a *metanfetamina* (ou *d-N-metilanfetamina*), hoje conhecida na gíria como *speed*²⁹. Em 31/10/1937, os laboratórios *Temmler* inscreveram no Escritório de Patentes do *Reich*, em Berlim, a primeira *metilanfetamina*

alemã, uma variante dos medicamentos revitalizantes com uma potência que deixava na sombra a *bencedina* norte-americana. Seu nome comercial era *Pervitin*³⁰. Essa droga foi amplamente consumida por alemães de todas as classes, anunciada como estimulante para a mente e o sistema circulatório, sendo aplicada para o tratamento de depressões, hipotonia, cansaço e convalescência pós-operatória. Era comercializada até em forma ingênuos bombons para o deleite de toda a família. Foi à base de *Pervitin* que a *Wehrmacht* marchou sobre a França e à custa dessa droga os soldados do *Reich* suportaram os rigores da frente russa.



Embalagem de *Pervitin*: a droga lícita do III Reich

- Uma bela ocasião seria para nós, ao que parece – continuou Erixímaco – para mim, para Aristodemo, Fedro e os outros, se vós os mais capazes de beber desistis agora; nós, com efeito, somos sempre incapazes; quanto a Sócrates, eu o excetuo do que digo, que é ele capaz de ambas as coisas e se contentará com o que quer que fizermos. Ora, como nenhum dos presentes parece disposto a beber muito vinho, talvez, se a respeito do que é a embriaguez eu dissesse o que ela é, seria menos desagradável. Pois para mim eis uma evidência que me veio da prática da medicina: é esse um mal terrível para os homens, a embriaguez; e nem eu próprio desejaria beber muito nem a outro eu o aconselharia, sobretudo a quem está com ressaca da véspera”.

²⁹ A metanfetamina é uma droga estimulante sintética que induz uma forte sensação de euforia, e causa grande dependência. É uma das drogas recreativas mais significativas. Normalmente encontra-se num pó sem odor, branco ou esbranquiçado, de sabor amargo, embora também se encontre em comprimidos, cápsulas e cristais maiores. Normalmente inala-se (cheira-se), mas também se usa oralmente, fuma-se, e injeta-se. A metanfetamina é estruturalmente semelhante à anfetamina, e outras substâncias estimulantes, e pode ser produzida a partir da efedrina ou da pseudoefedrina por redução química. A maioria das substâncias químicas necessárias estão disponíveis nos produtos de limpeza domésticos ou em medicamentos de venda livre (sem receita). Isto faz com que a metanfetamina pareça muito fácil de produzir. O *speed* (anfetamina ou metanfetamina) é uma droga estimulante. Produz um estado alerta e confiante, e aumenta os níveis de energia e de estamina. Também reduz o apetite e diminui a vontade e a capacidade de dormir. O uso da metanfetamina normalmente acelera as batidas cardíacas e a respiração, e aumenta a tensão arterial e a temperatura do corpo do usuário. O uso crônico pode causar a chamada “psicose anfetamínica”, resultando em paranoia, alucinações auditivas e visuais, auto concentração, irritabilidade, comportamento agressivo e instável, e coçar a pele. Isto pode piorar com a falta de sono que normalmente acompanha o uso pesado da metanfetamina. A metanfetamina é anorexizante, o que significa que a maioria das pessoas perde o interesse em comida. Isto é considerado benéfico para muito utilizadores ligeiros, mas com o uso regular ou pesado pode causar subnutrição. A metanfetamina também é considerada neurotóxica. A “descida” da metanfetamina pode deixar-te cansado, letárgico e deprimido. Isto pode tentar os utilizadores a tomarem mais, e pode causar dependência. Também causa uma tolerância significativa. Esta mistura pode ser particularmente grave, pois o utilizador tenderá a ter fortes desejos de anfetamina, ao mesmo tempo que não conseguirá alcançar um efeito satisfatório. In: <https://azarius.pt/encyclopedia/41/metanfetamina/>. Acesso em 13/06/2019.

Como se vê, a proibição do comércio e consumo de certas substâncias, seja da maconha, da cocaína ou de derivados do ópio – as duas últimas efetivamente as mais graves à saúde – em verdade não decorre de uma sincera preocupação das autoridades sanitárias e dos governantes em geral com a saúde da população. Foram invariavelmente razões econômicas, morais ou de índole político-ideológicas que levaram ao proibicionismo, como se verifica claramente não só do malicioso discurso de Anslinger, mas também pela ideia de higienização social adotada pela Alemanha nazista. O efeito patogênico que tais substâncias causam no usuário jamais foi a principal preocupação das autoridades responsáveis pela sua proibição. Fosse esse o motivo seria fácil perceber o erro em proibir o comércio e o consumo dessas substâncias, uma vez que são muito mais nocivas ao corpo humano quando adquiridas de fornecedores clandestinos, sem certificação da origem e misturadas que são a outros produtos para ganharem mais peso e proporcionarem mais lucratividade. Além disso, a utilização intravenosa, muito comum no caso dos opiáceos e da cocaína, não raro é feita sem nenhuma assepsia e com compartilhamento de agulhas, tornando-se meio de transmissão de uma série de moléstias, como a hepatite e a síndrome de imunodeficiência adquirida (*AIDS*).

³⁰ OHLER, Norman. Cit. p. 45



A criminalização da posse de drogas *com pena de prisão*, que se inicia nos primórdios do século passado, de nada adiantou em termos da redução ou controle do uso excessivo de drogas, nem na evitação de mortes por *overdose*. As pessoas simplesmente se tornam dependentes de substâncias psicoativas. Os motivos que as levam a isso são os mais distintos e intangíveis. O que se consegue com o emprego da política criminal bélica não é uma população mais saudável e próspera, com a diminuição de usuários e o declínio da lucratividade desse negócio, mas, sim, a imensa quantidade de mortes decorrente de lutas sangrentas, seja por domínio de territórios, disputa por pontos de venda ou pela letalidade da repressão policial.

É nesse propício caldo de cultura que proliferaram as milícias, organizações para-policiais que se alimentam dos

mesmos valores moralistas que fundamentam o proibicionismo. Instalam-se em comunidades carentes com a pregação falaciosa de que não admitirão o *tráfico*, mas praticam outros ilícitos quiçá mais graves, como a *venda* de segurança e monopolização da prestação de serviços distintos, como ligações clandestinas de sinais de TV a cabo, gás de cozinha em bujões e transporte alternativo. Se o *tráfico de drogas* é filho bastardo do proibicionismo, o proibicionismo é o padrasto da milícia, que lhe deve obediência. Urge, portanto, tentar outros caminhos político-criminais para enfrentar o desafio que é tratar do problema relacionado ao comércio e consumo de algumas substâncias, sem que para isso seja necessário matar e prender tanta gente jovem, pobre e negra.

PARIDADE DE ARMAS: UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DOS ARTS. 3º E 396-A DO CPP E 241, III, DO CPC E O TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA RESPOSTA ESCRITA NO PROCESSO PENAL¹

Por Luís Guilherme Vieira²

1. Apresentação

O lugar e a função do processo no Brasil ainda se encontram manietados por uma concepção ultrapassada, solo fértil para a aceitação acrítica dos modelos totalizadores do Direito Penal antes apresentado. Talvez possa o Processo Penal Democrático se constituir como um verdadeiro “limite democrático”.

(...) Rompendo com os “escopos hegemônicos”, aponta-se para uma nova maneira de o entender, no qual o contraditório passa a ser a pedra de toque.³

Na vigência do regramento processual penal de 1941, quando se tinha o interrogatório judicial por termo inicial de contagem do prazo para apresentação da defesa

prévia, sustentava-se,⁴ com apoio em jurisprudência,⁵ que os réus por último interrogados, e, conseqüentemente, os últimos a oferecerem referida peça defensiva,⁶ teriam inquestionável vantagem sobre aqueles que já as tivessem apresentado, no que se revelava gritante afronta ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB), mola constitucional que garante, aos protagonistas do processo, a paridade de armas.⁷

⁴ VIEIRA, Luis Guilherme. Defesa prévia: início da contagem de prazo; inteligência da Carta Cidadã e da Lei 10.792/2003. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 187, p. 15, jun. 2008.

⁵ “Trata-se de requerimento da defesa visando, em síntese, a entrega das defesas prévias dos acusados após o fim dos interrogatórios. Sabe-se que o art. 395 do CPP deixa claro que a defesa prévia deve ser oferecida após o interrogatório ou no prazo de três dias, como bem afirmado pelo MPF. Entretanto, a denúncia nos presentes autos não se baseou em um inquérito, mas na representação para fins penais da Receita Federal com 12 acusados. Por conseguinte, questões surgidas em um interrogatório podem, de certa forma, ajudar a defesa de um dos réus que já prestou sua defesa prévia. Com o fito de propiciar a ampla defesa inserta na Carta Magna, defiro a possibilidade de os réus ofertarem suas defesas prévias diretamente neste Juízo, após o último interrogatório realizado. Ressalte-se que os defensores dos réus serão intimados por via postal diretamente em seus escritórios na forma do art. 370, parágrafo 2, do CPP, devendo a procuração deixar bem claro o endereço para a remessa.” (juiz federal substituto Sandro Valério A. do Nascimento, 4ª Vara Federal Criminal de Niterói/RJ. Não se aponta os dados do processo-crime porque este corre em segredo de Justiça).

⁶ A prevista no então art. 395 do CPP.

⁷ De notar que o fato gerador de este ou aquele réu ser interrogado em primeiro lugar é lotérico e os motivos os mais variados (por exemplo, nos chamados *maxiprocessos*, a divisão pode ocorrer para que audiências sejam realizadas, em razão do tempo, em dias/meses/anos diversos, tudo a depender da agenda do juízo processante/deprecado/rogado; alguns

¹ Esse artigo é dedicado ao professor Geraldo Prado.

² Advogado criminal, fundador e membro do Conselho Deliberativo do Instituto de Defesa do Direito de Defesa e da Sociedade dos Advogados Criminais do Rio de Janeiro e presidente da Comissão de Defesa do Estado Democrático de Direito da OAB/RJ.

³ ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63.



A forma de afastar essa balda naqueles idos, à luz da Carta Cidadã, era a determinação de que os prazos para oferecimento das então alegações preliminares somente começariam a vigor após a realização do derradeiro interrogatório judicial (ou, a depender, do entranhamento do ato aos autos do processo). É o que se propõe demonstrar a seguir.⁸

2. Resposta à denúncia

2.1. Termo inicial de contagem de prazo para apresentação de resposta à denúncia

O argumento em torno do estudo de que os prazos para oferecimento das (então) alegações preliminares somente corriam após a realização do último interrogatório judicial se baseava em pressuposto de que o processo, enquanto não esgotada esta fase defensiva, estaria paralisado.⁹

Portanto, não advinha, com a adoção de postura garantista, qualquer prejuízo às partes e ao regular andamento do processo (inclusive obedecido o prazo razoável de duração, previsto no Pacto de San José da Costa Rica e inscrito, na CRFB, como direito fundamental, por força da emenda nº 45/2004),¹⁰ no que tinha perfeita cabida aplicação analógica (art. 3º do CPP) do disposto no art. 241, inc. III, do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.710/1993, a qual dispõe, em síntese apertada, que, no caso de processo com multiplicidade de réus, o prazo para contestação inicia-se depois da juntada do derradeiro aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido.

Mutatis mutandis, em obediência às garantias fundamentais e ao espírito do legislador ordinário, o referido prazo, na processualística anterior, fluía, tão só, após ser realizado o último interrogatório do réu – se este houvesse sido inquirido por intermédio de cartas precatória,

podem ser inquiridos, presentes determinadas condições, em seu domicílio, hospital etc.).

⁸ VIEIRA, Luís Guilherme. *Idem*, *ibidem*.

⁹ Recordar que réus, na vigência do CPP de 1941, poderiam, esgotadas as formas de citação pessoal, ser citados por edital. Não constituindo advogado, o processo, para os contumazes, fica suspenso, podendo a prova perecível ser produzida, sendo eles patrocinados por defensor público ou advogado dativo. Com advogado constituído, o processo segue seu curso natural. Com o advento da reforma processual de 2008, foi introduzida a citação por hora certa (art. 362, do CPP), com as consequências dela recorrentes (MAYA, André Machado; GIACOMOLLI, Nereu José. A citação por hora certa no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, ano IX, n. 35, Notadez, Rio Grande do Sul, 2010, p. 121-140).

¹⁰ Art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB.

rogatória etc., e, ainda assim, somente depois de sua juntada aos autos –, devendo o magistrado, passo seguinte, intimar as partes, para que tivessem ciência de que deveriam, querendo, apresentar defesa prévia.

A previsão existente no Código de Processo Civil constava do Decreto-Lei 1.608/1939, em seu art. 292, então sob a égide da famigerada Constituição de 1937 – não sendo despidendo gizar que a igualdade de todos perante a lei e a ampla defesa encontravam-se previstas nas Constituições de 1934 (art. 113, 1 e 24) e de 1891 (art. 72, §§ 2º e 16). *In verbis*:

Art. 292. Feita a citação do réu, considerar-se-á proposta a ação, correndo, da entrega em cartório do mandado cumprido, o prazo de dez (10) dias para a contestação, observado o disposto no art. 33.

Parágrafo único. **Se forem vários os réus e não houverem sido citados no mesmo dia, o prazo para a defesa correrá da entrega, em cartório, do último mandado de citação, devidamente cumprido.**

(Grifou-se)

No CPC de 1973, em vigor após reformas pontuais, manteve-se a previsão, no art. 241, inc. II, que estabelecia que começa a vigor o prazo, “quando houver vários réus, da juntada aos autos do último mandado de citação, devidamente cumprido”.

Com o advento da Lei 8.710/1993, reenumerou-se o art. 241 do CPC, deslocando-se a previsão para o inc. III, com o acréscimo da hipótese de citação por intermédio de via postal, mantendo-se, no mais, a essência da *mens legis* inspiradora da redação anterior. Define a norma atual o termo de início do prazo, “quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido”.

Por isto, a jurisprudência desenhava-se da forma abaixo:

Na citação, o prazo para contestar ou responder começa a correr, para todos, da mesma data; não assim na intimação, em que os inícios de prazo podem ser diferentes para cada interessado, quando não for feita no mesmo dia a todos.

(TJRJ-RP 26/279)

A *mens legis* e o raciocínio dos legisladores pátrios (em consonância com a doutrina) sempre foram inspirados na preocupação de tratar as partes processuais de forma equânime, diante do indisfarçável prejuízo advindo da criação de privilégios entre réus, podendo uns falar antes



dos outros, fornecendo a alguns mais tempo – e, aqui, frise-se a natureza concreta e jurídica do tempo, o qual, por não ser efêmero, tem de ser equitativamente dividido entre elas, sob pena de nulidade – e a chance de conhecer as defesas de corréus, não raro conflitantes.

O dito popular “*Quem ri por último, ri melhor*” cabe ao processo, seja ele criminal, cível ou administrativo. No particular, também quem por fim se manifesta leva vantagem, tanto temporal quanto cognitiva. Tal circunstância e privilégios se tornam mais evidentes nos casos dos chamados *maxiprocessos* e do gigantismo processual,¹¹ nos quais muitos acusados respondem a processo penal, hodiernamente instruídos com centenas de milhares de provas produzidas em papel, milhares de *gigabytes* e milhares de horas de áudio, de forma que qualquer restrição temporal à defesa técnica de um réu, em desfavor de outro, é capaz de neutralizá-la ou aniquilá-la.

2.2. Afetação ao princípio da isonomia jurídica pela disparidade de armas no processo

O desequilíbrio entre as partes – a rigor, costuma se dar tanto em relação ao Ministério Público [e ao(s) assistente(s) de acusação], quanto em relação a corréus – é inconstitucional e ilegal.

No atual modelo do processo penal democrático,¹² inaugurado com a reforma de 2008, ampliou-se o direito de defesa com a possibilidade de, na raiz, apresentar-se resposta à denúncia (art. 396 do CPP), dando ao juiz a oportunidade de absolver sumariamente o acusado (art. 397 do CPP) e elevando, por consequência, a *status* de decisão (terminativa ou definitiva de mérito) o “segundo”¹³ recebimento da prefacial, que há de ser fundamentado, nos termos do art. 93, inc. IX, da Carta Cidadã.

Na prática, todos os argumentos defensivos (exceções,

prejudiciais, preliminares, mérito, rol de testemunhas e diligências) hão de ser nesse instante ímpar sacudidos, sob pena de preclusão, de modo que a defesa técnica que se manifestar em primeiro lugar está prejudicada, mormente porque as que falarem depois terão a vantagem de conhecer todas as argumentações daqueles que, por esta ou aquela razão, foram citados antes.

Lembre-se, ainda, que, consoante o apregoadado pelo art. 396-A do Código de Processo Penal (com redação que lhe foi emprestada pela Lei 11.719/2008), citados, os acusados, após o “primeiro” recebimento da denúncia, está inaugurado, em leitura inconstitucional e ilegal, o decêndio para o oferecimento da resposta.

Não formalizada a resposta, por ser de rigor obrigatório, o magistrado intimará o réu para, querendo, constituir novo advogado, na hipótese de este estar constituído nos autos. Se não houver advogado habilitado, o juiz deverá mandar os autos à Defensoria Pública ou nomear defensor dativo (aliás, se assim não fizer, estará nulo o processo).

Neste fio de pensamento, tem-se que a resposta merece, por parte de todos, atenção redobrada, principalmente porque, conforme prevê o disposto no art. 396-A do CPP, é nesse instante que “*o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas*”.

Seguindo os passos traçados por essa premissa, observa-se que, em *maxiprocessos*, nos quais há o cumprimento de mandados de citação em datas diversas, se dá o fracionamento de um ato processual que deveria ser unitário – resposta à denúncia –, acarretando, na corredeira, a probabilidade (em decorrência, o efetivo prejuízo) de serem trazidos aos autos, por um (ou mais) réu citado posteriormente, fatos ou documentos que podem influir, por exemplo, num determinado pedido de diligências ou na escolha de testemunha que não figurava no rol etc.

Contudo, aquele (o lotericamente citado antes) não poderá mais se valer da ampla defesa garantida pela Constituição, pois a matéria estará preclusa (sua resposta encontrar-se-á entranhada aos autos do processo e a nulidade estará concretizada), e, por isso, não lhe será permitido arrolar testemunhas que esclareçam os fatos ou documentos supervenientes, tampouco requerer diligências indisputáveis ante a novidade que exsurge; dentre outros prejuízos que podem advir.

Decerto, aqueles que forem citados no final e, por con-

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 661.

¹² O anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, elaborado por comissão de juristas presidida pelo ministro Hamilton Carvalhido, no ponto, andou mal. Manteve o início de prazo para resposta à denúncia contado a partir da citação do réu. Espera-se que o Congresso Nacional tenha calma (sabe-se que o tempo do Legislativo é diferente, por lamentável; não por outro motivo leis imperfeitas e de ocasião são produzidas aos borbotões) para corrigir a balda, já que, ao contrário do desejado pelos membros da comissão, foi o texto transformado, de inopino, no projeto de lei do Senado nº 156/ 2009, sem antes ouvir a sociedade civil. Audiências públicas têm sido realizadas, mas elas têm sido pífiás.

¹³ É teratológica a terminologia conferida pelo legislador, tem-se ciência, mas foi a que ele houve por bem utilizar; com o correr dos anos, competirá aos tribunais fixar a primeira causa interruptiva da prescrição. Hoje, pela recentidade, doutrina e jurisprudência guerream teses.



seguinte, oferecerem, também no final, suas respostas escritas – incluindo-se, aí, eventual juntada de documentos – terão visível vantagem sobre os que as tiverem apresentado anteriormente, no que se revelaria, como se revela, evidente afronta ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB), mola constitucional que garante, a todos, a paridade.

3. Isonomia jurídica no processo penal: uma necessária leitura constitucional dos artigos 3º e 396-A do CPP e 241, inc. III, do CPC

A única forma de afastar essa discrepância de tratamentos (defesa em sede de processo penal constitucional) quanto ao exercício da ampla defesa e do devido processo penal é a determinação de que os prazos para oferecimento da resposta à denúncia somente passem a fluir após o cumprimento, e efetiva juntada, do derradeiro mandado citatório, no que tem, da mesma forma que no modelo processual anterior – encontrando-se ambos sob a égide da mesma Carta Política – perfeita cabida a aplicação analógica (art. 3º do CPP) do disposto no citado art. 241, inc. III, do CPC, na redação que lhe foi emprestada pela Lei 8.710/1993.

Isto porque o art. 241 do CPC, como norma de ordem pública e especial, sob característica que lhe é peculiar, dita, como visto, a contagem do prazo para início a partir da data de juntada aos autos dos avisos de recebimento ou mandado citatório (incisos I a IV), afastando, desta maneira, a regra geral de contagem de prazo civil, para início de cômputo um dia após a efetivação do ato, *ex vi* do artigo 184 do CPC.

Também a *teoria da ciência inequívoca*, na lição de Luiz Fux, justifica a especialidade e a funcionalidade social do disposto no art. 241 do CPC, pois vigente no sistema processual brasileiro. Veja-se:

A regra geral do artigo 241 do CPC não exclui, mas, ao revés, convive, com outras hipóteses especiais em que se considera efetivada a intimação. Nesse sentido, é o caso da teoria de “ciência inequívoca”. Assim, inicia-se o prazo da ciência inequívoca que o advogado tenha do ato, decisão ou sentença.¹⁴

A norma é de tamanha especialidade que se fazem objeções não só ao *locus* ou seção do Código em que se encontra, sob o título *das intimações*, por entenderem dever estar noutra relativa ao tempo e lugar dos atos

processuais, mas, sobretudo, pela chamada de que é norma de rigor e atenção máximos, porque o próprio prazo de juntada do cumprimento do mandado é ato que independe de intimação, sendo despiciendo ao início da apresentação da peça de resposta a ciência da parte, quanto a esse ato em particular; o que impede a arguição de justa causa a qualquer manifestação equivocada relativa ao ato processual em destaque (STJ, 4.ª Turma, REsp n.º 538.642, rel. min. Cesar Rocha, j. 9/9/2003, não conheceram, v.u., DJU 28/10/2003, p. 294).¹⁵

A razão de o prazo ser contado da data da juntada se restringe ao fato de a lei, naquela sua funcionalidade social, vir inibir vantagem processual àquela parte contra quem flui o lapso temporal além do tempo que existe entre a efetivação do ato e sua juntada aos autos.

Sub o tema, complementa Sumeira:

Pode ser, inclusive, que vários dias, até meses, decorram entre a data da efetivação do ato e a juntada do documento aos autos, pois o serviço forense comporta atualmente uma demanda muito volumosa de processos.

Realmente, não se poderá excluir o dia do início, como dispõe o art. 184 (e 240), cuja aplicação só poderá ocorrer em hipóteses outras que não as descritas no art. 241, pois o mesmo dispõe em contrário.

Outrossim, será importante que do documento que comunica um ato processual (como os mandados de intimação e de citação, principalmente) deverá vir expresso fluir o lapso de resposta na forma do art. 241, se o caso.

Isto porque o prazo para resposta do réu é um prazo próprio, o qual acarreta a impossibilidade de sua prática pelo vencimento de seu termo final (*dies ad quem*) e peremptório, i.e., em regra inalterável pelo juiz ou pelas partes.

Finalmente, não se pode dizer que, por estar o art. 241 em capítulo atinente às “comunicações dos atos” (Capítulo IV), seção rubricada como “Das intimações” (Seção IV), do Livro, Título V, do CPC, não se constitui de exceção.

Isto não se sustenta, uma vez que:

1º) De fato, está erroneamente situado, pois prevê a contagem do lapso de resposta também nos casos de “citações”, não só de “intimações” como rubricado, e negar vigência a todo seu conteúdo seria ilógico;

¹⁴ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 357-358.

¹⁵ SUMEIRA, Thiago Antônio. O início da contagem de prazo no Código de Processo Civil. In: www.buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em: 13/1/2010.



2º) Trata-se de regra específica e pontual: “Começa a correr o prazo (...)”, o que afasta desde logo a aplicação do art. 184 (e art. 240), mais vocacionado às intimações publicadas pela imprensa oficial, como exposto.

Destarte, nos casos do art. 241 não se pode excluir o dia de início e computar o do vencimento, como preceitua o art. 184 (e art. 240), pois o art. 184 (e art. 240), residual, só é aplicável em hipóteses inalcançáveis pelo art. 241.

Caso não aplicada a norma jurídica processual, fora os reais prejuízos que advirão à boa e regular marcha processual (nulidade absoluta), cerceados estarão a ampla defesa e o processo penal devido.

4. Aspectos conclusivos

Toda e qualquer regra deve ser compatível com a Lei Maior (interpretação conforme),¹⁶ maximizando seu alcance aos mesmos direitos e garantias que o Código visa proteger. Isso porque a lei, incluindo-se aí o CPP, por conta do princípio da legalidade, destina-se a estabelecer limites, justamente na medida em que fixa prazos e determina quais procedimentos hão de ser seguidos – constitucionalmente admissíveis – para efeitos de acatamento do caso penal.

O processo penal, em decorrência, passou a ser, com a promulgação da Constituição de 1988, um processo penal constitucional, e o devido processo legal (e a ampla defesa de modo idêntico) ganhou *status* que lhe permite ampliar a esfera das liberdades públicas. Logo, todo processo, seja de que natureza for, sobretudo o penal, há de ser assim compreendido.

É sintomático que, num regime democrático de igualdade de partes e de pretensões acusatórias (e, aqui ou alhures, também defensivas), a interpretação e aplicação do Código de Processo Penal não deva mais ser realizada com os olhos do legislador de 1941.

Ao contrário. O olhar tem de estar direcionado para uma Constituição que prima pelos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, evitando-se, como assevera Luís Roberto Barroso, a utilização de *interpretação retrospectiva*.¹⁷ Em resumo: o CPP ganhou alcance que lhe permite ampliar a esfera das liberdades públicas.

Aliás, suas recentes alterações caminham nessa di-

reção, valendo citar que algumas (por todas, a Lei nº 10.792/2003) consagraram entendimentos já então pacificados pela doutrina, como, por exemplo, o interrogatório ser ato eminentemente de defesa, hoje, o derradeiro a ser realizado, a fim de que o réu possa combater e explicitar tudo o que foi produzido contra e a seu favor.

Outras alterações, por seu turno (*v.g.*, Lei nº 11.719/2008), reafirmam a leitura constitucional até mesmo quanto aos momentos iniciais do processo, estabelecendo a análise diferida e prévia do conteúdo da denúncia, a fim de permitir sua refutação e até mesmo a absolvição sumária.

Processo constitucional é, em resumo, processo em que haja igualdade de partes, e não só entre Ministério Público e defesa, mas, também, entre os acusados, permitindo-se, a todos, sem exceção, as mesmíssimas condições de exercício amplo.

Nesta direção, Willis Santiago Guerra Filho aduz:

O que se busca é promover uma ‘igualdade de chances’ (*Chancengleichheit*), a qual se preserva, no processo, basicamente, observando a chamada ‘paridade de armas’ (*Waffengleichheit*) entre as partes, que estaria ameaçada, segundo Bettermann, “sempre que uma parte supere, no essencial, à outra, em poderes e meios”, no processo. Nesses casos, ainda segundo o acatado processualista alemão, o juiz seria chamado a restaurar o equilíbrio entre as partes, favorecendo aquela mais fraca.¹⁸

Prazos que não atendem à razoabilidade não são constitucionalmente válidos; defesa desigual não é isonomia de partes.

Nada mais correto. Afinal, num momento antecedente, o juiz terá contato – por muito mais tempo, mas nada poderá fazer até que a última resposta venha ter aos autos – com as respostas de determinado réu, o que o levará a conclusões, (que não poderão ser exteriorizadas) sobre certos aspectos do processo, enquanto, num segundo passo, as alegações recebidas de corréus não surtirão os efeitos almejados.

O que dizer, então, da chamada de corréu (quicá da asquerosa, inconstitucional e ilegal delação premiada?!; ou, no verbo de José Carlos Dias, “extorsão premiada”?!), ainda que realizadas por meio de petições? Isso para não aduzir à eventual juntada de (novos) documentos! Por evidente, a isonomia processual, não respeitado o início do prazo estabelecido neste estudo, resta afetada em definitivo, acarretando nulidade absoluta.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 160.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 211.



A ARTE PERNICIOSA

A REPRESSÃO AOS CAPOEIRAS NA REPÚBLICA VELHA

Por Renato Neves Tonini^{1*}

Introdução

Com a proclamação da república, a nova ordem governamental necessitava atrair a confiança dos investidores estrangeiros para dar seguimento aos seus projetos políticos. Para tanto, era necessário que o país passasse a idéia de ser uma nação moderna, em dia com os avanços científicos, pronta para entrar no século XX. Contudo, no modo de ver dos dirigentes do Brasil, a Capital Federal não cumpria o papel de vitrine do restante do país. As ruas do Rio de Janeiro eram estreitas e abafadas, não havia uma rede eficiente de água e de esgotos, e a concentração da população pobre nas proximidades do centro comercial eram motivos de constante preocupação das autoridades.

A ânsia de transformar o Rio de Janeiro em uma cidade menos perigosa e mais agradável aos sentidos levou seus administradores a tomar uma série de atitudes violentas para afastar da área central as pessoas por eles consideradas como ameaçadoras. Esses indivíduos eram os integrantes das chamadas classes perigosas, expressão consagrada na época, cujo conceito, na realidade, definia a população pobre da cidade.

Para cumprir essa missão higienizadora, uma das tarefas empreendidas pelas autoridades foi a eliminação dos cortiços e dos quiosques que então estavam espalhados por toda a cidade.

Os cortiços eram habitações coletivas onde muitas pessoas moravam em condições adversas, em casinhas ou quartos bem pequenos, pouco arejados, não raro dividindo o espaço com aves, porcos e cavalos. Alguns cortiços eram enormes, com população superior a quatro mil almas, como o célebre “Cabeça de Porco”.

Os quiosques eram os locais de divertimento preferidos da população sem renda, onde qualquer um podia conversar, beber, namorar, jogar, cantar e dançar com seus amigos nos logradouros públicos. Contudo, os adminis-

tradores reclamavam de tudo que por lá acontecia, desde a sujeira que cercava os quiosques até as algazarras que inevitavelmente ocorriam.

Esses espaços de habitação coletiva e de lazer público haviam sido conquistados durante a antiga ordem política, a qual não tinha como objetivo primordial a exterminação desses canais de solidariedade, de confraternização e de divertimento. Embora fossem realmente insalubres, os cortiços garantiam uma vida mais tolerável ao povo que neles habitava, permitindo-lhe morar perto de seu local de trabalho ou facilitando sua movimentação pelas ruas, onde muitos ganhavam o pão de cada dia.

Assim, a “ameaça” que as doenças próprias da pobreza proporcionavam à sociedade sadia, através do perigo das moléstias contagiosas, somou-se à “natural” periculosidade do subproletariado. Esse somatório de medos e de desconfiças acarretou mudanças radicais na estrutura da cidade, as quais tiveram início com a destruição da maioria dos cortiços e dos quiosques, culminando com a realização das drásticas reformas urbanas, iniciadas com inusitado furor na gestão do Prefeito Pereira Passos, em 1904.

Contudo, em 1895, os quiosques ainda estavam presentes nas praças e nos largos do centro do Rio de Janeiro. Nesses pequenos pontos de comércio, constituídos por uma estrutura de metal com um balcão circular coberto por um toldo estilizado, trabalhava apenas um vendedor, servindo licores, café, charutos, bilhetes de loteria e até material pornográfico. Eram lugares muito procurados pela população da cidade e utilizados como um ponto de encontro e de lazer, especialmente dos seus habitantes sem dinheiro.

Como fiel cumpridor da ordem republicana, o Delegado Aristides Pereira da Silva, titular da delegacia da 9ª Circunscrição Policial do Distrito Federal, no período de 1895 a 1897, demonstrava ser um ferrenho adversário dos quiosques instalados na sua área e da população que os freqüentava. Para ele, os quiosques eram símbolos da degradação dos costumes, verdadeiros focos de indisciplina pública que deveriam ser extirpados da cidade, em benefício do cidadão de bem.

A existência dessa orientação foi constatada em seis processos criminais iniciados pela prisão em flagrante de grupos de rapazes que estavam jogando capoeira nas cercanias dos quiosques existentes na Praça da República.

O repúdio que o titular da 9ª Circunscrição Policial dedicava aos quiosques e aos seus freqüentadores ficou evi-

^{1*}O autor é Mestre em Ciências Penais pela UCAM, advogado criminalista, conselheiro da OAB/RJ e membro do IAB.



denciado em um dos relatórios do delegado, apresentado ao juiz da 8ª Pretoria, ocasião em que essa autoridade policial afirmou que o transeunte que “passar pela Praça da República a qualquer hora do dia e mesmo certas horas das noites, há de ficar desagradavelmente impressionado com o triste espetáculo que se observa do lado dos sete kiosques, que era preferível nunca fossem ali collocados. Em torno destes sete centros gyrão: a vagabundagem, a embriaguez, a prostituição, o jogo desenfreado e finalmente os exercicios de capoeiragem”².

O policial procurou descrever a área que circundava os quiosques, fazendo uma análise do ambiente que lá existia, deixando transparecer um forte preconceito contra algumas formas populares de diversão, ao dizer que o “jogo é em plena praça desde o dado até a carrapeta, tendo o baralho de carta os seus Deptos. e tudo isto é acompanhado de ditos picantes e de requebros lascivos que fazem embasbacar o transeunte despreocupado que tem a infelicidade de enfrentar com aquellas bachantes semi-nuas e disguidelhadas. E os menestreis acompanhão-nas com estribilhos repassados com luxurias.”

O território da 9ª Circunscrição Policial englobava os quatro lados da Praça da República, se estendendo até a antiga Praça Onze de Junho e parte da área então conhecida como a Pequena África. Essa região era integrada por ruas típicas de cortiços, como a rua General Pedra³ e por logradouros que influenciaram decisivamente a cultura popular do Rio de Janeiro, fato exemplificado pela existência, na rua Senador Eusébio alguns anos depois, da residência da famosa baiana Tia Ciata, cuja casa foi o berço do samba carioca. Nessa rua também ficava a sede da sociedade recreativa Kananga do Japão, cabaré onde o legendário Sinhô tocava piano nas noites do Distrito Federal.⁴

Na Pequena África, designação dada ao local por Heitor dos Prazeres, se formaram grandes comunidades negras, delas surgindo as mais diferentes manifestações culturais da cidade, dentre eles os candomblés, os primeiros ranchos e “outros grupos carnavalescos precursores das atuais escolas de samba – blocos, os sujeitos, os cordões de velhos e os cucumbis”⁵.

Possivelmente, alguns dos menestrais referidos pelo Delegado Pereira da Silva muito contribuíram para a gestação de nossa música popular, pois, como a distância entre a Praça da República e a Pequena África era bem pequena, é admissível concluir que eles também deveriam freqüentar a Praça Onze, uma das principais áreas de concentração popular, local onde havia o melhor carnaval de rua da cidade, sendo muito executados os ritmos que formariam o samba no futuro, nos anos iniciais do século XX.

Além dessas manifestações culturais, hoje em dia muito louvadas, no final do século XIX, a Pequena África e a zona portuária, composta pelos bairros da Saúde, Gamboa e Santo Cristo tinham a fama de ser o quartel-general dos capoeiras e de seus sucessores. Essa reputação, desagradável aos olhos das autoridades constituídas, pode ser atribuída pela alta concentração de habitações populares, de cortiços, de casas de cômodos naquela área e, também, pela implantação da primeira favela carioca, no Morro da Providência, locais de moradia dos indivíduos das classes sociais mais débeis, nas quais se incluíam os capoeiras. A efervescência cultural popular da área também contribuiu para atrair aqueles que não tinham como freqüentar os teatros, os salões, os cafés e os restaurantes elegantes da cidade.

A Praça da República era, portanto, um local de reunião freqüentado por vários personagens da cidade e, dentre os músicos, os jogadores de cartas e os desocupados, se destacavam os capoeiras, contra os quais o Delegado Pereira da Silva guardava indiscutível aversão. Assim, acatando suas ordens, os agentes policiais realizaram várias “batidas” policiais nos quiosques da Praça da República para prender pequenas maltas de capoeiras que haviam escapado da onda repressiva do início daquela década e as pessoas que o delegado não desejava que permanecessem naquele local.

Uma dessas ações policiais⁶ ocorreu no dia 24 de Maio de 1895, no horário do almoço, em frente aos quiosques existentes na Praça da República, próximos da linha do bonde e do Quartel-General do Exército. Repentinamente, alguns inspetores e agentes de segurança pública chegaram ao local, prendendo os moços que estavam perto dos quiosques. O motivo da prisão, segundo alegaram os policiais, foi a prática de capoeiragem.

Tudo aconteceu porque o inspetor de polícia, Augusto

² Arquivo Nacional. Fundo OR 0128. Processo movido contra José Martins e outros. 9ª Pretoria, fls. 23 v e 24.

³ GERSON, Brasil. *História das ruas do Rio (e da sua liderança na história política do Brasil)*, 5. ed., remodelada e definitiva. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 2000, p. 175.

⁴ GERSON, Brasil, op. cit., p. 173.

⁵ CARDOSO, Elizabeth Dezouart e outros. *História dos bairros Saúde, Gamboa e Santo Cristo*. Rio de Janeiro: Editora Index, 1987, p. 138.

⁶ Arquivo Nacional. Fundo OR 0128. Processo contra José Martins e outros.



Mariano da Silva, ao passar em frente aos quiosques, notou que os integrantes do grupo “capitaneados pelo acusado José Martins que brandia uma faca entregavam-se ao exercício da capoeiragem agredindo em seus exercícios as pessoas que passavam e que escapavam dessa agressão fugindo”. Os demais integrantes da força policial repetiram essa versão dos fatos, tendo o praça da 10ª Companhia, João Augusto de Oliveira, acrescentado que “allí encontraram os acusados que, em grupo, se entregavam aos exercícios de capoeiragem se esbordoando mutuamente e apedrejando a quem por allí passava”.

No local, os policiais prenderam Arthur Cardozo, italiano, servente de pedreiro, de 12 anos de idade; Agostinho da Rocha, pedreiro, de 13 anos de idade; Jacomo Martins, italiano, vendedor de bilhetes, de 9 anos de idade; Zeferino Henrique da Silva, marceneiro, 21 anos; Manoel Rodrigues de Souza, carpinteiro de 12 anos de idade; José Martins, vendedor de jornais, de 18 anos; Antonio Francisco, trabalhador, 18 anos; e Antonio de Souza, copeiro, 18 anos. Nenhum deles admitiu que estivesse jogando capoeira, ou mesmo que tivesse o hábito de praticar a capoeiragem.

Nas declarações prestadas na polícia, a maioria deles disse que não conhecia os demais presos e apenas Antonio Francisco de Oliveira afirmou que havia visto algumas pessoas praticando o exercício proibido. Os detidos diziam que estavam tomando café, passando pelo local, ou conversando inocentemente quando foram abordados pelos policiais. Grande parte deles residia nas imediações do local de sua prisão, na rua General Pedra, na rua Senador Eusébio e na rua Senador Pompeu, logradouros caracterizados pela abundância de residências populares.

Os dois presos que apresentaram versões diferentes dos demais foram José Martins, exatamente aquele apontado pelas autoridades policiais como o chefe da malta; e Jacomo Martins, um italianinho de nove anos de idade. José Martins disse que “estando hoje cerca do meio dia na Praça da Republica junto a kiosques allí existentes fazendo horas para vender seus jornaes acontece que estando a brincar com os demais acusados, quando foram presos, como acusados de estarem jogando capoeira (...)”. Jacomo fez afirmações no mesmo sentido, pois declarou que “estando brincando hoje cerca do meio dia na Praça da Republica junto dos kiosques allí existentes (...)”

Os autos foram encaminhados ao representante do ministério público em exercício na 8ª Pretoria, Renato Carmil, 4º Adjunto do Promotor Público, que ofereceu

denúncia contra José Martins, Zeferino, Antonio de Oliveira, Agostinho da Rocha, Jacomo Martins e Antonio de Souza porque os “denunciados, conhecidos como vagabundos, sem profissão em que ganhem a vida, entregando-se a exercícios de capoeiragem, sendo que o de nome José Martins capitaneava essa malta tendo empunhada uma faca com que atemorizava os transeuntes”, como incursos nas penas do art. 402 do Código Penal, combinado com os arts. 2º e 3º do Decreto n.º 145, de 1893. Antonio Cardoso e Manoel Rodrigues da Silva foram poupados pelo promotor, deixando de ser denunciados por “serem menores e estarem sob o patrio poder”.

A inicial foi recebida pelo pretor, marcando-se a audiência de inquirição de testemunhas para o dia 26 de Julho. No curso da colheita da prova oral, os dois policiais confirmaram que, no momento da prisão, os denunciados se entregavam a exercícios de capoeiragem. Entretanto, apenas um dos agentes disse ter conhecimento de que, ao menos, uma pessoa havia sido agredida pelo grupo que lograra prender e que todos os réus eram vagabundos conhecidos da polícia.

Em juízo, os acusados, em uníssono, negaram que fossem vagabundos, declarando suas profissões. Quanto às circunstâncias em que ocorrera a prisão dos réus, três disseram que estavam tomando café no quiosque, enquanto os três outros disseram que foram presos quando estavam apenas passando pelo local, onde outras pessoas jogavam cartas.

Concluída a instrução do processo, os autos passaram a ser examinados pela Junta Correccional da 8ª Pretoria. A seguir, cumprindo o rígido formato imposto pelo Decreto n.º 1.030⁷, de 1890, o presidente da junta colocou em discussão a primeira questão obrigatória, ou seja, se o crime estava provado ou não. A junta correccional entendeu que não havia provas da infração imputada aos acusados e, em consequência, julgou improcedente a denúncia, determinando a expedição de alvará de soltura para todos eles. De acordo com as normas processuais então vigentes, as sentenças proferidas nos procedimentos contravencionais não eram fundamentadas, impedindo que se conhecessem os motivos que haviam levado o conselho a se posicionar diante da denúncia.

O delegado de polícia havia pressentido o resultado que adviria daquele processo, pois antes de saber o desfecho da ação penal, dedicou a conclusão de seu relatório para fazer um manifesto contra a interpretação que os mem-

⁷ Art. 72 do Decreto 1.030, de 1890.



bro daquela junta correcional costumavam conferir aos depoimentos dos agentes da autoridade nos processos, os quais resultavam na absolvição dos acusados, lamentando que “o testemunho destes não fazem fé pública e nesse tão pouco [ilegível] no espírito dos Srs. Membros da Junta Correcional, então sera preferível romper-se a pagina do Cod. Penal onde esta inserido o Art. 404, porque de ora em diante esta delegacia o encarará como uma inutilidade igual a tantas outras que por ahi se encontram. Absolvidos ou não, esta delegacia continuará a julgar-os sempre como criminosos que encorreram no referido Art.”.

Como se pode perceber da análise desse processo, a polícia procurava dar a idéia de que ela cumpria o seu papel, supostamente frustrado pela benevolência da Justiça com os infratores. Na realidade, o delegado abdicou do dever de demonstrar a habitualidade da conduta, requisito exigido pelo tipo incriminador, preferindo lançar um desafio aos membros da junta ao afirmar que, ainda que fossem absolvidos, mesmo assim a autoridade policial os “julgaria” culpados.

Cerca de um mês depois da prisão do grupo que foi absolvido, o mesmo delegado Aristides Pereira da Silva lavrou outro auto de prisão em flagrante⁸, recolhendo sete outros rapazes, nos mesmos quiosques da Praça da República, também sob a acusação de capoeiragem.

Assim, no dia 28 de Junho de 1895, foram presos Antonio Martins, português, de 16 anos, aprendiz de carpinteiro; Manoel Duarte da Silva, português, de 17 anos, guarda-freios da Central do Brasil; Alberto Galdino das Neves, brasileiro, 32 anos, pintor; João Macieira dos Santos, brasileiro, 17 anos, operário do Arsenal de Marinha; Manoel Ferreira Braga, português, 17 anos, chapeleiro; Theodoro Olympio, brasileiro, 17 anos, marceneiro; e Irineu da Conceição, brasileiro, 30 anos, empregado da Central do Brasil.

Do mesmo modo que o grupo anterior, a maioria tinha sua residência em locais próximos da Praça da República, na periferia da área central da cidade, lugares onde vivia a população pobre do centro do Rio de Janeiro.

O inspetor Fernando Luis Machado, o mesmo que participou da prisão anterior, afirmou que “encontrou os acusados, que em exercicios de capoeiragem lutavam uns com os outros”. A outra testemunha, Joaquim de Araújo Dantas, disse que assistiu “os accusados prezos que se

achavam em exercicio de capoeiragem maneando paus fazendo grande algazarra”.

Mais uma vez, o Delegado Pereira da Silva acentuou seu inconformismo com a legislação penal da época, a qual não lhe assegurava os instrumentos que permitissem dar cabo aos problemas que ocorriam na Praça da República. A par de ter admitido sua incapacidade em dar fim às “scenas de desregramento, da devassidão excessiva; os assaltos ou mais armados que se fazem em pleno dia e em plena praça; o jogo campêa impavido”, o delegado clamava a atenção dos membros da junta correcional para que não fossem tão tolerantes com os acusados.

Os detidos afirmaram sua inocência, alegando que não sabiam o motivo de sua prisão, eis que nada faziam quando foram cercados pela polícia. Contudo, o 4º Adjunto dos Promotores, Renato Carmil, ofereceu denúncia contra todos eles, dizendo que “os denunciados, sem ocupação honesta, vagavam pelas ruas da cidade e chegando à Praça da República juntos e entregaram-se a exercicios de capoeiragem quando foram presos em flagrante”, como incursos nas penas do art. 402 do Código Penal, combinado com o art. 2º, § 1º do Decreto n.º 145, de 1893, ou seja, pela prática de capoeira e por vagabundagem.

A inicial acusatória foi recebida e iniciada a ação penal, sendo ouvidas as testemunhas e os acusados. O policial que participara da prisão dos acusados confirmou os termos da denúncia, declarando que os réus estavam reunidos em círculo a pularem em exercicios de capoeiragem no dia em que foram detidos, nada sabendo sobre seus antecedentes. A outra testemunha afirmou que apenas presenciara a chegada dos presos na delegacia e que nunca os havia visto antes.

Nenhum dos acusados assumiu o cometimento dos fatos narrados pela denúncia. Como disseram ao magistrado que os inquiriu, alguns deles estavam ali de passagem, outros tomavam café ou compravam bilhetes de loteria, e um último havia voltado ao quiosque para buscar um boné esquecido.

A Junta Correcional da 8ª Pretoria absolveu todos os acusados, mediante as respostas das cláusulas preconizadas pela legislação, sem especificar os motivos que os havia levado àquela conclusão.

A análise conjunta dos processos

Diante dos angustos limites impostos pelo escopo deste texto, apenas alguns dos quarenta processos instaurados por capoeiragem foram aqui mencionados. Na

⁸ Arquivo Nacional. Fundo OR 0148. Processo movido contra Antônio Martins e outros. 8ª Pretoria.



dissertação, da qual este escrito é um extrato, foram analisadas ações penais até o ano de 1933, abarcando o período compreendido entre 1893 e 1910, quando a atividade repressiva contra a capoeiragem foi mais intensa, especialmente nos últimos anos do século XIX. A partir das primeiras décadas do século passado, o número de processos por capoeiragem foi sendo reduzido, sofrendo ainda uma acentuada diminuição de casos, demonstrando que esse comportamento deixara, a partir de 1910, de ser uma preocupação das autoridades policiais.

O declínio da capoeira como um problema dos administradores da cidade revela que o resgate desse exercício como um símbolo dos valores brasileiros começava a engatinhar, para deixar definitivamente a clandestinidade durante a era Vargas.

A par dessa observação, é oportuno lembrar que o procedimento processual previsto para o delito de capoeira sofreu profundas mudanças com a edição da Lei n.º 947, de 1902, que estendeu a esse delito as disposições contidas na Lei n.º 628, de 1899, a famosa Lei Alfredo Pinto.

Essa norma recriou o procedimento judicialiforme no direito brasileiro, permitindo que a ação penal fosse deflagrada por iniciativa dos delegados de polícia, retirando das juntas correcionais a competência para o julgamento das contravenções, cometendo-a aos magistrados singulares das pretorias criminais. Essa simples mudança permitiu que, a partir de 1902, os juízes passassem a proferir sentenças minimamente fundamentadas, possibilitando que fossem perscrutados os motivos de suas decisões, algo que não ocorria no estatuto processual anterior.

Ao longo da amostragem, foi observado o “embranquecimento” da composição das maltas e a maciça integração de estrangeiros em suas fileiras, com o incremento do número de processados por capoeiragem de nacionalidade portuguesa, predominantemente, e de italianos, franceses, húngaros, etc. Essa quantidade de europeus, evidentemente brancos, processados por capoeiragem é assombrosa, chegando a ser preponderante em alguns dos grupos detidos, permitindo a conclusão de que, realmente, a capoeiragem há muito tempo não era mais algo exclusivo de negros ou mulatos, estando bem enraizada nos segmentos mais pobres da sociedade.

Essa verificação ratifica a conclusão de que o jogo da capoeira servia como elemento de integração dos novos habitantes da cidade, formando relações de solidariedade entre eles. Havia um traço comum entre as pessoas processadas por capoeiragem encontradas em nossa pes-

quisa: todos eles eram pobres ou miseráveis. Esse fato deve ter tornado alguns dos detidos mais suspeitos do que os outros, nos quiosques da Praça da República ou nas imediações do morro da Providência.

Existe um outro dado indicador da pobreza dos réus processados por capoeiragem: salvo raríssimas exceções, os detidos não pleiteavam a concessão de fiança. Apesar de ser legalmente viável, a maior parte dos acusados não solicitava o arbitramento do valor capaz de permitir que eles respondessem ao processo em liberdade.

A idade dos réus, muitos deles com menos de doze anos, demonstra que havia um evidente sentido lúdico na capoeiragem, aspecto alegado por muitos deles em suas defesas, e reconhecido por alguns dos comerciantes da Praça da República, sendo percebida como uma brincadeira, um jogo que podia resultar em atos agressivos próprios da idade, talvez relacionados a ritos de passagem da infância para a adolescência.

Entretanto, esses atos poderiam levar crianças de nove, dez ou onze anos a, no caso específico dos capoeiras, serem “corrigidos” pelo trabalho em colônias correcionais⁹, nas quais, conforme fosse a decisão do juiz, poderiam ficar até os dezessete anos¹⁰.

Esse absurdo era permitido pelo Código Penal de 1890, o qual estatuiu a imputabilidade penal aos nove anos de idade, para aqueles que demonstrassem discernimento e, a partir dos quatorze anos, para todos que cometessem alguma infração penal, tornando-os passíveis de prisão, processo, condenação e cumprimento de pena.

Assim como ocorreu com o delito de vadiagem, até tempos muito recentes, a capoeiragem consistia num delito amoldável a uma série de comportamentos, sendo utilizada pelos policiais como um recurso para prender pessoas que estivessem incomodando a rotina da comunidade, embora essas atitudes não fossem definidas como crimes ou contravenções. Conforme foi verificado na pesquisa concretizada, muitas situações e problemas do cotidiano das pessoas eram encaixados no amplo figurino da capoeiragem, acarretando o aprisionamento de pessoas que, afinal, não haviam cometido delito algum. Muitas vezes, as pessoas eram presas e processadas apenas pela fama, justa ou não, de serem capoeiras ou desordeiros “conhecidos”.

Também o simples porte de uma navalha bastava para

⁹ Art. 1º do Decreto n. 145, de 11 de Julho de 1893.

¹⁰ Arts. 27 a 30 do Código Penal de 1890.



que os policiais prendessem o acusado por capoeiragem, embora o porte de arma proibida fosse uma contravenção apenas com menor gravidade.

A análise dos processos ainda revela que, mesmo que a legislação exigisse a habitualidade da conduta proibida para restar configurada a infração, como dispunha o § 2º do art. 2º do Decreto n.º 145, de 1893, esse elemento do tipo incriminador não era observado em muitas das demandas aqui comentadas. O porte de arma, também um requisito essencial para a integração do delito de capoeiragem, era sistematicamente omitido em muitas das denúncias estudadas.

E mais. Ainda que fazer uma roda de capoeira pudesse ser entendido como um ato capaz de provocar tumulto, o dispositivo penal exigia que a ação dos agentes tivesse incutido terror nos transeuntes. Contudo, como vimos nos depoimentos transcritos, os exercícios de capoeiragem atraíam espectadores que apreciavam para aquela *performance*, assistindo aos movimentos acrobáticos dos capoeiristas.

Com o passar do tempo, seja nas acusações formuladas pelos promotores de justiça, antes da égide da Lei n.º 947, de 1902, seja nos autos de prisão em flagrante lavrados na vigência daquela norma, a habitualidade passou a ser sempre lembrada pelos delegados e promotores, através de fórmulas do tipo “trata-se de um capoeira conhecido” ou “o acusado tem o hábito de andar em correrias”, etc.

É interessante observar o elevado número de absolvições ou de sentenças decretando a nulidade dos processos movidos contra os capoeiras. A amostragem realizada demonstrou que, tanto os magistrados, quanto os membros das juntas correcionais, especialmente até a primeira década do século XX, relutavam em condenar os acusados.

Os erros processuais cometidos pelos delegados de polícia e pelos promotores não eram tolerados pelos juízes, que não se pejavam de colocar os réus em liberdade, ainda que a forte repressão aos delitos cometidos contra a ordem pública, nos quais se encartava a capoeiragem, fosse apresentada como um problema da maior gravidade.

Mesmo diante desses resultados, as autoridades persistiam prendendo e processando pessoas sem levar em conta as críticas veladas contidas nas decisões judiciais. A eficiência de suas ações não advinha da adequação de seus atos aos ditames da lei: ainda que os detidos fossem absolvidos ou colocados em liberdade por erros proces-

suais, o tempo que eles permaneciam presos aguardando julgamento já representava o sucesso daquelas atividades repressivas.

Para confirmar a regra geral, algumas poucas decisões condenatórias foram proferidas contra os capoeiras no período examinado, impondo o cumprimento de sanções corporais. Ainda assim, seja por tolerância consciente ou por desconhecimento técnico, era comuníssimo ocorrer condenações nas penas originalmente previstas no art. 402 do Código Penal, quando as sanções aplicáveis à capoeiragem tinham sido fortemente agravadas, com a edição do Decreto n.º 145, de 1893.

Como se pode extrair da presente análise, o processo de criminalização da capoeira foi, na verdade, uma continuação das políticas autoritárias de controle social, agora dirigidas às novas classes urbanas. Na realidade, o objetivo daquela norma foi suprimir uma forma popular de expressão cultural, associada ao antigo regime e notoriamente resistente a toda espécie de controle, sendo considerada contrária à noção de disciplina e de ordem que os novos dirigentes do país impunham à população.

Embora fosse muito difundida pela imprensa da época a idéia de que a capoeiragem sofria um repúdio social generalizado, são facilmente perceptíveis os sinais de que esse sentimento não era unânime na sociedade carioca. A mobilidade usufruída pelos capoeiras, a sua constante presença nos festejos religiosos e a integração ao jogo político durante o Império militam em sentido contrário, permitindo a conclusão de que havia alguma aceitação da capoeiragem em diversos segmentos do povo.

Ora, os sangrentos conflitos onde havia a participação de capoeiristas também contavam com pessoas que lutavam outras artes marciais. Afinal, as razões que resultavam nos embates entre as maltas não decorriam do simples fato de que os grupos envolvidos praticassem a capoeira: elas eram muito mais profundas. A capoeira era o modo, o instrumento, a expressão da luta e não a razão da refrega.

O objetivo de eliminar a capoeiragem das ruas foi alcançado pela ação de Sampaio Ferraz, quando deportou os grandes líderes das maltas para Fernando de Noronha, sem que estivesse amparado por qualquer dispositivo legal, a não ser a força das armas. Havia nessa atuação um nítido elemento político partidário, eis que os republicanos e os capoeiristas não mantinham uma convivência pacífica no período do Segundo Império.

Assim, a tipificação da capoeiragem em 1890, mesmo de-



pois dessa prática ser quase extinta por Sampaio Ferraz, reafirmou o desejo das classes dominantes no prosseguimento da tarefa empreendida pelo chefe de polícia, uma vez que foram formalmente conferidos às autoridades os poderes jurídicos necessários à continuação daquela “obra”. A lembrança das maltas ainda aterrorizava os membros das classes dominantes e a presença de pretos, de mulatos e de brancos pobres travando contatos entre si através da capoeira, ameaçava sobremaneira o projeto de sociedade disciplinar que se procurava implantar, justificando, com isso, a criminalização da capoeiragem.

A ideologia da organização e da ordem, introduzida no Brasil na passagem do século XIX, necessitava subjugar toda a sociedade, criando uma concepção própria de normalidade, através da qual se buscava controlar “todos os ‘desvios’ que pudessem ocorrer por parte das classes subalternas e mesmo de setores dominantes não hegemônicos¹¹”.

Neste contexto, as arcaicas estruturas urbanas do Rio de Janeiro e a formação desordenada da urbe, guardando ainda muitos dos aspectos de uma cidade provinciana, se contrapunham à nova imagem que os governantes desejavam criar para a capital da República. A cidade europeia precisava sobrepujar a cidade africana.

Para tanto, a metrópole precisava ser purificada e convenientemente classificada sua população, afastando os focos de doenças do seu centro, retirando os pobres para áreas específicas e assegurando que os locais nobres do Rio de Janeiro ficassem limpos e suficientemente abertos para permitir que o vigilante olho da autoridade tudo presenciasse, assegurando a “saúde social”, então conceituada como o estado da ordem e da harmonia.

A eliminação dos obstáculos ao pleno exercício do poder disciplinador e a criação dos instrumentos jurídicos capazes de retirar das ruas os personagens que se opunham à nova ordem política se fizeram estratégias primordiais para a contenção e a classificação dos segmentos subalternos da população. Uma dessas soluções foi a destruição dos cortiços – solução de moradia encontrada pelas classes pobres – realizada nos primeiros anos da República. Esse tipo de habitação popular pode ser considerado como o oposto ao panóptico, eis que nada do que neles acontecia era percebido pela autoridade de fora, tudo restando oculto, escondido, para horror da sociedade disciplinar que estava sendo implantada.

O mundo das ruas era próprio dos capoeiras, onde as regras de conduta são mais flexíveis e as hierarquias sociais não se mostram tão definidas. Como a intenção dos legisladores era garantir o respeito à ordem e à disciplina, criando um ambiente cidadão europeu nos logradouros públicos, toda a ação que colocasse em risco esse projeto deveria ser abolida, de um jeito ou de outro. Portanto, pareceu mais fácil aos governantes resolver esse problema proibindo a prática pública da capoeiragem, contendo essas legítimas manifestações populares através da imposição de penas criminais.

Como se vê, a tipificação da capoeiragem como infração penal, juntamente com a repressão dirigida contra os vadios, os vagabundos e os mendigos, fez parte de uma estratégia voltada para classificar, controlar e adequar os comportamentos tidos como impróprios aos desígnios traçados pelas classes dominantes, em detrimento de verdadeiros valores de cultura impregnados na população.

O poder de definição manifestado na criminalização da capoeira é evidente. A decisão que levou as classes dirigentes a atribuir cariz penal à prática pública desse exercício tem nítido caráter político, de adequação das classes subalternas à ideologia dominante.

A tipificação penal da capoeiragem pode ser definida como um dos vários exemplos concretos que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta, confirmando as palavras de Augusto Thompson, quando observou que “a elevação de certos comportamentos à classificação de crimes e, sobretudo, a designação de certos indivíduos para serem oficialmente considerados criminosos estão diretamente ligadas com a hierarquização e o esforço de manutenção do *status quo* **que interessa às classes dominantes**”.¹²

A função não declarada do Direito Penal resta evidenciada, especialmente em seu nível político, como observou Sandoval Huertas, visando a “manutenção do *status quo*, controle sobre as classes sociais dominadas e controle de opositores políticos¹³”.

O Direito Penal nem sempre tutela as exigências de cultura de determinado povo, pois muitas vezes constitui mero instrumento de dominação, para submeter a po-

¹¹ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.15.

¹² THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.130.

¹³ SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Las funciones no declaradas de la privación de la libertad, in Rev. del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, 1981, p. 41, apud BATISTA, Nilo. op. cit. p. 113.



pulação aos desígnios de quem pode transformar uma determinada expressão cultural em prática delituosa passível de pena.

3. Conclusão

O interesse no tema foi despertado pela questão suscitada pelo Professor Nilo Batista, através da fórmula: “A criminalização da arte negra da capoeira, dois anos após a abolição da escravatura, pelo artigo 402 do código penal de 1890, correspondia às ‘exigências de cultura’ de ‘determinado povo?’”¹⁴. Essa pergunta foi o nosso ponto de partida e a busca de sua resposta configurou a nossa jornada.

A doutrina tradicional afirma que a finalidade do Direito é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e do corpo social. Alguns desses interesses e valores são elevados à categoria de bens jurídicos, os quais correspondem “sempre às exigências de cultura de determinada época e determinado povo”, segundo as palavras do Professor Heleno Fragoso.

Contudo, respondendo à pergunta do Professor Nilo Batista, podemos afirmar com segurança que, realmente, nem sempre o Direito Penal tutela as exigências de cultura de determinado povo. A repressão à capoeiragem é um exemplo típico de uma função oculta do Direito Penal, desnudando-o como um mero instrumento de dominação e de controle das classes sociais reprimidas, assim como dos opositores políticos dos detentores do poder.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 116.



PERFIL

LEMBRANÇAS DE UM ABOLICIONISTA

- LOUK HULSMAN -

Por Dea Rita Matozinhos¹

Louk Hulsman tinha um jardim no quintal de sua casa em Drodrecht, Holanda. Ele não apenas *tinha* um jardim; cuidava, curti, observava, aprendia com ele lições que nos transmitira depois em forma de metáforas ou parábolas.

Cuidava, mas não disciplinava suas plantas, algumas estrangeiras, que ele trazia desse mundo que ele, nômade, percorreu todo. Elas escolhiam livremente seu movimento, seu rumo, embaraçavam-se ou abraçavam-se com jeito. Ou escolhiam ficar, ou preguiçosas ou tímidas, escondidas, mas nunca esquecidas por aquele jardineiro singular.

Um espírito preconceituoso diria que era um jardim bagunçado, anárquico. Só sei que era lindo, e era junho de 2001. E ele mostrava cada uma daquelas plantas, contando sua história, suas preferências.

Era bonito, feliz, vibrante, e transmitia paz aquele jardim. Fiquei pensando se o Edem seria mais ou menos isso, ou não... por causa daquele pezinho de maconha, que ele tratava como tratava tudo e todos – sem preconceito – ainda que dela não se utilizasse. Preferia um bom vinho, que eu saiba, ao menos à época. Havia ali também um pequeno jardim de inverno, onde por vezes tomamos um chá.

A presença lá da querida Maria Lúcia Karam (que traduziu o *Penas Perdidas*, de Louk), tornava ainda mais interessantes e animadas nossas conversas, enquanto nosso anfitrião cozinhava. Devo dizer que o modo como Louk deixava a cozinha seguia mais ou menos a mesma lógica do jardim.

Ele era assim, generoso, hospitaleiro, genuinamente interessado no outro, Louk era amor. Os sofrimentos por que passou, seja durante a guerra e ocupação da Holanda, seja na vida pessoal, não o tornaram rancoroso. As vicissitudes o tornaram ainda mais sensível e bastante

inquieta na busca de meios de contribuir para um mundo melhor. Tornou-se também mais forte.

E olha que era preciso ser forte (hoje ainda mais) para ser um abolicionista. Não faltou professor que o julgasse “um louco”, ou “utópico”, ou “anarquista”, e suas ideias “sem utilidade prática”. Não assim o mestre Zaffaroni...

Além de forte, era preciso estar alerta e ser persistente. Louk aproveitava toda e qualquer oportunidade que surgisse – além de aulas, conferências, palestras – para transmitir e colocar em prática suas ideias.

Vou dar três exemplos simples. O primeiro, em situação bastante corriqueira. Conversávamos despretensiosamente a respeito do inverno passado, da beleza da neve, etc; eu, que iria para Quebec dali a uns dias, lembrei-me de uma referência que ouvi de um nativo e a repeti: “*Os quebecquenses chamam a neve de ‘merde blanche’*”. Ele me corrigiu de maneira tão doce quanto firme: “*Não, Dea. Não os quebecquenses, alguns quebecquenses, entre os poucos que você conhece, se referem à neve como ‘merde blanche’*”. Esta, obviamente, não foi uma observação ditada pela lógica, mas uma exemplificativa advertência quanto a generalizações impensadas e os riscos que ela pode causar quando se tratar de assuntos menos prosaicos, capazes de atingir desastrosamente outras pessoas.

Um segundo episódio que assisti foi quando um aluno de Direito, após conferência de Hulsman em São Paulo, perguntou a respeito da prisão dele “em campo de concentração alemão”. Ele respondeu, tão calma quanto enfaticamente, que não era um “campo alemão”, embora fosse durante a ocupação da Holanda. Ele havia sido preso por compatriotas holandeses, em campo de concentração administrado por holandeses. Possivelmente o aluno ainda não tivesse tido oportunidade de ler Tzvetan Todorov, em *A descoberta da América: a questão do outro*, mas creio que a experiência lhe tenha causado forte impressão, e com isso o desejo de conhecer mais, de saber como e porquê.

Terceira experiência: Louk queria visitar o Museu de Arte Contemporânea em Niterói. Era um domingo ou feriado à tarde, o centro da cidade bastante deserto. Caminhávamos em direção à Praça XV. Eu, como mineira/carioca, segurava firmemente a bolsa. Ele portava sua indefectível sacola de pano à tiracolo, solta, sem fecho de espécie alguma, com documentos, passaporte, carteira. Observava tudo, olhando e apontando para cima, admirando a arquitetura dos prédios antigos, com aquele sor-

¹ Advogada Criminalista. Mestre em Ciências Penais. Membro do Conselho Consultivo da SACERJ. Membro do IAB. Membro da Comissão de Direito Penal do IAB.



riso quase infantil como que parafusado no rosto. E aí, percebi um grupo de adolescentes sem teto se movimentando, aparentemente em nossa direção. Anfitrião, senti-me no dever de alertar que ficasse atento. Ele me olhou surpreso: *“Dea, você esqueceu? Eu sou abolicionista, eu converso com eles, você traduz...”*. Não foi preciso. Alheios, os jovens passaram direto. Mas, a lição ficou.

Pessoas que com Louk tiveram mais contato do que eu (como a querida professora Ester Kosovski, que prefaciou a edição brasileira do *Penas Perdidas*) concordam que Louk não “pregava” o abolicionismo, ele vivia o abolicionismo. O que nos deixava, às vezes, em situações um tanto embaraçosas.

Dentre outras atividades, Louk trabalhou para o Ministério da Justiça da Holanda. Em entrevista concedida no Rio de Janeiro à Tribuna do Advogado, salvo engano no final de 1999, indagado das razões do questionamento da legitimidade do chamado “direito de punir”, ele revelou sua própria experiência: *“Quando trabalhava no Ministério da Justiça, eu mesmo tive que fazer leis sobre assuntos que não dominava. Por experiência, digo que não podemos confiar cegamente nas normas”*. Através das leis criminalizadoras das condutas, *“o sistema fabrica seus próprios transgressores”*.

Louk afirmou que seu pensamento poderia ser resumido em três ideais: *“manter a mente aberta, viver em solidariedade e estar sempre disposto à conversão. Mas não sou profeta: não tenho a pretensão de dizer o que as pessoas devem fazer”*.

A propósito da “conversão”, parece uma constante no pensamento dele a possibilidade de se “mudar de ideia”. Encontra-se a referência em diversas de suas manifestações, que encontrei também no *Penas Perdidas – Conversas com um abolicionista do sistema penal* (em parceria com Jacqueline Bernat de Celis). Essa crença pura na possibilidade de conversão, de se mudar de ideia, o acompanhou e susteve, e continua a inspirar os que se dedicam o (re)pensar o (des)valor do sistema punitivo.

Para isso, ele dizia da necessidade de mudar o foco (da conduta para a *situação*); de se adotarem novas atitudes, e o cuidado com a linguagem seria um começo. *“Não conseguiremos superar a lógica do sistema penal, se não rejeitarmos o vocabulário que o sustenta. As palavras crime, criminoso, criminalidade, política criminal, etc... pertencem ao dialeto penal, refletindo os a priori do sistema punitivo estatal”*. Não que isto fosse suficiente, mas necessário. Falar de “atos lamentáveis”,

“comportamentos indesejados”, “pessoas envolvidas”, “situações problemáticas”, “dificuldades no trabalho”, “dificuldades nas relações afetivas...” (p. 95 ss).

Ele declaradamente não gostava da palavra “prevenção”, porque presa aos esquemas antigos: *“...deveríamos nos dirigir para as estruturas e as mentalidades sociais, procurando as condições em que os homens e mulheres deste tempo poderiam se tornar capazes de enfrentar e assumir seus problemas. Quando o poder político, reduzindo a coerção estatal, se voltar mais frequentemente para as pequenas coletividades urbanas e rurais; quando estimular o fenômeno associativo; quando deixar que se desenvolva um novo tipo de trabalho social, cujo objetivo não seja tanto o de cuidar ou readaptar seus usuários, mas sim ajudá-los a administrar seus problemas, com os métodos que eles próprios escolherem e os meios que lhe forem acessíveis – quando isto acontecer, tudo indica que estaremos num caminho mais fecundo”*. (p. 139).

No que diz respeito às “alternativas”, lamentava que ainda estivessem sendo usadas como penas, enquanto o que ele propunha eram alternativas ao próprio processo criminal.

O *Penas Perdidas* termina com um item chamado *Renovação*, profissão de fé e esperança de que essa outra lógica transformará o modo de pensar a solução de conflitos: *“Se afastado do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça”*.

Melhor que leiamos ou releiamos seus escritos. Estão são apenas lembranças e uma saudade imensa de Louk Hulsmann.



RESENHA

MACHADO DE ASSIS, CRIMINALISTA

Por Rafael Fagundes^{1*}

Acertou em cheio José Paulo Cavalcanti Filho ao afirmar em seu prefácio que *Machado de Assis, criminalista*, é uma “pequena obra prima”. A obra é realmente prima, em todas as acepções do termo. Prima, porque de singular raridade, diferente de tudo que já foi escrito até hoje na teoria literária e na dogmática jurídica sobre o Bruxo e o direito penal do Segundo Reinado. Prima, porque nítida em seu DNA a inspiração da obra original, a leitura fluída (daquelas que a gente não consegue largar) e o estilo machadiano que Nilo Batista soube incorporar tão bem ao seu próprio texto. Prima, porque primorosa, fruto do trabalho de um artesão que alcançou a maestria em seu ofício.

Seu público alvo declarado, “o pessoal das togas e das becas” encontrará no livro uma verdadeira aula sobre história do direito, direito penal e criminologia no Brasil do século XIX, trafegando por temas que vão da escravidão aos capoeiras, da lesa majestade ao jogo do bicho, passando pela imputabilidade, tentativa e muitos outros. O mais impressionante (ainda que não seja surpreendente) é a atualidade e relevância de algumas das questões jurídico-penais presentes na obra de Machado de Assis, às quais Nilo Batista dá tratamento teórico preciso.

Já seu público acidental (mas a quem a leitura também se recomenda), o “povo das letras”, encontrará no livro uma abordagem inédita e inovadora a respeito do autor mais estudado da literatura brasileira, assim como uma minuciosa explicação sobre os muitos temas jurídicos que perpassam a obra de Machado de Assis.

A crítica e a ironia sutil de Machado de Assis estão presente na obra de Nilo Batista, como se vê por exemplo na Teoria do Medalhão. O autor também pôs seu talento advocatício a serviço da defesa do próprio Machado de Assis contra o ‘estigma do absentéismo machadiano’, presente nas acusações de que ele teria sido indiferente aos conflitos sociais de seu tempo, particularmente às lutas abolicionistas.

E por falar em acusações, nesta obra Nilo Batista se junta à respeitadíssima banca de advogados de defesa de Capitu contra o libelo acusatório cumulado com sentença condenatória de Bentinho, oferecendo ao público convincentes razões de apelação (com direito a uma preliminar de nulidade da sentença) pela reforma da decisão. O veredito final caberá aos desembargadores/leitores do romance machadiano e da obra de Nilo Batista.

Em suma, *Machado de Assis, criminalista*, é uma verdadeira aula de história, de literatura e de direito penal. Mais ainda, é uma declaração de amor à obra do maior ícone da literatura nacional, à história do direito brasileiro e aos personagens que construíram essa história, tão frequentemente esquecidos e ignorados pelo ensino jurídico e pela academia, os quais costumam se fascinar com muito mais facilidade pelas novidades que vêm de fora, de maneira em tudo semelhante aos bacharéis que povoam a obra de Machado de Assis.

Para além de uma obra prima, *Machado de Assis, criminalista*, é um convite para que redescubramos a literatura, a história do direito e a dogmática jurídica brasileiras, trilhando os caminhos abertos por Nilo Batista em seu livro.

^{1*} O autor é Mestre em Direito (UERJ)



FÁBULA

O LEÃO ZANGADO E O COELHINHO CAGADO

Por **Macedo Snamud da Silva**^{1*}

Observação: Imaginei essa fábula ao ler a matéria do jornal Folha de São Paulo, de 4 de agosto de 2012, intitulada “Ulisses fez mal à literatura, diz Coelho”, no qual o autor popular Paulo Coelho vomita a seguinte pérola: “Ulisses [clássico de James Joyce], que é só estilo. Não tem nada ali. Se você disseca Ulisses, dá um tuíte, provoca”. Será que ele “dissecou” ou seria mais uma bravata do bobo da corte literária?

Na terra dos Zulus havia um leão portentoso, cuja majestade era reverenciada por todas as feras da selva. Os mais nobres seres marítimos também lhe prestavam homenagens. Nos dias de calor, leviatãs em geral, como cachalotes, francas e orcas, vinham à superfície somente para espargir sobre ele seus fortes jatos d’água.

E as aves, geralmente tão arredias, não faziam por menos: traziam para ele as novidades sobre todos os quadrantes da Terra, cientificando-lhe de tudo que se passava no mundo. Em uma dessas ocasiões, um albatroz empertigado trouxe-lhe no bico uma folha de jornal cuja notícia dava conta da existência de um coelho que sabia fazer chover e contar estórias pedestres do agrado da boiada. O gado se espremia no pasto para ouvi-lo com atenção e aplaudi-lo com fervor.

Curioso com tamanha notoriedade, o leão mandou chamá-lo e disse com gravidade: “Faz chover”. Nada aconteceu, nem mesmo uma simples gota caiu do céu. Irritado, ele continuou: “Conta uma estória”. Assim instado, o coelho contou uma de suas estórias e, antes que a terminasse, Sua Majestade arrematou o final, dizendo: “Era um salão de espelhos. Essa eu já conhecia e não é da sua lavra. Conta outra”. O coelho, já um tanto apreensivo, iniciou a narrativa de uma segunda estória sobre a saga de um beduíno que em nada agradou o leão. Desesperado com a insatisfação do rei da selva, o pobre coelho apressou-se em recitar provérbios moralistas, piorando a situação. Foi aí que Sua Majestade, já estomagado com tanta empulhação, arrebatou o coelho pelo pescoço, subiu a colina mais próxima e, sob o olhar atônito da bicharada, declarou entre fortes rugidos:

— Esse coelho é um charlatão, mas, como todos – ladrões, estelionatários e vigaristas em geral – merece viver. Afinal, o gado precisa de pasto e o engodo é seu tempero predileto. Neste sentido, o coelhinho presta um grande serviço. Vou deixá-lo ir e cumprir sua missão de espalhar o esterco que fecunda a terra.

E o coelhinho saiu correndo, borrando-se pelo caminho.

Moral: *Por mais que se tente, minhoca não vira serpente.*

¹ O autor é Consultor Literário da SACERJ.



ENTREVISTA

Na presente edição, o Boletim SACERJ traz entrevista concedida pelo Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, a Carmen da Costa Barros e João Carlos Castellar. O inteiro teor da reveladora conversa está disponível no *Youtube*, inaugurando participação da SACERJ nessa rede midiática.

Sepúlveda Pertence é protagonista dos mais relevantes momentos pelos quais atravessou o universo político-jurídico brasileiro desde meados do século passado.

Nascido em 21/11/1937, na histórica Sabará/MG, ingressou na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1956, colando grau em 1960. Nesse período já fazia política, sendo eleito primeiro-vice-presidente da União Nacional dos Estudantes (UNE).

Formado, transferiu-se para Brasília (1961), tornando-se quadro da assessoria jurídica do Distrito Federal (DF) e professor na Universidade de Brasília. Em 1965, ingressou no Ministério Público da Capital Federal.

Foi assessor jurídico do Ministro Evandro Lins e Silva até 1967, período em que integrou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na representação de Minas Gerais.

Cassado em 1969 pela ditadura militar, Pertence foi compulsoriamente aposentado do Ministério Público do Distrito Federal, retornando, então, ao exercício da advocacia no escritório de Victor Nunes Leal, contemporâneo de Evandro no STF e, como ele, cassado pelo governo militar.

Com a anistia, Pertence foi reintegrado aos quadros do MP/DF, já como Procurador de Justiça, retomando a atividade acadêmica na UNB. Em 1985, foi designado pelo Presidente José Sarney para a chefia do Ministério Público Federal, tornando-se Procurador-Geral da República.

No período constituinte, integrou a chamada Comissão

de Notáveis ou Comissão Afonso Arinos, instituída para apresentar um anteprojeto de constituição. Pertence foi o relator dos textos referentes ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

Indicado por Sarney, em 1989 foi aprovado pelo Senado Federal como Ministro do Supremo Tribunal Federal. Na Suprema Corte teve intensa atuação, sendo, inclusive, seu Presidente, como também o foi do Tribunal Superior Eleitoral. Deixou a presidência do STF em 1997, marcando sua gestão pela autonomia de que revestiu o

Supremo para tomar decisões que contrariavam ora o Executivo ora o Legislativo. Foi substituído pelo Ministro Celso de Melo, hoje decano do Tribunal.

Nos dias atuais, Pertence mantém escritório de advocacia no Distrito Federal onde trabalha com vigor. Foi lá que recebeu a SACERJ.



Sepúlveda Pertence ladeado por Carmen da Costa Barros e João Carlos Castellar

VISITE NOSSO CANAL NO YOUTUBE:

<https://www.youtube.com/channel/UCqeUJwRUMIFFjupWzbmZRxg>