Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 179 • maio/2021

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 29 • vol. 179 • maio/2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação
Salo de Carvalho

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Salo de Carvalho

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Andre Nicolitt, Antonio Martins, Beatriz Corrêa Camargo, Bruno Buonicore, Elmir Duclerc, Felipe Freitas, Guilherme Ceolin, Junya Barletta, Marcelo Mayora e Marília Montenegro.

Editores-executivos – Helen Christo e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr.(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)
Fernanda Regina Vilares (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexandre Ribas de Paulo (Universidade Estadual de Maringá – UEM – Maringá/PR)
Alexey Choi Caruncho (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Aline Mendes Favarim (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Ana Carolina Carlos (Uni-Barcelona – Espanha)
Ana Carolina Filippon Stein (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Ana Gabriela Braga (UNESP – Franca/SP)
Anamaria Prates Barroso (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF)

André Machado Maya (FMP – Porto Alegre/RS)
Antonio José Franco de Souza Pêcego (Pontifícia Universidade Católica – PUCMG – Uberlândia/MG)
Bruno Rotta Almeida (Universidade Federal de Pelotas – Pelotas/RS)
Bryan Alves Devos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Caíque Ribeiro Galícia (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Carolina Costa Ferreira (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF)
Cleunice Valentim Bastos Pitombo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Criziany Machado Felix (URCAMP – Alegrete/RS)
Daniel Kessler de Oliveira (Feevale – Novo Hamburgo/RS)
Danilo Marques Borges (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)
Douglas Carvalho Ribeiro (Universität Hamburg – Alemanha)
Douglas Sena Bello (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Elisa Leonesi Maluf (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Emília Merlini Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Gabriela Borghi Affonso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Gisela Aguiar Wanderley (UnB – Brasília/DF)
Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB)
Israel Domingos Jorio (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES)
Izabele Guidoti Kasecker (Humboldt-Universität zu Berlin – Alemanha)
Jamilla Monteiro Sarkis (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)
Jardel Luís da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Jorge Coutinho Paschoal (Universidade Cruzeiro do Sul – São Paulo/SP)
Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS)
Jose Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM – Marília/SP)
Juliana Vital Rosendo (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE)
Juliane Sant'Ana Bento (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Marcos Eugênio Melo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Paulo Henrique Burg Conti (Universidade do Vale do Itajaí/SC e Faculdade de Santa Catarina/SC)
Tiago Caruso (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Renan Barboza (SP)
Gabriel Huberman Tyles (FADISP – São Paulo/SP)
Renata Fernandes de Oliveira (IPUB/UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Ricardo Tadeu Penitente Genelhú (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES)
Rosana Alves Gama Souza da Silva (Instituto Federal Fluminense – Campos dos Goytacazes/RJ)
Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS)
Theodoro Balducci de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Thiago Baldani Gomes De Filippo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Tiago Caruso (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Tiago Joffily (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)
Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal)
Vilobaldo Cardoso Neto (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF)
Vitor Gonçalves Machado (Universidade Federal do Espírito Santo – UFES – Espírito Santo/ES)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Beraldo (Universidade Federal de São Carlos – UFSCar – São Carlos/DF)
Ana Lucia Sabadell (Universidade Federal do Rio de Janeiro -UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG)
Bernardo Araujo da Luz (Universidade de Coimbra – Portugal)
Clecio Lemos (Instituto Carioca de Criminologia – Rio de Janeiro/RJ)
Emetério Silva de Oliveira (Universidade Federal do Ceará – UFC – Fortaleza/CE)
Filipe Lovato Batich (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Guilherme Moacir Favetti (Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP- Brasília/DF)
Guilherme Rodrigues Abrão (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar – Londrina/PR)
Luiz Antonio Borri (Unicesumar – Londrina/PR)
Raisa Duarte da Silva Ribeiro (Universidade Federal do Rio de Janeiro -UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Renato de Mello Jorge Silveira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Rhasmye El Rafih (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

BASES DE DADOS INDEXADAS:

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 179 • maio/2021

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 179 • maio/2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação: Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

© edição e distribuição da
Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [05-2021]
Profissional
Fechamento desta edição: [25.03.2021]

EDITORA AFILIADA



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA
Marina Pinhão Coelho Araújo
1º VICE-PRESIDENTE
Alberto Zacharias Toron
2º VICE-PRESIDENTE
Fábio Tofic Simantob
1º SECRETÁRIO
Bruno Salles Pereira Ribeiro
2º SECRETÁRIO
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
1º TESOUREIRO
Rafael Serra Oliveira
2º TESOUREIRO
Renato Stanziola Vieira
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Maria Carolina de Melo Amorim

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes
OUVIDORA
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE - BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS
Camila Torres
AMICUS CURIAE
Alberto Zacharias Toron
BIBLIOTECA
Ludmila Bello
BOLETIM
Daniel Zaclis
CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyanos
CONVÊNIO INTERNACIONAIS
Eneas Romero
CURSOS
Bruna Angotti e Mariangela Lopes
CURSOS COIMBRA
Marcelo Almeida Ruivo
GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS
Debora Motta

INICIAÇÃO CIENTÍFICA - LABORATÓRIOS
Daiane Kassada
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Fernanda Prates
JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA
Mariana Chies Santiago Santos
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Salo de Carvalho
SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marta Saad
SISTEMA PRISIONAL
Guilherme Junqueira
TRABALHOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira

EQUIPE DO IBCCRIM

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Diretoria
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis
EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Helen Christo
Natalí de Lima Santos

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

SUPERVISÃO
Douglas Calixto
EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 179 • maio/2021

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas

Hiding the occult: notes on money laundering in times of cryptocurrency

Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo 19

Processo Penal

O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia

The European arrest warrant: the ne bis in idem *question in the European Union criminal space*

Bernardo Araujo da Luz 71

O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes

The judge of guarantees as a legislative option and the need to preserve the constitutional principle of separation of power

Emetério Silva de Oliveira Neto 105

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado

The Supreme Federal Court understanding on the loss of the elective mandate arising from the criminal conviction

Guilherme Moacir Favetti 135

A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*

The expansion of negotiated justice in the Brazilian criminal process: what can (not) be learned from the American experience with plea bargaining

Guilherme Rodrigues Abrão 177

O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos

The non-self-incrimination principle and the European Human Rights Court interpretation

Rhasmye El Rafih e Filipe Lovato Batich 197

Crime e Sociedade

A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte

The building of criminal governance when the "world of crime" is cracked: notes on gangs and daily life in a favela in Belo Horizonte

Ana Beraldo 225

Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia

Women's human rights in European and inter-American regional systems: the issue of pornography

Ana Lucia Sabadell e Raisa D. Ribeiro 263

2020: uma chance abolicionista

2020: an abolitionist chance

Sérgio Salomão Shecaira e Clécio Lemos 309

Comentário de Jurisprudência

O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal

Eyewitness identification based on HC 598,886/SC: an analysis of the legal consequences of not observing the due process
Luiz Antonio Borri e Gustavo Noronha de Ávila 331

Índice Alfabético-remissivo

Autores 355

Temas 357

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 361

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 373

Condições Para Submissão (*Check List*) 379

Dossiê "Novas tecnologias e ciências criminais" – RBCCRIM nº 183 (Set/2021) 381

Direito Penal

Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas

Hiding the occult: notes on money laundering in times of cryptocurrency

Renato de Mello Jorge Silveira
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-7657-8907]
rmjs@usp.br

Beatriz Corrêa Camargo
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.
Professora visitante pela Alexander-von-Humboldt na Universidade de Halle-Wittenberg e na Universidade Humboldt em Berlin.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8080-0662]
beatrizcamargo@ufu.br

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico; Digital

Resumo: O[1] presente artigo oferece um estudo sobre as perspectivas que se colocam para a criminalização da lavagem de dinheiro por meio do uso de criptomoedas. Nesse sentido, apresentam-se, primeiramente, algumas reflexões sobre o modo pelo qual a tecnologia das criptomoedas está a tensionar a lógica internacional da criminalização da lavagem de dinheiro, paulatinamente estabelecida desde os anos 1980. Em seguida, discutem-se, no caso do Brasil, as possibilidades e os limites de responsabilização penal por lavagem

Abstract: This article offers a study on criminalization of money laundry through the use of cryptocurrency. First it shows how the development of cryptocurrency affects the international criminal policies on money laundering, gradually established since the 1980s. Then it presents the possibilities and limits of punishment for several agents involved in the ecosystem of cryptocurrencies for money laundering in Brazil. Finally, it draws some reflections on the trend of expansion of the international anti-money laundering

1. Artigo republicado como errata por inconsistências na publicação original. Essa versão substitui a anterior, disponibilizada na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 175, referente ao mês de janeiro/2021.

Silveira, Renato de Mello Jorge; Camargo, Beatriz Corrêa. Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 179. ano 29. p. 19-67. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

de dinheiro relativamente aos diversos atores envolvidos no ambiente virtual dos criptoativos. Por fim, são avaliadas as atuais tendências de ampliação dos padrões internacionais antilavagem para novos agentes e novas tecnologias do sistema monetário virtual. Com isso, pretende-se fornecer subsídios tanto para a aplicação dos crimes da Lei 9.613/98 como, ainda, para o rumo dos projetos legislativos atualmente em curso nessa matéria.

Palavras-chave: Criptomoedas – Criptoativos – Bitcoin – Moedas virtuais – Lavagem de dinheiro – GAFI.

standards for new agents and new technologies of the monetary virtual system. This study provides subsidies both for the application of the Brazilian Anti-money-laundering law (Lei 9.613/98), as well as for current draft bills in this matter.

Keywords: Cryptocurrencies – Crypto assets – Virtual assets – Bitcoin – Money laundering – FATF.

Sumário: Introdução. 1. A criminalização da lavagem de dinheiro e o controle de informações na era dos criptoativos. 1.1. A ordem econômica como referência penal. 1.2. Ocultação e dissimulação como problema de fundo. 2. A lavagem de dinheiro e o paradigma preventivo da transparência. 2.1. O ocultar e a noção consumativa no contexto da lavagem. 2.2. O sigilo bancário e suas oposições. 2.3. A transparência como fator preventivo à lavagem e a opacidade como fator de reprovação. 2.4. A inovação das criptomoedas e sua percepção penal. 3. Novas possibilidades de lavagem de dinheiro em um mundo virtual. 3.1. Regulação, princípio da confiança e risco no ambiente de criptomoedas como fatores inerentes à tipificação da conduta. 3.2. Lavagem de dinheiro por parte do usuário de criptomoedas. 3.2.1. Aquisição, por usuário do sistema de criptomoedas, de valores ilicitamente obtidos por outrem. 3.2.2. Aquisição de criptomoedas com dinheiro de origem ilícita: a autolavagem. 3.2.3. A integração das criptomoedas. 3.3. Lavagem de dinheiro por parte dos responsáveis das *exchanges*. 4. Tendências de regulação no plano internacional: o provedor de serviços de ativos virtuais (*virtual assets service providers – VASPs*) e a questão da neutralidade tecnológica. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

Pode-se dizer que, no final dos anos 1990, um dos grandes temas de debate, no plano internacional, se fincava na questão da criminalização da lavagem de dinheiro. Falava-se, então, sobre a questão do bem jurídico protegido, sobre a definição dos crimes antecedentes e, não raro, sobre a própria noção do elemento subjetivo constitutivo do delito. Mesmo sem resolução ideal de tantas dúvidas, sedimentou-se, genericamente, a noção de importância desse tipo penal. Muita coisa mudou em alguns poucos anos. Por outro lado, trata-se de temas para sempre voltar à voga. E isso, por algumas razões. O avanço tecnológico da humanidade faz com que, não raro, passe-se a afirmar, com cada vez maior frequência, que se está a enfrentar novidades nunca antes imaginadas. Semelhante frase de efeito é, sem dúvida, aplicável ao universo das criptomoedas.

De algo absolutamente restrito a um pequeno grupo de iniciados, passando a curiosidade tecnológica para alguns, a campo de maus feitos a outros, até o ponto de se tornar coqueluche do mercado de investimentos alternativos a outros tantos, o percurso das criptomoedas rende diversos estudos, mesmo no Brasil. A questão, enfim, é, sob alguma óptica, bastante sedutora, chegando, em algum momento, a ser tachada de novas percepções em torno do que se poderia chamar de "criptocrime".

Nesse sentido, vários são os momentos de compreensão acerca das criptomoedas. Em um primeiro estágio do estudo, muitos se debruçaram sobre a própria noção do que vem a ser as criptomoedas. Elas, por assim dizer, guardam, no que toca à tecnologia, dificuldades particulares. Não são, de modo algum, tema fácil. De todo modo, a partir dessa percepção há de se imaginar as imbricações desse novo horizonte da modernidade em sede criminal, algo que, isoladamente, já induz a discussões de diversas naturezas. A doutrina e a jurisprudência, mundo afora, debruçam-se com tenor sobre tais campos, principalmente depois de casos emblemáticos que, ainda no alvorecer das criptomoedas, chegaram a abalar sua própria confiança.

Por derradeiro, chega-se à preocupação penal econômica sobre as criptomoedas, e, nesse sentido, também à lavagem de dinheiro. Perfazendo o que aqui se denominará de trilema penal econômico, tem-se que, tendencialmente, o campo de preocupação penal com as criptomoedas acaba por fincar-se, particularmente no Brasil, em três esferas distintas de tratamento. Tratam-se, aqui, das questões relativas à sonegação fiscal, à evasão de divisas e, principalmente, à lavagem de dinheiro. Com efeito, esta última apresenta-se como um dos temas mais sensíveis desse trilema e ponto crucial de intersecção dogmática.

Assim, é sobretudo nesse ponto que se fazem surgir inúmeros questionamentos quanto ao uso da nova tecnologia. Atualmente, quando se menciona a questão das criptomoedas, e seu potencial lado criminoso, de pronto se faz alusão à potencial situação de lavagem de dinheiro. Há diversas explicações para esse tipo de aproximação. Particular menção cabe ao escândalo da *Silkroad*, em que um dos maiores veículos para comercialização de drogas na internet utilizava bitcoins em suas transações. Em verdade, esse feito foi responsável por trazer grande mácula às negociações virtuais. Mas não só. Sem ingresso em maiores aprofundamentos, cabe lembrar que recentemente o presidente norte-americano Donald Trump, além de mencionar que criptomoedas não seriam dinheiro, teceu acusações no sentido de que elas facilitariam a prática de lavagem. No Brasil, já se menciona que organizações criminosas, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), começam a agir nesse espaço amostral. Por fim, é fonte de preocupações a simples possibilidade de sua utilidade para um escamoteamento da corrupção, ainda tão presente no país.

Dessa forma, o escopo do presente estudo é oferecer, num primeiro momento, uma discussão sobre como o impacto das criptomoedas está a tensionar a lógica da lavagem de dinheiro, perquirindo antigas e novas questões que ocupam o Direito Penal Econômico. Em um segundo momento, se passa para a análise da conduta delitiva tanto do ponto de vista das chamadas *exchanges*, que fazem a custódia de carteiras digitais e prestam serviços de câmbio entre as moedas virtuais e as fiduciárias, como, também, dos simples detentores de criptomoedas. O cuidado, desde logo, é o de se evitar a tentação da criminalização das criptomoedas em si mesmas. Nesse tocante, objetiva-se, apenas, delinear as possibilidades de incriminação no direito pátrio, a partir dos parâmetros já estabelecidos para a punição da lavagem de dinheiro. Ao final, serão tecidas algumas reflexões sobre as atuais tendências de ampliação dos padrões internacionais antilavagem para novos agentes e novas tecnologias no sistema financeiro e monetário virtual. Com isso, pretende-se oferecer subsídios não apenas para a discussão sobre a interpretação e a aplicação dos crimes da Lei 9.613/98, como, ainda, tangenciar uma avaliação sobre o rumo das propostas de lei atualmente em curso nessa matéria.

1. A criminalização da lavagem de dinheiro e o controle de informações na era dos criptoativos

A relação entre a lavagem de dinheiro e o uso de criptomoedas não é, nem se mostra, simples, e apresenta, sim, múltiplos desafios. De um lado, tem-se que, internacionalmente, a criminalização da lavagem de dinheiro foi um marco diferencial no Direito Penal. Por outro lado, as criptomoedas também se mostram como algo absolutamente inovador. Trata-se, em verdade, de uma das tecnologias mais revolucionárias dos últimos tempos, que impacta no sistema bancário, econômico, em investimentos e, também, em termos de quebra de paradigmas preventivos à lavagem de dinheiro.[2] O problema das criptomoedas, enfim, é um dos temas do dia, também sob perspectivas penais,[3] principalmente quando se imagina sua imbricação com o instituto da lavagem de dinheiro.

2. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015. p. 94 e ss.

3. Cf., entre otros, GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. p. 25 e ss. LEONE, Federico; PARISELLA, Simone. La blockchain, il protocolo e le criptovalute. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute*: profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018. p. 9 e ss. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 269. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre

As criptomoedas, das quais a bitcoin é a mais conhecida, são modalidade de ativos virtuais (criptoativos) de natureza descentralizada, cujo desenvolvimento se deu se maneira significativa a partir de 2009.[4] No Brasil, através da Instrução Normativa 1.888, de 03.05.2019 (IN 1.888/2019), da Receita Federal, passou-se a entender, normativamente, que criptoativo seria a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal (art. 5º, I).[5] Rapidamente, tomou dimensões significativas, e está a alterar inúmeras percepções até então vistas como sólidas.[6]

Acompanhando tais preocupações, vê-se, recentemente, grande proliferação de propostas de textos penais sobre a questão, tanto na Europa como, também, no Brasil.[7] Entretanto, existem inúmeras particularidades da lei nacional que

criptomoedas e criptoativos. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 1, p. 79-100, jan.-mar. 2020. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, p. 41-69, mar. 2020. TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. p. 62.

4. Cf. GRUPENMACHER, Giovana Treiger. *As plataformas de negociação de criptoativos*: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem de dinheiro. Dissertação (Mestrado) –Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. p. 42 e ss. SICIGNANO, Gaspare Jucan. *Bitcoin e riciclaggio.* Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 23 e ss. TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 16 e ss.

5. Cf., sobre o conceito de criptomoedas, MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 163, p. 265-309, jan. 2020. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais*: em busca do marco penal das criptomoedas. São Paulo: D'Plácido, 2018. p. 94 e ss.

6. Cf. AMMOUS, Saifedean. *The bitcoin standard*: the decentralized alternative to central banking. Hoboken: Wiley, 2018. p. 168 e ss.

7. Cf. RAZZANTE, Ranieri. Il'utilizzo illecito delle monete virtual. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute*: profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018. p. 63 e ss. MÜLLER, Lukas; REUTLINGER, Milena; KAISER, Philippe. Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union. *Zeitschrift für Europarecht*, v. 20, maio 2018. p. 80 e ss. TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Dissertação

devem ser tidas em conta com o objetivo de verificar sob quais condições a utilização de criptomoedas, em geral, e em relação a bitcoin, em particular, pode ser vista como criminosa no que diz respeito à lavagem de dinheiro. Deve-se, desde logo, apontar ao fato de que criptomoedas, em si, não são criminosas, e não se deve confundir aqueles que as utilizam como se criminosas fossem. O propósito deste artigo é, justamente, desmitificar a questão, estabelecendo, assim, limites e contenções à possíveis indiscriminadas incriminações, e nada mais.

No que se refere à lavagem de dinheiro no Brasil, a Lei 9.613, de 03.03.1998, com as alterações da Lei 12.683, de 09.07.2012, estabelece, como crime, o fato de ocultar ou dissimular a natureza, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Tem-se, pois, para o crime de lavagem de dinheiro, a necessidade de delito antecedente gerador dos bens, direitos ou valores a serem ocultos ou dissimulados, colocando-se, a partir disso, a questão acerca de como a dissimulação ou ocultação desses bens, direitos ou valores, pode ser feita por meio de criptomoedas. Entretanto, antes de ocuparmo-nos desse ponto em particular, cabem, previamente, algumas considerações essenciais a respeito de como a realidade das criptomoedas se apresenta diante do quadro atualmente posto para a criminalização da lavagem de dinheiro.

1.1. A ordem econômica como referência penal

O problema penal da lavagem de dinheiro é fruto, em parte, das considerações acerca de uma significativa economicização do Direito Penal.[8] Presente, de modo mais significativo, depois da queda do muro de Berlim, e com incentivos e impulsos vários de entidades como o G7, e de tantas outras instituições internacionais, a lavagem de dinheiro acabou por se mostrar como uma novidade que findou por verdadeiramente alterar várias molduras penais.[9]

(Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. p. 80 e ss.

8. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*…, cit., p. 195 e ss. MACHADO, Maíra Machado. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Direito GV, 2004. p. 29 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. *In:* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37 e ss.
9. Cf. SCHRERRER, Amandine. *G8 against Transnational Organized Crime*. Burlington, 2008. p. 7 e ss.

Desde o início, no entanto, surgiram inúmeras dúvidas sobre a questão do bem jurídico tutelado e a própria legitimidade na nova construção penal.[10] Tais ponderações diziam respeito, também, à própria percepção do momento em que se fala de lavagem. Ainda hoje existe, aliás, alguma, senão muita, dúvida nesse sentido.[11] Não poucos autores chegam, assim, a sustentar que o bem jurídico estaria vinculado ao crime antecedente,[12] à administração da Justiça,[13] ou, mesmo, à ordem econômica.[14]

Aqui, há um importante contraponto a ser feito. De modo geral, uma das teses mais aceitas sobre o bem tutelado na lavagem de dinheiro diz respeito à noção de ordem econômica, por diversas razões. Primeiro, porque sua condição supraindividual com vínculos econômicos[15] explica sua inserção em uma percepção ampliada de Direito Penal Econômico. Além disso, pode-se constatar uma significativa

10. Acerca dessas incertezas em âmbito internacional, já reportava VOGEL, Joachim. Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand? *ZStW*, v. 109, 1997. p. 330 e ss.

11. BUSTOS RUBIO, Miguel. Del "blanqueo del blanqueo" a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales. In: BUSTOS RUBIO, Miguel; RODRÍGUES ALMIRÓN, Francisco (Dir.). *El sistema socieconómico desde el prisma del derecho penal y la criminología*. Pamplona: Aranzadi, 2020. p. 34 e ss. HERZOG, Felix. Geldwäsche. In: ACHENBACH, Hans; RANSIEK, Andreas; RÖNNAU, Thomas (org). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 5. Aufl. Heidelberg: Müller, 2019, § 13 nm. 77. MACHADO, Tomás Grings. Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 167, maio 2020. p. 192 e ss.

12. A respeito dessa visão, ALTENHAIN, Karsten. Kommentare zum § 261 StGB. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Org.) *Nomos Kommentar zum StGB*. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2017, § 261 nm. 10. SCHMIDT, Wilhelm; KRAUSE, Juliane. Kommentare zum § 261 StGB. In: CIRENER, Gabriele *et al*. *Leipziger Kommentar zum StGB*. 12. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 2010, § 261, nm. 4.

13. Cf., em especial, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 89 e ss. NEUHEUSER, Stefan. Kommentare zum § 261 StGB. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Org.). *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. Aufl. München: Beck, 2017, § 261 nm. 7. Veja-se a respeito, ainda, HERZOG, Felix. Op. cit., § 13 nm. 77. SCHMIDT, Wilhelm; KRAUSE, Juliane.Op. cit., § 261, nm. 4.

14. Cf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 97 e ss. BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 42 e ss. VOGEL, Joachim. Op. cit., p. 350 ss. Nesse sentido, frisam particularmente a afetação da livre concorrência, HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 74, 2019. p. 30.

15. Cf. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 180 e ss.

influência de normativas internacionais de índole econômica nesse sentido,[16] sendo, ademais, a índole econômica bastante presente no crime de lavagem.

É de se notar, contudo, que, não obstante entendimentos diversos nessa linha, a percepção pluriofensiva, com vínculos à ordem econômica, parece dominar a discussão, entendendo que, com a lavagem de capitais, existe uma afetação do regular funcionamento da economia.[17] Ademais, a compreensão pluriofensiva de caráter econômico acaba por ser reforçada pelas recomendações internacionais sobre o tema. Um exemplo nesse sentido se refere às noções de extinção de punibilidade nos casos de regularização de dinheiros não declarados no exterior, como se viu internacionalizado, no Brasil, através da Lei 13.245, de 13 de janeiro de 2016, e, também, da Lei 13.428, de 30 de março de 2017.[18] Isso fez gerar, na particular realidade brasileira, inclusive, o já mencionado trilema penal econômico,[19] que, genericamente, legitima a aproximação dos crimes de evasão de divisas, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro[20] da noção de bem jurídico ordem econômica.[21]

1.2. Ocultação e dissimulação como problema de fundo

A ideia de que "nem só o dinheiro é objeto de lavagem" constitui expressão enfatizada em diversas análises, como se verifica em Fabián Caparrós.[22] Trata-se

16. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*..., cit., p. 310 e ss.
17. Cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*: parte general y especial. Barcelona: Atelier, 2020. p. 646 e ss.
18. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e anistia: considerações criminais sobre a prestação de informações (*disclosure*) em âmbito de *tax compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 172 e ss.
19. Com pensamento diferenciado, Barroso, Lima e Santiago entendem, após análise do ilustrado Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no CC 151123/SP, que o advento das criptomoedas acaba, sim, por deslegitimar o crime de evasão de divisas. Cf. BARROSO, Érica Montenegro Alves; LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Criptomoedas e evasão de divisas: uma análise epistemológica. *Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, mar. 2020. p. 30 e ss. Cf., sobre a contextualização do trilema penal econômico, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime"..., cit., p. 85 e ss.
20. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*..., cit., p. 293 e ss.
21. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime"..., cit., p. 83 e ss.; em especial, p. 85 e ss.
22. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Op. cit., p. 64 e ss.

de uma observação cada vez mais necessária e muito própria ao se verificar a realidade das criptomoedas, cuja natureza jurídica ainda é objeto de discussão, não obstante a sua definição, no Brasil, a partir da IN 1.888/2019 da Receita Federal. Mesmo nessa perspectiva, entretanto, cumpre avaliar a premissa fundamental quanto ao que se entende por lavagem de dinheiro. A principal questão que surge dessa análise diz respeito à possibilidade, em absoluto, de interpretar o universo dos criptoativos à luz do tipo penal.[23]

O modelo original apresentado pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF),[24] indica em relação às denominadas fases da lavagem de dinheiro processos que são não estanques, mas independentes, comunicantes e eventualmente superpostos.[25] Em termos muito básicos, seria de se ver que na primeira fase – colocação – o agente adota os atos capazes de afastar de sua origem ilícita dos bens, direitos ou valores, mormente através de instituições financeiras. Na segunda fase – ocultação – os atos teriam por escopo impedir ou dificultar o encontro ou a busca dos recursos ilícitos, dificultando a observação da trilha do dinheiro, ou, mesmo, o conhecimento de sua própria ilicitude, como se dá, por exemplo, mediante numerosas transações financeiras. Por fim, na terceira fase – integração – se dá a incorporação dos bens, direitos ou valores ao sistema econômico, agora com aparência lícita, sem, portanto, levantar suspeitas em relação à origem desses recursos,[26] como se o agente investidor legal fosse.

23. Essa questão será retomada em maior detalhe mais adiante, no item 3.

24. Cf. BRYANS, Danton. Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution. *Indiana Law Journal* 89, p. 443 e ss. DE CARLI, Carla Veríssimo. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 31 e ss. MACHADO, Maíra Machado. Op. cit., p. 127 e ss.

25. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21 e ss.

26. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*..., cit., p. 86 e ss. GOMES, Abel Fernandes. Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82 e ss. HERZOG, Felix. Op. cit., § 13 nm. 5-8. Cf., sobre a preocupação do GAFI acerca das criptomoedas, FATF. *Guidance for a risk-based approach*. Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. Paris: FATF/OECD, 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html]. Acesso em: 23.06.2020.

Sendo já pacificada a não necessidade da constatação de presença de todas as fases para a configuração do crime de lavagem, é interessante a percepção de que, no que diz respeito às considerações sobre criptomoedas, a dificuldade se apresenta em relação à possibilidade de se completarem as distintas fases como um todo.[27] Em que pese não se poder imaginar a confusão de aportes financeiros em criptomoedas já sedimentadas,[28] o confronto com pretensas acusações de lavagem de dinheiro,[29] até mesmo baseadas sob a alcunha de cegueira deliberada,[30] é, de fato, uma perspectiva real no contexto brasileiro.

Com efeito, há vozes que oferecem certo ceticismo quanto à congruência do uso das criptomoedas com a própria concepção de lavagem. Partindo de uma visão mais restritiva a esse respeito, autores como Grzywotz apontam pela (quase) impossibilidade de imputação, por atos de ocultação, no que se refere à hipótese das pessoas detentoras de criptomoedas. Desde essa perspectiva, considera-se que a própria natureza imaterial dos criptoativos seria incompatível com a realização de uma atividade corpórea de esconder o bem. Ademais, argumenta-se que o histórico de transações estaria sempre disponível no *blockchain*, o qual permitiria o rastreamento da origem criminosa da moeda sem maiores dificuldades.[31] Todavia, semelhante conclusão, a princípio, não se daria sob a lente de leitura do tipo penal brasileiro e de sua consequente aplicação jurisprudencial. Existe, de fato, uma majoração do risco de lavagem de dinheiro a partir do uso de criptomoedas,[32] e a resposta penal pode vir a ser igualmente ampliada, especialmente

27. Cf., sobre as variações de aplicação das criptomoedas nas diferentes fases da lavagem de dinheiro, ESTELLITA, Heloisa. Bitcoin e lavagem de dinheiro: uma aproximação. *JOTA*. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/bitcoin-e-lavagem-de-dinheiro-uma-aproximacao-07102019]. Acesso em: 23.06.2020.
28. MAUME, Philipp; HAFFKE, Lars; ZIMMERMANN, Patrick. Bitcoin versus Bargeld – Die geldwäscherechtliche Verpflichtung von Güterhändlern bei Zahlungen mit Kryptowährungen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019. p. 154.
29. Cf. RAZZANTE, Ranieri. Op. cit., p. 64 e ss.
30. Cf., ainda que a título exemplificativo, PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 295 e ss. Em termos críticos, LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 153 e ss.
31. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 268 e s. Cf., também, TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 77 e ss.
32. SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 108.

em um país como o Brasil, em que a leitura punitiva é facilitada. E, isso, também em relação às pessoas físicas.

Nesse tocante, apresentam-se duas questões importantes a fim de compreender o fenômeno das criptomoedas à luz do delito de lavagem de dinheiro. A primeira se relaciona ao fato de que variadas formas de ocultação ou dissimulação se dão com as criptomoedas, de modo similar ao que ocorre com outras modalidades de valores. Outra questão diz respeito à concepção de que as próprias criptomoedas apresentam particularidades que, de *per se*, facilitam a lavagem de dinheiro. De qualquer modo, a conclusão a que se chega é no sentido de que, ao menos no Brasil, potencialmente, sim, é possível a ocultação em diversos casos envolvendo as criptomoedas,[33] faltando, aparentemente, imaginação em assertiva ao revés.[34]

Nesse sentido, algumas diferenciações são necessárias, a fim de se evitarem possíveis confusões em torno daquilo pode significar a ocultação no contexto da lavagem de dinheiro. Assim, temos que a noção de ocultar a *existência de certos valores* não se confunde com a ideia de ocultar a *procedência da transação* que permite a sua obtenção, o que, por sua vez, também se distingue da ocultação sobre a *identidade* do atual proprietário ou detentor da criptomoeda. Dessa forma, a lavagem de dinheiro pode se configurar mesmo nas hipóteses em que o agente não nega a "existência" da criptomoeda em si. Ademais, vale observar que cada modalidade de tecnologia, própria de cada tipo de criptomoeda em particular, também pode operar nesse sentido.

Por essa razão, chega-se a mencionar que o processo de lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas pode, mesmo, ser realizado de forma simples.[35] Nesse sentido, pode-se considerar que a configuração delitiva pode ocorrer pela própria conduta de adquirir as criptomoedas (algumas por completo anônimas, como se verá), incorrendo-se, nítida e automaticamente, em fase de ocultação ou dissimulação.[36] Fundamental, portanto, é que se tenha em conta que a caracterís-

33. TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 77.

34. Em sentido paralelo, a mesma autora menciona seu entendimento no sentido de impossibilidade de ocorrência de ocultação das moedas a partir do emprego de serviços de dissimulação, uma vez que as moedas de origem criminosa continuariam existindo, de maneira que não poderiam, nesse sentido, ser "negadas" para os órgãos de persecução penal. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit.. p. 280 e ss.

35. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 299.

36. Cf. BRYANS, Danton. Op. cit., p. 448 e ss. PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomoedas con fines de blanqueo. FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y TIC*: marco jurídico nacional

tica da rastreabilidade não implica a impossibilidade de ocultação.[37] A finalidade e a busca de ocultação podem se dar mesmo em ambientes nos quais se permita sua descoberta – aceitar o contrário seria confabular no terreno do crime perfeito e sem praticidade penal.[38]

Suponha-se, unicamente, que um determinado sujeito tenha comprado criptomoedas com dinheiro de origem ilícita, e guardado em uma *e-wallet*, como seria o caso de uma *hard wallet* (dispositivo externo e autônomo para a guarda de criptomoedas). Por descuido, no entanto, deixa um acesso a ela permitido em seu computador, que vem a ser encontrado pelas autoridades. Nessa construção, de se ter que houve, potencialmente, sim, consumada uma ação de ocultação. O mesmo de se dizer, por exemplo, de um traficante de drogas que coordena uma mineradora de bitcoins e acaba por dissimular dinheiros sujos no próprio processo de formatação e estratificação das mesmas,[39] ou, ainda, aquele que venha a montar e estruturar uma mineradora que potencialmente possa dar até prejuízo, ou, ainda, que evidencie criações muito significativas de criptomoedas. Em ambos os casos, estar-se-ia ou diante de valorizações artificiais de bens ou falsa especulação com ativos, técnicas já conhecidas de lavagem de dinheiro.[40] Necessário, no entanto, uma ideal peritagem para avaliação da legalidade ou ilegalidade da conduta. Em suma, ao que se vislumbra, perante a lei e entendimentos brasileiros,

---

y europeo, modus operandi y criptomonedas. Pamplona: Aranzadi, 2019. p. 92 e ss. No Brasil, segundo Miranda e Vianna, seria na noção de dissimulação o grande foco possível de ocorrência de lavagem de dinheiro, sucessivamente na aquisição de criptomoedas, no seu embaralhamento e futura integração. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 284 e ss.

37. Cf. SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 150 e ss.

38. Aqui, de se ter em conta o alerta em relação à possível consunção, quando a ocultação ou a dissimulação integram a infração antecedente. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 124 e ss.

39. Note-se, outrossim, o exemplo trazido por Marco Antonio de Barros, segundo o qual "nesta fase criminosa, a conduta se reveste de variadas e sucessivas transações econômico-financeiras, sendo então utilizadas muitas contas bancárias, nacionais e internacionais, bem como investimentos diversificados, tais como aplicações em bolsas, transferências eletrônicas via cabo (*wire transfer*), utilização de cartões de crédito, etc. Também se nota aqui o envolvimento de diversas pessoas físicas e jurídicas, incluindo-se empresas *off shore*, empenhadas em camuflar os ativos ilícitos." (BARROS, Marco Antonio. Op. cit., p. 49 e ss.). Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 265 e ss.

40. DALLAGTNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 415 e ss.

pode-se, sim, em tese, verificar a ocultação ou a dissimulação de valores através de criptomoedas.

Por certo, a premissa prévia de ilicitude dos valores é fator essencial a ser levado em conta para fins de tipificação da lavagem de dinheiro por meio das criptomoedas. Mas, como é de se ver, outras premissas são igualmente essenciais a se observar, pois dado a capacidade e o agigantamento de incorrências virtuais, há de se ter em conta toda uma série de variantes que determinam a validade, ou não, de imputação penal.[41]

2. A lavagem de dinheiro e o paradigma preventivo da transparência

A criminalização da lavagem de dinheiro faz parte de um momento de criação artificial do Direito Penal, que coincide, como visto, com o movimento de internacionalização do Direito Penal. Mais do que tudo, ela representa um instituto que trouxe consigo toda uma lógica de *compliance* que revolucionou aspectos preventivos. As noções de *know your cliente* e *follow the money* se tornaram verdadeiros mantras. De todo modo, as premissas surgidas com as várias gerações de normativas relativas à lavagem de dinheiro acabaram por estipular posicionamentos de transparência bastante significativos.

2.1. O ocultar e a noção consumativa no contexto da lavagem

Antes de tudo, é de se notar que a consumação do crime de lavagem de dinheiro é, em si, um tanto dúbia. Alguns autores, como Badaró e Bottini, defendem por eventual atipicidade da lavagem em alguns desses casos.[42] Isso se explica, em parte, porque o tipo brasileiro mostra-se diverso de alguns congêneres estrangeiros,

41. Cf. PENROSE, Kelsey L. Banking on Bitcoin: Applying Anti-Money Laundering and Money Transmitter Laws. *North Carolina Banking Institute*, v. 18, 2014. p. 538 e ss.

42. Lembre-se que, para os autores, "a aparente superação do aparente conflito entre as normas por trás deles não se dá pela revogação tácita do primeiro, mas pela forma qualificada no segundo, que pode ser verificada no plano objetivo (nas hipóteses em que o agente usa a atividade econômica lícita para mascarar os bens) ou apenas no plano subjetivo., com a previsão de um elemento subjetivo especial implícito, a intenção de tornar seguro o proveito do crime por meio da reciclagem, tornando-o aparentemente lícito por operações comerciais ou financeiras legítimas. A mera ocultação para usufruto posterior, sem intenção de branqueamento, continuará a caracterizar o favorecimento (art. 349 CP) ou será atípica, quando praticada pelo agente do crime anterior. Mas não configura lavagem de dinheiro." (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 83).

possibilitando imputações como a própria autolavagem de capitais.[43] No entanto, a construção que se verifica na jurisprudência nacional sobre as noções de consumação delitiva, no âmbito da lavagem de dinheiro, merece atenção especial no que se refere às possibilidades de tipificação da conduta de lavagem, própria como alheia.[44]

Em um primeiro momento, o Recurso em Habeas Corpus 80.816, julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu, por unanimidade, que a consumação do crime de lavagem de dinheiro independe da eficiência da ocultação dos valores provenientes de infração penal. Esse, como já frisamos, consiste em um ponto fundamental para a questão das criptomoedas. Nessa oportunidade, o Relator ressaltou que, caso se exigisse extrema sofisticação para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, esse tipo penal se tornaria um "crime perfeito", impossível de ser descoberto. O ministro apontou igualmente que, por essa mesma razão, o delito da lavagem pode ser cometido até mesmo na forma tentada.[45]

Também se teve pela admissão da autolavagem mantida na jurisprudência do STF, conforme manifestação no âmbito do Inq. 2471, no qual se coloca expressamente que a lavagem não representa mero exaurimento do crime de corrupção passiva, sendo, então, mencionado que

> "não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas, servindo, no presente caso, os indícios da corrupção advindos da AP 477 como delito antecedente da lavagem."[46]

No emblemático caso da AP 470, o conhecido caso do Mensalão, o STF manteve o entendimento de que a autolavagem é punível em determinadas situações, não se confundindo com o delito antecedente. No entanto, é de se destacar que, no caso de um dos deputados acusados, prevaleceu a percepção de que, no caso concreto, o recebimento de determinados valores consistia, sim, em uma etapa da consumação da infração anterior. Nesse sentido, o voto vencedor do Ministro

43. Cf. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 283 e ss. Cf., com críticas, DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de capitais. *Delictae*, v. 3, n. 4, 2018. p. 193 e ss.

44. Cf., sobre a limitação típica da autolavagem em outros sistemas, SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 168 e ss.

45. STF, HC 80816, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.04.2001.

46. STF, Inq 2471, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 29.09.2011.

Roberto Barroso nos Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal 470,[47] afirma que "a autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese," e que a condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. [48]

Esse entendimento reverbera até os dias atuais. É de se recordar, pois, ainda que com as possíveis críticas, que o STF chega a entender, em relação à lavagem de dinheiro, tendo por crime antecedente a corrupção, que

> "quando a ocultação configura etapa consumativa do delito antecedente – caso da corrupção passiva recebida por pessoa interposta – de autolavagem se cogita apenas se comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente."[49]

Entre outros precedentes, é ainda de se ver o julgamento da AP 996, na qual o STF entendeu, seguindo o determinado na AP 470, que, mesmo por interposta pessoa, o mero recebimento da vantagem decorrente da mercancia da função pública não é conduta apta a configurar o delito de lavagem de capitais.[50] Entretanto, posicionou-se por configurar o delito de lavagem de dinheiro quando quantias são depositadas na conta, abaixo do valor mínimo para que haja comunicação compulsória por parte da instituição financeira e quando a dissimulação é feita por meio de declaração de Imposto de Renda.[51] No mesmo sentido, encontra-se o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin em decisão unânime da Segunda Turma do STF, em sede do HC 165.036. Nessa ocasião, afirmou-se que o sistema jurídico brasileiro não exclui os autores do delito antecedente do âmbito de incidência das normas penais definidoras do crime de lavagem de dinheiro e que, no caso concreto, em que se reconheceu a constituição de contas secretas e remessa clandestina de recursos ao exterior, restava configurado o crime de lavagem, sendo diferente a situação da AP 470 em que se afastou a incidência desse delito.[52]

47. STF, AP 470 EI-sextos, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 13.03.2014.
48. STF, AP 470 EI-sextos, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 13.03.2014.
49. STF, AP 694/MT, rel. Min. Rosa Weber, j. 02.05.2017.
50. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 283 e ss.
51. AP 996, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.05.2018.
52. STF, HC 165036, rel. Min. Edson Fachin, j. 09.04.2019.

2.2. O sigilo bancário e suas oposições

Um dos temas mais caros orbitando ao redor de situações relativas à lavagem de dinheiro diz respeito à transparência das transações financeiras ou, ao revés, das próprias noções de sigilo. Nesse sentido, questões como o fim de títulos ao portador, sigilo bancário e paraísos fiscais, ganham dimensão de especial interesse para o problema da lavagem por meio de criptoativos.

Sobre o primeiro ponto, cabe considerar que as vedações aos chamados títulos ao portador, embora presentes em nosso ordenamento, são ainda anteriores às considerações sobre a lavagem de dinheiro. No Brasil, a questão foi definida pela Lei 8.021, de 12.04.1990, que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, cujo art. 1º estabelecera que "a partir da vigência desta lei, fica vedado o pagamento ou resgate de qualquer título ou aplicação, bem como dos seus rendimentos ou ganhos, a beneficiário não identificado." Em contrapartida, em relação aos demais aspectos em torno da transparência das transações financeiras, as considerações são um tanto mais complexas, conforme veremos.

Particularmente o sigilo bancário é tema antigo e mutável. Um direito/dever conferidos aos bancos para resguardar o sigilo encontra-se previsto no art. 5º, XIV, da Constituição Federal,[53] sendo que fora tratado já muito antes disso. Em 1850, o Código Comercial do Império já cuidava da questão, sendo que, em 1964, a Lei 4.595, de 31.12.1964, ao dispor sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e a criação do Conselho Monetário Nacional, estabeleceu, em seu art. 38, o sigilo posto às instituições financeiras em relação as suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Em 2001, a Lei Complementar 105, de 10.01.2001, deu nova visão às noções de sigilo das instituições financeiras, revogando o antigo art. 38 da Lei 4.595/1964.[54]

Muitas considerações acerca de fraudes e evasões fiscais em inúmeros países iniciou o que se poderia chamar de regime de cooperação judicial internacional. Tal movimentação fez gerar um crescente processo nacional e internacional de deslegitimação do sigilo bancário. Grandes escândalos internacionais como os casos *Liechtenstein Global Trust*, *Luxemburg Leaks* ou *Swiss Leaks*, onde ficou bastante clara a existência de inúmeras contas bancárias não declaradas em seus respectivos países, acabaram por gerar movimentações de países e instituições

53. Cf. CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 25 e ss.

54. Cf. BELOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário*: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 64 e ss.

no sentido de rompimento com a máxima do sigilo.[55] O posterior escândalo do *Panamá Papers*, que envolveu a criação de empresas *offshores* com o fim de ocultar grandes somas de valores, só veio a incrementar o problema. A partir disso, a organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o próprio governo dos Estados Unidos da América acabaram por entabular esforços no sentido de troca automática de informações financeiras entre os países.[56]

2.3. A transparência como fator preventivo à lavagem e a opacidade como fator de reprovação

Por paraíso fiscal pode-se compreender a denominação atribuída a um país que praticamente não interfira, em especial no plano tributário, nas relações ou transações comerciais e financeiras de seus aplicadores.[57] Sob esse viés, tem-se, desde logo, que a condição de semelhantes países foi tratada com muita reserva pelas políticas contra a lavagem de dinheiro. Imaginando-se que toda a engenharia que busca dificultar a identificação dos reais proprietários de determinados bens caminha nesse sentido, chega-se à verificação de que os paraísos fiscais foram o foco de oposição de tais políticas.

Essa realidade conduziu à análoga concepção de "parasitas financeiros" e à elaboração de listas negras, caracterizando jurisdições em que as operações financeiras já se mostrariam, desde logo, suspeitas. Da mesma forma que se encontra, explicita ou implicitamente, um caráter de suspeição sobre operações quando se trata da utilização de dinheiros em espécie, cheques de viagem, ou outro instrumento que dificulte a identificação da operação,[58] espraiou-se um clima de desconfiança inerente ao campo dos paraísos fiscais.

---

55. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales. *InDret*, jul. 2015. p. 2 e ss. Disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1152.pdf]. Acesso em: 26.06.2020. SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 28 e ss.
56. Cf. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*. Buenos Aires: BdeF, 2012. p. 9 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e anistia..., cit., p. 155 e ss.
57. BARROS, Marco Antonio de. Op. cit., p. 298. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 407 e ss.
58. Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 305 e ss.

Mostrar-se-ia, assim, reforçada a necessidade de transparência em relação ao controle da própria lavagem de dinheiro. Em outras palavras, as metas preventivas em relação à lavagem de dinheiro requerem uma intrínseca oposição a locais em que não se verifique ideal controle de determinadas operações.[59] Por óbvio que o universo virtual,[60] em geral, e as criptomoedas, em particular, não se adequam a uma justaposição ideal no sentido de que formam paraísos fiscais, pois a própria noção de Estado aqui não se vê presente. Entretanto, o paralelo é, no mínimo, bastante próximo, podendo se falar em algo como um paraíso fiscal virtual.

A política econômica internacional recente tem discutido, e muito, as premissas do sigilo e dos paraísos fiscais. Tiedemann chegou, mesmo, a explicitar a prioridade político criminal da questão, mencionando que o enfrentamento do sigilo bancário e fiscal "deveria ser a prioridade na prevenção às infrações econômicas, especialmente em matéria de delitos fiscais", sendo, por fundamental, que convênios internacionais tratassem de restringir ao máximo sua abrangência.[61] Esse tema já foi muito discutido quando da busca de eficácia em relação às exigências de compartilhamento internacional de informações bancárias e tributárias,[62] e, de fato, parece que somente pode ter eficácia plena em caso de padronização internacional.

Como já se disse, as criptomoedas não se mostram localizadas em determinado país. Ao revés, são, sim, presentes em uma realidade paralela, podendo ser

59. Note-se, aqui, a locução de Dallagnol, segundo a qual "ganha interesse o estudo dos paraísos fiscais que apresentam como especial nota o regime bancário e financeiro favorecidos, assim definidos por Edson Pinto como 'os que priorizam o exercício de atividades bancárias ou financeiras e não requerem maiores exigências patrimoniais ou fiduciárias, possuindo estabilidade política ou institucional, ausência de transparência jurídica e administrativa, de controle cambial, plenos segredos bancário, financeiro e societário, não realizando troca de dados com o restante da comunidade internacional em investigações criminais notadamente de natureza fiscal, mas também podendo recusar-se a prestar informações até mesmo em casos onde haja uma investigação criminal formal sobre outros tipos de ilícitos." (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 410).

60. Cf., sobre o tema, SIEBER, Ulrich; NUEBERT, Carl-Wendelin. Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional. In: NIETO MARTÍN, Adán; GARCÍA MORENO, Beatriz (Dir.). *Ius puniendi y global law. Hacia un derecho penal sin estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 306 e ss.

61. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 312 e ss.

62. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e regulação..., cit., p. 313 e ss.

efetivadas em qualquer país, ao desejo de seus titulares.[63] Assim, tem-se a curiosa situação de um paraíso, em parte anônimo, que ultrapassa fronteiras, e coloca em xeque toda a política criminal até então sustentada no que diz respeito à lavagem de dinheiro. Ocorre que o paradoxo mostra-se firmado quando se constata que a instituição das criptomoedas pelo movimento *cypherpunk*, ainda na primeira década dos anos 2000, tinha por objetivo, justamente, a liberdade através do anonimato.[64] Muito embora a maioria das criptomoedas seja, de fato, ao menos parcialmente anônima, isso não quer dizer que todas venham a ser irrastreáveis. A despeito disso, não há dúvida de que a dificuldade de acesso às criptomoedas e seus possuidores incrementa o problema de opacidade que seria típico de uma conduta, desde logo, suspeita de lavagem.

Dessa forma, o aparente choque entre uma transparência pregada e cultivada em relação à repressão à lavagem de dinheiro, ante uma relativa opacidade no campo das criptomoedas, gera uma depreciação da confiança em relação ao mundo virtual. É claro que existe, depois de mais de uma década de história das criptomoedas, um grau de sedimentação delas no mercado, não cabendo, de fato, uma predisposição de suspeição em relação aos criptoativos. Mas, sem dúvida, cabe a ponderação relativa a uma necessária busca de normatização sobre esse campo, a fim de assegurar um maior grau de dificuldade no que se refere à disposição das criptomoedas para a prática de atos de lavagem de capitais.

2.4. A inovação das criptomoedas e sua percepção penal

Conforme destacado anteriormente, uma das maiores inovações no cenário econômico mundial se deu, justamente, no campo das criptomoedas. O mundo discute, desde 2010, seu momento germinal, se, e como, poderia haver um controle mais adequado das criptomoedas. As dúvidas, sobre o tema são absolutamente recorrentes. De se recordar que, embora já existam milhares de modalidades de criptomoedas, a bitcoin é bastante hegemônica, dizendo respeito a cerca de 70% a 80% do mercado.[65]

Desde os seus primórdios, já se conhecem problemas criminais a ela inerentes, sendo de se destacar, particularmente, o caso *Silkroad*, onde eram utilizadas

63. Nesse sentido, igualmente, HENNECKE, Richard. „Darf ich in Bitcoin zahlen?" – Geldwäscherisiken für Industrie- und Handels-Unternehmen bei Bitcoin-Transaktionen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2018, p. 122.

64. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin*..., cit., p. 102 e ss.

65. Cf., sobre outras modalidades de criptomoedas, LEONE, Federico; PARISELLA, Simone. Op. cit., p. 13 e ss.

bitcoins para a compra de drogas no cenário de *DeepWeb*.[66] Sendo certo que existem outras possibilidades de leitura acerca do fenômeno criminoso das criptomoedas, passando de leituras atreladas ao uso de moeda falsa (primeira geração) e ao estelionato mediante pirâmides financeiras (segunda geração), parece certo que, hoje, a questão se finca, sobretudo, em termos do que, como se viu, pode se denominar de trilema penal econômico (terceira geração), em que o destaque se dá para a lavagem de dinheiro. E, nesse contexto estrito de controle, tem-se, em âmbito internacional, a manifestação de preocupações várias sobre a questão de ocultação mediante o uso de criptomoedas pelo GAFI (GAFI/FATF), organismo que tem por escopo a formulação de recomendações à prevenção e à repressão da lavagem de dinheiro, do financiamento do terrorismo, do confisco.[67]

Mundialmente, o tema da ocultação de ativos por meio das criptomoedas é motivo de grande discussão. Isso se verifica igualmente no Brasil, onde, como se viu, a IN 1.888/2019 caminha nesse sentido. Pontualmente, a Instrução Normativa (IN) em questão definiu o mencionado conceito de criptoativo, e de *exchange* de criptoativo, sendo esta última a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos (art. 5º, II).[68] Além disso, estipula uma série de obrigações de prestação de informações, tanto em relação às chamadas *exchanges* de criptoativos, como, também, às pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil (art. 6º). Cuidou de estabelecer, portanto, informações sobre essa sorte de negociações. No entanto, corre-se, sempre, o risco de instituição de algo próximo a um criptomoedeiro, a exemplo dos doleiros de outrem.

---

66. Maiores detalhes sobre o caso em ADLER, David. Silk Road: The Dark Side of Cryptocurrency. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law (blog)*. 21 fev. 2018. Disponível em: [https://news.law.fordham.edu/jcfl/2018/02/21/silk-road-the-dark-side-of-cryptocurrency]. Acesso em: 10.07.2020; FRANKENFIELD, Jake. Silk Road (Website). *Investopedia*. Verbete publicado em 1 nov. 2019. Disponível em: [www.investopedia.com/terms/s/silk-road.asp]. Acesso em: 10.07.2020. Cf., em relação aos primeiros momentos do uso criminoso das criptomoedas, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin...*, cit., p. 109 e ss.

67. Cf., sobre as iniciativas regulatórias, TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 80 e ss.

68. Na definição de Grupenmacher, "as *exchanges* são plataformas por meio das quais os indivíduos operacionalizam a troca de ativos criptografados ou realizam a compra desses ativos por meio de moeda corrente nacional." (GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 59).

De qualquer forma, é de se notar que a mesma IN acaba por fazer menção à lavagem de dinheiro, em especial quando, em seu art. 11, faz alusão ao fato de que, "sem prejuízo da aplicação da multa prevista no inciso II do caput do art. 10, poderá ser formalizada comunicação ao Ministério Público Federal, quando houver indícios da ocorrência dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998." A dúvida, desde logo, salta aos olhos. A Lei 9.613/1998 não faz particular menção a situações de criptomoedas: nem em relação as pessoas sujeitas à controle (art. 9º); nem à identificação dos clientes e manutenção de registros (art. 10); nem, mesmo, em relação à comunicação de operações financeiras (art. 11).[69] A referência da IN, aliás, é única em relação ao art. 1º da Lei 9.613/1998. E isso, aparentemente na mesma linha assumida pelo Supremo Tribunal Federal na AP 470, no conhecido caso do Mensalão.[70] Tal observação já seria, assim, suficiente para pôr em dúvida a validade do destaque do art. 11. Desde logo, o dispositivo seria, no mínimo, questionável.[71]

No entanto, a normativa suscita, ainda, outra sorte de questionamento, particularmente sobre a potencialidade de haver uma implicação penal imbricada à lavagem de dinheiro, tendo-se em vista o pano de fundo das criptomoedas. Nesse tocante, alguns problemas parecem oferecer particular dificuldade, como a identificação da origem ilícita dos valores. Com a edição da IN 1.888/2019, surge a própria hipótese de sonegação fiscal em relação aos criptoativos, podendo haver uma retroalimentação de ilicitudes, conferindo, dessa forma, a possibilidade de implicação penal de seus detentores a título de lavagem de dinheiro.

69. Cf. LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. *In*: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 51 e ss. Recorde-se, aqui, a lição de Saavedra e Bello, segundo a qual "a peculiaridade das moedas virtuais é que, salvo melhor juízo, não se amoldam à descrição contida no art. 9º, I, da Lei nº 9.613/1998, ao passo que não se trata de moeda nacional ou estrangeira, haja vista sua desvinculação a qualquer Estado." (SAAVEDRA, Giovani Agostini; BELLO, Douglas Sena. Breves notas sobre compliance e prevenção à lavagem de dinheiro em bitcoins *exchanges*. *Delictae* vol. 2, nº 3, p. 163. Disponível em: [www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/35/32]. Acesso em: 26.06.2020. No mesmo sentido, BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 251-272, set. 2018. p. 261 e ss.

70. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação..., cit., p. 198 e ss.

71. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime"... cit., *passim*.

3. Novas possibilidades de lavagem de dinheiro em um mundo virtual

Atualmente, a grande questão colocada em debate no sistema virtual diz respeito à percepção de que as criptomoedas se prestariam, de modo particular, à lavagem de dinheiro. Em oposição a essa visão, os defensores dessa tecnologia chamam a atenção para o fato de que também as moedas fiduciárias utilizadas no dia a dia serviriam a esse propósito.[72] Todavia, deve-se reconhecer que existem diversas tipologias relativas à lavagem, as quais vão muito além de uma simples inserção de valores no sistema oficial,[73] o que torna a avaliação desse tema tanto mais complexa. Além disso, há a necessária consideração sobre as peculiaridades dos riscos atinentes à tecnologia envolvida.[74] Como veremos, tais ponderações possuem reflexos na análise particular acerca da tipificação da conduta de lavagem de dinheiro por meio das criptomoedas.

3.1. Regulação, princípio da confiança e risco no ambiente de criptomoedas como fatores inerentes à tipificação da conduta

Do que foi dito até aqui, podem-se derivar algumas conclusões acerca dos riscos diretamente envolvidos na utilização de moedas virtuais para fins de lavagem de dinheiro. A esse respeito, análises diversas se debruçam sobre as três principais características do chamado "ecossistema" das criptomoedas, relacionando-as com a noção de controle e transparência inerentes à governança antilavagem. São elas, muito brevemente: a *descentralidade*, já que raramente existe uma entidade emissora das criptomoedas, como também não há uma instituição financeira central controlando as movimentações desses ativos; a *pseudoanonimidade*, uma vez que, em relação à maioria das moedas virtuais, inexiste um registro de identificação do usuário detentor; e a *globalidade*, na medida em que as transações com criptomoedas podem envolver usuários e *exchanges* de qualquer parte do mundo, pela internet.[75]

72. Cf. BJERG, Ole. How is bitcoin money? *Theory, Culture & Society*, v. 33, 2016.p. 69.

73. Cf. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 377 e ss.

74. Cf. CHRISTOPHER, Catherine Martin. Whack-a-Mole: Why Prosecuting Digital Currency Exchanges Won't Stop Online Money Laundering. *Lewis & Clark Law Review*, v. 18, n. 1, 2014. p. 13-15.

75. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Bitcoin, crypto-coins, and global anti-money laundering governance. *Crime, Law and Social Change*, v. 69, n. 2, 2018. p. 284 e ss. CHRISTOPHER, Catherine Martin. Op. cit, p. 11 e ss. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 96 e ss. HAFFKE, Lars; FROMBERGER, Mathias; ZIMMERMANN, Patrick. Cryptocurrencies

Desde essa perspectiva, uma leitura mais superficial do fenômeno consistiria em afirmar que qualquer relação remota entre atividades ilícitas e o uso de criptomoedas implicaria, desde já, em ocultação de bens, direitos ou valores, de modo a incorrer-se no crime de lavagem de dinheiro. Entretanto, semelhante leitura parece inadequada ao menos por dois motivos.

Primeiramente, porque isso poderia implicar em superdimensionamento dos riscos de lavagem no ambiente virtual. Entretanto, até certo ponto, todas as características das criptomoedas estão presentes no trato das moedas fiduciárias. Tomando o exemplo do real em papel moeda, ninguém sabe dizer exatamente quantas cédulas estão em circulação, quantas dessas se encontram no Brasil, e quantas outras espalhadas pelo mundo. Tampouco se pode dizer quantas pessoas guardam ou escondem dinheiro em suas casas, nem por quantas mãos passaram uma mesma cédula de moeda.

Desta sorte, o risco particular envolvido no uso das criptomoedas será, não absoluto, mas relativo às vantagens que o ambiente virtual oferece perante outras alternativas disponíveis para a lavagem de dinheiro.[76] Em comparação com o papel moeda, por exemplo, o ambiente virtual oferece, sobretudo, a vantagem operacional de se manejarem vultuosas somas de dinheiro, sem, com isso, levantar maiores suspeitas de potenciais testemunhas. Da mesma forma, em comparação com movimentações financeiras bancárias, suntuosas movimentações de valores podem ser feitas sem que haja comunicação aos órgãos de persecução penal, os quais podem ser igualmente iludidos por técnicas de embaralhamento das criptomoedas.

Uma segunda dificuldade presente na correlação automática entre criptomoedas e lavagem de dinheiro, consiste, contudo, na percepção de que os ambientes das criptomoedas seriam *per se* criminosos, desconsiderando-se que, quando não proibidos,[77] esses ambientes constituem meios *lícitos* para troca de bens, va-

and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them. *Journal of Banking Regulation*, v. 21, 2020. p. 129 e ss. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 265 e ss. SAAVEDRA, Giovani Agostini; BELLO, Douglas Sena. Breves notas sobre compliance..., cit., p. 163.

76. Cf., CHRISTOPHER, Catherine Martin. Op. cit., p. 20 e ss. MAUME, Philipp; HAFFKE, Lars; ZIMMERMANN, Patrick. Op. cit., p. 152.

77. A exemplo do que fizeram Bangladesh, Bolívia, e Equador, que proibiram a utilização de criptomoedas. Conforme aponta CAMPBELL-VERDUYN, outros países, como a China e o Vietnam, aplicaram proibições seletivas às empresas de serviços financeiros que operam nas suas jurisdições. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. The mutual constitution of technology and global governance: Bitcoin, blockchains, and the international anti-money-laundering regime. CAMPBELL-VERDUYN,

lores e serviços. Como é de se ver, o reconhecimento da licitude de transações com criptomoedas (que, no Brasil, se deu pontualmente com a IN 1.888/2019) gera consequências para o tratamento penal da questão. No que tange à imputação penal do indivíduo, isso se apresenta em particular no que se refere ao reconhecimento do princípio da confiança nas relações entre os usuários, e até certo ponto, entre esses e as *exchanges*. Assim, a análise sobre o risco das criptomoedas para a lavagem de dinheiro deve ser feita tendo-se em vista as características dos ambientes virtuais, nos marcos de legalidade estabelecidos para a moeda a ser considerada em particular, conforme veremos mais a seguir.

Nesse tocante, é importante ter em vista que a aproximação atual dos organismos internacionais sobre o ecossistema das criptomoedas deve ser compreendida como sendo a de tolerância com os riscos do ambiente virtual, até certa medida. Dessa forma, evita-se a proibição de inovação na tecnologia das criptomoedas, por reconhecer sua importância em termos de desenvolvimento econômico e social, mas, em contrapartida, busca-se oferecer um nível mínimo de normatização sobre as moedas virtuais, a fim de garantir o controle penal.[78] De fato, isso coloca inúmeros desafios para a regulação dos atores que atuam nos ambientes das criptomoedas, sobretudo na identificação dos pontos de contato que se estabelecem entre o sistema virtual e o sistema financeiro já regulado.[79]

Desse modo, parece claro, também, que sem uma padronização de caráter internacional, quaisquer tentativas de normatização nacional, qual se deu na IN 1.888/2019, podem mostrar-se absolutamente infrutíferas. Isso se deve, sobretudo, à globalidade das criptomoedas, que facilmente permite a troca do ambiente virtual regulado em favor daqueles de menor regulação.[80] Assim, embora seja evidente que novas medidas de *compliance* tenham sido, em muito, efetivadas a partir da IN 1.888/2019, existe inegável necessidade de aperfeiçoamento da legislação no sentido de busca de necessários e maiores controles, os quais só podem ser efetivados em caso de cooperação internacional.[81]

Malcolm (Org.). *Bitcoin and Beyond:* cryptocurrencies, blockchains, and global governance. London: Routledge, 2018. p. 79.

78. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Op. cit., p. 284.

79. RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Cryptocurrencies and anti-money laundering regulation in the G20*. Belo Horizonte: Institute for Research on Internet and Society, 2019. p. 6 e s. Disponível em: [http://bit.ly/32Fw4xD]. Acesso em: 10.06.2020.

80. MÜLLER, Lukas; REUTLINGER, Milena; KAISER, Philippe. Op. cit., p. 95.

81. Nesse sentido, a manifestação de Estellita, segundo a qual "a lavagem de capitais com criptomoedas, como a BTC, é possível. O poder de incrementar o risco de lavagem que é

3.2. Lavagem de dinheiro por parte do usuário de criptomoedas

Conforme mencionado anteriormente, ainda hoje pode-se dizer que falta maior consenso na doutrina sobre a delimitação da responsabilidade penal atinente à lavagem de dinheiro mediante as criptomoedas. Embora as atenções dos organismos internacionais, órgãos regulatórios e autoridades de persecução penal se voltem sobretudo para a regulação das *exchanges*, ainda assim, resta grande interesse, e dúvida, sobre a verificação da potencial responsabilidade penal daquele que utiliza as criptomoedas.

Hão de se ter, e passadas em revista, portanto, algumas possibilidades nesse sentido, distinguindo-se: a situação em que a aquisição de criptomoedas ou sua negociação envolve dinheiro de origem ilícita, proveniente de crimes praticados por outrem; os casos em que o próprio autor do delito antecedente adquire criptomoedas com o produto do crime, perfazendo a autolavagem; e, por fim, a conduta de reinserção de criptomoedas no mercado, com aparência de licitude.

3.2.1. Aquisição, por usuário do sistema de criptomoedas, de valores ilicitamente obtidos por outrem

Uma primeira questão a ser levada em conta diz respeito ao fato da possível aquisição de criptomoedas ser feita com dinheiro, bens ou valores de proveniência ilícita, cujos crimes a serem ocultados foram cometidos por outrem. Aqui, cabe considerar como, e de que forma, isso poderia configurar uma situação de lavagem de dinheiro. Inicialmente, vislumbram-se algumas possibilidades.

A primeira delas diria respeito ao indivíduo que vem a adquirir os criptoativos com valores de proveniência ilícita, sem que se verifique uma relação direta com a atividade criminosa de origem. Imagine-se, a título de exemplo, o caso de quem vende ou adquire criptomoedas para terceiros, a partir de bens ou valores

derivado de suas três características principais (a descentralização, a 'pseudoanonimidade' e a globalidade) poderá, porém, ser bastante mitigado quando as *exchanges* estiverem sujeitas às medidas de prevenção e controle de lavagem. Isso porque a identificação dos usuários, que será por elas realizada, somada à total transparência das transações no *blockchain* tornarão a rastreabilidade bastante superior àquela que se tem hoje, por exemplo, relativamente ao dinheiro em espécie. Restam, porém, os desafios postos pela descentralização e, especialmente, pela globalização, que permitem a movimentação de valores de forma extremamente rápida ao redor do mundo. Estes desafios indicam a necessidade de uma intensa e eficaz cooperação internacional em matéria financeira e penal". (ESTELLITA, Heloisa. Op. cit., p. 10). Cf., também, as disposições do GAFI a esse respeito. FATF. *Guidance for a risk-based approach*… cit., passim.

cuja procedência é criminosa, como um verdadeiro criptomoedeiro. Tenha-se em conta, ainda, o caso do indivíduo que recebe recursos de terceiros para, *v.g.*, gerir um laboratório de computadores de mineração de bitcoins, de modo que, ao final, as criptomoedas garimpadas sejam transferidas a esses terceiros, tal como descobriu-se recentemente no Estado do Rio Grande do Sul, em que traficantes teriam utilizado valores de tráfico para adquirir bitcoins mediante semelhante esquema.[82] Considere-se, por fim, o exemplo dos fundadores de uma *startup* que fazem uma oferta inicial de moedas (*inicial coin offering* – ICOs), com o intuito de captar recursos de investidores interessados na valorização futura das moedas virtuais.

Em tais hipóteses, a questão diz respeito, de fato, a saber se a inserção de valores patrimoniais no ambiente de criptomoedas poderia vir a ser caracterizada como ato de colocação na primeira fase da lavagem. Em casos mais simples, sobretudo nos quais há alguma sorte de contato direto entre as partes, o nível de conhecimento do indivíduo sobre de fatos atinentes à proveniência dos bens, direitos ou valores transmitidos pelo terceiro já daria indicação, para ele, acerca da natureza, direta ou indireta, de infração penal. Maior dificuldade se apresenta, contudo, quando as transações ocorrem via internet, sem que haja potenciais possibilidades de averiguar, com precisão, quem é a outra parte e qual a origem de seus recursos.

Da mesma maneira, cabe avaliar, em uma segunda hipótese, os casos de negociações diretas em criptomoedas, feitas entre particulares. Em semelhante situação, tem-se, por exemplo, a pessoa que realiza a troca de moedas virtuais no sistema *peer-to-peer*, no intuito de viabilizar operações de câmbio e conversão que lhes sejam mais vantajosas. Imagine-se, ademais, o caso do indivíduo que realiza a venda de um automóvel pago em criptomoedas, ou da pessoa que adquire moedas desviadas ou "furtadas" a partir do *hackeamento* de dispositivos pertencentes a outros usuários do sistema. Em tais hipóteses, indaga-se em que medida tais negociações configurariam uma situação de dissimulação dos valores já inseridos no ambiente das criptomoedas, no que seria uma segunda fase da lavagem de dinheiro, ou, até mesmo, de sua integração.

No tocante à caracterização dos potenciais atos de ocultação delitiva, a grande questão presente diz respeito ao fato do alegado e parcial anonimato no uso das criptomoedas. A esse respeito, note-se, em primeiro lugar, que existe certo grau de lendas urbanas postas ao tema, as quais cabem ser esclarecidas. De início, é

82. Cf. RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. *Denarc desmonta laboratório de mineração de bitcoins a serviço do tráfico*. 24.04.2019. Disponível em: [www.ssp.rs.gov.br/denarc-desmonta-laboratorio-de]. Acesso em: 10.07.2020.

de se ver que a mais prolatada das criptomoedas, a bitcoin, desde logo não é anônima por completo. Em que pese o fato de guardar um certo grau de anonimato, não se mostra irrastreável, o que seria, esse sim, um problema a ser considerado, como se vê em relação a outras criptomoedas, como a monero.[83] O problema em torno do anonimato fica ainda mais claro quando se observam as regras de informações sobre criptoativos vistas na IN 1.888, em especial em seu art. 7º. Nos termos da legislação, a quebra de tais obrigações de informar poderia impor a comunicação ao Ministério Público Federal, quando houver indícios especificamente de lavagem de capital (art. 1º da Lei 9.613/1988), como se verifica no art. 11 da referida normativa. A solução administrativa sugere, desse modo, que a ausência de cumprimento normativo pode levar à investigação por ocultamento em si das criptomoedas.

Contudo, o ocultamento em si, a título de lavagem, constitui, em todas essas hipóteses, um problema de alta indagação, que necessita de análise mais aprofundada em cada caso. Como se viu, através de uma multiplicidade de opções de compra, quer em *exchanges* (que cumprem, aqui, um papel de casas de câmbio), ou por pessoa a pessoa, podem-se verificar meios mais ou menos aptos para a ocultação de valores, principalmente dado o seu caráter de anonimidade e de difícil rastreio. Desta sorte, seria de se dizer que existe a possibilidade de dissimulação, no mínimo, da origem, localização ou propriedade de bens. Entretanto, semelhante percepção de maneira alguma poderia ser generalizada.

A despeito de percepções que equivocadamente as vinculam com esquemas de estelionato ou os mencionados esquemas ponzi,[84] as criptomoedas representam, em si, um verdadeiro setor econômico. Apesar da inovação posta ao sistema econômico atual, já tendo inúmeros adeptos e com mercados a níveis globais, o que permite considerar sua aquisição como um investimento qualquer,[85] a questão necessitaria maiores reflexões. Logo, a aquisição de qualquer criptomoeda, apesar de poder favorecer a lavagem de dinheiro, não implica necessariamente em lavagem. Transações com as criptomoedas são, no mínimo, condutas adequadas socialmente, senão condutas penalmente neutras.

83. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 271. RAZZANTE, Ranieri. Op. cit., p. 71.

84. Sobre a dimensão do problema, veja-se VASEK, Marie; MOORE, Tyler. Analyzing the Bitcoin Ponzi scheme ecosystem. *In*: *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*. Berlin: Springer, 2018. p. 101 e ss.

85. Quanto a isso, a jurisprudência nacional já se manifestou de forma pontual, como se lê em ações de indenização civil contra *exchanges*, cuja atuação também chegou a ser categorizada no crime de operação de instituição financeira sem autorização legal no caso da Operação Egypto da Polícia Federal.

Nesse sentido, percebe-se que a questão da avaliação dolosa acerca da conduta pode se mostrar bastante conflituosa no tocante às criptomoedas, sobretudo nas hipóteses em que não se verifica uma implicação direta entre o terceiro e o autor dos ilícitos. A esse respeito, Sicignano aponta que, na ocorrência de clara idoneidade da conduta de aquisição do particular, não seria de se vislumbrar, de modo algum, a possibilidade de crime. Nesse contexto, a tentativa de buscar amparo em um conceito frágil como o de homem médio, é caminho que dificilmente permite uma solução segura para a avaliação do risco doloso,[86] sendo necessário a busca de solução em outros campos.

Com efeito, deve-se considerar que a liberdade de negociação, bem como a licitude do sistema de pagamento por criptomoedas, são fatores que permitem, ao particular, uma atuação pautada com base no princípio da confiança, sem que seja esperado dele o controle sobre a procedência dos dinheiros ou criptomoedas recebidas. Muitas criptomoedas funcionam como sistema de pagamento ou se integram aos sistemas tradicionais, com a diferença que, no caso do sistema virtual, a ausência de regulamentação sobre o setor, muitas vezes, mitiga, ao invés de aumentar a possibilidade de suspeita sobre a origem dos valores. Desse modo, a suspeita acerca da proveniência da origem dos valores, no caso da aquisição de um automóvel em criptomoedas, é muito mais difícil de ser estabelecida se comparada com uma aquisição em dinheiro vivo, uma vez que o uso de papel moeda em grandes volumes se mostra *per se* suspeito em razão do processo de digitalização dos meios de pagamento.

Logo, apesar da aquisição de criptomoedas poder se mostrar como criminosa para fins de lavagem de dinheiro, em tais casos, uma imputação apenas se justificaria quando evidente a intencionalidade de branqueamento de capitais a partir de outros elementos objetivos da transação entre as partes. Para tanto, toda uma lógica particular do elemento subjetivo deve ser tida em conta. Tais elementos seriam, em princípio, aqueles que, por sua vez, fogem à normalidade esperada no contexto, tais como, eventualmente, o envolvimento de valores exorbitantes na transação. Portanto, somente se houver tais incrementos potenciais de riscos de lavagem é que se poderia imaginar qualquer sorte de intervenção penal. Não antes.

Assim, em passo adiante, uma terceira constelação fática relevante se verifica quando há uma conexão direta entre a aquisição pelo usuário das criptomoedas e a atividade delitiva. Se a operação for realizada com escopo de dificultar, ou obstaculizar, a origem delituosa do bem, clara estaria, em princípio, a infração de

86. SICIGNANO, Gaspare Jucan. Op. cit., p. 143.

lavagem. Imagine-se, nesse sentido, o caso de um funcionário público que venha a ser corrompido mediante paga em criptomoedas. Em semelhante hipótese, poder-se-ia considerar que o agente estaria a incorrer, também, na conduta de lavagem, na medida em que o meio de realizar o pagamento já leva à ocultação em si dos valores recebidos. Como já mencionado, o fato de se encontrar uma *hard wallet*, junto com as suas respectivas palavras-chave de acesso, que venha, derradeiramente, a se mostrar não declarado e de origem ilícita, já poderia implicar, em tese, a incorrência em lavagem de dinheiro. Mas, por óbvio, essa situação implica outra sorte de verificações e possibilidades.

3.2.2. Aquisição de criptomoedas com dinheiro de origem ilícita: a autolavagem

Em tópico anterior discorreu-se sobre o entendimento da jurisprudência nacional acerca punição por autolavagem. Essa hipótese é uma realidade própria do cenário brasileiro, onde se considera que a lavagem de dinheiro protege bem jurídico autônomo, sem se confundir com o exaurimento de delitos antecedentes. Da mesma maneira, reconhece a jurisprudência a necessidade de se verificar a prática de atos autônomos de ocultação, a fim de configurar-se a autolavagem.

Com efeito, a realidade das criptomoedas parece impor uma distinção fundamental entre os atos de ocultação potencialmente praticados por terceiros em comparação com as hipóteses de lavagem praticadas pelo próprio autor do crime antecedente. Pois, se a legalidade do sistema de criptomoedas pauta uma regra de confiança, a partir da qual a simples aquisição ou detenção de criptomoeda não configura em si a lavagem de dinheiro, a menos que se verifiquem situações específicas, o mesmo não se pode dizer de outras condutas que possam implicar em autolavagem.

Particular importância assume aqui a possibilidade de utilização de métodos específicos que permitem efetivar o distanciamento das moedas de sua origem infracional. Conforme esclarecem Campbell-Verduyn e Goguen, semelhantes métodos não necessariamente surgem com intuitos criminosos. Antes, podem ser entendidos como solução encontrada pelos usuários do sistema relativamente à preocupação de que as transações baseadas em bitcoin e *blockchain* já não seriam tão anônimas como se acreditava inicialmente.[87] Desta sorte, ao longo do tempo, foram desenvolvidos ao menos três protocolos distintos com o intuito de assegurar a anonimidade das transações no ecossistema das criptomoedas.

87. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80.

Em um momento inicial, programas "anonimizadores" passaram a permitir a entrada e saída de valores entre o sistema das criptomoedas e o sistema monetário estatal com identificações pessoais distintas, impossibilitando relacionar a moeda com o seu proprietário[88]. Depois, em um segundo momento, criaram-se os chamados os "serviços de mistura" (*tumblers, blenders* ou *mixers*). Tais serviços podem ser centralizados, a exemplo do BitLaundry e do Bitcoin Fog, como também podem operar de modo descentralizado, diretamente entre os usuários, qual se dá nos casos do ConinJoin e do JoinMarket. Em tais serviços, os usuários reúnem suas moedas, e após o processo de mistura em combinações aleatórias, retomam os valores inicialmente colocados antes da combinação, geralmente em variados e novos endereços, de modo que dificilmente se possa rastrear a sua origem.[89] Assim, esses usuários associados originam, em conjunto, uma única transação formal na *blockchain*, embora ela represente, em realidade, várias transações. Uma vez que semelhantes serviços obscurecem a cadeia de transações, tem-se aqui o incremento da dificuldade de rastreio.[90] Por fim, uma terceira e mais recente tecnologia deu origem a novas variações de criptomoedas, tais como a já mencionada monero, ou, ainda, zcash, zerocoin, e dash, entre outras, as quais foram desenvolvidas com o intuito de oferecer completa anonimidade em suas transações.[91] Todos, enfim, casos próximos à técnica de lavagem de ativos conhecida como mescla.[92]

Além dessas situações, algo que preocupa é a possibilidade facilitada de dissimulação em atuações do tipo que se dão, por exemplo, na arbitragem de criptomoedas. Nesses casos, trata-se de situação de compra e venda de criptomoedas em diferentes *exchanges*, mesmo de diversos países, aproveitando-se de taxas cambiais diversas.[93] Além disso, a dissociação dos usuários com suas moedas pode se dar já mesmo com a mera utilização de serviços de carteira virtual. Isso

88. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80.

89. Cf. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 105-108. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 293 MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. *APWG eCrime Researchers Summit*, 2013. p. 1-14.

90. Cf. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 295. RAZZANTE, Ranieri. Op. cit., p. 69 e ss.

91. Cf. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 80. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 298.

92. BARROS, Marco Antonio. Op. cit., p. 51.

93. Cf., sobre a consideração de arbitragem internacional com absorção de recursos ilícitos como lavagem de dinheiro, DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 407.

porque muitas dessas carteiras detêm o controle sobre as chaves privadas dos usuários, retornando-lhes os valores confiados em moedas aleatórias, sem que as identidades dos clientes sejam armazenadas ao final.[94]

Note-se, pois, que a autolavagem de dinheiro na utilização de criptomoedas mostra-se, a princípio, potencialmente possível. Entretanto, para a sua caracterização, mostra-se necessária a averiguação de condutas orbitantes à lavagem, bem como a necessidade de ser verificada, por igual, toda a perspectiva subjetiva do agente nesse processo.

Desta sorte, cabe refletir, ademais, sobre o que mais poderia configurar atos de colocação ou dissimulação, próprios de autolavagem, em um ambiente virtual reconhecido como autêntico sistema monetário ou financeiro. Conforme já salientado, esse paulatino processo de formalização das criptomoedas tem uma de suas consequências o fato de que o simples uso das mesmas não pode ser caracterizado como oculto ou criminoso em si. Imagine-se a hipótese de um traficante de drogas cujo recebimento em criptomoedas seja apenas uma das possíveis formas de pagamento pelo produto ilícito. Seria demasiado simplista caracterizar um recebimento pontual de valores como autolavagem. Nesse tocante, parece essencial seguir o direcionamento da jurisprudência do STF quando exige a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime. Desta sorte, para configurar a autolavagem de dinheiro no exemplo mencionado, seria necessário verificar-se, no mínimo, a dissimulação sistemática de valores recebidos em volumes consideráveis através do recebimento em inúmeras carteiras, ou, ainda, no contexto de atuação de uma organização criminosa voltada para o tráfico, por exemplo.[95]

94. Particular dificuldade se apresenta para o terceiro que utiliza tais serviços, cuja participação configura potenciais condutas de auxílio, na medida em que contribuem para a autolavagem praticada por outrem. Novamente, aqui, há a necessidade de ser verificada, por igual, toda a perspectiva subjetiva do agente nesse processo. Assim, para o indivíduo que toma parte em serviços de mistura, ainda que seu intuito seja apenas garantir a anonimidade de suas transações por razões pessoais quaisquer, parece claro o alto risco envolvido no sentido de que está, no mínimo, contribuindo para atos de ocultação de valores ilícitos praticados por outrem. Semelhante inferência não se deixa realizar tão facilmente, contudo, no que diz respeito ao usuário que opta pelo uso de carteiras virtuais menos seguras ou serviços de arbitragem, embora os mesmos se mostrem igualmente aptos para a dissimulação da origem de valores ilícitos.

95. Acerca do problema particular da autolavagem, Frederico Horta e Adriano Teixeira defendem visão mais restrita que a opinião dominante sobre o tema. Nesse sentido, exigem particular afetação do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem. Dessa maneira, a prática de atos de ocultação somente configuraria lavagem quando determinada

Por outro lado, é preocupante a possibilidade de se derivar a hipótese de autolavagem a partir da simples verificação de infringência dos deveres acessórios de comunicação sobre as operações realizadas com criptoativos, nos termos da Instrução Normativa 1.888/2019 da Receita Federal. Embora a prática de crimes tributários possa ser acompanhada da lavagem de dinheiro, cabe diferenciar ambas as questões. No âmbito de empresas, a configuração de autolavagem de dinheiro pela simples supressão de tributos é duramente criticada pela doutrina, chegando alguns a considerarem como verdadeira "ficção" a ideia de que se poderia etiquetar como "sujos" os valores suprimidos que não saem da empresa.[96] Desse modo, tanto em relação às empresas como em relação ao contribuinte, parece claro, também aqui, que para a ocultação de valores resultantes de crime tributário, por intermédio de criptomoedas, é preciso que se verifique a existência de técnicas e procedimentos dirigidos para ocultação e dissimulação dos tributos suprimidos. Nesse sentido, a ocultação poderia se verificar, por exemplo, mediante a aquisição, anônima, de criptomoedas completamente anônimas e irrastreáveis. A simples retenção de valores lícitos não declarados à Receita parece ser insuficiente para tal.

3.2.3. A integração das criptomoedas

Por outro lado, a reintegração de criptomoedas, com aparência de licitude, se mostraria como outra modalidade de lavagem de dinheiro. Tratar-se-ia, sim, da mais fácil e corriqueira forma de lavagem, evidenciando o quão frágil é o cenário de criptomoedas nesse campo. Aqui, a última fase da lavagem pode se configurar pela reinserção das criptomoedas no mercado formal de criptoativos, após a dissimulação de sua origem, como, também, por meio de sua conversão para o sistema de moedas fiduciárias ou mesmo através da aquisição de bens e serviços.

Miranda e Vianna, aliás, destacam que a reintegração poderia se dar de maneira relativamente simples no atual contexto normativo, na medida em que a Receita Federal passou a exigir a inclusão de informações na Declaração de Imposto de Renda sobre as criptomoedas somente a partir do ano de 2017. Em razão disso, observam que as criptomoedas poderiam ser declaradas regularmente

---

atividade econômica fosse afetada, a partir de dano à concorrência, na hipótese de prejuízo para os demais agentes do mercado. Alternativamente, consideram que ainda poderia haver a autolavagem quando os atos de dissimulação fossem praticados em favor de organização criminosa. HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 38 e ss. Em solução semelhante chegam MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 284.

96. HERZOG, Felix. Op. cit., § 13 nm. 91.

como tendo sido adquiridas antes desse período, porém, com a informação de que a compra dos ativos foi feita "em baixíssimas cotações, atribuindo os ganhos financeiros à volatilidade da criptomoeda."[97] E, para tanto, bastaria uma declaração retificadora no Imposto de Renda.

Inúmeros bens, hoje, podem ser adquiridos com criptomoedas, utilizando-as, até mesmo, como um sistema alternativo de remessas,[98] o que mais gritantemente evidencia possibilidades de lavagem de capitais.[99] Mas, é de se notar, que nem toda a utilização de criptomoedas pode implicar crime. Uma vez mais, no entanto, torna-se absolutamente necessária a verificação de todo o contexto fático. Muito embora seja teoricamente possível a incriminação, na prática, ela se mostra bastante complexa, havendo incursões subjetivas e também objetivas de obrigatória verificação.

3.3. Lavagem de dinheiro por parte dos responsáveis das exchanges

Já se mencionou, alhures, que o campo atinente à lavagem de dinheiro é extremamente rico em propostas preventivas. Ao se considerar esse fato, juntamente com a percepção de que as criptomoedas abrem uma possibilidade ampla de incorrência de lavagem, além de um crescente aumento de sua utilização,[100] resta absolutamente claro que é junto à sua comercialização que podem se dar as maiores possibilidades de controle.

Assim, o caso das *exchanges* mostra-se, sem dúvida, como o mais rico em termos de preocupação em relação à lavagem de dinheiro. Não o único, mas talvez o de mais evidente preocupação acadêmica. E isso, fundamentalmente, porque é no ambiente das *exchanges* em que se verificam os pontos de contato mais explícito entre o ambiente das moedas virtuais e o sistema monetário tradicional. Além disso, é em relação às *exchanges* que se percebem riscos específicos em termos de rastreabilidade e identificação, seja por meio da possibilidade de mistura anônima de criptomoedas, seja pela utilização de *mixing-services*,[101] onde o risco de dissimulação dos ativos se mostra incrementado. Não por outra razão, diversos autores apontam no sentido de que a elaboração de deveres de *compliance* a

97. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 298 e ss.

98. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op. cit., p. 393 e ss.

99. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 233 e ss.

100. TELLES, Christina Mariani da Silva. Op. cit., p. 80.

101. Cf. GRZYWOTZ, Johanna. Op. cit., p. 104 e s., 292 e ss.; MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 292 e ss.

serem cumpridos pelas *exchanges* se mostraria como um dos melhores sistemas preventivos de controle à lavagem de dinheiro.[102]

Conforme visto, as *exchanges* são plataformas que funcionam como serviços de câmbio a fim de intermediar a troca entre criptomoedas e dinheiro fiduciário, como, também, entre as diversas criptomoedas. Nesse tocante, é essencial observar a peculiaridade que as duas diversas modalidades de *exchanges* colocam para uma regulação sobre a matéria. Assim, as *exchanges* classificadas como "centralizadas" atuam como verdadeiras intermediárias entre os que desejam comprar e vender criptomoedas, o que implica igualmente riscos operacionais específicos de custódia dos ativos.[103] Já no caso das *exchanges* "descentralizadas", tem-se a possibilidade de transações diretas entre os interessados, sem uma necessária participação de terceiros, uma vez que a aproximação se dá pelo trabalho de *softwares*.[104] A esse ponto, voltaremos mais adiante.

Por ora, cabe salientar que as tendências de regulamentação mais recente no campo antilavagem não se restringem ao problema das *exchanges*. De uma maneira geral, tais modelos regulatórios se apresentam em três planos distintos. São eles: (i) a autorregulação dos provedores de serviços virtuais; (ii) a regulação externa dos mesmos por meio de iniciativas nacionais; e (iii) a abordagem regulatória de organismos internacionais, entre as quais se destacam as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF).[105]

---

102. BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani. A necessária reflexão..., cit., p. 270. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin*..., cit.. p. 158 e ss.

103. ESTELLITA, Heloisa. Op. cit., p. 8. Conforme esclarece Grupenmacher, por essa via, são constatados dois sistemas computacionais distintos, um dentro da *blockchain* e outro que funciona como base de dados de uma *exchange*. Desse modo, "ao negociar por meio de uma plataforma, há apenas a transferência de titularidade na base de dados interna, não sendo realizada qualquer operação em blockchain. Essa transferência final de titularidade em blockchain acontece apenas quando há a retirada ou o depósito de ativos, momento em que será fornecido o hash da operação (...) Assim, a titularidade do dinheiro e os ativos criptografados dos clientes acabam se misturando, e a cada plataforma cabe o desenvolvimento da tecnologia que permita essa segregação internamente. Com tais sistemas desenvolvidos será possível controlar os bens e o dinheiro a que se possui, hoje cada usuário tem acesso a uma tela individual que é parte do sistema da exchange, no qual há o balanço e o extrato de suas transações. No entanto, para fins legais, os recursos estão na conta correte em nome da *criptoexchange*, não havendo qualquer separação de titularidade em relação aos valores." (GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 60 e ss.).

104. ESTELLITA, Heloisa. Op. cit., p. 8. Cf., em especial, a ampla análise dos modelos em GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 663 e ss.

105. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Op. cit., p. 289 e ss.

No presente momento, não recai sobre as *exchanges* sediadas no Brasil nenhum dever específico de informação, identificação ou controle para fins de lavagem de dinheiro, conforme já se mencionou. Isso dificulta a possibilidade de responsabilização criminal de seus representantes por atos de lavagem, na medida em que elas não se encontram submetidas a quaisquer padrões para a delimitação de atividades suspeitas, operações de alto risco ou de identificação do cliente.[106] Nesse tocante, é importante salientar que, com exceção de casos extremos, nos quais se verifiquem arranjos técnicos voltados para a facilitação de ocultação de valores, a identificação efetiva de clientes e o armazenamento de informações sobre a origem e o destino das transações efetuadas não consiste em tarefa trivial.

Com efeito, críticos atentam para a dificuldade operacional de padrões de controle e *compliance* pelas *exchanges*, sobretudo quando se tem em vista aquelas de pequeno porte[107]. Ademais, existe certo ceticismo quanto à efetividade de regulações sobre a atuação das *exchanges* para fins de lavagem de dinheiro, na medida em que os usuários mal-intencionados sempre teriam a possibilidade de buscar ambientes de menor regulação.[108] Particularmente, afirma-se que a imposição dessas medidas não consegue ser implementada em termos práticos, já que os *sites* podem surgir e desaparecer com tanta rapidez, que enquanto os órgãos de persecução penal detectam uma *exchange* suspeita, tantas outras terão aparecido em outro lugar.[109]

A despeito disso, fato é que diversas corretoras têm aderido de maneira espontânea aos parâmetros de *compliance* já estabelecidos legalmente para o sistema financeiro. Embora frisem a dificuldade de adequação devido às especificidades da tecnologia envolvida, as empresas têm buscado o caminho da autorregulação via *compliance* como uma maneira de conferir legitimidade à sua atuação no mercado.[110] No mínimo, o que se pode obter dessa maneira é a imposição de gargalos

106. Em diversos lugares do mundo, as preocupações do setor bancário com o *compliance* antilavagem têm levado a uma recusa de hospedar contas e transações financeiras de *exchanges*, levando a um cerco contra esse setor do mercado. No Brasil, a questão culminou na judicialização do caso envolvendo o Banco Itaú e Banco do Brasil. A respeito, cf. GRUPENMACHER, Giovana Treiger. Op. cit., p. 68 e s.

107. Cf., de maneira geral, a crítica em SINGH, Kevin. New wild west: preventing money laundering in the Bitcoin network. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 13, p. 38-64, 2015. MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Op. cit., p. 301.

108. SINGH, Kevin. Op. cit., p. 45 e ss.

109. CHRISTOPHER, Catherine Martin. Op. cit., p. 23.

110. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. Op. cit., p. 78.

no ambiente das criptomoedas, iniciativa que se mostra de todo modo válida, embora ainda haja inúmeras incertezas de ordem operacional no que se refere à implementação das medidas necessárias e possíveis a serem tomadas.

Muito provavelmente, porém, será no campo de regulação externa das *exchanges* que surgirão as principais delimitações normativas sobre a matéria.[111] Inúmeras propostas legislativas estão a ser discutidas em vários países, os quais têm iniciado um movimento de regulamentação do setor, em grande parte alinhados com os padrões antilavagem já estabelecidos internacionalmente.[112] No Brasil, há propostas que vão desde a criação de tipos penais de gestão fraudulenta e temerária de *exchanges* até a tipificação de fraudes piramidais. Para além de tais iniciativas, tudo indica que a incumbência a ser imposta às *exchanges* ocorrerá no sentido de identificação dos clientes e registro de operações, na linha do proposto nos art. 9º, 10 e 11, da Lei 9.613/1998, na linha do que propõem alguns dos projetos que se encontram atualmente em tramitação.[113] Aliás, já era esse o passo seguido pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).[114] Nesse tocante, entre as 11 ações propostas pela estratégia em 2018, destaca-se a n. 8, que sugere "aprofundar os estudos sobre a utilização de moedas virtuais para fins de lavagem de dinheiro e eventualmente apresentar propostas para regulamentação ou adequações legislativas."

4. Tendências de regulação no plano internacional: o provedor de serviços de ativos virtuais (*virtual assets service providers – VASPs*) e a questão da neutralidade tecnológica

Enquanto grande parte das propostas legislativas, mundo afora, e no Brasil, têm se concentrado no papel desempenhado pelas *exchanges* para a questão da

111. Cf. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Op. cit., p. 57.

112. Cf. a análise detalhada nos países do G-20 em RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. Op. cit., p. 23 e ss.

113. Cf. em particular a tramitação no Senado brasileiro do PLS 4207, de 2020, de autoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), do PL 3825, de 2019, de autoria do Senador Flávio Arns (REDE/PR) e do PL 3949, de 2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). Na Câmara dos Deputados, vejam-se o PL 2.303, de 2015, de autoria do Dep. Federal Aureo Ribeiro (SD/RJ), bem como o PL 2.060, de 2019, de autoria do Dep. Federal Aureo Ribeiro (SOLIDARI/RJ).

114. Cf. CAVALCANTI, José Robalino. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 139 e ss.

prevenção da lavagem de dinheiro, as tendências de regulamentação internacional se dão no caminho de uma ampliação cada vez maior dos potenciais atores sujeitos às obrigações de identificação, informação e controle. Ademais, verifica-se grande preocupação com uma definição satisfatória das unidades de valor empregadas no ambiente virtual para fins de lavagem. Aqui, o exemplo básico da mutabilidade de tantos conceitos relativos às criptomoedas. Nesse tocante, sob o prisma da tecnologia envolvida, as diretrizes internacionais se dão no sentido de estender os mecanismos de controle para outras modalidades de ativos virtuais, para além das moedas criptografadas em sentido estrito.

Semelhante direcionamento se consolida, sobretudo, a partir das atualizações de 2018 e 2019 das recomendações do GAFI (GAFI/FATF) sobre os ativos virtuais (*virtual assets*) e os provedores de serviços de ativos virtuais (*virtual asset service providers – VASPs*.[115]

Dessa forma tem-se que, em sua orientação mais recente, o GAFI (GAFI/FATF) se preocupa com a "neutralidade tecnológica" dos padrões a serem adotados, os quais não devem se restringir a atividades ou a plataformas tecnológicas específicas, de modo a se evitar a obsolescência da regulação no futuro ou mesmo a concessão de privilégios a determinados produtos.[116] De tal sorte, parece haver uma preocupação em adotar uma terminologia neutra, passando a se referir à noção de "ativos virtuais".

Na mesma linha se encontra a Diretiva (UE) 2018/843 da União Europeia, que alterou os dispositivos existentes em matéria de prevenção contra a lavagem de capitais e o financiamento do terrorismo.[117] Na reforma de 2018, o órgão europeu fez a opção de empregar o conceito mais amplo de "moedas virtuais" em lugar do conceito de "criptomoedas", então entendido como mais restritivo para os fins regulatórios, uma vez que estas se servem do método da criptografia para o seu funcionamento.

Nas Recomendações do GAFI (GAFI/FATF), o conceito de ativo virtual é definido de maneira bastante genérica, como "uma representação digital de valor que pode ser negociado digitalmente, ou transferido, e que pode ser utilizado para

115. RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. Op. cit., p. 17 e ss.

116. FATF. *Guidance for a risk-based approach*...Op. cit., p. 9.

117. EUROPA. *Diretiva (EU) 2018/1108 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 07 de maio de 2018*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=PT]. Acesso em: 10.06.2020. A matéria é extensamente tratada pela Diretiva (UE) 2015/849, de 2015.

pagamento ou investimento"[118]. Desse modo, a recomendação engloba, ao mesmo tempo, as moedas criptografadas (descentralizadas), as moedas virtuais centralizadas (cuja emissão se sujeita a uma autoridade administrativa), além dos *tokens,* de uma maneira geral. Por essa via, contemplam-se, igualmente, os diversos usos que os ativos virtuais possam desempenhar. Isso porque, além da função monetária, há moedas que possuem a função exclusiva de investimentos, podendo, ainda, funcionar como sistema de pagamento, ou mesmo cumular todas essas funções.

Quanto aos agentes que figuram como responsáveis pelos mecanismos de identificação, notificação e controle, percebe-se uma solução muito mais abrangente por parte do GAFI (GAFI/FATF) em 2019 em comparação com a última atualização da Diretiva da União Europeia no ano de 2018. No caso da Diretiva (UE) 2018/843, passaram a figurar nesse rol os "prestadores cuja atividade consista em serviços de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias", bem como os "prestadores de serviços de custódia de carteiras". Isso significa, mais concretamente, que, além das *exchanges*, também as plataformas de custódia de ativos passam a depender de uma autorização estatal para o seu funcionamento. Ademais, esses prestadores de serviço ficam obrigados a identificar seus clientes, manter os registros das transações e comunicar as operações suspeitas.

A atualização de 2019 das Recomendações do GAFI (GAFI/FATF) também amplia a incidência de suas diretrizes ao definir novos agentes no rol de sujeitos obrigados ao controle e notificação. Aqui, longe de se limitar à percepção das *exchanges*, emprega-se o conceito de "provedor de serviços de ativos virtuais". Nos termos da normativa, o provedor de serviços de ativos virtuais seria qualquer pessoa natural ou jurídica, que pratica operações de

> "troca entre ativos virtuais e moedas fiduciárias ou entre uma ou mais formas de ativos virtuais (*v.g.*, *fiat-to-crypto exchanges*); transferência de ativos virtuais (*v.g., crypto-to-crypto exchanges*); custódia e/ou administração de ativos ou de instrumentos que permitam o controle sobre ativos virtuais (*v.g.,* custodiante de criptoativos); participação em e prestação de serviços financeiros relacionados com a oferta de um emitente e/ou venda de um ativo virtual."[119]

118. Ficam excluídas para fins da recomendação sobre os ativos virtuais as hipóteses de "moedas fiat, títulos e outros bens financeiros que já estão abrangidos noutras partes das Recomendações do GAFI". Cf. FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations*. Paris: FATF/OECD, 2012. Atualizado em junho de 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf]. Acesso em: 10.07.2020.

119. FATF. *Guidance for a risk-based approach*...Op. cit., p. 13 e s.

Como se vê, a regulamentação europeia se limita ao controle das operações de câmbio das moedas virtuais com as moedas fiduciárias. Com isso, a Diretiva (UE) 2018/843 deixa fora do rol de sujeitos obrigados as pessoas que prestam serviços para a troca de uma moeda virtual por outra moeda virtual. Ademais, os prestadores de serviços de carteiras virtuais (*e-wallets*) estão igualmente desobrigados de cooperar com as medidas antilavagem europeias caso não façam a custódia das moedas virtuais de seus clientes.

Já as Recomendações do GAFI (GAFI/FATF) oferecem possibilidades muito maiores de controle nesse sentido. De acordo com a atualização mais recente, os provedores de carteiras virtuais (*e-wallets*) passam a ser vistos como sujeitos potencialmente obrigados às medidas de informação e notificação dos clientes que utilizam seus serviços. Ao contrário da diretiva europeia, a normativa do GAFI (GAFI/FATF) não se restringe aos pontos de contato do ambiente dos ativos virtuais com o sistema de moedas fiduciárias.

Note-se, ademais, a inclusão pelo GAFI (GAFI/FATF) dos captadores de recursos implicados nas ofertas iniciais de moedas (ICOs). Em tais ofertas, empresas ou governos emitem uma moeda virtual com a finalidade de angariar fundos. Em contrapartida, os investidores interessados compram as moedas virtuais na expectativa de que o seu valor aumente no futuro. Semelhantes ofertas são compreendidas como um instituto misto entre o que seria uma oferta pública inicial e uma campanha de *crowdfunding*. Desse modo, as ofertas iniciais de moedas chamam a atenção de políticas antilavagem na medida em que os ofertantes podem atrair grandes valores em investimento, por meio de dinheiro ou outras moedas virtuais, sem precisarem se submeter às restrições legais e financeiras associadas de uma oferta pública na bolsa de valores.[120] Pelos mesmos motivos, também as companhias de mineração se apresentam como atores potencialmente relevantes para fins de cumprimento com as incumbências antilavagem.

Ainda cabe observar que, segundo a recomendação vigente, não são todas plataformas de *exchange*, nem todas as custodiantes, que se submetem às regras do GAFI (GAFI/FATF). O foco é dado às plataformas que exercem custódia de ativos de maneira centralizada, a exemplo daquelas que mantêm as chaves privadas

120. Maiores detalhes em RHUE, Lauren. Trust is all you need: an empirical exploration of Initial Coin Offerings (ICOs) and ICO Reputation Scores (May 16, 2018). *SSRN*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=3179723] ou [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3179723]. Acesso em: 10.07.2020. CHOHAN, Usman. Initial Coin Offerings (ICOs): Risks, regulation, and accountability. In: GOUTTE. S.; GUESMI, K.; SAADI, S. (Org.). *Cryptofinance and mechanisms of exchange*: contributions to management science. Cham: Springer, 2019. p. 165 e ss.

dos usuários. Quanto às *exchanges*, a normativa se dirige principalmente aos provedores que funcionam de modo centralizado. Logo, em princípio, as empresas que apenas oferecem plataformas de negociação *peer-to-peer* ficariam excluídas do círculo de agentes sujeitos aos mecanismos de controle.

A extensão dos deveres de identificação, controle e notificação aos provedores de serviços de ativos virtuais resulta em uma série de demandas e transformações no atual funcionamento do setor de criptomoedas. Em termos práticos, isso significa, primeiramente, que os provedores de serviços relacionados com criptoativos e moedas virtuais se vêm obrigados à adoção de processos de *due diligence* do cliente para o mapeamento dos riscos de lavagem associados à sua clientela. Isso gera enorme desafios às empresas em termos tecnológicos, na medida em que os milhares de criptoativos existentes no mundo variam em seus protocolos e características técnicas de funcionamento.

Além disso, as novas orientações do GAFI (GAFI/FATF) impõem a implementação da chamada "regra de viagem" (*travel rule*), nos termos da Recomendação 16 do GAFI (GAFI/FATF).[121] A regra, até então aplicável apenas às instituições financeiras, exige que os países assegurem o acesso a informações sobre os remetentes e beneficiários das transferências de valores feitas por intermédio dos diversos provedores de serviços de ativos virtuais. Isso implica que os provedores serviços originários sejam capazes de obter e manter as informações sobre os usuários que fazem a transação, bem como de transferir tais informações aos provedores de serviços beneficiários, que recebem tais valores. São, portanto, movimentos de comunicação tanto a nível horizontal, dos provedores entre si, como vertical, destes para com as autoridades governamentais, em particular as unidades de inteligência financeira.

Independentemente das iniciativas legislativas em âmbito nacional, a paulatina adoção desses padrões pelas empresas cuja jurisdição se submete às recomendações do GAFI (GAFI/FATF) acaba por gerar um efeito em cadeia que atinge seus potenciais parceiros comerciais e acaba por restringir o espectro das moedas negociadas. Cedo ou tarde, tais exigências e ampliações no campo regulatório da lavagem de dinheiro serão objeto de preocupação também no Brasil.

No entanto, o que se percebe é que ainda existe grande incerteza e ceticismo quanto à operacionalidade da transposição dessas recomendações, que originalmente foram desenhadas para o setor financeiro, para os provedores de serviços de ativos virtuais. Para muitos desses provedores, uma efetiva identificação

121. FATF. *International Standards*…, cit., *passim*.

dos clientes ainda parece uma exigência impossível de ser cumprida. Do mesmo modo, as soluções técnicas disponíveis para o armazenamento de informações pessoais dos detentores de moedas conflitam em grande medida com as regras de proteção de dados e privacidade,[122] como ainda podem representar um elevado risco de vulnerabilidade para ataques de *hackers* interessados no "furto" de criptomoedas. Por fim, preocupa a amplitude da definição do que vêm a ser os provedores de serviços de ativos virtuais, uma vez que o conceito pode abarcar desenvolvedores de tecnologia em áreas não necessariamente comerciais. Nesse sentido, a sujeição a obrigações de controle pode simplesmente inviabilizar a inovação tecnológica para projetos de menor porte.

Conclusões

Passou-se a ter por lugar comum a assertiva de que as criptomoedas possam ser enquadradas em uma dúbia realidade. Por primeiro, que se tenha que a preocupação internacional com a lavagem de dinheiro representa, até certa medida, uma inversão do Direito Penal em sua concepção clássica. No lugar de lesões a bens individuais, passa-se ao perigo abstrato relativamente a bens jurídicos difusos, culminado na atenção que se desloca do injusto para os meios de captura e investigação.

Conforme se procurou demonstrar, após relativa sedimentação da matéria e padronização dos *standards* de controle internacionalmente impostos, o surgimento de inovações tecnológicas, monetárias e financeiras a partir das criptomoedas, passa, ele próprio, a tensionar o paradigma preventivo de transparência no contexto da lavagem de dinheiro.

Nesse específico ponto, tem-se que o fenômeno particular das criptomoedas se apresenta como aparente paradoxo perante a lógica do delito de lavagem. Originalmente concebidas nos termos de um protocolo confiável, transparente e rastreável quanto às suas operações, pode parecer estranho, a alguns, a ideia de que, por intermédio de criptomoedas, seria possível ocultar valores, mesmo de proveniência ilícita. Em contrapartida, a pseudoanonimidade de moedas como a bitcoin, com diversas formas de armazenamento, bem como a criação de programas anonimizadores, serviços de mistura e novos protocolos para moedas

122. Cf. BAIER, Johannes. Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und anderen Kryptowährungen – Teil 2. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019, 159 e ss. BEAUCAMP, Sophie; HENNINGSEN, Sebastian; FLORIAN, Martin. Strafbarkeit durch Speicherung der Bitcoin-Blockchain? *Multimedia und Recht*, 2018. p. 501.

completamente anônimas e irrastreáveis, são fatores que abrem um universo de possibilidades para o afastamento dos ativos de sua origem ilícita. Tudo isso, agravado pelo, ainda, pouco regulado mercado de criptoativos, leva a questão para o lado oposto – estranha é a ideia de ocultar algo que, *per se*, já parece completamente blindado e opaco aos padrões de controle antilavagem.

A presente análise buscou, nesse diapasão, desmistificar algumas confusões neste cenário, concluindo, particularmente, sobre a necessidade de se evitar a percepção de que o sistema financeiro e monetário virtual seja concebido como um ambiente criminoso. Para a aplicação da Lei 9.613/1998, isso significa que a tipificação delitiva por intermédio de criptomoedas é possível, porém, requer análise diferenciada em cada caso, resguardando-se a necessidade de demonstração do elemento subjetivo para a imputação penal. Nesse tocante, é fundamental distinguir entre as condutas potencialmente praticadas pelos usuários de criptomoedas, que recebem valores de proveniência ilícita, dos usuários que ocultam a origem do produto de crimes praticados por eles mesmos, como hipótese de autolavagem. Ademais, coloca-se a questão da relevância penal da atuação das *exchanges*, uma vez que o risco de ocultação da origem ilícita de valores se agrava no intercâmbio entre o ambiente virtual e o sistema monetário tradicional.

A esse respeito, demonstraram-se os desafios e os limites enfrentados em três planos: o plano da autorregulação do mercado através de programas de *compliance*; a iniciativa legislativa em âmbito nacional; e a regulação da matéria em âmbito internacional, sobretudo a partir das recomendações do GAFI (GAFI/FATF). O que a análise apresentada conclui, é que as recomendações desse organismo ampliam consideravelmente os atores potencialmente responsáveis no âmbito da criminalização da lavagem de dinheiro. Além de *exchanges*, entram em consideração os provedores de carteiras, os emissores de ofertas iniciais de moedas, as empresas de mineração, entre outros. Ao mesmo tempo, há uma ampliação das tecnologias potencialmente relevantes para fins de lavagem, saindo-se do espectro das criptomoedas para os ativos virtuais.

Na melhor das hipóteses, o que se tem é um cenário de incerteza quanto à factibilidade de transposição das recomendações do GAFI (GAFI/FATF) para o ambiente virtual, cujos provedores de serviços são paulatinamente equiparados às instituições financeiras. Em plena era dos criptoativos, a adoção dos *standards* antilavagem se apresenta não apenas como paradoxo em relação à ideologia anarquista que fundamenta a sua idealização, senão que ainda se coloca como grande fonte de dúvida no que se refere às possibilidades técnicas e desejabilidade social desse projeto. Os desafios para o amanhã, em especial referência às criptomoedas, talvez sejam absolutamente de difícil percepção, mas, sem dúvida, são tema

de alta indagação penal, que deve, o quanto antes, passar a se preocupar em relação à regra geral de legalidade em relação a esse ambiente. O crime, e o "criptocrime", em essência, hão de ser vistos, sempre, como exceção. Nunca, entretanto, como regra.

Bibliografia

ADLER, David. Silk Road: The Dark Side of Cryptocurrency. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law (blog)*. 21 fev. 2018. Disponível em: [https://news.law.fordham.edu/jcfl/2018/02/21/silk-road-the-dark-side-of-cryptocurrency]. Acesso em: 10.07.2020.

ALTENHAIN, Karsten. Kommentare zum § 261 StGB. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Org.). *Nomos Kommentar zum StGB*. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2017.

AMMOUS, Saifedean. *The bitcoin standard: the decentralized alternative to Central Banking*. Hoboken: Wiley, 2018.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BAIER, Johannes. Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und anderen Kryptowährungen – Teil 2. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro:* comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

BARROSO, Érica Montenegro Alves; LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Criptomoedas e evasão de divisas: uma análise epistemológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, p. 19-40, mar. 2020.

BEAUCAMP, Sophie; HENNINGSEN, Sebastian; FLORIAN, Martin. Strafbarkeit durch Speicherung der Bitcoin-Blockchain? *Multimedia und Recht*, 2018.

BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 251-272, set. 2018.

BELOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário. Análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BJERG, Ole. How is bitcoin money? *Theory, Culture & Society*, v. 33, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales. *InDret*, jul. 2015, p. 2 e ss. Disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1152.pdf]. Acesso em: 26.06.2020.

BRYANS, Danton. Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution. *Indiana Law Journal*, v. 89, n. 1, 2014.

BUSTOS RUBIO, Miguel. Del "blanqueo del blanqueo" a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales. In: BUSTOS RUBIO, Miguel; RODRÍGUES ALMIRÓN, Francisco (Dir.). *El sistema socieconómico desde el prisma del derecho penal y la criminología.* Pamplona: Aranzadi, 2020.

CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm; GOGUEN, Marcel. The mutual constitution of technology and global governance: Bitcoin, blockchains, and the international anti-money-laundering regime. CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm (Org.). *Bitcoin and beyond*: cryptocurrencies, blockchains, and global governance. London: Routledge, 2018.

CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Bitcoin, crypto-coins, and global anti-money laundering governance. *Crime, Law and Social Change*, v. 69, n. 2, p. 283-305, 2018.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência.* Curitiba: Juruá, 2008.

CAVALCANTI, José Robalino. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*. Buenos Aires: BdeF, 2012.

CHOHAN, Usman. Initial Coin Offerings (ICOs): risks, regulation, and accountability. In: GOUTTE, S.; GUESMI, K.; SAADI, S. (Org.) *Cryptofinance and mechanisms of exchange*: contributions to management science. Cham: Springer, 2019.

CHRISTOPHER, Catherine Martin. Whack-a-Mole: Why prosecuting digital currency exchanges won't stop online money laundering. *Lewis & Clark Law Review*, v. 18, n. 1, 2014.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de capitais. *Delictae*, v. 3, n. 4, 2018.

DALLAGTNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DE CARLI, Carla Veríssimo. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ESTELLITA, Heloisa. *Bitcoin e lavagem de dinheiro*: uma aproximação. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/bitcoin-e-lavagem-de-dinheiro-uma-aproximacao-07102019]. Acesso em: 23.06.2020.

EUROPA. *Diretiva (EU) 2018/1108 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 07 de maio de 2018*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=PT]. Acesso em: 10.07.2020.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

FATF. *Guidance for a risk-based approach. Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*. Paris: FATF/OECD, 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html]. Acesso em: 23.06.2020.

FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* – The FATF Recommendations. Paris: FATF/OECD, 2012. Atualizado em junho de 2019. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf]. Acesso em: 10.07.2020.

FRANKENFIELD, Jake. Silk Road (Website). *Investopedia*. Verbete publicado em 1 nov. 2019. Disponível em: [www.investopedia.com/terms/s/silk-road.asp]. Acesso em: 10.07.2020.

GOMES, Abel Fernandes. Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRUPENMACHER, Giovana Treiger. *As plataformas de negociação de criptoativos: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bola sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem de dinheiro*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

HAFFKE, Lars; FROMBERGER, Mathias; ZIMMERMANN, Patrick. Cryptocurrencies and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them. *Journal of Banking Regulation*, v. 21, 2020.

HENNECKE, Richard. „Darf ich in Bitcoin zahlen?" – Geldwäscherisiken für Industrie- und Handels-Unternehmen bei Bitcoin-Transaktionen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2018.

HERZOG, Felix. Geldwäsche. In: ACHENBACH, Hans; RANSIEK, Andreas; RÖNNAU, Thomas (org). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 5. Aufl. Heidelberg: Müller, 2019.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 18. n. 74, p. 7-49, 2019.

LEONE, Federico; PARISELLA, Simone. La blockchain, il protocolo e le criptovalute. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute*: profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MACHADO, Maíra Machado. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Direito GV, 2004.

MACHADO, Tomás Grings. Deve o crime de lavagem de dinheiro proteger bens jurídico-penais? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 167, p. 189-236, maio 2020.

MAUME, Philipp; HAFFKE, Lars; ZIMMERMANN, Patrick. Bitcoin versus Bargeld – Die geldwäscherechtliche Verpflichtung von Güterhändlern bei Zahlungen mit Kryptowährungen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2018.

MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 163, p. 265-309, jan. 2020.

MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. *APWG eCrime Researchers Summit*, 2013.

MÜLLER, Lukas; REUTLINGER, Milena; KAISER, Philippe. Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union. *Zeitschrift für Europarecht*, v. 20, maio 2018.

NEUHEUSER, Stefan. Kommentare zum § 261 StGB. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Org.). *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. Aufl. München: Beck, 2017.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*: parte general y especial. Barcelona: Atelier, 2020.

PENROSE, Kelsey L. Banking on Bitcoin: Applying Anti-Money Laundering and Money Transmitter Laws. *North Carolina Banking Institute*, v. 18, 2014.

PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomoedas con fines de blanqueo. FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y TIC*: marco jurídico nacional y europeo, modus operandi y criptomonedas. Pamplona: Aranzadi, 2019.

PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

RAZZANTE, Ranieri. Il'utilizzo illecito delle monete virtual. In: RAZZANTE, Ranieri. *Bitcoin e criptovalute:* profili fiscal, giuridici e finanziari. Satarcangelo di Romagna, 2018.

RHUE, Lauren. *Trust is all you need*: an empirical exploration of Initial Coin Offerings (ICOs) and ICO Reputation Scores (May 16, 2018). *SSRN*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=3179723 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3179723]. Acesso em: 10.07.2020.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. *Denarc desmonta laboratório de mineração de bitcoins a serviço do tráfico*. 24.04.2019. Disponível em: [www.ssp.rs.gov.br/denarc-desmonta-laboratorio-de]. Acesso em: 10.07.2020.

RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Cryptocurrencies and anti-money laundering regulation in the G20*. Belo Horizonte: Institute for Research on Internet and Society, 2019. Disponível em: [http://bit.ly/32Fw4xD]. Acesso em: 10.07.2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; BELLO, Douglas Sena. Breves notas sobre compliance e prevenção à lavagem de dinheiro em bitcoins *exchanges*. *Delictae*, v. 2, n. 3, 2017. Disponível em: [www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/35/32]. Acesso em: 26.06.2020.

SCHMIDT, Wilhelm; KRAUSE, Juliane. Kommentare zum § 261 StGB. In: CIRENER, Gabriele et al. *Leipziger Kommentar zum StGB*. 12. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 2010.

SCHRERRER, Amandine. *G8 against Transnational Organized Crime*. Burlington, 2008.

SICIGNANO, Gaspare Jucan. *Bitcoin e riciclaggio*. Torino: G. Giappichelli, 2019.

SIEBER, Ulrich; NUEBERT, Carl-Wendelin. Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional. In: NIETO MARTÍN, Adán; GARCÍA MORENO, Beatriz (Dir.). *Ius puniendi y global law*: Hacia un derecho penal sin estado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e regulação penal econômica: os novos parâmetros de controle. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal *compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance*, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais*: em busca do marco penal das criptomoedas. São Paulo: D'Plácido, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 1, p. 79-100, jan.-mar. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, *compliance* fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e anistia. Considerações criminais sobre a prestação de informações (*dislosure*) em âmbito de *tax compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SINGH, Kevin. New wild west: preventing money laundering in the Bitcoin network. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 13, 2015.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 165, p. 41-69, mar. 2020.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

VASEK, Marie; MOORE, Tyler. Analyzing the Bitcoin Ponzi scheme ecosystem. In: *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*. Berlin: Springer, 2018.

VOGEL, Joachim. *Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand? ZStW*, v. 109, 1997.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RDPec* 1/79-100 (DTR\2020\3822);
- A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro, de Douglas Sena Bello e Giovani Agostini Saavedra – *RBCCrim* 147/251-272 (DTR\2018\19321);
- *Bitcoin* e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro, de Lucas Miranda e Túlio Vianna – *RBCCrim* 163/265-309 (DTR\2019\42602);
- Criptomoedas e Direito Penal Econômico: uma análise à luz do crime de lavagem de dinheiro, de Amanda Paparoto Assis – *RDPec* 3/65-82 (DTR\2020\10207); e
- Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação, de Thiago Bottino e Christiana Mariani da Silva Telles – *RBCCrim* 148/131-176 (DTR\2018\19794).

Processo Penal

O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia

The European arrest warrant: the ne bis in idem *question in the European Union criminal space*

Bernardo Araujo da Luz

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (2016-2021). Mestre em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra (2014-2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, RS (2007-2012). Autor conteudista do grupo Kroton Educacional (2017-2018). Professor de Direito e Processo Penal em nível de graduação e pós-graduação na Estácio – FCAT e FAP. Professor de Direito e Processo Penal em nível de pós-graduação na UNIFOR. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0665-9247]
Lattes: [http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8471301Y6]
bernardoal@gmail.com

Recebido em: 16.04.2020
Aprovado em: 17.02.2021
Última versão do(a) autor(a): 28.02.2021

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: Cuida-se de *paper* que contempla o problema do *ne bis in idem* entendido em sua dimensão transnacional e as situações de (in)execução do Mandado de Detenção Europeu, tendo como pano de fundo a construção de um espaço da liberdade, segurança e justiça que se pretende que seja respeitador dos direitos e das garantias dos cidadãos e que também envergue a própria segurança da União Europeia por meio da sedimentação do espaço penal europeu. Analisa julgados emanados do Tribunal de Justiça da União Europeia e manifestações da doutrina especializada, buscando acalantar de alguma maneira a tensão entre a cooperação elevada ao máximo pelo regime da "pedra angular" do reconhecimento mútuo entre as nações e o respeito à proibição de múltiplas ações em desfavor do sujeito de direitos objeto do pedido de captura.

Abstract: It´s a paper that contemplates the problem of *ne bis in idem* understood in its transnational dimension and the situations of (in)execution of the European Arrest Warrant, having as background the construction of a space of freedom, security and justice that it aims to be respectful of the rights and guarantees of citizens and also to put on the European Union's own security through the sedimentation of the European criminal area. It analyzes judgments emanating from the Court of Justice of the European Union and manifestations of specialized doctrine, seeking to somehow ease the tension between cooperation raised to the maximum by the "cornerstone" regime of mutual recognition between nations and respect for the prohibition of multiple actions against the subject of the rights object of the capture request.

Luz, Bernardo Araujo da. O mandado de detenção europeu:
a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 179. ano 29. p. 71-104. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

Palavras-chave: Mandado de detenção europeu – Reconhecimento mútuo – Espaço de liberdade – Segurança e justiça – *Ne bis in idem*.

Keywords: European arrest warrant – Mutual recognition – Area of freedom security and justice – *Ne bis in idem*.

Sumário: 1. Introdução ao debate. 2. O *ne bis in idem*. 2.1. A conformação penal constitucional no sistema interno português. Contributos para o pensar de um futuro espaço penal comum latino-americano. 2.2. Uma dimensão que fomenta o debate: o *ne bis in idem* transnacional europeu e seu regramento. 3. O mandado de detenção europeu. 3.1. O reconhecimento mútuo corporizado: o regime judicial do MDE. 3.2. O espaço de liberdade, segurança e justiça: as funções "espada-escudo" no que importa com a livre circulação dos cidadãos na União. 4. O problema em testilha: a necessária combinação das diretrizes insculpidas na Decisão-Quadro do MDE e da CAAS; um espaço penal europeu que deve se pautar pela integração das garantias fundamentais de maneira extensiva na comunidade europeia. 4.1. O *ne bis in idem* transposto pela Lei 65/2003 em (in)obediência à DQ 2002/584/JAI. 4.2. O que seria "definitivamente julgado"? Qual a noção de "mesmos fatos"? Uma tentativa de conceituação a partir de julgados do TJUE. 4.3. A importância do artigo 54º da CAAS combinado com o artigo 3º, n. 2, da DQ do MDE: a nominada "condição de execução" como limitadora do *ne bis in idem*. 4.4. O caso Gaetano Mantello e a questão do Estado emissor. 4.5. O caso Zoran Spasic: a eventual violação da Carta dos Direitos Fundamentais. 5. Conclusões. 6. Bibliografia. 7. Julgados.

1. Introdução ao debate

A União Europeia é inegavelmente uma experiência de ideal comunitário materializado de maneira ímpar ao redor do globo. E, pelos trejeitos de entidade supranacional que atingiu e incorporou, nomeadamente ao emblemar os valores da confiança e do reconhecimento mútuo, acabou impulsionando a construção de um espaço penal igualmente idealizado de maneira comunitária no sentido de acompanhar esse movimento de busca pela harmonização, seja ela sob o aspecto legislativo, seja da construção de costumes, propugnando então esse desenvolvimento harmônico tanto quanto possível nesse orbe repressivo[1].

1. Para aprofundamento, entre nós: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008; RODRIGUES, Anabela Miranda; LOPES DA MOTA, José Luís. *Para uma política criminal europeia*. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Também, a título de complemento, parece-nos interessante uma perspectiva trazida por um autor brasileiro acerca da construção do direito penal europeu: LOPES DE LIMA, José Antônio Farah. *Questões do direito penal europeu à luz do tratado de Lisboa*. Lisboa: Rei dos Livros, 2012.

Acontece que, para o objeto que deve circunscrever um *paper* que busca a instigação de um debate profícuo, e tendo em conta a amplitude de questões relevantes que o tema suscita, vamos nos ater especificamente à interpretação do princípio *ne bis in idem* visto a partir da imersão nesse ideal comunitário que é pautado pelo reconhecimento mútuo, e não em sua dimensão processual[2], mas mais detidamente na hipótese de defini-lo como um direito fundamental transnacional que deve proteger os cidadãos da UE e a própria liberdade de circulação advinda dessa condição (a de cidadão europeu)[3].

De início, e resumidamente, delimitamos nosso problema específico, que se consubstancia nas seguintes indagações: como resolver a tensão gerada pela indistinta execução do Mandado de Detenção Europeu[4], caso todos os Estados-membros o levarem a cabo, desde que verificadas as condições mínimas formais, sem o juízo material e concreto acerca do *ne bis in idem* transnacional? Nesse caso, desembocaremos em algumas situações de incorrência de punição duplicada do réu ou de entrega que deveria ser recusada por ocasião do reconhecimento dessa violação principiológica? Pois bem, como então solucionar o problema sem que haja uma penalidade ou alegado descumprimento das normas europeias de cooperação? Qual será a saída para que se preserve o direito fundamental do procurado e ao mesmo tempo se cumpram as diretivas europeias (aqui não na acepção normativa do termo)?

Em palavras mais curtas: como alinhar a preocupação do direito fundamental ao não julgamento múltiplo do cidadão e o reconhecimento mútuo densificado no MDE, ambas preocupações vitais no que se relaciona com o ideal comunitário? Eis o objetivo específico que catapulta o presente trabalho. E, de todas essas indagações, definimos uma como a principal e que serve de supedâneo para a proposta ora verticalizada: como conciliar a necessidade de execução do MDE, expressão máxima da cooperação internacional em matéria penal, com o *ne bis*

2. Comumente assim esmiuçado pela doutrina processual penal.

3. Procuraremos articular essa problemática com maior profusão ao longo do desate textual.

4. Para esclarecer o leitor, de plano, é de se dizer que o MDE é um "procedimento judicial transfronteiriço simplificado de entrega, para efeitos da instauração de uma ação penal ou da execução de uma pena, ou de uma medida de segurança privativa da liberdade. Os mandados emitidos pelas autoridades judiciais dos países da UE são válidos em todo o território da União. O mecanismo do mandado de detenção europeu funciona desde 1 de janeiro de 2004 e veio substituir os morosos procedimentos de extradição existentes entre os países da EU". Disponível em: [https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-pt.do]. Acesso em: 28.02.2021.

in idem transnacional entendido como um direito fundamental do cidadão europeu, observando ainda que direitos dessa ordem não podem ser "desrespeitados" em nome da integração europeia[5].

Mas muito bem. Superada essa delimitação, importa introduzirmos de maneira mais pontual o projeto que aqui vai articulado. Ora, o Mandado de Detenção Europeu[6] é uma decisão judicial que tenciona otimizar a integração da União Europeia e é encampado na seara mais contundente em termos de Direito: o sistema repressivo. Por outro lado, "não duas vezes pelo mesmo": em linhas gerais, a definição do princípio *ne bis in idem*. Princípio, assim reconhecido pela maioria da comunidade jurídica, e que assegura aos indivíduos a vedação da possibilidade de serem punidos ou julgados pelos mesmos fatos que já anteriormente apreciados.

Em verdade, vislumbramos da consagração desse princípio a materialização de uma proteção do cidadão em face de abusos que porventura venham a ser perpetrados pelo Estado[7]. E esse estatuto parece ter alçado voos maiores. Vem sendo tido por relevante fatia da doutrina como um direito fundamental, partindo inicialmente de um prisma atrelado axiologicamente à dignidade humana[8]. O que,

5. Artigo 6.º

   1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

6. Para um aprofundamento robusto acerca do MDE e sobre a sua transposição em Portugal, ver: VALENTE, Manuel Monteiro. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006; GRAÇA, António Pires Henriques da. *O regime jurídico do mandando de detenção europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

7. Questão uníssona na doutrina.

8. RAMOS, Vânia Costa. Ne bis in idem *e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 101.

em tempos da ampliação do aparato punitivo estatal, quer seja mediante a sofisticação dos instrumentos persecutórios, quer seja no alargamento dos fatos tidos como crime em nome de uma alegada maior segurança, parece-nos caminhar no melhor sentido.

Agora, em especial no que se reporta ao trabalho em construção, tencionamos circunscrever a aplicação desse princípio, que notadamente fora forjado sob os auspícios da dimensão interna dos Estados, já em um contexto transnacional, nomeadamente no que diz respeito ao reconhecimento mútuo, "pedra angular" do sistema penal europeu (igualmente em construção), tendo como pano de fundo o instituto do Mandado de Detenção Europeu que, consoante a melhor doutrina, corporificou esse dito reconhecimento mútuo.

Assim, o contexto é o de um Direito Penal Europeu que se pauta pela necessária harmonia[9] no sentido da promoção de uma integração jurídico-sistemática na seara penal, mas que também deve preservar as garantias dos cidadãos que livremente circulam no espaço comunitário.

Aí é que temos o *link* que sustenta a proposta: será que esse espaço comum, com a sedimentação de um meneio tão requintado e que opera uma simplificação no sentido de se entregarem pessoas no contexto europeu, qual seja, o MDE, e que, ainda que idealize, por intermédio da materialização do reconhecimento mútuo, uma harmonização dos sistemas penais e processuais internos, ostenta uma larga diferença intersistêmica, estaria ou não respeitando o *ne bis in idem* europeu? Sobremais, como verificamos a aplicação desse princípio no que congloba o regime jurídico do MDE? Estaríamos marchando em direção ao tão almejado Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça assegurando os direitos fundamentais dos cidadãos? São outras inquietações propulsoras deste humilde escrito.

Desde já nos parece que a conciliação dos requisitos inatos ao princípio *ne bis idem* com a garantia de uma livre circulação no espaço europeu se amolda como a melhor solução possível no esteio de verificarmos a efetiva edificação deste ELSJ. Ora, a própria cidadania europeia deve ser vista como a possibilidade de o sujeito fruir de suas liberdades e garantias de maneira perene e harmoniosa, em todo o espaço europeu. E, nitidamente, a violação do *ne bis in idem*, aqui entendido nessa dimensão europeia, fulmina com esses ideais. Daí por que viemos estruturando o organograma textual, resumidamente, de forma a buscar equacionar as dúvidas aqui nesta introdução levantadas, mas, sobretudo, no deliberado escopo de não

9. Sobre a importância da harmonização, RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 203.

evadirmos do assunto em voga, já que, consoante já salientamos, essa ampla temática relativa ao ELSJ e o espaço penal europeu[10] é de toda inesgotável, pelo que pedimos vênia e limitamos os aspectos técnico-jurídicos que serão enfrentados.

Feito o introito, vamos então conceituar a proibição do *bis in idem*, desde sua conformação constitucional penal interna até essa referida faceta transnacional, nomeadamente europeia. Prosseguindo, prevemos a descrição simplificada do MDE, para então mergulharmos em seus pormenores – na medida em que a envergadura de um trabalho de semestre escolar permite –, sempre tendo em conta os vetores que orientam os rumos da União, nomeadamente no delinear do ELSJ comum aos cidadãos. Desta apreciação, passamos a uma necessária compreensão da conjugação das diretrizes insculpidas na Decisão-Quadro do MDE e da CAAS, traçando um panorama mais específico de como vem sendo encarado o problema do *ne bis in idem* na UE. Por derradeiro, pretendemos ilustrar a (im) possibilidade de recusa de execução do MDE (corporificação do reconhecimento mútuo) como impedimento da submissão de cidadãos à multiplicidade de ações penais ou para fins de entrega.

Também, imperiosamente, analisaremos os dispositivos consagrados no TUE e na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais que incidem na espécie para termos uma compreensão global em termos de aplicação do instituto em análise, o MDE, no seio da UE. Tudo, vocacionando destacar a mais precisa definição daquilo que seriam "os mesmos fatos" e "definitivamente julgado", conceitos precipuais no que diz respeito ao deslinde do trabalho e que serão investigados sob a túnica das construções jurisprudenciais do TJUE[11] e da doutrina especializada que pertinem à matéria.

Perpassadas essas etapas, engatilhamos para a conclusão.

---

10. Na esteira do que dissemos, "Os eixos de construção do espaço penal europeu, no seu conjunto, têm no seu âmago o aprofundamento da integração penal europeia porque mesmo quando está em causa o princípio do reconhecimento mútuo, basilar na cooperação, assiste-se à criação de um espaço em que a cooperação entre as autoridades nacionais é maior e mais próxima do que em qualquer outro contexto de cooperação internacional judiciária penal" (PARENTE, Débora Alexandra. *O espaço penal europeu* – Entre a comunitarização e a diferenciação. Dissertação de mestrado em direito, ciências jurídico-criminais, FDUC. Coimbra, 2013). E, nessa dimensão do espaço penal europeu, *sui generis* e que suscita uma imensidão de questões investigativas, situamos nosso problema de maneira bem densificada e restrita para, na medida de nossa capacidade, não evadirmos da temática proposta, mas buscando pontuar aquilo que de pertinente entendemos ao mais escorreito possível desate textual.

11. Antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

2. O *NE BIS IN IDEM*

O *ne bis in idem* é, na esmagadora maioria dos Estados modernos, um princípio de cariz constitucional, protegendo o povo das arbitrariedades eventualmente praticadas pelo exercício do *jus puniendi* estatal. Determina que um mesmo agente não pode ser perquirido pelos mesmos fatos já julgados por múltiplas vezes. Acontece que sempre teve destacada importância quando tomado em si mesmo nos sistemas processuais internos[12]. Ou seja, essa virada que passa a atribuir um caráter de transnacionalidade ao princípio em voga é de todo inovadora no que diz respeito ao primitivo caldo de cultura a partir do qual eclodiu sua construção[13].

Talvez alocando em palavras mais sucintas: esse princípio foi sempre pensado e idealizado na dimensão interna dos Estados. E é evidente que essa faceta é importante, já que desenhou seus contornos. Todavia, agora nos importa ampliar a

12. Nesse exato sentido: "The ne bis in idem principle is a general principle of (criminal) law in many national legal orders, sometimes even codified as a constitutional right. It has also been established as an individual right in international human rights legal instruments. The ne bis in idem principle has been historically elaborated as a principle that only applies nationally and is limited to criminal justice. Concerning the substance of the principle, traditionally a distinction is made between nemo debet bis vexari pro una et eadem causa (no one should have to face more than one prosecution for the same offence) and nemo debet bis puniri pro uno delicto (no one should be punished twice for the same offence). Some countries limit the principle to the prohibition of double punishment. The rationale of the ne bis in idem principle is manifold. It is of course a principle of judicial protection for the citizen against the ius puniendi of the state and as such is part of the principles of due law and fair trial. On the other hand respect for the res judicata (pro veritate habitur) of final judgments is of importance for the legitimacy of the legal system and of the state" (VERVAELE, John A.E. *The Transnational ne bis in idem Principle in the Eu: Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=991551]).

13. "Um princípio desta importância deveria, após séculos, ter os seus contornos bem definidos. Porém, a expansão geográfica conduziu à necessidade de redefinir o seu âmbito e pressupostos de aplicação. O aparecimento de estruturas transnacionais e supranacionais com competências e interferência no exercício do ius puniendi estadual, como a União Europeia (UE), obrigam, pois, à necessidade de repensar, reconfigurar, reinterpretar este princípio que remonta à Antiguidade Clássica" (RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem* e mandado de detenção europeu. Comentário ao caso Gaetano Mantello. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo Sousa (Coord.). *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 112).

técnica interpretativa hermenêutico-normativa para a sua dimensão trasnacional[14], nomeadamente no que diz respeito ao ELSJ que se pretende seja sedimentado não somente no âmbito da UE, mas também no que importa à cooperação internacional em matéria penal na América do Sul.

2.1. A conformação penal constitucional no sistema interno português. Contributos para o pensar de um futuro espaço penal comum latino-americano

Acontece que, consoante a lógica recomenda, não podemos partir do restrito para o amplo. Então, de início, vamos alocar o princípio *ne bis in idem* no que diz respeito ao Direito Penal Constitucional Português.

Ora bem. O Artigo 29º[15] da Constituição da República Portuguesa enuncia o princípio objeto deste estudo. A ilustrar, colacionamos o comando do número 5, que reza o seguinte verbete: "Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime". É nitidamente a já pincelada proteção do cidadão em face da aplicação desenfreada do poder punitivo estatal.

No que se refere à legislação infraconstitucional, ainda tendo em alusão o sistema jurídico português, vislumbramos a consagração do princípio no Diploma Material repressivo, no artigo 6º[16], contemplado o mesmo verbete, alternando o

14. Para uma descrição prática dessa dimensão: TORRES, Agostinho Soares. O princípio *ne bis in idem*. *Revista Julgar*, n. 14, maio-ago. 2011. p. 81-83.

15. "Artigo 29.º 1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior. 2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comummente reconhecidos. 3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior. 4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido. 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos".

16. Artigo 6.º Restrições à aplicação da lei portuguesa: 1 – A aplicação da lei portuguesa a factos praticados fora do território nacional só tem lugar quando o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação. 2 – Embora seja aplicável a lei portuguesa, nos termos do número

vocábulo "crime" pelo "factos", sendo o substrato principiológico o mesmo, já que – e infelizmente é algo digno de comemoração em tempos de crise – tratamos ainda do direito penal do fato. Assim, em termos de disposições internas, esses são os elementos normativos que tutelam o *ne bis in idem* em Portugal. Mas, no intento de evitarmos o esvaziamento de tinta e, sobretudo, de conteúdo, passamos, de pronto, para o estudo da dimensão transnacional, com especial enfoque no sistema penal europeu para o posterior encaixe da análise no problema da execução do MDE. Vejamos, pois.

2.2. *Uma dimensão que fomenta o debate: o* ne bis in idem *transnacional europeu e seu regramento*

Já quanto ao *ne bis in idem* transnacional, o instituto buscou inicialmente assentar na construção de um espaço europeu que contemplasse uma harmonização penal e processual, em específico no aspecto legiferante, e trazendo como objeto a *confiança mútua*, pelo que deveria ser observado inclusive tendo essa confiança embutida quando em apreciação o reconhecimento das sentenças prolatadas em outros Estados-membros.

Isso foi consignado na "Convenção entre os Estados membros das Comunidades Europeias relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*", de 25 de maio de 1987[17]. Aí o que podemos chamar do embrião da questão *do bis in idem* transnacional e das garantias dos cidadãos no espaço das comunidades europeias.

Mas, quando da "Convenção de Aplicação do Acordo Schengen", CAAS, tivemos bem claro o nascimento desse princípio transnacional[18]. Aqui, a título de

anterior, o facto é julgado segundo a lei do país em que tiver sido praticado sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente. A pena aplicável é convertida naquela que lhe corresponder no sistema português, ou, não havendo correspondência direta, naquela que a lei portuguesa previr para o facto. 3 – O regime do número anterior não se aplica aos crimes previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo anterior.

17. No parágrafo 11. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=-CELEX:32001Y0115(02)].

18. Em um abreviado histórico do *ne bis in idem* transnacional como direito fundamental do cidadão europeu e a construção do ELSJ, é pertinente a lição do Professor Vervaele: "In the EU, the traditional ne bis in idem principle has developed from a domestic legal principle into a transnational human right. This process began as a result of Schengen integration and has deepened further in the framework of the common area of Freedom, Security and Justice. Classic inter-state cooperation in criminal matters has been replaced by enhanced judicial cooperation, directly between the actors of the criminal

registro, remetemos para a leitura dos artigos 54[19] a 58 da Convenção, e já salientamos que dela advém robusta jurisprudência acerca de sua aplicação – o que nos será bastante importante para o desenvolvimento textual. Muito bem. Esse princípio transnacional também encontra ancoradouro no artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[20] e no Protocolo 7 Anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, reportado aqui no artigo 4º, n. 2[21].

Mas, quando da edição da Decisão-Quadro do MDE, n. 2002/584/JAI, tivemos a assunção de novos contornos para o *ne bis in idem* europeu. Este passou a constar como causa de recusa obrigatória de execução, no artigo 3º, n. 2 da DQ[22],

justice system" (VERVAELE, John A.E. *The Transnational* ne bis in idem *Principle in the Eu*: Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=991551]).

19. O artigo 54 determina que: "Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida."

20. Determina o art. 50 que: "ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei".

21. O Artigo 4º do Protocolo em questão assim determina: "Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez: 1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. 3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção".

22. O artigo 3º da DQ assim prescreve: "Motivos de não execução obrigatória do mandado de detenção europeu: A autoridade judiciária do Estado-Membro de execução (a seguir designada 'autoridade judiciária de execução' recusa a execução de um mandado de detenção europeu nos seguintes casos: 1. Se a infracção na origem do mandado de detenção estiver abrangida por amnistia no Estado-Membro de execução, quando este for competente para o respectivo procedimento penal nos termos da sua legislação penal; 2. Se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado-Membro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do Estado-Membro de condenação; 3. Se, nos termos do direito do Estado-Membro de execução, a

quando a entrega é pleiteada com base nos mesmos fatos que já foram objeto de julgamento definitivo, sendo plasmado, então, como fundamento de não execução do mecanismo que representa a maior expressão do reconhecimento mútuo. Isso nos vai ser importante para o desate do trabalho. Mas agora, vista a regulamentação do princípio da proibição da persecução criminal pelos mesmos fatos analisados sob a túnica do espaço europeu, marchamos no sentido de delinear os pontos que importam acerca do MDE no que diz respeito à vertente proposta.

3. O mandado de detenção europeu

Antes de mais, é precipual termos em conta que o MDE corporifica o reconhecimento mútuo, "pedra angular" do ideal comunitário, sendo uma decisão judicial, um mecanismo simplificado[23] de pedido de procura e de entrega de pessoas no seio da UE.

É nítido, pelo que assim é retratado de maneira unânime pela doutrina, que sua instauração foi acelerada em decorrência dos famigerados ataques do 11 de Setembro nos Estados Unidos da América. Em nome de um "efetivo" combate ao terrorismo, medidas de incremento da segurança das fronteiras europeias – o que nos importa em especial relevo – foram editadas com uma velocidade meteórica se compararmos com o padrão até então empreendido.

Portanto, estamos tratando da judicialização de um mecanismo de entrega de pessoas no ambiente da UE e que encrava suas raízes na confiança e no reconhecimento mútuo das decisões judiciais igualmente prolatadas neste mesmo ambiente. Todavia, parece outra vez destacada a tensão suscitada pelo seu cumprimento indiscriminado e a possibilidade de estarmos diante de violações de liberdades dos cidadãos objeto deste MDE.

E é exatamente nesse cenário que também importa dizer que a DQ do MDE consignou o *ne bis in idem* como causa obrigatória e também facultativa da não execução da decisão que visa o procurado, o que igualmente ocorreu quando da transposição da DQ, na Lei 65/2003, nos artigos 11, *b)* e 12, *d)* e *f)*, estes últimos dispositivos descrevendo as possibilidades de recusas facultativas. Naquilo que se prende com nosso objetivo, procuraremos decantar as dúvidas que até agora levantamos.

---

pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeu não puder, devido à sua idade, ser responsabilizada pelos factos que fundamentam o mandado de detenção europeu".

23. Sobre a simplificação anunciada, ver RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 195-197.

3.1. O reconhecimento mútuo corporizado: o regime judicial do MDE

Neste tópico, cumpre-nos a tarefa de delimitar a corporização do reconhecimento mútuo[24], elemento basilar do ideal que perpetua a UE, na figura do Mandado de Detenção Europeu. E, em um olhar perfunctório, já estaríamos aptos a propugnar uma sentença: já que trata de um bem tão vital no tocante à fruição do Estado Democrático de Direito, qual seja, a liberdade, nomeadamente no espaço europeu, simplificando a perquirição de agentes nesse ambiente comunitário, em nome de uma integração e da construção de um ELSJ, mas que pode acarretar na mácula desse tão sagrado direito (a liberdade), o perigoso liame entre a consagração de uma integração judicial europeia na seara penal e a submissão de um agente a múltiplas ações é muito anêmico.

24. "[...] o reconhecimento mútuo apenas pode ser a consequência e o fruto de um trabalho prévio de harmonização legislativa, que desemboque na recíproca confiança dos Estados nos seus respetivos sistemas de justiça (outra coisa seria começar a casa pelo telhado, no dizer de Gómez-Jara; ou colocar o cabresto no cavalo pelo rabo, no dizer de Hassemer)" (TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *A cooperação judiciária europeia em matéria penal*. O espaço ibérico em particular. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 183). Também sobre o reconhecimento mútuo e a construção desse ELSJ pautado no respeito aos direitos fundamentais, pincelando sobre a DQ do MDE, citamos importante passagem: "Mutual recognition creates extraterritoriality: in a borderless Area of Freedom, security and Justice, the will of an authority in one Member State can be enforced beyond its territorial legal borders and across this area. The acceptance of such extraterritoriality requires a high level of mutual trust between the authorities which take part in the system is premised upon the acceptance that membership of the European Union means that all EU Member States are fully compliant with fundamental rights norms. It is the acceptance of the high level of integration among EU Member States which has justified automaticity in inter-state cooperation and has led to the adoption of a series of EU instruments which in this context go beyond pre-existing, traditional forms of cooperation set out under public international law, which have afforded a greater degree of scrutiny to requests for cooperation. Membership of the European Union presumes the full respect of fundamental rights by all Member States, which creates mutual trust which in turn forms the basis of automaticity in inter-state cooperation in Europe's area of criminal justice. The best example of mutual recognition in these terms is the system introduced by the Framework Decision on the European Arrest Warrant. Automaticity and speed are coupled with the inclusion of only limited grounds of refusal to recognise and execute a Warrant" (MITSILEGAS, Valsamis. The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice (July 18, 2015). *New Journal of European Criminal Law* (special issue), 2015 Forthcoming; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 207/2015. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2632892]).

Por isso, faz-se inarredável a definição de vetores de análise bem delimitados no sentido de o MDE ser sim um instrumento que cumpra aquilo a que se propõe – congregando o reconhecimento mútuo no patamar mais sublime atingível –, mas que jamais possa violar os direitos fundamentais da pessoa perseguida: outra vez a grande dificuldade que circunscreve o problema[25].

Se estamos diante de uma decisão judicial que comporta uma execução imediata, sendo a pessoa procurada, detida e entregue ao EM emissor, os critérios para o cumprimento do pleito devem ser bastante precisos e resguardar os direitos e garantias dos cidadãos europeus[26], sopesando sempre a necessidade de não se atravancar a cooperação em matéria penal com a imperiosidade de não se cometer violações de preceitos fundamentais.

3.2. O espaço de liberdade, segurança e justiça: as funções "espada-escudo" no que importa com a livre circulação dos cidadãos na União

Aqui, pretendemos abordar as funções "espada-escudo"[27] e a construção do ELSJ[28] na União, refletindo sobre como essas orientações de política criminal

25. Nesse sentido, e em complemento: "Mutual recognition of each other's judicial decisions, such as for instance in the application of the European Arrest Warrant, requires common and equivalent protection of human rights in the area of Freedom, Security and Justice. Common standards of the Rule of Law, at least in line with the minimum standards developed by the ECtHR, are the minimum minimorum for mutual trust between States and for mutual trust between the citizens of the EU and thus for the legitimacy of the EU criminal policy as such" (VERVAELE, John A.E. *The Transnational ne bis in idem Principle in the Eu*: Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=991551]).

26. Já dizia Ferrajoli, em raciocínio que podemos claramente importar para o direito penal europeu, que: "É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. A teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 865).

27. Como nos ensina Pedro Caeiro, utilizando-se das lições igualmente festejadas de Christine Van den Wyngaert: "Até há relativamente pouco tempo, a intervenção da União Europeia (UE) em matéria penal e processual penal foi-se orientando no sentido

podem respingar na execução do MDE e/ou ocasionar a violação do *ne bis in idem* transnacional em nome do combate aos crimes graves transnacionais. O intuito é minimamente subsidiar o enfrentamento pontual do MDE e o *ne bis in idem* europeu que então virá na sequência.

Então vamos falar sobre o norte dessa almejada edificação: o ELSJ. Ora bem, consoante a nota muito bem redigida pelo Doutor Pedro Caeiro, pensamos que este espaço jamais atingirá seu escopo fulcral se continuar dando preponderância à função espada, sob pena de, em nome de uma segurança alegada (já dizemos do perigo dessa ideologia, tomando carona na referendada lição da Doutora Anabela Rodrigues[29]), estarmos forjando um espaço penal europeu autoritário e punitivista.

O ELSJ deve efetivamente buscar resguardar a segurança da União. Porém, sem jamais esquecer da "função escudo", devendo observar as liberdades dos cidadãos (sobretudo a liberdade de circulação) quando vier a ser instado a exercer seu *múnus* atinente ao poder punitivo. No que nos importa: não pode a UE, supostamente em nome da construção desse ELSJ, alvejar processualmente um

---

de reforçar os aparelhos punitivos dos Estados-membros, assim privilegiando, para usar a terminologia de Christine Van den Wyngaert, a respectiva '*função-espada*' (protecção de bens jurídicos através da restição das liberdades individuais) em dretrimento da '*função-escudo*' (protecção das liberdades individuais contra o poder repressive do Estado). Se esta tendência é congruente com o punitivismo global que se vem impondo nas duas ou três últimas décadas (e cujas raízes e razões profundas não cabe aqui discutir), a verdade é que ela tem causas imediatas e próprias na forma como os Estados-membros foram construindo a jurisdição penal da União" (CAEIRO, Pedro. Introdução (Ou de como todo processo penal começa com uma constituição de direitos). *A agenda da União Europeia sobre os direitos e garantias da defesa em processo penal*: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português. Instituto Jurídico, abr. 2015. *E-book*: [http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf]).

28. Sobre o ELSJ preconizado, recomendamos a ótima e sintética leitura: PAIS, Ana Isabel Rosa. A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu. Breve anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de maio de 2007. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra, 2009. p. 798-801.

29. A criminalidade grave transnacional impulsiona o "[...] perigo de políticas criminais securitárias, que se alimentam de um sentimento *enganador* e, ao mesmo tempo, tranquilizador, de que a ameaça vem do exterior" (RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 289). Ou seja, parece que a construção do ELSJ parece caminhar no ritmo contrário ao que entendemos ser o mais pertinente: anda na esteira de implementar políticas criminais de mais severo combate à criminalidade transnacional em detrimento da igualmente importante preocupação com os direitos fundamentais dos cidadãos neste mesmo espaço.

mesmo agente pelos mesmos fatos em mais de um EM ou lhe entregar com base igualmente no mesmo arcabouço fático em violação ao *ne bis in idem*.

Em linhas breves: devemos procurar estabelecer *standards* mínimos de proteção do cidadão europeu, sem jamais abrir guarda no que toca à segurança da UE[30]. A segurança jurídica do cidadão deve ter tanto prestígio quanto a segurança concreta que alcança a prevenção e repressão de crimes graves transnacionais.

E nos parece que o MDE deve ser um mecanismo – uma decisão judicial – que se materialize embebido nesses dois vetores de importância, tenteados no mesmo patamar. As funções "espada-escudo" devem ser tidas na mesma conta quando da execução, ou não, do MDE, sempre cientes da necessidade de livre circulação do cidadão e das diferenças que orbitam no entorno dos sistemas internos.

4. O problema em testilha: a necessária combinação das diretrizes insculpidas na Decisão-Quadro do MDE e da CAAS; um espaço penal europeu que deve se pautar pela integração das garantias fundamentais de maneira extensiva na comunidade europeia

Muito bem. Agora nos cumpre a imersão no contexto em que linkamos a conjugação dos elementos normativos que regulam o *ne bis in idem* no espaço

30. Em um paralelo mais amplo, dizendo sobre o *judicial dialogue*, os direitos fundamentais e princípios supranacionais, colacionamos a seguinte lição, que parece pertinente: "Neste contexto, podemos começar por dizer que o princípio da universalidade constitui uma dimensão inalienável da jusfundamentalidade europeia, na medida em que neste plano os *direitos fundamentais* não se limitam apenas a agregar os membros de uma comunidade (cidadãos) para o exercício em comum do projecto político-institucional pré-definido, antes irradiando a sua força jusfundamental à titularidade por terceiros de dimensões densificadoras do valor da *dignidade da pessoa humana no espaço europeu*. Tratando-se de um princípio, e não uma regra, o seu conteúdo não deve ser interpretado sob um critério de admissão ou exclusão, o que significa a existência de uma geometria variável na titularidade dos direitos, como acontece na CDFUE e nos próprios catálogos nacionais, é perfeitamente compaginável com o respectivo conteúdo fundamental, que se reconduz, em termos gerais, à titularidade subjetiva de um conjunto de direitos fundamentais inalienáveis da pessoa humana: o [...] standard fundamental europeu" (TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. p. 101-102). E, relembrando que o *ne bis in idem* transnacional assume uma roupagem axiologicamente conexa à dignidade da pessoa humana, temos que, via consectária, encerra esse *status* de *standard* mínimo a ser respeitado quando em causa a execução de um MDE, configurando um "*standard* fundamental europeu" no sentido de que essa citada dignidade reste incólume quando assumida a titularidade por parte do agente pedido/perseguido.

europeu *e* o MDE. De início, a CAAS disciplinava a questão do *ne bis in idem* na UE, sendo bastante relevante a gama de julgados tendo como pano de fundo tal questão. E o entendimento vinha sendo harmonioso.

Agora, e aqui muito nos importa, temos a consagração desse direito fundamental *na* DQ respectiva *e* que deve ser transposta por todos os EM *e* que são aplicáveis ao instrumento que representa o maior degrau alcançado quando tratamos da materialização do reconhecimento mútuo e da construção do espaço penal europeu.

E, a partir do entendimento já robusto do TJUE acerca da aplicação do artigo 54 da CAAS, portanto, do *ne bis in idem* transnacional, cumpre-nos verificar se esse princípio encontra conformação quando em causa o regime judicial do MDE, ou seja, se, comparados os dois regimes aplicáveis, a solução deve ou não ser a mesma.

E aqui sobressaltamos o caso Gaetano Mantello, que será mais detidamente enfrentado na sequência deste *paper*, mas que, desde já salientamos, inovou quando provocou o TJUE a pronunciar-se acerca da recusa do cumprimento do MDE em decorrência de violência ao *ne bis in idem* europeu, invocando como base legal a aplicação do artigo 3º, n. 2, da DQ sobre o MDE.

Inovou por quê? Porque até então aquela Corte sempre fora instada a se manifestar sobre o *ne bis in idem* e a regulamentação trazida pela CAAS, os já referidos artigos 54 ao 58. Esse problema tem maciça jurisprudência emanada do TJUE. Então, por que pontuamos isso? Porque é importante, com a análise combinada do acervo normativo estampado na CAAS e daquele imantado na DQ sobre o MDE, perquirirmos se o *ne bis in idem* encontra simetria hermenêutica, para na sequência investigarmos também os casos concretos que mais nos interessam.

Da análise combinada então, salientamos que ambos os Diplomas são aplicáveis a todos os Estados-membros, por uma questão de coesão e coerência. Ora, todos EMs compõem a UE, então não poderia ser diferente.

Também, parece inequívoco que seria uma aberração a coexistência da proibição das "partes contratantes" do exercício de múltipla ação penal em desfavor de um agente já julgado pelos mesmos fatos, que é o que prescreve o 54 da CAAS, com um mecanismo judicial de cooperação penal europeu (o MDE), que permita que se entregue esse mesmo agente em violação desta proibição[31]. De todo absurdo!

31. Na nota de rodapé º 24, a A. empresta credibilidade ao que dizemos quando assevera que "[...] julgamos que o corpo de normas da União deve ser interpretado harmoniosamente e de forma sistemática, em ordem à coerência e unidade que é característica

No que diz respeito às causas de recusa obrigatórias, os artigos 3º, n. 2, da DQ, e o 54 do CAAS trazem o mesmo enunciado. Também é de se dizer que a não execução do MDE e a previsão legal da CAAS têm na proibição do *bis in idem*, como é lógico, o mesmo substrato: não permitir que um agente, mediante o uso de sua liberdade de deslocamento no espaço europeu, seja perseguido criminalmente de maneira múltipla, em diversos Estados-membros, pelos mesmos fatos já apreciados.

E isso não é *só* assim no que diz respeito às causas de recusa obrigatórias. As causas facultativas também bebem da mesma fonte.

Podemos aqui fazer uma relação entre o artigo 58 da CAAS, que permite que os EMs possam entender o *ne bis in idem* de maneira ampla, estendida, quando em análise decisões de países "estrangeiros", o que também vem prescrito pelo artigo 4º, n. 5, da DQ[32].

Ora, se isso é assim quanto aos países estranhos, parece lógico que também possa se utilizar desse entendimento mais alargado quando em questão um MDE, e aqui fazemos referência ao artigo 4º, n. 2, da DQ, que fala da litispendência transnacional como causa de recusa, e também ao mesmo artigo 4º, no n. 3, em que é possível aplicar o *ne bis in idem* às decisões que, por exemplo, optam por não oferecer denúncia (primeira parte do dispositivo) ou também aos casos de ausência de condição de execução (pena integralmente cumprida ou que já não possa ser executada, por exemplo).

---

de um sistema jurídico" (RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem* e mandado de detenção europeu. Comentário ao caso Gaetano Mantello. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo Sousa (Coord.). *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 121).

32. O artigo 4º da DQ, nos números que nos importam, assim prescreve: "Motivos de não execução facultativa do mandado de detenção europeu: A autoridade judiciária de execução *pode recusar* a execução de um mandado de detenção europeu: 2. Quando contra a pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeu for movido procedimento penal no Estado-Membro de execução pelo mesmo facto que determina o mandado de detenção europeu; 3. Quando as autoridades judiciárias do Estado-Membro de execução tiverem decidido não instaurar procedimento criminal, ou pôr termo ao procedimento instaurado, pela infracção que determina o mandado de detenção europeu ou quando a pessoa procurada foi definitivamente julgada num Estado-Membro pelos mesmos factos, o que obsta ao ulterior exercício da acção penal; [...] 5. Se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um *país terceiro*, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do país de condenação".

Bom, aqui procuramos verticalizar a análise combinada do regramento dado ao *ne bis in idem* pela CAAS e pela DQ do MDE, ambos os regimes legais que tutelam este princípio na UE[33]. Mas agora vamos trazer algumas ponderações acerca da internalização da DQ em apreço. Vejamos, pois.

4.1. O ne bis in idem *transposto pela Lei 65/2003 em (in)obediência à DQ 2002/584/JAI*

Consoante é cediço, as Decisões-Quadro da UE são de transposição compulsória pelos EMs, e assim o é para a consecução da tão visada harmonização comunitária. No que nos interessa, a DQ do MDE acabou sendo internalizada pela Lei 65/2003 em Portugal[34]. Passamos então à verificação desse procedimento nor-

33. "Continuamos, na mesma esteira, a defender que não pode pretender interpretar-se o ne bis in idem da DQ sobre o MDE de forma incoerente relativamente ao mesmo princípio como inscrito na CAAS. O art. 54º da CAAS constitui a corporização do princípio geral do ne bis in idem, vigente na UE, em ordem ao qual é prescrita também a recusa obrigatória de execução do MDE" (RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem* e mandado de detenção europeu. Comentário ao caso Gaetano Mantello. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo Sousa (Coord.). *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 122).

34. Sobre os perigos de uma transposição infeliz, e tratando em específico do caso italiano, mas que nos parece muito interessante aos nossos objetivos por ser de uma clareza e profundidade bem verticais, colacionamos: "From many points of view, the Italian implementation law fails to comply with the Framework Decision. However, the Framework Decision seems incompatible with certain fundamental principles of the Italian legal system. On the one hand, we have observed the de facto frustration of the principles of mutual trust and recognition, most notably through the surreptitious reintroduction of dual criminality, the provision of several new grounds for refusal – among which the re-establishment of the refusal to extradite for political offences – and a bureaucratic overload which annuls many of the raisons d'être of the EAW, even if in some cases Parliament during the discussion of the law managed to eliminate some of the worst examples. On the other hand, we have also observed the ambiguous nature of the Framework Decision and the democratic deficit which characterized its approval, the lack of a constitutional framework capable of avoiding, among other things, the phenomenon of forum shopping – and at this point of our contribution we urged that a coherent system of judicial criminal competences should be established at the European level shortly – and have generally remarked that the structure by being geared towards the efficacy of execution, rather than respect of such precious commodities as individual freedom and the presumption of innocence, increases fear and resistance from national legal systems. However, all efforts made by domestic legislators to remedy unilaterally and a posteriori the imperfections of an instrument which is the product

mativo, assim como a sua (in)adequação com as balizas encravadas naquilo que chamamos de "norma maior".

Já dissemos, mas convém ressaltar, o *ne bis in idem* transnacional consolidou-se no comando do artigo 3º, n, 2, da DQ em referência. Nesse dispositivo, há a intergiversável causa de recusa obrigatória ou de não execução do pedido. Na mesma esteira, o artigo 4º, n. 2, 3 e 5, emblema razões facultativas de descumprimento do MDE no bojo da DQ.

Por seu turno, nessa missão de internalizar em Portugal o teor da "norma maior", da "norma comunitária", o legislador português estratificou o *ne bis in idem* nos artigos 11º, alínea *b)*[35] e 12º, alíneas *d)* e *f)*[36]. No primeiro artigo, a transposição da causa de recusa obrigatória. No segundo, as respectivas causas de incumprimento facultativas[37].

---

of an intergovernmental decision-making process seem belated. In Italy, the issue is expected to be submitted to the Constitutional Court and to the ECJ shortly. Only practical implementation over time will show whether the execution of an EAW will become a 'run-of-the-mill' affair or rather something highly unpredictable" (IMPALÀ, Franco. *The European Arrest Warrant in the Italian Legal System: Between Mutual Recognition and Mutual Fear within the European Area of Freedom, Security and Justice*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=991535]).

35. Reza o art. 11.º: "A execução do mandado de detenção europeu será recusada quando: [...] b) A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado membro desde que, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada ou já não possa ser cumprida segundo a lei do Estado membro onde foi proferida a decisão [...]";

36. Reza o art. 12.º: "A execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada quando: d) A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado membro em condições que obstem ao ulterior exercício da acção penal, fora dos casos previstos na alínea b) do artigo 11.º; [...] f) A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado terceiro desde que, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada ou já não possa ser cumprida segundo a lei do Estado da condenação [...]";

37. Cumpre salientarmos que existe um elevado número de julgados acerca da norma transposta em Portugal, em especial acórdãos prolatados sob os auspícios do Excelso STJ. Nesse sentido, para um maior aprofundamento, destacamos: GRAÇA, António Henrique Pires da. *O regime jurídico do mandado de detenção europeu*. Comentado e anotado com jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 61-120. Ainda, sobre a transposição levada a efeito pelo legislador português, salientamos: CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sónia. *O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década*. In: CAEIRO, Pedro (Coord.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 160-178. Pertinente suscitarmos a

E aqui um ponto muito importante para o deslinde do trabalho: o legislador português entendeu que essas causas de recusas facultativas possibilitam à unidade jurisdicional que vai apreciar o pedido emitir um juízo de valor. E pedimos licença para aquiescer com tal postura, já que esse posicionamento reforça a implementação do direito fundamental do *ne bis in idem* europeu.

Mas desde logo nos parece apropriado reportarmos para tal circunstância destacada na transposição, porque, ainda que conste como causa de recusa obrigatória, nem sempre é cintilante a manifestação da violação do princípio em questão. Razão pela qual cremos, de peito aberto, que essa faculdade do juízo que recebe o MDE deve ser entendida como adequada, desde que não acarrete, por si só, uma barreira à cooperação no espaço penal europeu, que sequer seja pautado pelo respeito aos direitos e garantias de todos (art. 6 do TUE). E também pelo que carreamos a firme convicção de que o legislador português logrou sucesso na árdua tarefa de conciliar as diretrizes europeias de integração e a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos seus cidadãos no que toca o *ne bis in idem*.

Acontece que isso não nos basta. Ora bem. Já falamos do MDE e seu regime judicial. Já trouxemos a necessária combinação das espécies normativas que regulam a questão da proibição do *bis in idem* no espaço europeu. Mas, quanto ao específico sentido desse princípio, imperioso o enfrentamento de questões que se prendem com a própria essência do princípio fundamental, mas que efetivamente lhe emprestam esse *status*: a determinação daquilo que se deve entender como "definitivamente julgado" e qual o conceito a ser utilizado pela UE do que se compreende por "mesmos fatos". É sobre o que nos debruçamos no tópico seguinte.

4.2. O que seria "definitivamente julgado"? Qual a noção de "mesmos fatos"? Uma tentativa de conceituação a partir de julgados do TJUE

Até aqui falamos sobre o *ne bis in idem*. Analisamos as normas que incidem, na espécie. Na medida do que comporta um trabalho desse quilate, fizemos a referência à construção do ELSJ, e a necessidade de se garantir o incentivo do ideal da construção de um Espaço Penal europeu que respeite os direitos e as liberdades individuais nesse ambiente de livre circulação. Muito bem.

---

lembrança de que nosso ponto de interesse é a resolução do problema posto sob a ótica do princípio *ne bis in idem* visto em seu âmago europeu, pelo que procuramos realçar seus contornos advindos das construções arquitetadas pelo TJUE, deixando para uma eventual futura oportunidade a análise aprofundada desses julgados e desses aspectos legislativos mui bem delineados nessas obras.

O conceito de "definitivamente julgado" já fora objeto de questionamento do TJUE, tendo sido provocada a interpretação do *ne bis in idem* insculpido no art. 54 da CAAS. Somente para ilustrar, citamos o caso Gözütok/Brügge[38] (originariamente dois casos distintos, mas que, pela total simetria das questões suscitadas, tiveram seus julgamentos reunidos), o caso Miraglia[39], o caso Van Straaten[40], o caso Turansky[41] e o caso Gasparini[42]. Para todos os casos em que houve uma

38. A questão que se punha ao TJ era a de definir se, *para efeito de ne bis in idem* transnacional e, portanto, de obstaculizar nova persecução dentro do ELSJ, aquelas decisões em que o Ministério Público, titular da ação penal, oferece ao réu, em decisão abreviada, a prestação pecuniária em detrimento do prosseguimento do feito, sendo essa proposta aceita, isso seria uma decisão definitiva? Ou, do contrário, se poderiam os réus responderem novamente em outro EM? Para maior elucidação, ver pontos 18 e 23 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130de27358aa811f3490ab025c108700d357c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxqLe0?text=&docid=47686&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=481301].

39. Nesse processo, o que se discutia era a aplicabilidade ou não do artigo 54 da CAAS na hipótese de o EM que primeiro prolatou decisão tivesse optado pelo não aforamento da denúncia sem, portanto, exarar juízo sobre os fatos, se baseando somente na circunstância de já existir processo penal em outro EM, tendo o TJ decidido afirmativamente. Para maior elucidação, ver ponto 27 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=54088&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=482016].

40. Esse caso, além de enfrentar o queixume quanto ao "definitivamente julgado", manifestou-se também quanto ao conceito de "mesmos fatos" No que agora nos importa, o TJ fora provocado no sentido de chancelar a possibilidade outra vez da aplicação do artigo 54 da CAAS quando o agente fora absolvido com fundamento na ausência de provas. Para maior elucidação, ver o ponto 30 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=65194&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=482772].

41. Aqui, o TJ estava diante de uma decisão pelo arquivamento do feito, o que fora pleiteado pelo órgão investigador na fase indiciária, nomeadamente a autoridade policial que presidia o procedimento, antes do oferecimento da denúncia judicializada, portanto, uma vez que entendeu pela ausência de elementos mínimos de materialidade delituosa. Estaríamos em situação abarcada pelo artigo 54 da CAAS, mesmo que na hipótese o EM admitia nova instauração de procedimento? Para maior elucidação, ver o ponto 25 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db73449aeba88f4a9c95a0881bee140ca4.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbN10?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=73224&occ=first&dir=&cid=736406].

42. Nessa demanda, o TJ teve de se manifestar sobre a prescrição e sua relevância para o *ne bis in idem* europeu. Seria a prescrição da pretensão punitiva em um EM vinculante

decisão de *mérito*, o TJ acenou positivamente para estarmos diante de uma decisão definitiva, inclusive quanto à prescrição. Isso também é verificado nas conclusões da AG Eleanor Sharpston[43] quando salienta da necessidade de os Estados respeitarem o ideal de *confiança* e *reconhecimento* dos sistemas penais e a aplicação desses mesmos sistemas entre todos os contratantes da CAAS, conclusões estas que impulsionaram o fundamento do acórdão Gasparini a esse respeito.

De outro lado, nomeadamente nos casos Miraglia e Turansky, houve um entendimento, em nosso sentir, meio titubeante por parte dessa respeitável Corte. O TJ decidiu que nos casos de opção pelo arquivamento do feito, por já existir outro procedimento penal *pelos mesmos* fatos em outro EM ou pelo arquivamento pela autoridade policial *antes* do oferecimento da denúncia quando o direito nacional não impedir nova instauração do procedimento, *não* estaríamos diante de um julgamento definitivo.

Em um primeiro olhar, nesses casos do afastamento dos efeitos do *ne bis in idem* europeu, soa-nos que aqui o Tribunal pecou, já que remeteu essa definição para os ordenamentos dos EMs, quando disse que a "definitividade" da decisão deve ser perquirida pela observação do direito interno do EM que primeiro prolatou *decisum*. Ora, o próprio sentido *do ne bis in idem* interno desconhece a dimensão transnacional do mesmo princípio (garantir a liberdade de circulação sem ser alvo de ação penal em vários EMs pelos mesmos fatos). Essa solução parece auferir margem para distintos posicionamentos sobre a definitividade da decisão dentro da UE, o que macula o ideal comunitário e a própria razão de ser do MDE.

Por exemplo, se em determinado EM temos o entendimento de que uma absolvição por ausência de provas não gera uma decisão definitiva, esse mesmo agente outrora absolvido poderia ser perquirido por outro EM, pelos mesmos fatos, por conta da adoção de um critério interno, o que causa uma dissonância que deve ser evitada, e que, sobretudo, se manifesta com esgares – para sermos brandos – de violação da livre circulação do indivíduo no espaço comunitário e do direito fundamental do *ne bis idem*.

---

no que diz respeito à possibilidade de prossecução penal nos outros EMs? Para maior elucidação, ver ponto 20 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=65199&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=482970].

43. Conclusões da AG disponíveis em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5a4995d14ac064114a9039b86618285d6.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaxqOe0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=147521&occ=first&dir=&cid=271927].

Desde já, com escora nas lições da Douta Vânia Ramos, parece que a melhor definição seria alcançada a partir de um conceito próprio e estratificado desde uma *autonomização* do ideal comunitário da UE, tal qual esse mesmo Tribunal orientou em relação ao conceito de "mesmos fatos", que será abordado logo em seguida.

Então, dizemos, já da nossa ideia, que vem em citação ao que defende a *expert* Vânia Ramos[44], que atribui essa definitividade, em resumo, à inviabilidade recursal e à restrição de nova ação. Mas a ilustre A. não anda sozinha.

Também pudemos observar que, por exemplo, essa é basicamente a mesma interpretação dada pelo TEDH, que, remetendo para o Protocolo 7 anexo à CEDH, asseverou que estamos diante de uma decisão definitiva quando esta for insuscetível de recurso ordinário, o que provém de seu trânsito em julgado, conforme destacamos das informações prestadas na mesma obra da lavra da sapiente Autora.

A solução de Vânia Ramos, que dedicadamente analisou os julgados provenientes do TJUE e essa posição adotada pelo TEDH, tem como grande virtude evitar que cada EM possa, caso a caso, entender pela ocorrência de *bis in idem*, eis que diante de uma decisão já julgada de forma irrecorrível, ou, do contrário, pela submissão do perquirido à entrega em cumprimento ao MDE. Tudo aquilo que se pretende seja evitado em um ELSJ pleno.

Bom, agora vamos ao conceito de "mesmos fatos". Pretendemos, de igual sorte, à semelhança do que fora angularizado anteriormente sobre a definitividade de julgamento para efeitos do *ne bis in idem* transnacional, suscitar casos concretos que provocaram o TJ a se manifestar, nomeadamente os casos Van Esbroeck[45],

44. O conceito de "definitivamente julgado" a respeito da decisão que ceifa uma ação penal deve ser extraído da "[...] inexistência de vias de recurso ordinárias e pela possibilidade de nova ação depender de novos fatos ou provas ou a verificação de um vício fundamental no processo" (RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem* e mandado de detenção europeu. Comentário ao caso Gaetano Mantello. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo Sousa (Coord.). *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 144-145).

45. Aqui, o TJ deveria aclarar se era aplicável o artigo 54 da CAAS combinado com o artigo 71 do mesmo diploma legal, quando em apreço uma situação de posse de entorpecentes destinados tanto a importação quanto exportação e mercancia da droga, sendo a mesma droga, todavia houve a persecução penal em mais de um EM. Estaríamos diante dos mesmos fatos? Para maior elucidação, ver ponto 17 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=57331&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6148].

Van Straaten[46], e o caso Kraaijenbrink[47]. De igual sorte, não vamos aqui dedilhar detidamente sobre os casos em si, somente trazendo aquilo que, para efeito de *ne bis in idem* no espaço penal da UE, contribuiu jurisprudencialmente para a formação do conceito de "mesmos fatos". E sempre tendo em conta aqueles pilares que integram a edificação do ELSJ, que deve sim combater a criminalidade transacional, mas, de toda a sorte, resguardar os direitos de seus cidadãos.

A esse respeito, o TJ basicamente indicou que devemos buscar a definição a partir de um conceito autônomo da União Europeia (tal qual sustentado por Vânia Ramos), evitando tratar dos ordenamentos internos dos EMs, quer seja o emissor, quer seja o executor[48]. Ou seja, pouco importa qual a tipificação penal do ilícito ou daquele bem jurídico que esta previsão acautela.

Essa construção apontando para a definição dos "mesmos fatos" a partir do fato natural se afigura totalmente congruente com os valores que devem ser

46. Já nos referimos a esse julgado. Agora, o que incumbe é referendar a posição do Tribunal acerca dos mesmos fatos para efeito de aplicação do art. 54 da CAAS. Na ocasião, a posse de heroína, à razão de 1.000 g, nos Países Baixos, entre os dias 27 e 30 de março de 1983 configuraria "os mesmos fatos" que a posse de 05 kg na Itália em dia próximo ao 27/03 do mesmo ano, "tendo em conta que o lote de heroína dos Países Baixos fazia parte do lote de heroína detido em Itália? A exportação de uma quantidade de heroína de Itália para os Países Baixos é o mesmo facto que a importação nos Países Baixos da mesma quantidade de heroína proveniente de Itália, tendo igualmente em conta que os coarguidos de J. L. Van Straaten nos Países Baixos e em Itália não são exactamente os mesmos? O conjunto de actos constituído por posse em Itália, exportação de Itália, importação nos Países Baixos e posse nos Países Baixos de heroína pode ser considerado os 'mesmos factos'?". Para maior elucidação, ver ponto 30 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=65194&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=482772].

47. Nesse caso concreto, o TJ deveria se pronunciar acerca da questão da unidade de dolo no sentido de verificar uma identidade fática, visto o dolo na cadeia de fatos perpetrados *in concreto*, para efeito da aferição de violação do *ne bis in idem* europeu. Para maior elucidação, ver ponto 20 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62757&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10331].

48. Nessa esteira, o TJ sedimentou: "o critério relevante para efeitos da aplicação do referido artigo da CAAS é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido" (ponto 42 do acórdão Van Straaten). Ainda, no mesmo julgado, cimentou o entendimento de que são circunstâncias definidoras de fatos indissociáveis aquelas intimamente ligadas no tempo, no espaço e pelo seu objeto, no ponto 37.

promovidos e calcificados pela UE no que diz respeito ao ELSJ, sobretudo sob o ponto de vista da harmonização que se quer, considerando a confiança mútua e a possibilidade de aplicação do artigo 54 do CAAS às hipóteses do MDE quando estiver, em questão prejudicial, invocada a violação do *bis in idem*.

4.3. *A importância do artigo 54º da CAAS combinado com o artigo 3º, n. 2, da DQ do MDE: a nominada "condição de execução" como limitadora do* ne bis in idem

Pelo que podemos depreender das linhas até aqui tracejadas, o artigo 54[49] da CAAS enverga uma importância precipual no sentido de preservar o *ne bis in idem* no espaço europeu. Acontece que na parte final do dispositivo, que encontra simetria no artigo 3º, n. 2, da DQ em referência, vislumbramos a "condição de execução" que limita a aplicabilidade do princípio nas hipóteses de condenação com a pena já cumprida ou em curso de execução e quando a pena não possa mais ser cumprida, isso tudo de acordo com a legislação do EM que prolatou o *decisum*. Nesse mesmo compasso, suscitamos dois casos concretos que provocaram o TJ a se manifestar sobre essa questão de fundo. Tratamos dos casos Bourquain[50] e Kreetzinger[51].

49. "Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, *em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada*, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida".

50. Aqui, o que se punha em causa era a aplicabilidade do artigo 54 da CAAS, tendo em vista que o agente havia sido condenado à pena de morte, mas sem que esta tivesse sido levada a efeito. Na ausência do cumprimento, segundo o direito interno do EM de condenação, a sanção já se encontrava prescrita e havia deixado de ter previsão legal. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=75793&doclang=PT].

51. Nesse feito, a questão a ser solvida dizia respeito à "condição de execução" admitir os casos de suspensão do cumprimento da pena e de condenação à pena privativa de liberdade, mas que não fora cumprida. E, no corpo desse acórdão, manifestando-se também sobre prisão preventiva, a título complementar, o Tribunal entendeu que não se pode considerar como integralmente cumpridas ou em execução aquelas hipóteses em que o acusado fora preso preventivamente em um período diminuto e que, segundo o direito do EM de condenação, esse lapso de reclusão deve ser computado e consequentemente reduzido da pena definitivamente imposta a ser executada. Para maior elucidação, ver o ponto 52 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62753&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=558258].

Para ambos os casos, a solução foi a mesma. O *ne bis in idem* deve salvaguardar o agente de ser perquirido em múltiplas ações penais, com a ressalva de que no segundo caso isso somente deveria ser assegurado quanto ao esgotamento da suspensão do cumprimento da pena. Aqui, mais uma vez, tendemos a louvar a posição adotada pelo TJ, que sorveu de maneira absolutamente pertinente o comando legal do artigo em análise.

O cidadão Bourquain havia sido condenado à revelia em outro EM e era alvo de processo, pelos mesmos fatos, na Alemanha. Acontece que aquela pena, a inicialmente dosada, não mais poderia ser executada, pelo que a manifestação de um *bis in idem* no caso concreto é cristalina. O cidadão Kreetzinger, por seu turno, trouxe no caso concreto a hipótese de cumprimento integral da pena, uma vez que a suspensão até então operada tenha se esgotado. Nas duas manifestações do TJ aqui salientadas, então, a parte final da proteção circunscrita nos dispositivos em análise foi materializada, e reconhecida a inviabilidade de se perquirirem os agentes de maneira plúrima, o que, caso ocorresse, se daria em evidente tirania ao direito fundamental em apreço.

4.4. O caso Gaetano Mantello e a questão do Estado emissor

Esse caso, consoante já tivemos a oportunidade de destacar, foi o primeiro a questionar acerca da violação do *ne bis in idem* tendo em conta o regime judicial do MDE no TJUE. Outra vez nos socorreremos das lições de Vânia Ramos, que, com profundidade e muito arrojo técnico, destacou com minudências as polêmicas que gravitam no entorno do caso quando em voga o princípio do *ne bis in idem* transnacional, sem, todavia, nos afastarmos do posicionamento pessoal que a corrente investigação nos impõe.

Ocorre que, em um primeiro momento, vamos suscitar uma questão que fora trazida pelo Tribunal de reenvio, assim como objeto de análise pelo AG Yves Bot[52] em suas conclusões, mas não acabou sendo contemplada no teor do acórdão em análise. Falamos da hipótese em que o próprio EM emissor é quem pretende processar criminalmente o mesmo agente, outra vez, por fatos que parecem ser os mesmos. E aí? Estamos perante a violação do *ne bis in idem* pelo Estado que emitiu o MDE e que foi o mesmo que prolatou a primeira decisão judicial? É caso de aplicação da recusa obrigatória de execução prescrita no artigo 3º, n. 2, da DQ sobre o MDE? Como se resolve essa contenda?

52. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78746&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=160805].

De início, parece claro que, em que pese essa peculiaridade de estarmos diante do mesmo Estado figurando como emissor do MDE e responsável pela condenação anterior, não estamos em uma simples possibilidade de violação do *ne bis in idem* interno. Consoante arrazoa o Douto AG, é evidente que quando em causa uma decisão judicial para efeito de entrega tal qual o MDE, sempre estamos diante da faceta transnacional da proibição de múltiplas perquirições.

A uma, porque os EMs envolvidos no MDE devem sempre se manifestar acerca do pedido, eis que se trata da materialização do reconhecimento mútuo de maneira mais firme possível e que se prende com o ideal comunitário. A duas, porque, como sobressalta o mesmo AG, os membros da UE imperiosamente têm de respeitar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, fazendo especial referência ao artigo 50[53], mesmo antes de averiguar qualquer causa de não execução. E, sendo certo que a Carta preserva o *ne bis in idem* como direito fundamental do cidadão na União, é flagrante a ilegalidade do cumprimento da ordem na hipótese em verificação.

E também concordamos com o AG, se bem lhe entendemos, quando aduz que o artigo 3º, n. 2, da DQ compreende na causa de recusa obrigatória, quando em apreço a violação do *ne bis in idem* pelo próprio EM que emitiu o MDE, uma necessidade de não execução, mesmo que isso possa, em um olhar apressado, denotar uma tal colidência com os ideais de reconhecimento mútuo e de construção do ELSJ que são estatuídos no próprio MDE, já que o EM que recebe o pedido teria de fazer um certo juízo acerca desta violação por parte do EM que pleiteou a cooperação. Ora, se nas hipóteses facultativas esse mesmo juízo é admitido e recomendável, parece não haver qualquer malogra aos ideais de cooperação internacional em matéria penal no seio da UE se permitirmos essa análise, sobretudo quando estamos diante da procura de uma possível violação de um direito fundamental do cidadão, nessa causa de recusa obrigatória analisada pelo Ilustre Yves Bot.

Mas o caso, como já referendamos, foi detidamente analisado em obra assinada pela Douta Vânia Ramos[54]. Ela invoca como aplicáveis ao caso o artigo 1º, n. 3,

53. "Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado nos termos da lei".

54. RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem* e mandado de detenção europeu. Comentário ao caso Gaetano Mantello. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo Sousa (Coord.). *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

da DQ[55] combinado com os artigos 6º[56] do TUE e o supracitado artigo 50 da CDFUE, já que estamos diante de flagrante violência do *ne bis in idem* interno pelo EM emissor de forma que a confiança mútua resta abalada.

E, no embalo das lições da A. em referência, é claro e cristalino que a Carta consagrou no artigo 50 o *ne bis in idem* como um direito fundamental extensível a todos os cidadãos da UE, sendo inarredável que eles possam exercer seu direito à livre circulação no espaço europeu sem serem processados criminalmente de maneira múltipla.

No bojo dos dispositivos normativos ora ressaltados, ao proceder a entrega de um agente que, mesmo que se tenha em conta o notório ideal da construção do ELSJ pautado pela confiança mútua e que enverga no MDE o cume da cooperação internacional em matéria penal, fosse submetido novamente a julgamento pelo Estado de emissão, estaríamos, dizemos nós, espancando os direitos assegurados nesses diplomas e fulminando com o direito fundamental que vem sendo objeto de nossa pesquisa e permitindo o exercício de um poder punitivo arbitrário por parte do Estado, valendo-se de um espaço penal europeu igualmente opressor.

4.5. O caso Zoran Spasic: a eventual violação da Carta dos Direitos Fundamentais

Na evolução do corpo textual, temos esse caso que suscita algumas questões que interessam muito ao nosso escopo investigativo. Cuidamos agora do caso Zoran Spasic[57].

---

55. "a presente decisão-quadro não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia"

56. No que importa: "A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...]".

57. Trata-se de um sérvio que cometeu burla em Milão, no ano de 2009, tendo sido condenado pela Justiça italiana ao cumprimento de pena privativa de liberdade cumulada com prestação pecuniária. Acontece que esse mesmo cidadão fora alvo de um MDE, em 2009, pela Áustria, perseguido e capturado na Hungria, fora entregue, por fatos cometidos com o mesmo *modus operandi* daqueles praticados na Itália. A vítima daquela burla na Itália era um cidadão alemão. Acontece que a Alemanha expediu outro MDE para processar e julgar o arguido pela mesma burla praticada em Milão, e que já havia transitado em julgado. Enquanto preso na Áustria, Z. Spasic teve a pena privativa de liberdade suspensa pelo Tribunal de Milão e pagou a multa de 800 euros. O acusado foi entregue à Alemanha por conta desse segundo MDE. Após, inclusive, fora expedido um terceiro MDE em desfavor dele, eis que houve a revogação da pena privativa de

A principal questão que se punha e que nos importa se consubstancia nos questionamentos levados à apreciação do TJUE suscitados pelo Tribunal de reenvio. Em palavras sintéticas, era de saber se o dispositivo do artigo 54 da CAAS, quando impõe à aplicação dos efeitos do *ne bis in idem* o fato de, tendo havido condenação, o apenamento ter sido cumprido ou estar em curso de cumprimento ou não poder mais ser executado, tudo de acordo com a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida, seria compatível com o artigo 50 da CDFUE. E também se essa condição estaria preenchida quando tenha sido executada uma parte da sanção, *in casu*, o pagamento da prestação pecuniária, eis que a pena de reclusão estivera suspensa (não houve o esgotamento da suspensão, eis que fora revogada) e não fora executada no EM em que a decisão foi prolatada.

Quanto aos dois questionamentos prejudiciais, o TJ se manifestou, fundamentando o acórdão com vários dos julgados que já analisamos neste trabalho, e fazendo referências bem pontuais às diretrizes dadas pelos dispositivos legais que incidem na espécie[58]. Ao primeiro, referiu que a condição imposta pelo artigo 54º da CAAS não viola o artigo 50 da CDFUE para a aplicação do *ne bis in idem* europeu em caso de condenação[59]. Relativamente à segunda questão prejudicial submetida à apreciação desta Corte, a posição foi no sentido de que, para efeito de manifestação de violência ao *ne bis in idem* europeu, o fato de o agente ter cumprido a pena de multa sem jamais ter contra si executada a pena de reclusão, e em sendo esta parte integrante da pena cumulada, não se pode considerar que o fato de ter adimplido com a prestação pecuniária estaria açambarcado no comando do artigo 54º da CAAS no sentido de que a "sanção foi cumprida", tampouco que está em fase de execução[60].

Se bem entendemos, e pensamos que sim, nossa crítica a respeito da interpretação dada pelo TJ vai no retígrado de louvar a decisão que indica a impossibilidade de se considerar a pena como "em fase de execução" eis que a sanção de reclusão não teve sequer início, pelo que a Carta não fora violada.

---

liberdade. O perquirido então alegou violação ao *ne bis in idem*, não podendo ser processado e julgado na Alemanha por um crime ao qual já respondera na Itália, pelo que o artigo 50º da Carta estaria sendo violado e que o art. 54 da CAAS deveria ser aplicado, eis que já cumprira a pena de multa. Em resumo, as questões prejudiciais levadas ao TJ. Para maior elucidação, ver pontos 36 a 41 do julgado. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0129&lang1=pt&type=TXT&ancre=].

58. Para maior elucidação, ver ponto 67 e ss.

59. Para maior elucidação, ver ponto 74.

60. Para maior elucidação, ver ponto 85.

Todavia, tendo o cidadão Spasic já sido condenado definitivamente pelos mesmos fatos, o MDE somente poderia ser expedido a título de cumprimento dessa pena, e não para se perquirir criminalmente o procurado, destacando que, no caso concreto, a pena do agente ainda é exequível (e somente por isso não violaria o *ne bis in idem*), sendo combatida, assim, a impunidade no espaço europeu que se pretende seguro, mas que sempre deve respeitar os direitos fundamentais de seus cidadãos. E isso é o que parece ocorrer: se o agente não foi "punido" (art. 50º da Carta) efetivamente, não se estaria violando o direito fundamental ao *ne bis in idem*, tendo em vista que somente fora cumprida a pena pecuniária, sem jamais ter-se dado início à restritiva de liberdade por ocasião da condenação pelo Tribunal de Milão.

5. Conclusões

Chegamos às linhas finais. O MDE efetivamente se materializa como uma decisão judicial que tenciona elevar ao máximo os ideais de reconhecimento mútuo e confiança intersistêmicas no que diz respeito aos EMs da UE. Tudo, alinhando as preocupações com os direitos fundamentais e com a segurança do espaço europeu[61]. O que, por sua própria essência, parece de imperativa compreensão aos cultores das ciências penais.

Então, no retígrado daquilo que pudemos investigar nesta empreitada acadêmica, temos que o princípio *ne bis in idem* em sua faceta transnacional, nomeadamente no que diz respeito ao MDE a ser executado no espaço penal europeu, retumba como um direito fundamental do cidadão que detém a liberdade de livre circulação – que nada mais é do que o escopo precipual da consolidação da União Europeia. Significa dizer que não se pode submeter o mesmo agente a múltiplas ações penais em diferentes EMs versando sobre o mesmo substrato fático, tampouco se proceder à entrega com supedâneo em uma decisão judicializada que tem como conteúdo a captura e entrega desse mesmo agente igualmente com o mesmo cenário fático bordado.

61. É nesse sentido outra vez destacada a análise do reconhecimento mútuo: "O fundamento desta nova abordagem encontra-se na confiança mútua existente entre os Estados-Membros da União Europeia, fundada numa proclamada comunhão dos valores mais intimamente relacionados com a afirmação dos princípios de liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais e do Estado de Direito, em suma, daqueles valores substancialmente consagrados na CEDH" (MATOS, Ricardo Jorge Bragança. *O mandando de detenção europeu e a dupla incriminação*: legalidade e territorialidade no espaço de liberdade, segurança e justiça. Lisboa: Rei dos Livros, 2013. p. 43).

Ora bem, é reafirmar que o direito ao *ne bis in idem* desbordou de seu espectro de nascença – dimensão processual sob a ótica interna dos sistemas jurídicos nacionais – para atingir uma dimensão comunitária e fundamental de todo o cidadão que compõe a UE. O aparato punitivo não pode se valer de uma avençada simplificação cooperacional a ser verticalizada no espaço penal europeu (consolidação alegada do ELSJ) para praticar arbitrariamente violações desta ordem. A verificação deve ser engendrada pela autoridade judiciária que recebe o pleito, de forma a não obstaculizar a cooperação inata ao regime do MDE, *mas* que sempre preze e rogue pelas garantias fundamentais do sujeito perseguido.

E, nos casos de *bis in idem*, esta análise deve ser valorativa (meritória do objeto do MDE) e sobretudo lídima no sentido de que o Estado emissor não receba um cidadão que já fora processado e julgado pelos mesmos fatos em outro EM, tampouco que seja criminalmente denunciado pelo mesmo manancial fático em diversos EMs sob a égide do almejado "reconhecimento mútuo corporizado", mas que também não deixe margem para a impunidade, limitando-se a perquirir se os elementos desenhados no pedido que vedam ou não a execução estão presentes.

Enfim, pelo que pudemos expor e assim concluímos, existe a imperatividade de se definirem critérios doutrinários e jurisprudenciais muito precisos no sentido de consolidar o *ne bis in idem* como um direito fundamental harmonioso na UE, e que o MDE não se banalize como um instrumento de práticas pouco recomendáveis – brandamente, para não dizer práticas provenientes de um ambiente autoritário e opressor – pelos EMs em nome de uma enfatizada "segurança" que por si só atenta contra as garantias até então tão ardorosamente alcançadas.

A liberdade, a segurança e a justiça devem, sim, integrar a razão de ser do espaço penal europeu. Todavia, jamais poderemos consolidá-lo (esse espaço marcado pelos três vetores de destaque) com a implementação de políticas criminais e decisões judiciais que sequer preservem a segurança jurídica do agente perseguido que ostenta o direito à liberdade de circulação no espaço comunitário sem ser alvejado com várias demandas criminais versando sobre o mesmo arcabouço de fatos. De igual sorte, e sob o mesmo fundamento, não pode ser novamente julgado por algo que efetivamente já o fora. E nesse sentido é que o *ne bis in idem* trasnacional se materializa como um direito fundamental no seio do espaço penal europeu.

E parece ser para esse norte que aponta a bússola do TJUE, o que pudemos depreender dos julgados que suscitamos ao longo do arranjo textual. Da mesma sorte, tal qual proposto pela Douta Vânia Ramos, incumbe à doutrina especializada se debruçar sobre o assunto com o afinco que a seriedade da questão recomenda, sobretudo no que pertine ao direito penal europeu em construção e a edificação desse ELSJ marcado pelo respeito às liberdades e garantias individuais.

Dessa sorte, oferta-se à discussão a necessidade de uma releitura acerca do dever de cooperar entre os EMs quando em causa um MDE expedido, levando em conta todas as dimensões que envolvem a verificação do seu conteúdo, com especial viés de interesse e profusão, nesta incursão, sobre o *ne bis in idem* na UE.

Portanto, diante desse complexo de elementos a serem considerados quando em análise o estudo do MDE e o *ne bis in idem* na UE, sobretudo no que retratamos nos casos concretos e do conteúdo meritório e fulcral da proposta avençada, ao menos, já se justifica e, dizemos nós, envergando a maior humildade alcançável, credibiliza, ainda que minimamente, a ideia nuclear da vertente investigação. Tratamos de um nicho inexplorado com a profundidade que dos consectários de uma má aplicação da técnica jurídica podem eclodir, pelo que buscamos uma esforçada análise das mais relevantes nuances que incidem na temática, mas absolutamente sabedores de que muitas questões que se prendem com este escrito e que são de uma relevância abissal não foram objeto de dedicação, já que tencionamos não evadir da problemática proposta, o que não impede que reconheçamos a limitação do conteúdo abarcado.

Assim, resta sedimentado que a discussão merece um maior substrato qualitativo, dada a relevância para o agente que se vê criminalmente perseguido pelo exercício de sua liberdade no âmbito da UE e, sobremaneira, para aqueles que sonham o tão esperado ELSJ pautado pelo respeito aos direitos e liberdades. A tarefa é árdua, porém interessante e instigante.

6. Bibliografia

CAEIRO, Pedro. Introdução (Ou de como todo processo penal começa com uma constituição de direitos. *A agenda da União Europeia sobre os direitos e garantias da defesa em processo penal*: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português. Instituto Jurídico, abr. 2015. *E-book*: [http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf].

CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sónia. *O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década*. In: CAEIRO, Pedro (Coord.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. A teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAÇA, António Pires Henriques da. *O regime jurídico do mandando de detenção europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

IMPALÀ, Franco. *The European Arrest Warrant in the Italian Legal System: Between Mutual Recognition and Mutual Fear within the European Area of Freedom, Security and Justice*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=991535].

LOPES DE LIMA, José Antônio Farah. *Questões do direito penal europeu à luz do tratado de Lisboa*. Lisboa: Rei dos Livros, 2012.

MITSILEGAS, Valsamis. The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice (July 18, 2015). *New Journal of European Criminal Law* (special issue), 2015 Forthcoming; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 207/2015. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2632892].

PAIS, Ana Isabel Rosa. A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu. Breve anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de maio de 2007. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra, 2009. p. 798-801.

PARENTE, Débora Alexandra. *O espaço penal europeu* – Entre a comunitarização e a diferenciação. Dissertação de mestrado em direito, ciências jurídico-criminais, FDUC. Coimbra, 2013.

RAMOS, Vânia Costa. Ne bis in idem *e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem* e mandado de detenção europeu. Comentário ao caso Gaetano Mantello. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo Sousa (Coord.). *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda; LOPES DA MOTA, José Luís. *Para uma política criminal europeia*. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TORRES, Agostinho Soares. O princípio *ne bis in idem*. *Revista Julgar*, n. 14, p. 81-83, maio-ago. 2011.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *A cooperação judiciária europeia em matéria penal*. O espaço ibérico em particular. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006.

VERVAELE, John A.E. *The Transnational ne bis in idem Principle in the Eu: Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights*. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=991551].

7. Julgados

Caso Bourquain, Autos C-297/07.

Caso Gaetano Mantello, Autos C-261/09.

Caso Gasparini, Autos C-467/04.
Caso Gözütok/Brügge, Autos C-187/01 e C-385/01.
Caso Kraainjenbrink, Autos C-367/05.
Caso Kretzinger, Autos C-288/05.
Caso Miraglia, Autos C-469/03.
Caso Spasic, Autos C-129/14.
Caso Turanský, Autos C-491/07.
Caso Van Esbroeck, Autos C-436/04.
Caso Van Straaten, Autos C-150/05.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Justiça constitucional e justiça penal, de José Joaquim Gomes Canotilho – *RBCcrim* 58/329-344 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 4/785-798 (DTR\2011\1771); e
- Mandado mercosul de captura: novo instrumento, velho pensamento, de Arthur Levy Brandão Kullok – *RBCcrim* 113/441-475 (DTR\2015\3612).

O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes

The judge of guarantees as a legislative option and the need to preserve the constitutional principle of separation of power

Emetério Silva de Oliveira Neto

Pós-doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Efetivo (Graduação e Pós-Graduação) da Universidade Regional do Cariri (URCA). Advogado criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6534418651811908]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5164-2463]
emeteriodireito@yahoo.com.br

Recebido em: 07.06.2020
Aprovado em: 12.02.2021
Última versão do(a) autor(a): 19.02.2021

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo tem por objetivo mostrar que a evolução do sistema processual penal inquisitório para o modelo acusatório proporcionou o surgimento de um instrumento muito importante para a contenção do arbítrio estatal, que é o juiz das garantias. Em linha com a Constituição Federal de 1988, a recém-aprovada Lei 13.964/2019 introduziu no ordenamento jurídico-processual brasileiro tanto o sistema acusatório quanto a figura do juiz de garantias. Em que pese a correção do ato legislativo, algumas instituições ingressaram no Supremo Tribunal Federal com Ações Diretas de Inconstitucionalidade, alegando sobretudo a incompatibilidade do instituto com a Carta Magna. Nesse contexto, uma decisão monocrática suspendeu por tempo indeterminado a implementação da nova sistemática, gerando insegurança jurídica e social. O princípio da separação de poderes impõe que as intervenções

Abstract: This article aims to show that the evolution of the inquisitory criminal procedural system to the accusatory model provided the emergence of a very important instrument for containing state violence, which is the judge of guarantees. According to the Federal Constitution of 1988, the recently approved Brazilian Law 13,964/2019 introduced both the accusatory system and the figure of the guarantees judge into the Brazilian legal – procedural system. Despite the correction of the legislative act, some institutions entered the Brazilian Supreme Court with Direct Actions of Unconstitutionality, alleging above all the incompatibility of the institute with the Constitution. In this context, a monocratic decision suspended the implementation of the new system indefinitely, creating legal and social insecurity. The principle of separation of powers requires that the interventions of one power over

Oliveira Neto, Emetério Silva de. O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 179. ano 29. p. 105-133. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

de um poder sobre o outro devem ser excepcionais, sempre pautadas em razões consistentes. Na hipótese analisada nesta pesquisa, todavia, houve um ilegítimo ativismo judicial contra ato legítimo emanado do parlamento, o que indica uma violação ao Estado de direito.

Palavras-chave: Juiz das garantias – Sistema acusatório – Lei 13.964/2019 – Separação de poderes – Ativismo judicial.

the other must be exceptional, always based on consistent reasons. In the hypothesis analyzed in this research, however, there was an illegitimate judicial activism against a legitimate act emanating from parliament, which indicates a violation of the Rule of law.

Keywords: Guarantee judge – Accusatory system – Brazilian Law 13,964/2019 – Separation of powers – Judicial activism.

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da separação de poderes. 3. Análise do instituto do *juiz das garantias* a partir do cotejo entre os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório. 4. A opção do legislador pátrio vergastada na Lei 13.964/2019. 5. Uma breve análise das decisões monocráticas tomadas no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. 6. *Excurso*: ativismo judicial e a quebra dos princípios do estado de direito, da separação de poderes e da segurança jurídica. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A figura do *juiz das garantias* constitui um dos mais importantes elementos do chamado sistema ou modelo acusatório, que há bom tempo domina as estruturas da dogmática processual penal de muitos Estados constitucionais democráticos ao redor do mundo[1]. Com efeito, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter incorporado dispositivos que se mostram incompatíveis com o sistema inquisitório, ao menos no sentido autoritário que o associa ao processo penal do Antigo Regime, tem-se que até a edição da Lei 13.964/2019 o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro não havia adotado expressamente o sistema acusatório, assim como o instituto do juiz de garantias.

1. Isso não implica dizer que o sistema inquisitório não tenha lugar em países democráticos e com elevado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Na Alemanha, por exemplo, sem embargo das críticas (efeitos perseverança, redundância e aliança do magistrado ao órgão acusador), ainda prevalece o sistema inquisitório, em que o juiz que julgará ou presidirá o julgamento do feito detém amplo domínio sobre o procedimento investigatório, receberá ou não a denúncia e dirigirá ativamente toda a colheita da prova. Sobre o sistema inquisitório na Alemanha, cf. SCHÜNEMANN, 2013, p. 205-221. Por isso, é importante atentar para o fato de que mais importante do que a nomenclatura utilizada para identificar dado sistema processual penal, em si mesma vazia, é saber até que ponto o modelo adotado coloca o indivíduo no centro da ordem jurídica, de modo a possibilitar uma estrutura processual que respeite a sua dignidade humana.

Diante disso, pode-se afirmar que a Lei 13.964/2019 representou uma reviravolta paradigmática na legislação processual, tornando-a, pois, a um tempo consonante com a Carta Magna e em sintonia com as reformas legislativas já produzidas em diversos países da América Latina[2], todas no rumo do aperfeiçoamento deste ramo do direito que é o responsável pela materialização do *ius puniendi* estatal.

Nesse contexto, é importante sublinhar que o parlamento realiza uma atividade eminentemente política, o que lhe permite uma ampla margem de discricionariedade sobre as suas escolhas, ambiente em que se faz uma avaliação puramente de conveniência, manifestada a partir dos influxos do pluralismo social, devendo sempre obediência às diretrizes constitucionais. Já o Judiciário, por outro lado, pauta-se por uma discricionariedade mitigada, cumprindo-lhe a tarefa interpretativa, de atribuição de sentido ao texto de lei produzido pelo legislador, a par de parâmetros hermenêuticos que amarram a sua atuação, que pode desaguar: *a)* na aplicação da lei aos casos concretos, materializando direitos; ou, em situações extremadas; *b)* na declaração da invalidade (total ou parcial) da norma, se incompatível com a Carta Constitucional[3].

Ao longo da sua história evolutiva, o princípio da separação de poderes guiou-se pela necessidade de se evitar o arbítrio, porquanto o exercício do poder, que é uno, uma vez compartilhado, via funções, entre várias pessoas, o torna menos propenso à perpetração de abusos, garantindo-se com maior facilidade a liberdade, a igualdade e a justiça no seio da comunidade. Com o advento da ideia de Estado de direito, o princípio em tela ganhou novos contornos, pois de uma separação rígida, inflexível, qual sustentada por seus principais corifeus, passou-se à defesa de contenção recíproca entre os poderes, em vista da possibilidade de imersão de um sobre o agir característico do outro (*checks and balances*), ganhando o Judiciário, nesse terreno, uma maior autonomia. A despeito disso, os órgãos judiciários invariavelmente encontrarão em seu caminho o princípio da segurança jurídica, que reclama comedimento, mormente em sede de jurisdição constitucional, cujos impactos sociais são indiscutivelmente de maior monta.

2. Ver, nesse sentido, MAYA, 2018, p. 77 e ss.

3. Como bem expõe Mauro Cappelletti (1984, p. 67), podem se distinguir dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis: a) o sistema difuso ou americano, que é aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários, que o exercem a partir de situações concretas a eles submetidas; e b) o sistema concentrado ou austríaco, em que o poder de controle das leis se concentra em um único órgão judiciário, que analisa a impugnação sob o ponto de vista abstrato. No Brasil, conforme se sabe, adota-se um sistema misto.

Coloca-se, pois, no marco dessas considerações, a necessidade de uma análise crítica acerca das decisões monocráticas proferidas em janeiro de 2020 pelos Min. Dias Toffoli e Luiz Fux no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que intentam anular diversos dispositivos da Lei 13.964, dentre eles os que tratam do instituto do juiz de garantias.

O presente trabalho pretende clarividenciar a medida da mais atual aproximação legislativa de elementos chaves da processualística penal contemporânea, que muitas vezes esbarra em intervenções ilegítimas do Poder Judiciário, como ocorreu diante da interposição das ADIs anteriormente referidas. Nessa senda, enumera parâmetros dogmáticos para o legítimo exercício da atividade jurisdicional, ressaltando, ao fim e ao cabo, que tão-somente diante de fundamentos consistentes a presunção de legitimidade das escolhas legislativas poderá ser elidida.

Assim, esta pesquisa não tem por escopo delinear as dificuldades – que sem dúvidas são reais – para a implementação do figurino do juiz das garantias. Ao revés, o seu objetivo central consiste em caracterizar o instituto à luz do sistema acusatório, demonstrando que a sua integração ao ordenamento jurídico pátrio corresponde a anseios razoáveis, além do que se trata de uma escolha legítima e constitucional do Poder Legislativo, contra a qual não se pode impor um ato de vontade meramente individual de um membro da Suprema Corte, sob pena de subversão aos cânones do Estado de direito, da separação de poderes e da segurança jurídica.

2. O princípio da separação de poderes

Positivado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*[4], o princípio da separação de poderes (ou de funções[5]) encontra de-

4. A Constituição Imperial de 1824, inspirada no sistema preconizado por Benjamin Constant, adotou a *divisão quadripartite*, em que além dos tradicionais poderes, previa o poder moderador (art. 10). Já a Constituição Republicana de 1891 atendeu a formulação *tripartite* de Montesquieu (art. 15), no que foi seguida pelas de 1934 (art. 3º), 1946 (art. 36), 1967 (art. 6º) e 1969 (art. 6º). Registre-se que a Carta de 1937 não definiu expressamente o princípio em tela (art. 38), concedendo superpoderes ao Presidente da República (*vide*, p. ex., arts. 64, 75 e 170).

5. Como o poder é uno, indivisível e indelegável, impera na dogmática constitucional o entendimento de que é mais acertado se falar em *separação de funções*, a saber: a legislativa, a executiva e a judiciária ou jurisdicional. Nesse sentido, cf. SILVA, 2007, p. 107-108;

lineados os seus antecedentes históricos mais palpáveis no pensamento político de Aristóteles, para quem, *litteris*:

> "Todas as formas de constituição apresentam três partes em referências às quais o bom legislador deve examinar o que é conveniente para cada constituição; se estas partes forem bem ordenadas a constituição será necessariamente bem ordenada, e na medida em que elas diferem umas das outras as constituições também diferem entre si. Destas três partes, uma trata da deliberação sobre assuntos públicos; a segunda trata das funções públicas, ou seja: quais são as que devem ser instituídas, qual deve ser sua autoridade específica, e como devem ser escolhidos os funcionários; a terceira trata de como deve ser o poder judiciário" (ARISTÓTELES, c1985, Livro IV, Cap. XI, 1298a.).

Sem embargo de se considerar a importância dos contributos teóricos de atilados pensadores como John Locke[6] e J.-J. Rousseau[7] em torno do modernamente aclamado princípio da separação de poderes, Montesquieu é sem dúvida considerado o grande sistematizador do conceito, tendo o empregado como técnica de salvaguarda da liberdade. Para o filósofo francês, "existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil", cabendo ao terceiro a função de castigar os crimes, ou seja, de julgar as querelas entre os particulares[8]. Desde então, o princípio espraiou-se por documentos normativos emblemáticos, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos de 1787 (arts. 1º, 2º e 3º – e respectivas seções) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 16[9]), tornando-se dogma inquebrantável dos Estados constitucionais de direito ao redor do mundo, que a ele invariavelmente se

BONAVIDES, 2007, p. 158; TEIXEIRA, 1991, p. 572. Segundo Karl Loewenstein (1979, p. 55), "*lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado*".

6. LOCKE, 1994, p. 170 e ss.
7. ROUSSEAU, 1996, p. 71 e ss.
8. MONTESQUIEU, 1996, p. 167-168.
9. Que reza: "Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution". Documento disponível em: [www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf]. Acesso em: 25.01.2020. Assim, também, no Século XX, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 2º, 3, "b").

rendem[10]. Para o direito brasileiro, é considerado cláusula pétrea, a teor do artigo 60, § 4º, inc. III, da CF/88.

Com efeito, se por um lado a separação ou divisão de poderes visa evitar a concentração de um feixe de atribuições ou competências estatais em um único órgão ou agente, ordinariamente apodado de soberano, diante da densidade de poder que detém, do outro tem como missão impedir que um poder se imiscua indevidamente no campo precípuo de atividade do outro, sufocando, destarte, sem respaldo jurídico as suas possibilidades de exercício livre e desembaraçado ou paralisando os atos dele emanados, o que violará, em última análise, a sua própria *raison d'être*.

Apesar disso, vê-se inclusive em Montesquieu[11] um embrionário sistema de freios e contrapesos (*checks and balances system*)[12], forjado para evitar abusos, vale dizer, para equacionar o desenvolvimento e posterior materialização de uma competência privativa de um poder por outro, propiciando a harmonia estabelecida na Constituição Federal[13]. Do ponto de vista prático, isso significa dizer, *ad exempli*, que o Poder Executivo pode vetar um texto de lei e o Legislativo pode desaprovar um indicado por aquele para ocupar vaga em Tribunal Superior,

10. Entre as Constituições que adotam o princípio, tem-se: a francesa (arts. 5º, 20, 24, 64, 67), a da Áustria (arts. 24, 60, 82), a alemã (art. 20, 3), a italiana (arts. 55, 83, 92, 101), a de Cabo Verde (art. 118, 1 e 2), a uruguaia (arts. 83, 149, 233), a argentina (arts. 44, 87, 100, 108), dentre muitas outras. Nesse sentido, cf. STRECK; OLIVEIRA, 2013, p. 140-141. Manuel García Pelayo (1983, p. 10) acentua que, a partir dos marcos anteriormente referenciados, aos quais se acrescenta a Constituição da Virgínia de 1776, o princípio da divisão de poderes passou a formar parte integrante do Direito constitucional liberal.

11. MONTESQUIEU, 1996, p. 168 e ss. Para Montesquieu, em suma, *le pouvoir arrête le pouvoir*.

12. Mauro Cappelletti (1984, p. 98) afirma que a ulteriormente desenvolvida concepção norte-americana dos *checks and balances*, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio do Estado, explica perfeitamente como o Poder Judiciário controla a legitimidade constitucional das leis e também como os Poderes Legislativo e Executivo intervêm no momento de escolha e da nomeação dos juízes de uma Suprema Corte.

13. Para José Afonso da Silva (2007, p. 111), o princípio da harmonia não significa "nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos", de modo que, acrescenta, "a desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro".

ao passo que o Poder Judiciário pode, em tese, legitimamente anular – inteira ou parcialmente – uma lei, por considerá-la incompatível com a Constituição da República[14]. Em outras palavras, o princípio entra com função moderadora, valendo, assim, como técnica ou esteio de cooperação, harmonia e equilíbrio, não havendo que se falar em separação absoluta, rígida ou intransponível.

Há que se observar, inobstante, que se no passado o dogma da separação de poderes se levantou contra a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta[15], hoje, no Brasil, deve ele ser contra-arrestado à potestade do Poder Judiciário, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal (STF), que, por meio de seu persistente ativismo (praticado, não raro, em detrimento da independência do Legislativo e do Executivo, o que o torna questionável), vem paulatina e dramaticamente solapando as estruturas político-jurídicas que desde o seu nascedouro conformam e dão vivacidade a esta indelével figura do constitucionalismo liberal, pois o Judiciário, ainda que o queira, definitivamente não é o moderador dos demais poderes, sob pena de se deformar a essência da imorredoura doutrina de Montesquieu, dirigida a limitar o poder diante das latentes ou manifestas possibilidades de arbítrio nele residentes.

Ademais de todas essas considerações, o constitucionalismo contemporâneo fez medrar a necessidade de o princípio da separação de poderes receber uma nova leitura, aberta a arranjos institucionais alternativos, que se colocam além da contenção do poder, envolvendo, assim, três esferas que se complementam: a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a sua aptidão para a proteção efetiva dos direitos fundamentais e dos interesses sociais relevantes[16]. Nas palavras de Bruce Ackerman, sem a ideia de proteção e ampliação dos direitos fundamentais, a regra democrática e a administração técnica podem facilmente se tornar em instrumentos de tirania[17]. Pensando nisso, busca-se trabalhar, ao longo dos demais tópicos, de que forma a intervenção (política) do Judiciário na aprovação legislativa do *juiz das garantias* arranhou a separação de poderes ao ponto de trazer menoscabo à proteção de direitos e garantias fundamentais, como a segurança jurídica, a imparcialidade do órgão

14. Veja-se, neste sentido, o art. 102, inc. I, al. "a", da CF/88: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [...]".

15. BONAVIDES, 2007, p. 144.

16. Nesse sentido, cf. SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 305.

17. ACKERMAN, 2000, p. 639-640.

julgador e, enquanto resultado concreto de tudo isso, a liberdade ambulatória do investigado/acusado.

3. Análise do instituto do *juiz das garantias* a partir do cotejo entre os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório

Antes de se adentrar à caracterização propriamente dita da figura do *juiz das garantias*, convém fazer uma breve análise dos principais sistemas que ao longo dos anos dominam a estruturação do direito processual penal, quais sejam: o sistema inquisitório e o sistema acusatório, também intitulado adversarial no regime anglo-saxão ou de *common law*[18].

O primeiro, nascido na Europa continental entre os séculos XII e XIII, traz a aglutinação de múltiplas funções nas mãos do juiz, além da atribuição de poderes instrutórios ao julgador (gestão da prova), que enfeixando toda essa gama de competências se torna senhor soberano do processo[19]. Assim, não há adequada realização do contraditório e a imparcialidade do órgão julgador afigura-se deveras comprometida, formando-se um ambiente no qual não se fala em devido

18. Para considerações mais aprofundadas acerca desses dois modelos, cf. FERRAJOLI, 1995, p. 562 e ss.; DAMAŠKA, 1986, p. 3 e ss.; MARQUES, 2000, p. 64 e ss.; COUTINHO, 2009, p. 103 e ss.; PRADO, 2005, *passim*; LOPES JR., 2017, p. 143-156; BADARÓ, 2020, p. 106-110. Em interessante estudo, Máximo Langer (2015, p. 16-24) demonstra cinco concepções teóricas contemporâneas das categorias acusatório-inquisitivo: 1) como tipos ideais descritivos, dotados das seguintes características: procedimento oral *versus* escrito, processo concentrado *versus* sequenciado, juízes leigos *versus* profissionais etc., com predominância de uma ou outra em um determinado processo penal; 2) como sistemas históricos ou sociológicos presentes em processos penais concretos, passados ou contemporâneos (jurisdições anglo-saxãs e continental-europeias); 3) referem-se a interesses ou valores opostos dentro do processo penal (o acusatório alude ao valor do devido processo ou aos direitos do imputado e o inquisitório faz referência ao valor da aplicação da lei ou a eficiência); 4) são utilizados para descrever uma ou mais funções que os processos penais levam a cabo, ou seja, se concentram nas funções reais que o processo penal desempenha; 5) são utilizados como modelos normativos, que incluem um conjunto de princípios ou características positivas ou negativas que podem ser utilizadas como argumentos para a superioridade normativa dos processos acusatórios ou inquisitórios.

19. LOPES JR., 2015, p. 42. Ver, outrossim, COUTINHO, 1998, p. 166. Em suas *Lições sobre o processo penal*, Francesco Carnelutti (2004, p. 217) já advertia para o fato de que o juiz que sem limites se empenha na procura das provas e das razões, inevitavelmente se converte no inimigo do imputado.

processo penal. As características deste modelo, que perdurou até o começo do século XIX, incluem a iniciativa de ofício do procedimento penal (realizada pelos funcionários públicos), o sistema de provas legais, a limitação dos direitos do imputado e o uso da tortura[20]. Em suma, é da essência do sistema em estudo ter-se um juiz a um tempo acusador e julgador, além da permissão da aplicação de penalidades que violam frontalmente o senso de justiça.

O sistema acusatório, de sua vez, surge sob o influxo da Revolução Francesa de 1789 impregnado de características opostas às do anterior, pois nele há inequívoca distinção entre as atividades de acusar e julgar, de modo que a iniciativa probatória avulta como dever ou obrigação das partes, jamais do magistrado (*ne procedat iudex ex officio*), cuja imparcialidade, aqui, busca-se preservar com alguma tranquilidade[21].

Tendo em vista que o processo penal visa dar realidade concreta a um ramo do direito – o penal – capaz de restringir bem jurídico de superlativa hierarquia jurídico-política, qual o é a liberdade de ir e vir do cidadão, convém seja dele rechaçada todo tipo de atividade que guarde ranços de autoritarismo e bem assim as que venham a comprometer o labor cognitivo do julgador com algum laivo de contaminação, que não deve ter lugar em um Estado democrático de direito. Nesse cenário, surge o instituto do *juiz de garantias*, cujo mote central é assegurar ao julgador da causa *poenalis* o ambiente necessário para a produção de uma decisão minimamente desinteressada, portanto mais próxima do ideal de justiça em que deve se estribar.

Por tudo isso, a adoção do *juiz de garantias* rompe com a clássica estrutura processual inquisitória, tornando efetivo o *actus trium personarum* – com juiz, autor e réu, marca inolvidável de um moderno e democrático processo penal. O raciocínio no qual se escora tal paradigma não é dos mais difíceis. Ei-lo: o juiz, por exemplo, que na fase pré-processual decretou uma prisão preventiva, uma busca e apreensão ou determinou a quebra de um sigilo telefônico certamente já formou uma pré-compreensão (*negativa*) sobre a pessoa do investigado e dos fatos a ele imputados, o que muito provavelmente influenciará no momento do

20. Nesse tocante, consulte-se: LANGER, 2015, p. 18-19.

21. Em sentido contrário, defendendo que a iniciativa instrutória por parte do juiz nem sempre é incompatível com a imparcialidade, cf. ZILLI, 2003, p. 144; GRINOVER, 1999, p. 77-78. Essa corrente de pensamento irá argumentar que, para decidir de uma forma mais justa, em algumas situações o magistrado precisará informar-se do que realmente aconteceu e não apenas ouvir as partes do processo.

julgamento da pretensão punitiva, aguçando sobremaneira o viés condenatório que nessas circunstâncias mostra-se inerente a humanidade da qual obviamente não há como despir-se[22].

Como são duas as fases do processo (pré-processual ou investigatória e processual em sentido estrito ou instrutória/julgadora), delineadas com objetivos diversos, não é civilizatório entregar à mesma pessoa os poderes de decisão a elas respeitantes. Em verdade, o estágio atual de evolução alcançada pelo processo penal já não mais permite que os atos de defesa sirvam como meros ademanes, portanto destituídos da real capacidade de influenciar no deslinde da questão jurídico-penal, mais passíveis de acontecer nos sistemas inquisitórios puros, vale dizer, de base inquisitorial ou autoritária. A paridade de armas deve ser efetiva[23], assumindo-se o preço a ser pago em virtude da adesão à ideia acusatória de um processo equânime, ainda que em algum momento venha a desagradar a verve punitiva do órgão acusador.

Diz-se, comumente, que a ordem jurídico-processual brasileira adotou o *sistema misto*[24], isto é, composto de parte inquisitória (*vide*, p. ex., o inquérito

22. Como se sabe a partir de estudos da psicologia comportamental, o juiz que "busca a verdade dos fatos", utilizando-se para tanto da decretação de medidas invasivas, máxime na fase investigatória, perde a imparcialidade – que não se confunde com neutralidade – dele exigida, não podendo, destarte, presidir a fase processual que culminará na sentença de mérito. Sobre a teoria da dissonância cognitiva e o efeito primazia (vínculo cognitivo-comportamental), que orientam a conduta humana no sentido da busca incessante de confirmação das hipóteses previamente estabelecidas, direcionando a cognição formada a respeito do objeto de análise (que pode ser uma pessoa e o comportamento que se tem para com ela), cf. LOPES JR.; RITTER, 2016, p. 66-74. Ver, também, SCHÜNEMANN, 2013, p. 215, ao concluir após interessante estudo a respeito do tema que: "O juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas, o que pode ser explicado, segundo a psicologia da informação, pela preferência de apercepção e armazenamento de informações *redundantes* (já conhecidas)".

23. Exatamente porque está fundado sobre a clara oposição do acusador ao defensor, pondera Carnelutti (2004, p. 218), o puro sistema acusatório postula a paridade entre tais sujeitos.

24. Com acerto, aduz Jacinto Coutinho (2009, p. 107-109) que um sistema processual penal misto não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros, posto que, como ideia única, o sistema não comporta divisão, de modo que não se pode falar em sistema misto neste sentido, comumente vislumbrado. Por isso, prossegue, "os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm

policial) e parte acusatória, separando-se, assim, as funções de acusar e julgar. Ocorre, todavia, que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como pilar ou núcleo fundante do processo penal o sistema acusatório, basta ver o art. 129, que confia ao Ministério Público (MP) o poder de acusar na qualidade de titular da ação penal pública, e o art. 5º, que define as regras do devido processo legal (juiz natural, imparcial etc.) e do contraditório[25]. O problema, pois, estava no ordenamento infraconstitucional (Código de Processo Penal, de 1941, cópia do Código Rocco da Itália de 1930), que ainda não havia[26] corrigido a sua estrutura no sentido de adequá-la ao preconizado pelo texto magno, dando azo a que o juiz não raro incorporasse o papel de acusador (decretação de prisão preventiva de ofício, no curso do processo, ou conversão da prisão em flagrante em preventiva; iniciativa probatória; condenação do réu sem pedido do MP e por aí vai).

Idealizado na Alemanha na década de 1970 e disposto no § 162 do seu vigente Código de Processo Penal (StPO) sob o *nomen iuris* de juiz de investigação (*Ermittlungsrichter*)[27], o modelo do juiz de garantias com variações existe

agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano". E arremata: "Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado". À luz dessas relevantes considerações, todos os sistemas processuais penais seriam, para o autor, mistos.

25. Nesse sentido, cf. LOPES JR., 2015, p. 45.

26. Isto porque, como será visto no momento seguinte, o legislador editou no ano de 2019 a Lei 13.964, que instituiu expressamente o sistema acusatório.

27. Ressalte-se que a audiência de instrução e julgamento na Alemanha ocorre sob o signo do princípio da acumulação de poderes ou forças processuais, em que todas as funções da audiência estão reunidas nas mãos do magistrado presidente do juízo, o qual gere a colheita das provas, inquire as testemunhas e peritos e decide, com o auxílio de juízes assistentes, sobre conflitos jurídicos ocorridos na audiência. As funções estão reunidas em torno do juízo, mas a gestão da prova fica sempre a cargo do presidente, que detém uma chamada influência condutora (*richtungsgebenden Einfluss*) sobre a decisão final do colegiado. Schünemann (2013, p. 225-233), porém, ressalta que a acumulação de poderes do juiz alemão não elimina a posição de extraordinária força que possui a defesa na audiência de instrução e julgamento. O juízo de instrução alemão recebe os autos da investigação preliminar, competindo-lhe a decisão de recebimento da denúncia e

há anos em diversos países, tais como Portugal[28], Itália[29], Argentina, Chile e Colômbia[30], de sorte que se trata, por sem dúvida, de uma tendência do mundo contemporâneo[31], ordinariamente alinhada ao nobre propósito de preservar a higidez do princípio da imparcialidade do julgador, tão relevante a um processo que se pretenda liberal. Na França, a Lei 2000-516, de junho de 2000, instituiu a figura do *juge des libertés et de la détention* (JLD), um juiz com atribuições especiais em matérias de asseguração das liberdades individuais. Nesse propósito, o juiz em tela tem, dentre outras, a missão de: controlar a detenção provisória, respeitando-se a presunção de inocência do acusado; controlar as detenções psiquiátricas sem o consentimento do internado; prolongar a retenção administrativa de estrangeiros; autorizar restrições excepcionais das liberdades; atentar para a salvaguarda dos princípios da legalidade dos direitos e da dignidade dos cidadãos[32].

---

abertura do processo (esse ato não compete ao *Ermittlungsrichter*, diversamente do que ocorrerá com o juiz de garantias brasileiro a partir da Lei 13.964/2019, conforme será detalhado no próximo tópico), o que pode gerar o *efeito de perseverança*, em razão do qual o juiz perde a neutralidade na direção das hipóteses da acusação. A partir dessas considerações, não se pode associar com exclusividade o juiz das garantias ao modelo acusatório, já que, consoante demonstrado anteriormente, o sistema alemão é inquisitório, embora no modelo acusatório a sistemática inerente a tal juízo ganhe desenvolvimento de um certo modo mais consistente.

28. O art. 40 do Código de Processo Penal português veda a participação em julgamento de juiz que tenha presidido o debate instrutório.

29. *Giudice per le indagini preliminari*, inserido no Código de Processo Penal italiano de 1989 em substituição ao juiz de instrução. Tem, em resumo, a função de intervir na fase preliminar no afã de controlar a legalidade/regularidade da atividade investigativa e também não participa do julgamento do mérito da acusação. A respeito, cf. FERRAIOLI, 2014, p. 12 e ss.

30. De acordo com André Machado Maya (2018, p. 77-81), praticamente todos os países latino-americanos reformaram ou estão em processo de reforma de suas respectivas legislações processuais penais, a fim de adequar procedimentos até então marcadamente inquisitoriais a uma estrutura de cunho acusatória, vale dizer, humanista, criando a figura do *juez de control de garantias* para manter a imparcialidade dos magistrados que ulteriormente julgarão o mérito do caso.

31. Ver a respeito PRADO, 2005, p. 152 e ss., nomeadamente a parte em que o autor destaca o direito (processual) da época contemporânea, que se inspira fundamentalmente nas lições do iluminismo, malgrado os percalços enfrentados ao longo da sua trajetória evolutiva.

32. Nesse diapasão, cf. ROME, 2012, p. 117-127.

Contrapondo-se ao modelo essencialmente inquisitório[33], que conforme sublinhado anteriormente reinou em diversos países do século XII até finais do século XVIII e início do XIX, quando os novos postulados de valorização do homem propugnados pela Revolução Francesa lograram repercutir no campo processual penal[34], o sistema acusatório acolhe com muita ênfase o instituto do juiz de garantias. Como já adiantado, este juiz é o curador da regularidade da investigação preliminar, na qual atua para controlar eventuais invasões indevidas na esfera dos direitos e garantias individuais[35]. Passada essa fase, entra em cena o *juiz do processo*, que terá uma participação decisiva durante a persecução penal, embora não em matéria probatória (aqui o próprio texto legal embota as possibilidades de uma atuação mais proativa), devendo manter posição equidistante em relação às partes[36].

4. A opção do legislador pátrio vergastada na Lei 13.964/2019

Ao editar a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o legislador fez a legítima escolha de desenhar, de uma vez por todas, com muita clareza e veemência, inclusive nominalmente, o sistema acusatório no ordenamento jurídico-processual pátrio[37]. É o que expressamente diz o art. 3º-A, introduzido no CPP: "*o*

33. Na síntese de Ferrajoli (1995, p. 564), "se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa".

34. LOPES JR., 2017, p. 155.

35. Não controla, assim, a qualidade ou o conteúdo da *matéria probatória* a ser colhida nesta fase inaugural, uma vez que ela se volta exclusivamente para o MP (*dominus litis*).

36. Mauro Cappelletti (1999, p. 82-83) salienta que a *passividade processual* impõe ao juiz uma atitude de imparcialidade, neutralidade e distanciamento, "no sentido de que deve estar em posição de superioridade e neutralidade em relação às partes, impedido de decidir uma controvérsia em que esteja envolvido o seu próprio interesse. Ele é levado, enfim, a um comportamento de *equânime tratamento* (*fairness*) das partes no processo, no sentido de que deve garantir a todas elas adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões".

37. Sem embargo, manteve inalterados os arts. 156 e 209 do CPP, que possibilitam ao juiz de ofício ordenar (mesmo antes de iniciada a ação penal) a produção antecipada de provas

processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação"[38].

Como consectário, também instituiu a figura do juiz das garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B, *caput*), competindo-lhe: receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis; decidir sobre os requerimentos de: *a)* interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; *b)* afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; *c)* busca e apreensão domiciliar; *d)* acesso a informações sigilosas; *e)* outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado[39]. Contrariando a lógica até então presente, mais próxima de um modelo in-

consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, e determinar (no curso da instrução ou antes de proferir sentença) a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156), bem como, quando julgar necessário, ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, e as pessoas a que as testemunhas se referirem (art. 209). Talvez o grande problema de se fazer alterações pontuais em um Código seja o de torná-lo uma *colcha-de-retalhos*, assistemático e, por vezes, contraditório. Como se pode perceber, esses dispositivos, mantidos pela nova lei, podem, na prática, a depender do uso que lhes for conferido, contrariar o sentido do sistema acusatório (ou liberal), por ela literalmente albergado.

38. Pautado nessa máxima, o Min. Marco Aurélio concedeu liminar no HC 160.496-RS, determinando a suspensão dos efeitos de condenação ancorada em prova testemunhal determinada de ofício pelo órgão julgador da causa. Cumpre registrar, todavia, que o mérito da aludida impetração foi indeferido pela 1ª Turma do STF em julgamento finalizado em 27.11.2020. Informações disponíveis em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5518361]. Acesso em: 18.02.2021.

39. No extenso rol de competências também se inclui: prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito

quisitivo e com potencial de prejudicar um conjunto de direitos fundamentais do sujeito imputado, agora o juiz prevento tornar-se-á impedido de funcionar no processo (art. 3º-D), o que também equivale dizer de julgar o caso, porquanto a sua competência cessa com o recebimento da denúncia ou queixa, a teor do art. 3º-C, *caput*.

Com efeito, para além de identificar as competências reservadas ao futuro ocupante desta novel função judiciária, busca-se, aqui, clarividenciar que a sua adoção resultou de uma opção legítima do parlamento, acorde com a Constituição da República e, conforme demonstrado no item anterior, em linha com as melhores práticas judiciárias de grande parte do mundo civilizado, que de há muito reconhece nesta figura um meio para se garantir a supremacia de valores imprescindíveis à ordem democrática[40].

O que se coloca, em tal diapasão, ao que parece, é saber se ao implementar este instituto o Poder Legislativo desbordou, vale dizer, se foi além dos limites que lhe foram traçados pela Carta Magna[41], seja sob a perspectiva do ato de escolha ou decisão política, eminentemente *interna corporis*, seja pelo ângulo da votação e aprovação da matéria, sob pena de se introduzir na ordem jurídica um documento eivado de vícios insanáveis, a exigir, nesse prisma, pronta intervenção do Poder Judiciário para paralisar – com legitimidade – os efeitos que dele inexoravelmente decorrerão. Entrementes, se a Constituição Federal brasileira é de matriz acusatória – e isto já foi esclarecido em outros momentos deste texto –, é de se estranhar qualquer tipo de alegação sobre a inconstitucionalidade de uma

outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação etc. (cf. incisos do art. 3º-B, CPP).

40. *Due process of law* e os postulados garantistas dele resultantes (contraditório, juiz natural, imparcialidade etc.), separação de poderes e tudo o mais que se adstringe ao conteúdo material do Estado constitucional democrático de direito, que, como bem destacado por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 93), procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

41. Veja-se, em se tratando da liberdade de criação legislativa, a lição de Hans Kelsen (2013, p. 126), vertida na obra intitulada *Jurisdição constitucional*: "A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui".

lei calcada exata e precisamente no princípio dispositivo ou acusatório, qual o é a Lei 13.964/2019, ora em apreciação. Seria, para resumir a ópera, perquirir a esdrúxula e paradoxal declaração de inconstitucionalidade de um texto que se amolda perfeitamente aos ditames da Lei Maior.

Deve ser ressaltado que a Constituição vigente adotou o regime democrático (art. 1º, *caput*), sobre o qual há de existir e se desenvolver todo o direito pátrio. Forte nisso, o sistema acusatório, do qual, diga-se de passagem, a oralidade, a publicidade e o juiz de garantias são elementos indispensáveis, espraia no seio do processo penal todos os predicados necessários à limitação da potestade punitiva do Estado. Disso dessume-se que o alvoroço ocasionado pela reforma legislativa em alguns círculos hegemônicos de poder, incrustados em parcela do tecido da institucionalidade nacional, não condiz com as expectativas da cidadania, tão bem atendidas, neste ponto, pelo legislador.

A propósito, insta acentuar o amadurecimento não apenas doutrinário em torno da matéria, mas também do próprio Congresso Nacional, onde desde o ano de 2009 tramita, a par de extenso debate com a interveniência de diversos atores sociais, o PLS 156 (atualmente, PL 8045/2010), que institui o novo Código de Processo Penal. Como bem destacado na exposição de motivos do anteprojeto que originou o aludido PLS, a respeito do juiz das garantias, o deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de tutelar de forma imediata e direta as inviolabilidades pessoais, atende à duas estratégias, assim definidas:

> "a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação[42]."

Sublinhe-se, ademais, que a lei em exame impõe que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão à disposição do Ministério Público e da defesa, mas não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis e as medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (art. 3º-C, § 3º, CPP). A medida atende antiga reivindicação doutrinária, que defende a exclusão física das peças do inquérito policial para evitar a contaminação

42. Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&ts=1571775869399&disposition=inline]. Acesso em: 28.01.2020.

(consciente ou inconsciente) do julgador, não se podendo esquecer que apenas a prova judicial possui validade para condenar, porquanto amealhada sob o pálio do contraditório[43].

Diversos fatores, dentre eles a espetacularização promovida pela chamada Operação *Lava Jato*, demonstraram que a antiga estrutura do processo penal brasileiro, cujo Código data do distante ano de 1941, chegou a um nível máximo de esgotamento, avultando imperiosa uma pronta resposta da dogmática processual, que apenas o Poder Legislativo haveria de legitimamente oferecer à sociedade, o que fez ao aprovar, embora serodiamente, a Lei 13.964/2019[44]. É até despiciendo afirmar que as discordâncias em torno da figura do juiz de garantias, em que pese sejam dignas de consideração[45], não se traduzem em argumento

43. Nesse sentido, cf. LOPES JR.; GLOECKNER 2014, p. 328-332. Preocupação semelhante demonstrou Schünemann em relação ao sistema alemão. Apesar de não defender a exclusão dos autos da investigação preliminar do processo judicial, por entender que é praticamente impossível refazer toda a produção probatória de forma completa, mormente nos casos que envolvem criminalidade organizada, Schünemann propõe algumas reformas no âmbito da investigação preliminar, com o fito de garantir um equilíbrio entre os interesses estatais de persecução e a controlabilidade dos atos por meio da defesa, sendo elas: *a)* criação da figura de um defensor para atuar nas investigações preliminares; *b)* que as inquirições das testemunhas sejam gravadas em vídeo desde o início da investigação preliminar; *c)* garantia ao advogado de um direito à inquirição própria e privada de testemunhas; *d)* utilização em favor do acusado de modernas técnicas já empregadas em favor da polícia, de forma a restabelecer o equilíbrio processual. Cf. SCHÜNEMANN, 2013, p. 235-237.

44. Trata-se de autêntica mudança paradigmática engendrada no processo penal brasileiro, caracterizada pelo rompimento com uma diretriz não mais servível, marcada por crises de confiabilidade no meio jurídico. A esse respeito, assinala Thomas Khun (2005, p. 105) que "enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais através da utilização confiante desses instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que o exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos". Em linha oposta, anotando ser deveras problemática a transposição das ideias de Kuhn às ciências sociais, sobretudo porque nelas os paradigmas ordinariamente convivem, cf. AEBI, 2004, p. 45 e ss.

45. Em geral, os posicionamentos contrários à introdução do juiz de garantias, muitos deles expostos nas ADIs a serem analisadas no tópico seguinte, se estribam na Nota Técnica 10, emitida pelo CNJ no ano de 2010 em relação ao Projeto de Lei do CPP 156/2010, segundo a qual "o levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no

suficiente para se assentar uma pretensa inconstitucionalidade do instituto. No entanto, talvez esse não tenha sido um aspecto observado pelas instituições que acorreram ao STF com esse propósito.

5. Uma breve análise das decisões monocráticas tomadas no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305

Tramita, presentemente, no STF, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, quatro ações diretas de inconstitucionalidade – todas com pedido de medida cautelar e manejadas durante o período de recesso judiciário na Corte, entre dezembro/2019 e janeiro/2020[46] – contra o instituto do *juiz das garantias* abraçado pela Lei 13.964/2019. Argumenta-se, em geral, em tais processos, os seguintes problemas que inquinariam a validade da norma: *i)* inconstitucionalidade formal, seja pelo vício de iniciativa em relação ao projeto de lei, que competiria exclusivamente ao Poder Judiciário, a teor do art. 96, inc. II, "d", CF/88, seja por dispor sobre procedimento em matéria processual, cuja competência legislativa é concorrente entre os Estados e a União (art. 24, XI e § 1º, CF/88); *ii)* violação ao novo regime fiscal instituído pela Emenda Constitucional 95/2016, por ausência de estimativa de impacto orçamentário; *iii)* vilipêndio a princípios constitucionais,

sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais". Documento disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891]. Acesso em: 17.03.2020.

46. Sendo os autores, respectivamente: Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB e Associação dos Juízes Federais do Brasil-Ajufe (ADI 6298); partidos Podemos e Cidadania (ADI 6299); Partido Social Liberal-PSL (ADI 6.300); e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-CONAMP (ADI 6.305).

como os da isonomia[47], proporcionalidade, juiz natural e razoável duração do processo; *iv)* ataque grave ao pacto federativo, posto que as mudanças comprometeriam a organização judiciária em todos os entes federados; *v)* desrespeito ao sistema acusatório, mais especificamente às atribuições do Ministério Público entabuladas nos arts. 127 e 129 da CF/88. Com isso, se pretende, em verdade, a revogação da reforma legislativa (*contrarreforma*), mantendo-se, destarte, em toda a sua pureza, nos labirintos do processo penal pátrio, a genética do sistema inquisitorial, nomeadamente naquilo que se contrapõe ao instituto do juiz de garantias.

Ao apreciar os pedidos de urgência requestados nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, em regime de plantão, o então presidente do STF, Min. Dias Toffoli, em decisão monocrática assentou a legitimidade da iniciativa do Poder Legislativo em relação à matéria versada na lei objurgada, que indubitavelmente é de competência privativa da União, bem como a constitucionalidade da figura do juiz de garantias[48]. Como acertadamente destacado, tão importante se afigura a previsão do juiz das garantias na fase da investigação, compreendido não como um juiz investigador, mas sim como um juiz suficientemente neutro para intermediar os interesses da acusação e da defesa, que esse instrumento é tido como uma das principais garantias judiciais contidas no projeto do *Corpus Juris*, elaborado por seleto grupo de especialistas de diversos estados-membros da União Europeia com a intenção de estabelecer normas penais e processuais penais de caráter comunitário[49]. E também realçou que, diferentemente do que se vem reiteradamente apregoando no intuito de disseminar na sociedade a ideia de que a figura do juiz das garantias trará, dentre outros malefícios, despesas insuportáveis ao erário, não houve a criação de órgão novo ou mesmo de competência nova, mas sim uma *divisão funcional de competência já existente*, a ser operada, doravante, por pessoas diferentes mas previamente designadas para tanto, possivelmente numa sistemática de rodízio, seguramente sem prejuízos de qualquer ordem ao

47. Aqui, chama atenção o reproche que a CONAMP faz à segunda parte do art. 3º-A do CPP, que diz "vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". Alega-se que permitir a substituição probatória em favor da defesa, o que o dispositivo, por não vedar, *a contrario sensu* admite, tornaria o juiz um inquisidor.

48. Sem embargo, suspendeu a implementação do novel instituto pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, paralisando a eficácia do art. 20 da Lei 13.964/2019, que previa uma *vacatio* de 30 (trinta) dias.

49. Cf., nesse aspecto, DELMAS-MARTY, 2008, *passim*; trabalho esse citado no *decisum* em comento.

princípio do juiz natural (CF, art. 5º, inc. LIII), cuja criação histórica, para Jacinto Coutinho, vem a lume

> "Com o escopo de extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado), assim como afastar a criação de tribunais de exceção, ditos *ad hoc* ou *post factum*. Destarte, todos passam a ser julgados pelo 'seu' juiz, o qual se encontra com sua competência previamente estabelecida pela lei, ou seja, em uma lei vigente antes da prática do crime, de modo a que o alcance, sempre" (COUTINHO, 2008, p. 169)[50].

A decisão *sub oculis* destacou, outrossim, a Portaria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 214, de 26 de dezembro de 2019, que instituiu Grupo de Trabalho com a finalidade de elaborar estudo sobre os efeitos da aplicação da Lei 13.964/2019 nos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro, o que denota a inteira responsabilidade com que vem sendo tratada pelas instâncias apropriadas a recepção dos ainda não inteiramente compreendidos instrumentos jurídico-processuais açambarcados pela nova legislação[51].

Inobstante esse conjunto de fundamentos jurídicos, surpreendentemente o Min. Luiz Fux, tão logo assumiu interinamente a presidência do tribunal, revogou a decisão cautelar em apreço, por consequência suspendendo, *sine die*, dentre outras definições legais, a eficácia postergada da implantação do juiz das garantias[52], estabelecida no *decisum* revogado, em aberta afronta ao princípio da separação de poderes, que confere ao legislador, como já visto, liberdade de escolha para inovar na ordem jurídica, desde que em consonância com a Constituição Federal, qual se depreende do caso vertente. Há, entre as sucessivas decisões monocráticas, uma divergência capital, porquanto a última houve por

50. Ainda em relação a esse princípio vital ao sistema acusatório, aduz Frederico Marques (2000, p. 216) que "juiz natural, ou juiz legal, ou juiz competente se contrapõe, assim, não a juízo especial, mas a juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares, *per giudicare persone o fatti particolari* [...]. Também não violam o princípio do juiz natural as modificações de competência, imediatamente aplicadas, contidas em leis regularmente promulgadas, visto que, naquele princípio, não se encerra nenhuma regra de direito intertemporal [...]".

51. Além de tudo isso, a decisão do Min. Toffoli excepcionou, por razões distintas, a aplicação do instituto do juiz das garantias nas seguintes situações: *a)* processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei 8.038/1990; *b)* processos de competência do Tribunal do Júri; *c)* casos de violência doméstica e familiar; e *d)* processos de competência da Justiça Eleitoral.

52. A decisão cautelar do Min. Fux, assinada em 22.01.2020, contempla pedidos agitados nas quatro ADIs: 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

bem reconhecer, além de vícios materiais, a inconstitucionalidade formal da norma, ao argumento de que:

> "O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria" (Art. 96 da Constituição)[53].

Para costurar o raciocínio encampado na decisão, três premissas teóricas foram adotadas pelo Min. Luiz Fux: *a)* o fato de a lei questionada ter sido aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República não funciona como argumento apto a minimizar a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade; *b)* as técnicas de interpretação e decisão (p. ex.: interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto) são próprias do exame do mérito do pedido e somente podem ser utilizadas em casos específicos; *c)* a decisão proferida em sede de medida cautelar na ADI tem escopo reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte.

Com efeito, não se desconhece que no Estado de direito o exercício contramajoritário da jurisdição constitucional por vezes provoca interferências sensíveis nas atividades precípuas do Poder Legislativo (*judicial review of legislation*), colocando-se na linha limítrofe entre o jurídico e o político[54], de sorte que essa não deve ser, a princípio, uma preocupação chave das democracias. Mauro Cappelletti sintetiza muito bem a questão em passagem que se transcreve: "o bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ativista e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois [...] se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz"[55].

---

53. Haveria, portanto, sob o prisma formal, violação aos arts. 24 e 96, da CF/88, que dizem: "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI – procedimentos em matéria processual [...]; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais"; "Art. 96. Compete privativamente: I – aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos [...]".
54. A esse respeito, confira-se: BINENBOJM, 2010, p. 10.
55. CAPPELLETTI, 1999, p. 74. Na hipótese versada nesta pesquisa, analisa-se a contenção da discricionariedade do juiz para desaplicar/suspender os efeitos de uma lei ou mesmo

Para ser mais preciso, o problema que aqui se apresenta é de outra ordem: saber se – e até quando[56] – um provimento judicial cautelar monocrático – que, ressalte-se, revogou outro da mesma natureza/hierarquia proferido dias antes no âmbito do mesmo tribunal – possui legitimidade suficiente para paralisar os efeitos de uma lei à exaustão discutida, votada no Congresso Nacional e sancionada pelo chefe do Poder Executivo, isto é, respeitado todo o processo legislativo. Além disso, uma análise de proporcionalidade da medida judicial sob o prisma da sua ponderação com a eficácia dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela norma que trouxe o juiz das garantias leva à conclusão de que os prejuízos acarretados serão maiores do que os ganhos pretendidos[57].

Por todas essas razões, a medida cautelar do Min. Luiz Fux, que como consignado no início também é o relator das ADIs, deverá ser imediatamente submetida ao plenário da Corte para ser ou não referendada (art. 21, inc. V, do Regimento Interno do STF; e art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999).

6. *Excurso*: ativismo judicial e a quebra dos princípios do estado de direito, da separação de poderes e da segurança jurídica

Assumindo-se que o ativismo judicial, mormente nos sistemas de *civil law*, por vezes traduz uma feição de negatividade[58], haja vista a real subversão ao equi-

para expurgá-la do ordenamento jurídico se porventura for incompatível com a Constituição Federal.

56. Noticiou-se que a Defensoria Pública da União entrou no STF com um pedido de suspensão da liminar em análise. Informação e petição disponíveis em: [www.conjur.com.br/2020-jan-31/defensoria-suspensao-decisao-adiou-juiz-garantias]. Acesso em: 01.02.2020. Essa "guerra" de liminares, ademais de ocasionar insegurança jurídica, demonstra, claramente, que em algum momento o problema deixa de ser do Judiciário para com o Legislativo, tornando-se do Judiciário para com ele próprio.

57. A proporcionalidade, entendida como princípio ou postulado normativo-aplicativo do direito, compõe-se dos seguintes elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O exame da proporcionalidade *stricto sensu* exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Para Humberto Ávila (2013, p. 195), essa análise deve responder a seguinte pergunta: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? No caso em estudo, demonstrou-se que a intensidade da restrição causada ao princípio acusatório, mais designadamente à implantação do juiz de garantias, não supera os fins que a decisão judicial ora criticada houve por bem promover.

58. Mesmo Ronald Dworkin (1999, p. 451-452), considerado um autor avesso ao originalismo, assim versou sobre o tema: "O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo

líbrio que há de existir nas mútuas relações entre os poderes estatais, engendrada a partir de certas práticas judiciárias invasivas e, por conseguinte, corrosivas da epiderme constitucional, tem-se por imperiosa a observância de valores que se colocam no ápice da pirâmide da ordem jurídico-política de uma nação fincada no pilar democrático, nomeadamente o Estado de direito, do qual decorre a força normativa de princípios chaves ao sistema positivo, como os da separação de poderes e da segurança jurídica. Ao ver preciso de Canotilho,

> "Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a *uma função corresponde um titular principal*, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite excepções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial" (CANOTILHO, 2003, p. 559).

jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não a ignorar. Um julgamento interpretativo envolve a moral política [...]. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras [...]. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mis apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania". É bom lembrar que a decisão do Min. Luiz Fux comentada no tópico anterior, especificamente na parte em que suspende a eficácia do § 4º do art. 310 do CPP, por considerar demasiadamente aberta a expressão "motivação idônea", contrariou a decisão do plenário do STF na ADI 5.240 e – além disso – o seu próprio voto nela proferido, quando estabeleceu três balizas para uma *motivação idônea*: *a)* em municípios que não sejam sede de comarca ou cujo acesso seja excepcionalmente difícil, poderá não ser possível a apresentação do preso em 24 horas; *b)* no caso de o mesmo auto de prisão em flagrante envolver vários presos ou várias testemunhas, poderá não ser viável a sua finalização dentro de tal prazo; *c)* quando o preso precisar de atendimento médico urgente, com eventual internação.

Nesse ponto de tensão na relação entre os poderes estatais, nem sempre evitável[59] – mas até crucial, em alguns momentos, para a garantia judiciária de direitos fundamentais, frente à inércia ou abuso dos outros poderes[60] –, a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento sobretudo da função legislativa, significa a descaracterização pura e simples da função típica do Poder Judiciário, e isso nada mais é do que a incursão indevida, portanto ativista em sentido negativo, sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes[61].

Com efeito, se no Estado de direito (*Rule of law*) vigora a noção de que o poder se submete ao direito, dessume-se que o plexo de atos emanados dos órgãos e instituições estatais deve representar o mínimo de previsibilidade e calculabilidade, como sucedâneo do postulado da segurança jurídica, evitando-se a ocorrência de sobressaltos à ordem estabelecida. É o que Eros Grau chama de *racionalidade do direito*, por meio da qual as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornando-se previsíveis[62]. Ora, se o tribunal responsável pela guarda da Constituição da República transfigura-se no palco onde desfila, infrene, a instabilidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas, fruto de hermenêuticas casuísticas, é preciso que se repense novos mecanismos para a sua funcionalidade.

Entende-se, pois, nessa toada, que os princípios do Estado de direito, da separação de poderes e da segurança jurídica são fronteiras intransponíveis, que demarcam os lindes de atuação da jurisdição constitucional em face do produto do labor legislativo. Superados esses marcos, ter-se-á por ilegítima, vale dizer, inconstitucional a intervenção perpetrada. Com isso, pode-se afirmar que a decisão monocrática que suspendeu a eficácia do instituto do *juiz das garantias*

59. Com felicidade, Lenio Streck (2011, p. 80) assinala em uma de suas passagens que: "Parece inexorável [...] que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais".

60. À transferência progressiva de poderes decisórios das instâncias representativas para o Judiciário Ran Hirschl chamou de *juristocracia*. Nesse sentido, pondera Hirschl (2007, p. 170), "*in countries where bills of rights and active judicial review procedures have been adopted, one can expect a significant change in the frequency and scope of exercise of judicial review and a corresponding intrusion by the judiciary into the prerrogatives of both legislatures and executives*".

61. RAMOS, 2015, p. 119.

62. GRAU, 2013, p. 119.

introduzido no CPP pela Lei 13.964/2019, tomada no bojo das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, viola sensivelmente a Constituição Federal de 1988.

7. Conclusões

O instituto do juiz das garantias é um dos mais notáveis elementos do sistema processual penal acusatório, como tal entendido aquele que se estriba nos padrões liberais e democráticos em prol de uma judicatura equânime e justa. A essência desse sistema, já preconizada com bastante clareza na CF/88, foi de maneira expressa transposta para o ordenamento infraconstitucional brasileiro com o surgimento da Lei 13.964/2019, que de roldão também incrementou a sistemática do juiz de garantias, a quem cumprirá cuidar da fase pré-processual, assegurando a observância dos direitos e garantias fundamentais do investigado contra possíveis arbitrariedades dos agentes estatais de investigação criminal.

Apesar disso, a constitucionalidade de diversos dispositivos da nova lei veio a ser imediatamente questionada no STF, a partir da interposição das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Em um primeiro momento, o então presidente do Tribunal, Min. Dias Toffoli, decidiu monocraticamente no sentido de que a figura do juiz das garantias é compatível com a vigente Constituição Federal, malgrado tenha reconhecido as complexidades em torno da sua implementação, tanto que postergou a vigência do instituto pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, tempo necessário para uma readequação administrativa no âmbito dos tribunais de todo o país. Nada obstante isso, alguns dias após, o relator das ações em referência, Min. Luiz Fux, revogou esta primeira decisão, antevendo a inconstitucionalidade do instituto e suspendendo, *sine die*, a sua eficácia.

Demonstrou-se, ao longo desta pesquisa, que esta última decisão feriu de morte o princípio constitucional da separação de poderes, que também constitui cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. III, CF/88). Não há como negar que o *decisum* ultrapassou os limites de tolerância do exercício da jurisdição constitucional, tratando-se, em verdade, de pernicioso ativismo judicial, que inquina a necessária legitimidade demandada do ato, ainda mais em se tratando de provimento judicial cautelar e monocrático.

Ademais, a decisão acarretou um sentimento generalizado de insegurança jurídica, o que não é bom para a higidez do Estado (constitucional e) democrático de direito. Inegavelmente, o Poder Legislativo detém uma ampla discricionariedade na escolha das matérias em relação às quais dedicará a sua atenção, até ulterior aprovação e sanção presidencial. Deste modo, não pode, o Poder Judiciário,

cuja atividade nessa seara é limitada, por ato isolado de um de seus membros, colocar por terra todo um trabalho que vai ao encontro de anseios legítimos, porquanto visa frear o arbítrio e adequar a legislação processual penal às posturas de aperfeiçoamento democrático já observadas há bastante tempo nas legislações da maioria dos países civilizados, muitas delas utilizadas de modelo para a edificação do importante instituto do *juiz das garantias*.

8. Referências bibliográficas

AEBI, Marcelo Fernando. Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, Fernando. (Ed.). Serta in *Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review,* v. 113, n. 3, p. 633-725, jan. 2000.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UNB, c1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renova, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José G. Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. I.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR,* Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88. Ordem e desordem. In: *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, n. 179, p. 165-178, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. Reflections on the 'Hybridisation' of Criminal Procedure. In: *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority:* A comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAIOLI, Marzia. *Il ruolo di 'garante' del giudice per le indagini preliminari*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón:* Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 7, n. 27, p. 71-80, jul.-set. 1999.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy:* the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge and London: Harvard University Press, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 11-42, 2015.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil.* Trad. Magda Lopes e Marisa L. da Costa. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1979.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury et al. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito,* v. 8, n. 16, set.-dez. 2016.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. I.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan.-abr. 2018.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PELAYO, Manuel García. La división de poderes y su control jurisdicional. In: *Revista de Derecho Político*, n. 18-19, 1983.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial:* parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROME, Isabelle. Le juge des libertés et de la détention. Une fonction à parfaire à l'aune des grands principes constitutionnels. In: *Les Cahiers de la Justice,* n. 4, p. 115-127, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de et al. *Direito constitucional:* teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz et al. Art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Direitos e garantias individuais na constituição – sua importância e sua projeção nas normas processuais penais, de Laércio Pellegrino – *RT* 619/261-266 (DTR\1987\80); e
- Sobre a constitucionalidade do juiz de garantias: uma análise das medidas liminares deferidas nas ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 a partir da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy, de André Machado Maya e Pietro Cardia Lorenzoni – *RBCcrim* 174/151-176 (DTR\2020\14433).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado

The Supreme Federal Court understanding on the loss of the elective mandate arising from the criminal conviction

Assista agora aos comentários do autor para este artigo



Guilherme Moacir Favetti

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP (2020). Advogado criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/480007392461359]
guilherme@favetti.adv.br

Recebido em: 13.11.2020
Aprovado em: 17.02.2021
Última versão do(a) autor(a): 23.02.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal; Eleitoral

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar aspectos e antinomias normativas acerca da perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado. Objetivamente, buscaremos responder: a) se existe antinomia entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, no tocante ao procedimento a ser observado para se decretar a perda do mandato eletivo de parlamentar; b) se existe antinomia entre o art. 15, III, da Constituição Federal e o art. 92, I, do Código Penal; e c) se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo. Para tanto, faremos um estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para analisar os julgados que, metodologicamente, optamos por separar em dois tópicos relevantes: a) o tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e b) as garantias do parlamentar previstas no

Abstract: This article aims to analyze aspects and normative antinomies about the loss of the elective mandate resulting from the final criminal conviction. Objectively, we will try to answer: a) if there is an antinomy between §§ 2 and 3 of art. 55 of the Federal Constitution, with regard to the procedure to be followed to decree the loss of the elected parliamentary mandate; b) if there is an antinomy between art. 15, III of the Federal Constitution and art. 92, I of the Criminal Code; and c) if the final criminal conviction always leads to the loss of the elective mandate. To do so, we will make a study of the jurisprudence of the Supreme Federal Court to analyze the judgments that, methodologically, we have chosen to separate into two relevant topics: a) theme 370 of general repercussion and the suspension of political rights when the deprivation of liberty is replaced by restrictive rights and b) the parliamentary guarantees provided for in art. 55 of the

Favetti, Guilherme Moacir. O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 179. ano 29. p. 135-176. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

art. 55 da CF. Com as respostas, ao final, sustenta-se a ineficácia do art. 92, I, do Código Penal ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade do art. 15, III, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Suspensão – Direitos políticos – Mandato eletivo – Efeitos da condenação – Supremo Tribunal Federal.

Federal Constitution. With the answers, at the end, it is sustained the ineffectiveness of art. 92, I of the Criminal Code before the understanding of the Supreme Federal Court on the applicability of art. 15, III of the Federal Constitution.

Keywords: Suspension – Political rights – Elective mandate – Criminal sentence effects – Supreme Federal Court.

Sumário: 1. Introdução. 2. O papel do Supremo Tribunal Federal na proteção da democracia. 3. A hermenêutica do STF pós-Constituição de 88 e a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado. 3.1. Metodologia de pesquisa. 3.2. O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 3.3. As garantias do parlamentar previstas na Constituição e a aparente antinomia entre seus §§ 2º e 3º. 4. Conclusões. 4.1. A antinomia total-parcial existente entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal. 4.2. A compatibilidade entre o art. 15, III, da Constituição Federal e o art. 92, I, do Código Penal. 4.3. As hipóteses em que o trânsito em julgado da condenação criminal não enseja a perda do mandato eletivo. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo é um recorte da dissertação de mestrado do autor no programa de pós-graduação *strictu sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, e dedica-se à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, em geral, e sobre a consequente perda do mandato eletivo, em específico.

Buscaremos responder: a) se existe antinomia entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, no tocante ao procedimento a ser observado para se decretar a perda do mandato eletivo de parlamentar; b) se existe antinomia entre o art. 15, III, da Constituição Federal e o art. 92, I, do Código Penal; e c) se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo.

Inicialmente, trataremos da importância do Supremo Tribunal Federal na proteção da democracia. Na sequência, apresentaremos a pesquisa jurisprudencial da Corte sobre a matéria, de acordo com recortes e variáveis de pesquisa explicitadas, a fim de mapear as decisões existentes e assim buscar uma melhor resposta para as perguntas-problema. Os subtópicos são divididos em três. O primeiro apresenta a metodologia da pesquisa jurisprudencial sobre o

tema. O segundo versa sobre a interpretação dada pelo Supremo acerca da suspensão de direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, matéria apreciada no tema 370 da repercussão geral pelo Plenário da Corte. O terceiro, sobre os julgados correlacionados com as hipóteses de perda de mandato parlamentar previstas no art. 55 da Constituição, com enfoque nos incisos IV (que perder ou tiver suspensos os direitos políticos) e VI (que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado), o conflito normativo existente entre os parágrafos 2º e 3º referentes ao procedimento a ser adotado para a deliberação ou mera declaração acerca da perda do mandato, e a não extensão das prerrogativas parlamentares a vereadores e ocupantes de cargos do Poder Executivo.

Ao final, apresentaremos as conclusões obtidas a partir do estudo jurisprudencial desenvolvido, buscando trazer respostas para as perguntas-problema indicadas.

2. O papel do Supremo Tribunal Federal na proteção da democracia

Ao delimitar metodologicamente a análise jurisprudencial ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, o reconhecemos como objeto de pesquisa, de modo que se torna pertinente expor sua importância na proteção da democracia. A matéria sobre a qual no propusemos a estudar possui natureza eminentemente constitucional. Essenciais à democracia, os direitos políticos, como prerrogativas jurídico-constitucionais que traduzem o grau de participação dos cidadãos no cenário governamental do Estado (BULOS, 2012, p. 854), integram os direitos fundamentais, e por isso recebem ampla proteção constitucional.

O fenômeno da ascensão política do Poder Judiciário, juntamente com a expansão da jurisdição constitucional, ocorreu em diversos países de tradição romano-germânica no período pós 2ª Guerra Mundial, para assegurar a sobrevivência das democracias modernas especialmente através da proteção de direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 88 concedeu estatura constitucional aos mais variados temas[1], como família, saúde, ordem econômica, meio ambiente, relações

1. Para SOUZA NETO e SARMENTO (2012) "dentre as causas dessa expansão da matéria constitucional, pode-se citar a concepção social de constitucionalismo adotada pelo legislador constituinte; a fórmula de elaboração da Carta, que passou pelo trabalho das 24 subcomissões e 8 comissões temáticas, como acima relatado; a cumulação de funções legislativas ordinárias e constitucionais do Congresso em 87/88, que ensejou

de consumo, questões indígenas, dentre outros, assim como ampliou sobremaneira os remédios de controle de constitucionalidade e os legitimados a utilizá-los[2]. Nessa linha, a analítica e dirigente Carta, em decorrência de seu amplo conteúdo, colocou o Supremo Tribunal Federal em destaque no sistema político, já que é de sua competência a salvaguarda do alargado texto constitucional.

Porém, o Supremo que conhecemos hoje, em evidência na mídia, com cobertura instantânea da imprensa de suas decisões e sabatinado diariamente pelo escrutínio popular, nem de longe se parece com o Supremo até 1988. Recondo (2018, p. 21) sintetiza com precisão essas limitações:

> "O Supremo, até 1988, era um poder que, na realidade política do país, se encontrava abaixo dos demais. Não havia equilíbrio entre os três. Executivo e Legislativo, nessa ordem, sempre preponderaram sobre o Judiciário. É com essa regra que se deve medir a atuação do Supremo nos anos de chumbo ou nos primeiros anos da República. O tribunal conviveu com a ditadura militar. Não tinha capacidade para fazer sua agenda. E não foram os casos de liberdade civil que dominaram a pauta do STF de 1964 a 1974. Esses processos esporádicos chegaram ao tribunal pela via do *habeas corpus* e mostraram os suspiros de uma corte apertada pelo torniquete da ditadura."

A ampliação de seus poderes[3] decorreu como resposta lógica e natural à hipertrofia, em detrimento dos outros organismos de representação popular, que detinha o Poder Executivo federal no regime ditatorial. Como bem destaca Paixão (2007, p. 204):

> "A Constituição brasileira de 1988 foi profundamente marcada pelo repúdio a diversos institutos do período autoritário que a precedeu, durante o qual ocorreu uma contínua hipertrofia do Poder Executivo federal, em detrimento

uma certa confusão entre tais esferas; e ainda as pressões dos mais variados segmentos sociais e *lobbies* durante a Constituinte, no afã de incluírem no texto constitucional as suas aspirações e demandas específicas".

2. Cita-se, como exemplo, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC 3, de 1993, o Mandado de Injunção e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, além da ampliação do rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade.
3. Válido mencionar que a Constituição de 88 também ampliou os poderes do Legislativo, com a transferência de competências ao Congresso Nacional; trouxe autonomia ao Ministério Público; incrementou instrumentos de participação popular, como a ação popular; transferiu competência aos Estados e Municípios; dentre outros.

> dos demais órgãos de representação popular. Portanto, era natural que a Constituição de 1988, fazendo o contraponto ao crescimento do Poder Executivo durante o regime inaugurado em 1964, procurasse ampliar as atribuições dos ramos Legislativo e Judiciário federais, bem como dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e, em última análise, do próprio cidadão."

Além do controle de constitucionalidade pelas diversas vias possíveis e das demais competências previstas no art. 102, I, que delineiam a competência originária da Corte, a Constituição também atribuiu ao Supremo competências recursais ordinárias e extraordinárias, funções que, em outras democracias contemporâneas, são divididas em mais de uma instituição, como foros judiciais especializados, com competência para julgar membros dos demais poderes, cortes recursais de última instância e tribunais constitucionais.

Esse acúmulo de atribuições, somado à constitucionalização do Direito, faz da Corte peça imprescindível para a manutenção da democracia, concebida como "determinação normativa do tipo de convívio de um povo para o mesmo povo" (MULLER, 2013, p. 57), pois a torna o centro das decisões sobre questões essenciais à convivência social. Desde a promulgação da Constituição Cidadã, o Supremo foi provocado pelas várias vias possíveis a dar a palavra final em temas capazes de impactar diretamente o tecido social, como pesquisas com células-tronco embrionárias, fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS, aborto de fetos anencefálicos, união homoafetiva, cotas raciais, lei de imprensa, descriminalização do uso pessoal de drogas (ainda em curso), para citar os mais conhecidos.

Como constata com propriedade o ex-ministro Peluso (2011, p. 4):

> "A atuação consistente e independente do STF em particular, e do Judiciário em geral, vem contribuindo de forma decisiva para a consolidação da democracia brasileira. Sob a liderança do Supremo, o Judiciário é, sem dúvida, o fiador da democracia brasileira.
>
> [...]
>
> Em contraste com passado não muito remoto, democracia e constitucionalismo representam atualmente os pilares fundamentais do processo político brasileiro, garantindo a legitimidade tanto do processo decisório, quanto dos resultados ('*output legitimacy*', no jargão técnico anglo-saxão) da operação do sistema político.
>
> O Estado Democrático de direito consolidou-se como o modelo de organização do poder político no país. Nessa forma específica de arranjo fundamental do Estado, democracia e Constituição legitimam-se mutuamente, definindo, nas palavras de Norberto Bobbio, um conjunto de normas de procedimento – as 'regras do jogo' – para a formação de decisões coletivas."

Essa atuação ampliada do Supremo Tribunal Federal em matérias que afetam diretamente o cotidiano dos cidadãos, referida por Peluso (2011, p. 4) como "ativismo judicial por determinação constitucional", especialmente as que versam sobre políticas públicas e escolhas morais, inflamou o embate popular e alavancou no âmbito acadêmico a discussão sobre o limiar limite entre ativismo[4] e judicialização[5].

Para Barroso (2018, p. 3), cortes constitucionais, como o Supremo, exercem três funções fundamentais: contramajoritária, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativa, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal é componente indispensável à garantia dos direitos fundamentais e da expressão das decisões políticas essenciais em que se fundam o convício social, bem como é ator preponderante na disciplina do processo democrático.

3. A hermenêutica do STF pós-Constituição de 88 e a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado

3.1. Metodologia de pesquisa

O recorte institucional foi feito em razão da competência constitucional da Corte de *processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional* (art. 102, I, "b"), de *julgar, mediante recurso ordinário, o mandado de segurança* (art. 102, II, "a"[6]), e de julgar, *mediante recurso extraor-*

4. Apesar das múltiplas definições, na concepção de RAMOS (2015, p. 131) ativismo judicial é "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)".

5. Ensina BARROSO (2018, p. 8) que "*judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo." (grifos no original)

6. Optou-se pela exclusão dos Recursos Ordinários em *Habeas Corpus* porque o STF já decidiu que o remédio "visa proteger a liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir e

dinário, as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, ou declarar a inconstitucionalidade de lei federal (art. 102, III).

No tocante ao art. 102, I, "b", tal competência legitima a análise porquê do acórdão condenatório da ação penal originária que julgue membro do Congresso Nacional, surge a necessidade de deliberação sobre os efeitos da condenação, aí inseridos a suspensão de direitos políticos e a perda do mandato eletivo. Quanto à competência de julgar, mediante recurso ordinário, o mandado de segurança quando decidido em única instancia por tribunal superior, especialmente o TSE, a segurança pode visar assegurar direito líquido e certo consistente no pleno exercício dos direitos políticos. No que se refere ao art. 102, III, "a" e "b", a competência da Corte de julgar, mediante RE, as causas decididas por Tribunais em que haja contrariedade a dispositivo da Constituição e de declarar a inconstitucionalidade de lei federal, respectivamente, encontra vínculo com a pesquisa no tocante à análise de decretos condenatórios em que se verifique contrariedade com o dispositivo constitucional do art. 15, III.

Também se optou por estender a análise das decisões da presidência proferidas em sede de suspensão de liminar e suspensão de segurança que tratem da matéria. Apesar de o art. 15 da Lei 12.016/2009 c/c art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal atribuir apenas à pessoa jurídica de direito público interessada e ao Ministério Público a legitimidade para requerer a suspensão de segurança e a suspensão de liminar, a jurisprudência já antiga do Supremo versa no sentido de que tem legitimidade ativa aquele que *sofra lesão, em extensão coletiva ou transcendente [...] que abale a ordem ou a economia públicas* (STF – SS 444/MT, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 20.05.1992, publicado em 04.09.1992), como, no precedente citado, ocorreu com prefeito municipal alijado do exercício do mandato por efeito de medida liminar em mandado de segurança.

Serão analisados, pois, os acórdãos proferidos em recurso ordinário em mandado de segurança, recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários, ações penais originárias e suspensões de liminar e de segurança, nestes últimos incluídas também as decisões da presidência.

Também foi feito um recorte temporal, em que foram analisados apenas julgados posteriores à promulgação da Constituição Federal, ocorrida em 5 de

ficar por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para a proteção de direitos outros" (HC 82.880-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso).

outubro de 1988. Justifica-se a escolha porque a norma objeto de estudo é justamente a da atual redação da Constituição Federal, que, reestabelecendo as disposições das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967[7], determina, em seu art. 15, III, que a suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado independe da edição de Lei Complementar que a regulamente, ao contrário do que exigia a Emenda Constitucional 1, de 1969, em seu art. 149, § 3º[8].

Metodologicamente, a pesquisa jurisprudencial foi feita exclusivamente por meio eletrônico, através do site do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.jus.br]. A primeira busca foi feita em 16 de janeiro de 2020, e a última em 2 de março de 2020. Em todas as buscas, o resultado de pesquisa trouxe as mesmas amostras, o que indica que não houve deliberação da matéria neste interstício.

Os critérios de busca, com e sem a utilização de operadores booleanos, adotados para a composição das amostras, estão demonstrados no quadro que segue, na primeira coluna. As colunas seguintes indicam o número de decisões por tipo, encontradas através do critério adotado. A busca foi realizada de maneira mais abrangente para a menos abrangente.

---

7. Conforme consta no voto do Min. Sepúlveda Pertence em voto proferido no julgamento do RESPE 11589, pelo TSE: "Com efeito, a Carta de 1969, não obstante similar às anteriores, arrolasse a 'condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos', entre as causas de perda ou suspensão dos direitos políticos, além de submetê-las a decisão judicial (art. 149, § 2º, 'a'), previa que 'lei complementar disporia, entre outros pontos, sobre a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles'. [...] A inovação da Carta de 69 – que, à falta da lei complementar reclamada, tornou inaplicável a suspensão por vias constitucionais dos direitos da cidadania –, era inédita: não tinha precedentes em nenhuma das constituições anteriores. A Constituição do Império restringia a suspensão dos direitos políticos à hipótese de 'sentença condenatória à prisão ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos' (art. 8º, § 2º). As Constituições da República até 1969, todas elas, atribuíram a mesma consequência, independentemente da pena aplicada, à 'condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos' (1891, art. 71, § 1º, 'b'; 1934, art. 110, 'b'; 1937, "8, 'b'; 1946, art. 135, § 1º, II; 1967, art. 144, I, 'b'".

8. Art. 149. Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos.

   [...]

   § 3º Lei complementar disporá sôbre a especificação dos direitos políticos, o gôzo, o exercício a perda ou suspensão de todos ou de qualquer dêles e os casos e as condições de sua reaquisição.

Quadro 1 – Critério de busca da pesquisa jurisprudencial

Critérios de busca	Acórdãos[9]	Questões de ordem	Decisões da presidência
Suspensão direitos políticos	79	4	138
Suspensão direitos políticos condenação criminal transi$[10] julgado	19	0	13

Fonte: elaboração própria.

Da análise dos 79 acórdãos obtidos como resultado pela busca com as palavras "suspensão direitos políticos", 13 deles dizem respeito a um dos subtópicos que serão abordados. As demais decisões[11] fogem do escopo da pesquisa, ainda que

9. Número total de acórdãos, incluídos aqueles referentes a outras ações que não serão apreciadas no presente trabalho, como ADIs, ADPFs etc.

10. O operador booleano "$" substitui qualquer parte da palavra desejada (prefixo, radical ou sufixo). (QUEIROZ et al., 2012, p. 152)

11. Foram descartadas as seguintes decisões: RE 129.392/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AOE 13/DF, Rel. Min Celso de Mello; ADI 1.063, Rel. Min. Celso de Mello; RHC 73.831/SC, Rel. Min. Octavio Gallotti; AI 185.371AgR/RO, Rel. Min. Octavio Gallotti; HC 74.272/PB, Rel. Min. Neri da Silveira; ADI 1.493MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches; MS 22.899AgR/SP, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 1.805MC/DF Rel. Min. Neri da Silveira; AI 231.917AgR/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 188.093/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 227.317AgR/RS, Rel. Min. Nelson Jobim; AI 312.488AgR/MG, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI 2.667MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 2.797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AOE 16/RJ, Rel. Min. Eros Grau; MS 25.461/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RCL 2.138/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes; ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello; RE 559.226AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 790.672AgR/MG, Rel. Min. Ayres Britto; ADI 4.451MC-REF/DF, Rel. Min. Ayres Britto; RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 2.356MC/DF Rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto; AI 725.503AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 633.703/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 579.712AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 570.598AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI 4.578/AC, Rel. Min. Luiz Fux; ADCs 29 e 30/DF, Rel. Min. Luiz Fux; AI 681.482AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RMS 27.840/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio; ARE 744.034AgR/RS Rel. Min. Gilmar Mendes; RHC 117.809/SC, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 596.367AgR/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 810.865AgR/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio; RCL 18.183AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 125.991/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 5.316MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux; ADI 5.311MC/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 378MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin; HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; RE 635.145/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux; RE 848.826/CE, Rel. p/ ACÓRDÃO Min.

algumas tenham relação próxima, como *v. g.* a suspensão de direitos políticos em decorrência de condenação por ato de improbidade administrativa.

A triagem dos acórdãos relacionados com o objeto da pesquisa foi feita através da leitura das ementas e dos votos condutores. Numa primeira análise, foram excluídos sumariamente os julgados em que, já na ementa, se verificou a falta de correlação com os critérios "perda do mandato eletivo", "suspensão dos direitos políticos", e "condenação criminal transitada em julgado". Das amostras restantes, foi feita uma análise dos casos através da leitura dos votos vencedores, excluindo-se aqueles impertinentes para a pesquisa.

Têm relação com a pesquisa os seguintes julgados: RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves; RMS 22.470/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RE 225.019/GO, Rel. Min. Nelson Jobim; RE 418.876/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 577.012AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AP 396QO/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia; AP 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia; AP 694/MT, Rel Min. Rosa Weber; AP 935/AM, Rel. Min. Alexandre de Moraes; RE 601.182/MG, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes; ARE 1.046.939AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Como a busca pelo critério "suspensão direitos políticos" trouxe 138 amostras de decisões da presidência, sendo a maioria delas desinteressantes para a pesquisa, optou-se por considerar tão somente as obtidas através do critério mais restrito, "suspensão direitos políticos condenação criminal transi$ julgado", que resultou em 13 julgados[12], dos quais apenas 2 dizem respeito ao objeto

---

Ricardo Lewandowski; ADI 5.423/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 5.491/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 938.347AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 2.404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; ADC 43MC/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin; ARE 749.181AgR/RS, Rel. Min. Edson Fachin; ARE 654.432/GO, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes; RE 966.177RG-QO/RS, Rel. Min. Luiz Fux; AC 4327AgR-terceiro-AgR/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso; AI 705.294AgR-segundo/SP, Rel. Min. Rosa Weber; ADI 5526/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ARE 1.064.928AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso; HC 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; PET 3.240AgR/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso; ADI 3.150/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso; ADI 5243/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin.

12. Foram descartadas as seguintes decisões: PET 2030/CE, Rel. Min. Carlos Velloso; SL 229/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes; SL 297/AL, Rel. Min Gilmar Mendes; SL 570AgR/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa; SL 936/AP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; SL 1014/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL 26.100/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; SL 1.182/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 180.230MC/PI, Rel. Min. Rosa Weber; SL 1.280MC/CE, Rel. Min. Dias Toffoli.

do trabalho: SL 789MC/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa e SS 5.302/PE, Rel. Min. Dias Toffoli.

Ainda sob o critério "suspensão direitos políticos condenação criminal transi$ julgado", foram encontrados 8 acórdãos que têm relação com o problema, todas também identificadas, por óbvio, quando feita a busca pelo critério mais abrangente "suspensão direitos políticos". Julgados em comum: RE 225.019/GO, Rel. Min. Nelson Jobim; RE 418.876/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 577.012AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AP 396QO/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia; AP 935/AM, Rel. Min. Alexandre de Moraes; e ARE 1.046.939AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Da leitura das decisões anteriormente descritas, foram identificados os acórdãos na AP 481/PA, Rel. Min. Dias Toffoli; AP 563/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; AP 572/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes; AP 618/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli; e AP 863/SP, Rel. Min. Edson Fachin. Também foi identificada a decisão monocrática proferida no MS 32.326MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, que, apesar de estar metodologicamente fora do escopo de busca por não se tratar de decisão do colegiado, merece ser analisada pela sua relevância e inovação quanto à matéria. Também fará parte do estudo a Rcl 30.524 e a ADPF 511/MT, ambas de relatoria do Min. Roberto Barroso.

As decisões monocráticas proferidas no RE 603.604/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 601.141/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; e RE 634.598/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, que serviram como precedente para o reconhecimento do tema de repercussão geral 370 através do RE 601.182, Rel. Min. Marco Aurélio, não serão analisados detalhadamente, porque sistematizados neste último acórdão.

Finalmente, através do método de busca feito pelo canal "A Constituição e o Supremo", disponível em [www.stf.jus.br/portal/constituicao/], no item "pesquisa por artigo", em que foi inserido o art. 15, inciso III da Constituição, além dos precedentes já citados, foi encontrada a AP 996, Rel. Min. Edson Fachin.

Identificados os julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam da matéria, optamos por melhor analisá-los os inserindo em cada um dos subtópicos em que dividimos o estudo: 2.2.1. O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e 2.2.2. As garantias do parlamentar previstas nos §§ 2º e 3º do art. 55 da CF. Assim, a distribuição dos processos será feita nos subtópicos da seguinte maneira:

Quadro 2 – Identificação dos julgados com os tópicos organizados na pesquisa

Processo	Subtópico em que será abordado
RE 179.502/SP; RMS 22.470/SP; RE 577.012AgR/MG; RE 601.182/MG; ARE 1.046.939AgR/MG	2.2. O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
RE 225.019/GO; AP 481/PA; AP 470/MG; AP 396 QO/RO; MS 32.326MC; AP 565/RO; AP 563/SP; AP 572/RR; AP 618/RJ AP 694/MT; AP 863/SP; AP 935/AM; Rcl 30.524/DF; AP 996/DF	2.3. As garantias do parlamentar previstas no art. 55, CF e a questão da assimetria para com os vereadores e cargos do executivo.

Fonte: elaboração própria.

Metodologicamente, os critérios adotados na análise das decisões foram os fundamentos e os argumentos preponderantes apresentados nos votos, com destaque para aqueles em que houve discussão e contraposição de ideias, ou que vieram a alterar o entendimento anterior do Plenário ou da Turma.

3.2. O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

O primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal que tratou da matéria foi o RE 179.502/SP[13] (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.1995, DJ 08.09.1995), interposto contra acórdão do TSE no RESPE 11589 que, por 4x3, reformou a cassação da diplomação de candidato eleito vereador em Araçatuba/SP decretada pelo TRE/SP, em decorrência do transito em julgado da condenação criminal que sofreu pela prática de crime eleitoral contra a honra, tipificados nos artigos 325 e 326 do Código Eleitoral. A discussão no TSE versou, em suma, sobre a autoaplicabilidade ou não do art. 15, III, da Constituição Federal[14].

13. EMENTA: – Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. – Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido.

14. No TSE, votaram pela autoaplicabilidade do art. 15, III, mesmo quando aplicado o *sursis*, os Ministros Carlos Velloso (Presidente), Pádua Ribeiro e Torquato Jardim. O

Alguns excertos daquele julgamento do RESPE 11589, TSE, que constam no inteiro teor do acórdão proferido pelo Supremo no RE 179.502/SP, merecem destaque, porque os fundamentos, ali lançados pela primeira vez, foram sistematicamente reproduzidos pela jurisprudência do Supremo até os dias de hoje.

O Ministro Carlos Velloso, relator do recurso no TSE, invocou fundamento ético para negar-lhe conhecimento:

> "Sou daqueles que entendem que os cargos públicos deveriam ser reservados para os cidadãos insuspeitos. Não posso entender que a administração pública possa impedir que, para cargos menores, sejam empossados cidadãos com maus antecedentes e que os altos cargos eletivos, possam ser exercidos por cidadãos que estão sendo processados e por cidadãos até condenados. Talvez por isso, Senhor Presidente, é que temos assistido, ultimamente, melancolicamente, a um certo descalabro, sobre esse aspecto, na administração pública, com grande desprestígio daqueles que estão a exercer cargos eletivos."

Inaugurando a divergência que se tornou vitoriosa, o Ministro Marco Aurélio deixou claro que, no seu entendimento, a teleologia do efeito da condenação do art. 15, III, reside na impossibilidade material do exercício dos direitos políticos pela privação de liberdade:

> "Não consigo [...] assentar que a simples condenação de alguém transitada em julgado é suficiente, por si só, independentemente do sentido que se dê à parte final do inciso III do art. 15, a concluir à suspensão abrangente dos direitos políticos, como se esta fosse uma pena acessória. Creio que não podemos conferir ao preceito esse alcance; não podemos dissociar a primeira parte do preceito da final, no que sinaliza quanto à possibilidade de vir a balha obstáculo intransponível, ou seja, um fato que provoque, por si mesmo, como consequência, a suspensão dos direitos políticos – e, aqui, refiro-me ao recolhimento do condenado criminalmente.

Ministro Marco Aurélio entendeu ser a norma autoaplicável, mas passível de ter seu alcance reduzido, com a suspensão dos direitos políticos apenas àqueles condenados por pena privativa de liberdade. Votou pela não autoaplicabilidade o Ministro Diniz de Andrada. O Ministro José Cândido de Carvalho limitou-se a entender pela extinção da punibilidade do recorrido e, por essa razão, não se ateve à controvérsia. Em voto-vista, o Ministro Presidente Sepúlveda Pertence votou pela possibilidade de restrição do art. 15, III: "para dizer da aplicabilidade imediata [...] não basta jamais ao intérprete o alcance lógico do seu teor literal; a solução do problema frequentemente não dispensará um juízo de razoabilidade sobre as consequências de emprestar, de logo, eficácia plena ao dispositivo constitucional, sem os temperamentos e as reduções teleológicas que lhe poderá trazer a concretização legislativa do ditame da Lei Fundamental".

> Imagine V. Exa. [...] a condenação por lesões corporais culposas, um acidente de trânsito. Caminhar-se-á, da mesma forma, para conclusão sobre a suspensão dos direitos políticos? Será esse o sentido da nossa Carta? Será que nossa Carta, numa interpretação socialmente aceitável, conduz, a esse desiderato? A meu ver, não. *A condenação criminal transitada em julgado, de que cogita o inciso III do art. 15, é aquela que inviabiliza, pelo recolhimento do condenado, o exercício dos direitos políticos.*" (grifos nossos)

Já aventando as consequências que adviriam da suspensão irrestrita dos direitos políticos, especialmente no tocante à perda do mandato eletivo, o Ministro Pádua Ribeiro, mesmo tendo votado pela autoaplicabilidade do art. 15, III, da CF, e, por sua vez, pela cassação da diplomação do recorrente, levantou questionamento interessante acerca da razoabilidade dos efeitos práticos da norma:

> "O deputado pratica um crime de trânsito – é condenado por sentença irrecorrível. Perder o mandato, será isso razoável? Até por um crime contra a honra, nesse caso? É o que diz a Constituição expressamente? A Constituição não distingue. Muitas vezes, a consequência que decorre do seu trato para a sociedade é muito mais perniciosa do que o cumprimento de uma pena, instituída exatamente para coibir a prática de crime, ação anti-social que atinge o âmago da coletividade."

O Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu a possibilidade de restrição por lei ordinária do dispositivo constitucional, adotando uma interpretação seguidora da *lógica do razoável*, *atenta ao contexto político,* conforme anotaria o Ministro Gilmar Mendes, anos mais tarde, no julgamento da AP 470/MG:

> "Não há dizer que a letra do art. 15, III, não comporta a restrição por lei ordinária do seu âmbito de incidência.
>
> A interpretação literal de um dispositivo isolado é sempre e apenas uma hipótese de conclusão hermenêutica, que o contexto sistemático em que inserida pode desmentir e, de fato, frequentemente infirma."

O Plenário do Supremo, ao analisar o extraordinário interposto pelo suplente do vereador cuja diplomação encontrava-se *sub judice*, decidiu, por maioria, pela autoaplicabilidade do art. 15, III, não importando a natureza do crime ou a quantidade de pena aplicada. A discussão foi balizada em duas vertentes interpretativas da norma: a primeira, apresentada pelo Relator, Ministro Moreira Alves, que se sagrou vencedora[15], de que o fundamento da suspensão dos direitos políticos

15. Acompanharam o Relator os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sydney Sanches e Néri da Silveira. Novamente, o Ministro Marco Aurélio

em decorrência da condenação criminal transitada em julgado é estritamente ético. O argumento contrário, novamente sustentado pelo Ministro Marco Aurélio, era que o efeito da condenação trazido pelo art. 15, III, deve ser analisado sob o aspecto material, ou seja, a impossibilidade do exercício dos direitos políticos decorrente da privação de liberdade do sujeito, justamente porque a redação final do artigo fala *enquanto durarem seus efeitos*, efeitos esses que seriam, para o Ministro, a restrição ao direito de ir e vir.

Feitos os destaques necessários, o que se pode extrair do julgado inaugural sobre a matéria, desde os debates no TSE, é que na análise do dispositivo constitucional, prevaleceu a interpretação relativa ao conteúdo ético-jurídico da norma em face ao *status civitatis* do condenado[16], com limitações à própria cidadania. Como bem anotou Tiago de Menezes Conceição (2012, p. 77):

> "o desligamento entre a suspensão dos direitos políticos e a incapacidade de exercício material dos atos, decorrente da pena privativa de liberdade [...] significa a *desvinculação entre o exercício dos direitos políticos e o exercício do direito de ir e vir.* Por outro lado, descobre-se e afirma-se uma outra conexão, mais voltada aos conteúdos fundamentais e menos ligada à capacidade de exercício dos direitos: os direitos políticos tendo como fundamento a pessoa humana enquanto membro partícipe do Estado e a suspensão desses direitos com fundamento ético." (grifos nossos)

O acórdão paradigmático do RE 179.502/SP serviu como precedente ao julgamento do RMS 22.470/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 11.06.1996, DJ 27.09.1996, e do agravo regimental no RE 577.012/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09.11.2010, DJe 25.03.2011, nos quais não foram apresentadas novas teses.

Em decorrência dos repetitivos recursos sobre o assunto levados à Corte, consubstanciados nas decisões monocráticas proferidas nos RE 603.604/MG,

deu interpretação mais restrita à autoaplicabilidade do art. 15, III, da CF. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Galotti entenderam ser a norma de eficácia limitada.

16. O seguinte trecho do voto do Ministro Mauricio Corrêa deixa isso claro: "[i]mporta-me muito dizer que o que vier a ser decidido neste julgamento, tem muito a ver com o *status civitatis* do recorrido, pois à medida que sustentarmos a tese prevalente nas instâncias ordinárias, sem uma adaptação do dispositivo constitucional ao quotidiano fático, o ponto de vista de sua interpretação pela Corte, é de extrema magnitude; ao contrário, praticar-se-á injustiça irreparável e dolorosa, só compreensível para quem, nos momentos turbulentos de nossa vida institucional, já passou pela experiência dramática de ter perdido os seus direitos políticos de cidadão. Em 64 se reinaugurou essa torpeza."

Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 601.141/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 634.598/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia e no acórdão proferido no supracitado RE 577.012/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, foi reconhecida a repercussão geral da matéria (tema 370) no bojo do RE 601.182/MG, Rel. Min. Marco Aurélio e Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, a fim de "definir [...] o alcance do inciso III do art. 15 da Lei Fundamental" e "assentar se a suspensão prevista constitucionalmente abrange pronunciamento judicial a encerrar a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos"[17].

O Relator, Ministro Marco Aurélio, guardando coerência com a posição que adotara há mais de vinte anos, propôs a fixação da tese de que "a suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, inciso III, da Constituição Federal não alcança situação jurídica em que a pena restritiva da liberdade tenha sido substituída pela de direitos". A divergência, aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes e seguida pelos demais membros o Plenário[18], sagrou-se vencedora, ao fixar a tese de que "a suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, inc. III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos".

Argumento interessante e inovador no julgamento deste extraordinário foi apresentado pelo Ministro Edson Fachin, que, ao confirmar a tese de autoaplicabilidade do art. 15, III, da CF, preocupou-se em justificar a inocorrência de violação aos direitos humanos, citando o Artigo 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[19] e Artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica[20].

O voto mais disruptivo foi proferido pela Ministra Rosa Weber, que, endossando a categoria de direitos fundamentais dos direitos políticos, buscou ir além

17. DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO CRIMINAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (RE 601182 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03.03.2011, DJe-068 DIVULG 08.04.2011 PUBLIC 11.04.2011 EMENT VOL-02500-02 PP-00380).

18. Não participou do julgamento, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Não participou da fixação da tese o Ministro Gilmar Mendes.

19. Artigo 25 – Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

    a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;

de apenas dar resposta à controvérsia sobre a suspensão dos direitos políticos em caso de condenação a pena restritiva de direitos, mas de analisar este efeito da condenação à luz dos valores democráticos da Constituição:

> "O pressuposto institucional norteador da resposta a essa questão deve ser, antes de tudo, a prevalência da Constituição Federal, instituidora de um Estado Democrático de Direito marcado pela busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais. E os direitos políticos são direitos fundamentais.
>
> Há, nesse contexto, que reafirmar a importância intrínseca do processo democrático e o valor sagrado do sufrágio, deixando de lado leituras que eventualmente resumam os direitos políticos subjetivos assegurados na Constituição, bem como as ideias de democracia, de povo e de soberania popular, a categoria pertencente a uma espécie de mitologia política, e, nas palavras do jurista e filósofo do direito Richard Posner, o melhor talvez fosse admitir a '*aceitação realista – e quiçá crítica – do processo democrático como um mero método menos ruim de controlar representantes e funcionários públicos*'. (grifos do original)
>
> [...] Penso que não pode a democracia – e os direitos subjetivos que são a condição para a sua efetividade – ser tratada, juridicamente, como conceito meramente abstrato, ideal vago ou simples retórica, sem densidade semântica e normativa apta a determinar, na vida prática da República, os modos de funcionamento do Estado e de relacionamento entre as instituições e os poderes."

Ao final, a Ministra concluiu que a suspensão dos direitos políticos não traduz efeito direto, automático e necessário da condenação penal, ainda que em

---

b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

20. Artigo 23 – Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

hipótese de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque "a leitura sistemática das hipóteses de suspensão [...] é sugestiva de que as limitações aos direitos políticos (perda e suspensão) nele encetadas não configurem sanções em si mesmas, mas decorrências de ordem prática decorrentes dessas hipóteses", com exceção das hipóteses (tipos legais) em que a lei expressamente determine a automaticidade da suspensão desses direitos fundamentais.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, acompanhando o Relator, votou pela autoaplicabilidade do art. 15, III, mas abriu um espaço de conformação ao legislador infraconstitucional, sugerindo que a suspensão automática dos direitos políticos somente se aplicaria aos crimes previstos na Lei Complementar 135/2020: "entendo que a condenação criminal transitada em julgado implica a suspensão dos direitos políticos, nos crimes enumerados pela 'Lei da Ficha Limpa'".

Ao se analisar a jurisprudência do Supremo desde o primeiro julgado que enfrentou a matéria (RE 179.502/SP), até a consolidação da tese em sede de repercussão geral (RE 601.182/MG), é possível constatar uma evolução nos fundamentos, em que pese o resultado prático tenha se mantido. Enquanto em 1995 o argumento foi mais simplório do ponto de vista hermenêutico, de ordem objetiva, consubstanciada estritamente no critério ético, em 2019 o enfoque da análise, nos votos de alguns ministros, foi sob o prisma dos direitos humanos (Min. Edson Fachin) e direitos fundamentais (Min. Rosa Weber).

O ARE 1.046.939 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.08.2019, publicado em 05.09.2019, limitou-se a reproduzir os julgados anteriores, em especial porque deliberado após a decisão do tema em sede de repercussão geral.

Conclui-se, assim, que apesar de a jurisprudência sobre a suspensão de direitos políticos a condenados a penas restritivas de direitos ser radical, no sentido de que a autoaplicabilidade do art. 15, III, independe da natureza do crime e quantidade da pena, houve espaço para a discussão sobre pontos importantes, dos quais destacamos a *necessidade* da aplicação de tal efeito a determinados condenados.

3.3. As garantias do parlamentar previstas na Constituição e a aparente antinomia entre seus §§ 2º e 3º

O art. 55[21] da Constituição Federal prevê as hipóteses em que ocorrem a perda do mandato de Deputados e Senadores. Por ser taxativa, trata-se de norma que

21. Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

representa a axiologia da Constituição ao resguardar, tanto quanto for possível, os valores democráticos do sufrágio. Dispõe, em última análise, sobre prerrogativas materiais dos parlamentares.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes[22], já decidiu que inexiste simetria entre as prerrogativas constitucionais concedidas aos membros do Congresso Nacional e a vereadores e detentores de mandato do Poder Executivo. A extensão somente se opera aos Deputados Estaduais e Distritais, pela regra dos artigos 27, § 1º[23], e 32, § 3º[24], respectivamente, ambos da Carta Magna.

O presente subtópico cuidará de analisar a aparente antinomia entre o procedimento constitucional para que ocorra a perda do mandato parlamentar. É que

---

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (grifos nossos)

22. Veja-se o seguinte trecho do voto do Min. Nelson Jobim, Relator do RE 225.019/GO (Tribunal Pleno, julgado em 08.09.1999, DJ 26.11.1999): "A Constituição só reconhece a '[...] inviolabilidade [...] por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município' (art. 29, VIII). Os vereadores possuem imunidade material. Não tem imunidade processual. Podem ser processados independentemente de licença da Câmara [na época, ainda vigia a antiga redação do art. 53, § 1º, que exigia licença da Casa legislativa para processar o parlamentar federal, a qual foi alterada pela EC 35/01]. Logo, não socorre aos vereadores o que acima se disse. Vereador, condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão dos direitos políticos. Não há possibilidade alguma de se estender aos vereadores o tratamento dos parlamentares federais e estaduais."

23. Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

    § 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando- sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

24. Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição [...].

    § 3º Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.

o art. 55, § 2º[25], assegura que o parlamentar que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado terá submetido à Casa respectiva a decisão sobre a perda de seu mandato, por voto da maioria absoluta de seus pares, assegurada a ampla defesa. O § 3º[26] do mesmo art. 55, por sua vez, dispõe que na hipótese de o parlamentar ter seus direitos políticos suspensos, a perda do mandato será meramente declarada pela Mesa da Casa respectiva.

Ora, se em decorrência do trânsito em julgado da condenação criminal advém a suspensão automática e irrestrita dos direitos políticos, como resultado da autoaplicabilidade do art. 15, III, da Constituição dada pelo Supremo Tribunal Federal (como vimos no subtópico 2.2.1), então a perda do mandato eletivo do parlamentar se daria pela simples declaração da Mesa da Casa, pela regra do § 3º o art. 55 da CF. Mas se prevalecer tal dispositivo, estar-se-ia negando vigência àquele do § 2º, que menciona expressamente que a perda do mandato eletivo por condenação criminal transitada em julgado se procede por deliberação – juízo político – da maioria dos membros da Casa. A antinomia parece evidente.

A construção da solução para o conflito normativo existente teve início no julgamento do RE 179.502/SP, que, apesar de ter abordado a matéria apenas de forma oblíqua, porque o caso concreto versava sobre mandato de vereador, trouxe as balizas que nortearam as discussões vindouras. O Relator, Min. Moreira Alves buscou na teoria de Bobbio (1960) a resposta:

> "No caso, o complicador introduzido pelo artigo 55 da atual Constituição gerou, apenas, um conflito de normas entre esse dispositivo e o artigo 15, III, pela inconciabilidade que há entre a generalidade do preceito desse artigo 15, III, e a especialidade das normas contidas no citado artigo 55. O que há é uma antinomia do tipo que BOBBIO (Teoria dell'Ordinamento Giuridico, p. 101, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960) denominou de 'antinomia total-parcial', e que se resolve com o critério da especialidade, pelo qual a *lex specialis* restringe, nos limites de seu âmbito, a *lex generalis*. De feito, é indubitável que o preceito contido no inciso III do artigo 15 é princípio geral que sempre se entendeu auto-aplicável [...] como também é indubitável que as normas do

25. § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

26. § 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

> artigo 55, inclusive as que entram em choque com a generalidade do referido inciso III, são especiais, pois só aplicáveis a parlamentares.
>
> Assim sendo, tem-se que, por esse critério da especialidade [...] o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do artigo 15, III, os parlamentares referidos no artigo 55, para os quais enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer [...]."

O RE 225.019/GO[27], Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 08.09.1999, DJ 26.11.1999, versava sobre o caso de prefeito que teve a condenação criminal pelo crime de homicídio, em regime aberto, transitada em julgado no curso do mandato. Em seu voto, o Relator fez uma análise do sistema constitucional sobre as hipóteses da perda do mandato eletivo para cada uma das cadeiras elegíveis. Para os parlamentares federais, entendeu que o juízo político seria adequado o bastante para estabelecer os casos em que a perda do mandato seria necessária, insuscetível, portanto, de *ser aprisionado em norma jurídica*:

> "2.3.1.1. Parlamentares Federais.
>
> Quanto aos parlamentares federais, a CF tem duas regras: (1) 'perderá o mandato o Deputado ou Senador...que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado' (art. 55, VI). (2) nessa hipótese, '[...] a perda do mandato será decidida pela Câmara [...] ou pelo Senado [...], por voto secreto e maioria absoluta' (art. 55, § 2º).
>
> Observo que, se a perda ou suspensão dos direitos políticos decorrer das outras causas do art. 15 [como o cancelamento da naturalização, incapacidade civil absoluta, recusa de cumprir obrigação e improbidade administrativa] '[...] a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa, [...] assegurada a ampla defesa' (art. 55, § 3º).

27. EMENTA: Eleitoral. Recurso contra expedição de diploma. Condenação criminal transitada em julgado após a posse do candidato eleito (CF, art. 15, III). Perda dos direitos políticos: consequência da existência da coisa julgada. *A Câmara de vereadores não tem competência para iniciar e decidir sobre a perda de mandato de prefeito eleito. Basta uma comunicação à Câmara de Vereadores,* extraída nos autos do processo criminal. Recebida a comunicação, o Presidente da Câmara de Vereadores, de imediato, declarará a extinção do mandato do Prefeito, assumindo o cargo o Vice-Prefeito, salvo se, por outro motivo, não possa exercer a função. Não cabe ao Presidente da Câmara de Vereadores outra conduta senão a declaração da extinção do mandato. Recurso extraordinário conhecido em parte e nessa parte provido. (grifos nossos)

> [...]
>
> A Constituição outorga ao Parlamento a possibilidade da emissão de um juízo político de conveniência sobre a perda do mandato.
>
> [...]
>
> Todo o juízo político é tomado, sempre, em concreto e perante um caso específico, no contexto de uma realidade política que é, necessariamente, transeunte, inestática, variável."

Com a manutenção do mandato pela Casa, ter-se-ia que compatibilizar a condenação com seu exercício, cuja solução proposta por Jobim seria a suspensão da execução da sentença criminal até o fim do mandato, sem que nesse período ocorresse a prescrição. Tal tratamento seria extensível aos Parlamentares Estaduais, pela regra do art. 27, § 1º, da Constituição

Para os vereadores, contudo, a proposta foi diferente. De acordo com o Ministro, os vereadores possuem imunidade material, mas não processual. Logo, o tratamento dado ao Parlamentar Federal e ao Deputado Estadual não seria estendido ao edil:

> "Vereador, condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão de seus direitos políticos. Não há possibilidade alguma de se estender aos Vereadores o tratamento dos Parlamentares Federais e Estaduais.
>
> [...]
>
> O DL 201, de 02 de fevereiro de 1967, atribui ao Presidente da Câmara a declaração da extinção do mandato (art. 8º, I)"

Esse ponto merece uma análise mais cuidadosa, pois parece haver no DL 201 uma atecnia capaz de gerar questionamentos no tocante a sua recepção pela Constituição de 1988: é que a literalidade do art. 8º, I[28], diz que a extinção do mandato de vereador será declarada pelo Presidente da Câmara quando, além de outras hipóteses, *ocorrer cassação dos direitos políticos*. O art. 15 da Constituição Federal veda expressamente a cassação, como vimos. Daí porque a aplicação dessa hipótese contida no dispositivo, de forma geral, e do dispositivo como um

28. Art. 8º Extingue-se o mandato do Vereador e assim será declarado pelo Presidente da Câmara, quando:

I – Ocorrer falecimento, renúncia por escrito, cassação dos direitos políticos ou condenação por crime funcional ou eleitoral;

todo no RE 225.019/GO, em particular, extrapola os limites da legalidade estrita. Tudo indica, contudo, que a expressão *cassação* foi mal utilizada no referido Decreto, pois, em verdade, a intenção seria tratar da hipótese de *suspensão* ou *perda*. No caso analisado pelo Supremo, não houve condenação qualificada (crime funcional ou eleitoral), pois tratou-se de homicídio.

Seguindo com a análise feita pelo Ministro Nelson Jobim em seu voto, em relação ao Presidente da República, lembrou as disposições do art. 86[29] da CF, que exige quórum de 2/3 da Câmara dos Deputados para admissão de sua acusação – como viria a ocorrer com a Presidente Dilma Rousseff quase dezessete anos depois, por crime de responsabilidade. Submetido ao julgamento pelo Supremo, por crime comum, o Presidente fica afastado de suas funções (§ 1º, I), e, uma vez condenado, sujeita-se à prisão (art. 86, § 3º). Assim, para o chefe o Executivo a perda do mandato decorreria da própria condenação, pela autoaplicabilidade do art. 15, III.

Já para os Prefeitos, a Constituição não exige autorização da Câmara de Vereadores, "porque não quis a Constituição submeter os efeitos das decisões de um poder do Estado Federado – a Justiça Estadual – ao crivo de um órgão político municipal" (à época do julgamento do extraordinário, exigia-se *prévia licença de sua casa* para serem processados criminalmente, prerrogativa derrogada pela EC 35/2001). Assim, impõe-se a autoaplicabilidade do art. 15, III, sendo necessário, para a perda do mandato, ato declaratório do Presidente da Câmara, nos termos do DL 201/67, art. 6º, I[30].

---

29. Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

    § 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

    I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

    II – nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

    [...]

    § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

30. Art. 6º. Extingue-se o mandato do Prefeito, e, assim, deve ser declarado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores, quando:

    I – ocorrer falecimento, renúncia por escrito, cassação dos direitos políticos ou condenação por crime funcional ou eleitoral.

O Ministro Marco Aurélio, que proferiu voto *liberalíssimo*[31] no julgamento do RE 179.502/SP, ao propor a restrição do alcance da suspensão dos direitos políticos apenas aos condenados por pena privativa de liberdade, no RE 225.019/GO foi mais conservador, ao entender que a perda do mandato eletivo, ainda que para Deputados Federais e Senadores, decorreria por mera declaração da mesa, nos termos do § 3º do art. 15, haja vista a produção dos efeitos da condenação criminal.

Uma curiosidade no julgamento do RE 225.019/GO é que o Relator, Ministro Nelson Jobim, sequer mencionou a vigência do art. 92, I, do Código Penal, mesmo tendo sido de sua autoria a proposição PL 726-B/95, quando estava comandando a pasta do Ministério da Justiça, projeto que veio a se tornar a Lei 7.209/1997, a qual alterou as alíneas "a" e "b" do inciso I do art. 92 do Código Penal, cuja antinomia com o art. 15, III, da Constituição Federal apontamos como pergunta-problema do presente artigo. O então Ministro também participara, anos antes, na Assembleia Nacional Constituinte, dos debates acerca da emenda 1.895[32] – modificativa, proposta por Antero de Barros que modificava os §§ 2º e 3º do art. 68 do projeto, atualmente §§ 2º e 3º do art. 55 da CF, conforme ficou consignado na Ata da 224ª Sessão, de 14.03.1988.

Na AP 481/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08.09.2011, DJe 29.06.2012, houve intenso debate sobre a questão, prevalecendo o entendimento de que cabe ao Supremo oficiar à Mesa Diretiva da Casa Legislativa, reservando-se ao Parlamento a decisão sobre a perda do mandato, nos termos do art. 55, VI e § 2º, da Constituição Federal de 1988. Na ocasião, contudo, o delito praticado pelo réu não foi no exercício do mandato, nem contra a administração pública, e a pena aplicada foi inferior a 4 anos. O intenso debate *obiter dictum* travado entre os Ministros sobre o tema sequer constou da ementa.

Foi na AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2012, DJ 22.04.2013, que a interpretação sistêmica dos efeitos da condenação previstos no Código Penal (art. 92, I) e na Constituição Federal (art. 15) veio à baila. O Relator apresentou em seu voto a proposta que se sagraria vencedora, no sentido de que a hipótese do § 2º do art. 55 da Constituição é residual, ou seja, aplicável apenas quando a sentença condenatória não tenha decretado a perda do mandato, por ausência dos requisitos qualitativos e quantitativos do art. 92, I, incisos "a" e "b", do Código Penal. Assim, no caso do Mensalão, a natureza dos

31. Expressão utilizada pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 179.502/SP.

32. Aprovada por 407 votos favoráveis, 16 contrários e 6 abstenções.

crimes praticados pelos réus detentores de mandato eletivo[33] justificaria, pela hipótese contida na regra infraconstitucional, a decretação da perda do mandato, inexistindo espaço para o exercício do juízo político pela Casa respectiva.

> "Em todo caso, é importante que se diga que o procedimento estabelecido no art. 55 da Constituição da República disciplina as hipóteses em que, por um juízo político, pode ser decretada a perda do mandato eletivo de um parlamentar. É uma norma que tem por fim limitar as situações em que a maioria política de ocasião, que compõe o órgão legislativo implicado, poderá retirar o mandato de um parlamentar eleito pelo povo.
>
> Situação inteiramente diversa, porém, é aquela que envolve a decretação da perda do mandato eletivo pelo Poder Judiciário, que pode atingir não apenas o parlamentar eleito como qualquer outro mandatário político, seguindo normas específicas de direito penal e processual penal."

O revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu de forma diversa. Alinhado com a jurisprudência da Corte vigente até aquele momento, votou no sentido de que, para Senadores e Deputados Federais (extensível aos Estaduais e Distritais), a Constituição prevê disposição específica para a hipótese de perda de mandato eletivo, em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, encetada no § 2º do art. 55. Assinalou, ainda, citando a doutrina de Canotilho (1991, p. 242), que o dispositivo do art. 92, I, "a" e "b", do Código Penal *deve ser interpretado em harmonia com o que dispõe a Carta Magna, e não o contrário*. Assim, para os detentores desses mandatos eletivos, *a perda do mandato não é automática*. A soberania popular e a separação de poderes foram os argumentos preponderantes na fundamentação:

> "Não existem dúvidas, a meu ver, de que a decretação de perda de mandato eletivo de parlamentar que se distancie das hipóteses regradas pelo texto constitucional implicará uma grave violação ao princípio da soberania popular, e, ademais, um sério agravo ao consagrado mecanismo de freios e contrapesos estabelecido no art. 2º de nossa Lei Maior, que prevê a convivência independente, porém harmônica, entre os Poderes do Estado."

Na eventualidade de a deliberação da Casa legislativa não alcançar o quórum constitucionalmente exigido – maioria absoluta – para a cassação do mandato, estar-se ia diante da peculiar situação, abordada por Zavascki (1994), em artigo

33. João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto, Pedro Henry (Deputados Federais) e José Borba (Prefeito Municipal).

dedicado ao tema: "[n]ão havendo cassação do mandato pela Casa a que pertencer o parlamentar, haverá aí a hipótese de exercício do mandato eletivo por quem não está no gozo dos direitos de cidadania".

O que se pôde concluir nos votos e debates da AP 470/MG, na esteira do que consignou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, é que *é inconteste a antinomia* na sistemática de perda de mandato geradas pela transposição, pelo constituinte, do inciso VI do § 3º para o § 2º do art. 55[34]. Mais do que isso, pôde-se concluir que não havia jurisprudência do STF sobre o tema, mas apenas *obiter dictum*.

A solução proposta pelo Ministro, então, seria alcançável através de *uma interpretação harmonizadora, fundada no substrato axiológico (ética e moralidade na política) das normas constitucionais sobre o tema (art. 14, § 9º, art. 15, III e V, art. 55, IV, V e VI, e art. 37, § 4º* – na mesma linha do que adotara o Ministro Carlos Velloso no julgamento no TSE, em 1995, que ensejou a interposição do RE 179.502/MG.

Consignou que a solução adotada pelo Ministro Moreira Alves no RE 179.502/SP, do tipo lógico-formal (*lex speciali derrogat lex generali*) era insuficiente para fazer cessar a incongruência na sistemática da perda de mandato em decorrência da suspensão dos direitos políticos, e que deveria ser adotada solução conciliadora, *partindo de princípios e valores que informam todo o sistema normativo*, pautado na *ética ou moralidade na política*, ou seja, no sentido de que cidadãos condenados com transito em julgado não deveriam participar da gestão da coisa pública em decorrência do *princípio republicano* que estrutura a ordem jurídica.

Adotou, assim, a interpretação lógico-sistemática para evitar contradições na aplicação do texto constitucional, assentando que:

> "pelo menos nos casos de condenação criminal transitada em julgado por crimes nos quais a improbidade administrativa esteja ínsita nos respectivos tipos penais, o Poder Judiciário poderá aplicar o art. 15, III, c/c o art. 55, IV, e § 3º, culminando com a perda do mandato em razão da suspensão dos direitos políticos, a qual deve apenas ser declarada pela Casa legislativa."

34. De acordo com o Ministro, houve uma "pane" no processo constituinte*: Os mesmos constituintes que empreenderam esforços para que a redação do art. 55, VI e § 2º, fosse esta afinal aprovada, também tentaram alterar o texto do art. 15, inciso III, para evitar a antinomia entre as regras constitucionais, mas, no último caso, não lograram êxito, de modo que essa* "pane" *no processo constituinte gerou o problema que se deve enfrentar agora*. As razões da tentativa de alteração do art. 15, III, ficam claras a partir da leitura da seguinte passagem de fala proferida em debate pelo Sr. Constituinte Oswaldo Lima Filho: "*Isto significa que qualquer parlamentar, federal ou estadual, condenado por crime doloso* (queria dizer culposo)*, por acidente de automóvel, por um caso criminal de vias de fato, condenado a pena alternativa, pode ter seu mandato cassado*. É absurdo." (grifos nossos)

A decisão final na AP 470/MG suspendeu os direitos políticos de todos os réus, e decretou a perda do mandato dos réus João Paulo Cunha, Valdemar da Costa Neto e Pedro Henry, nos termos do art. 55, inciso VI e § 3º, da Constituição, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber e Carmen Lucia, que aplicavam à espécie o § 2º.

Na AP 396/RO, Rel. Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, julgado em 26.06.2013, publicado em 04.10.2013, o réu, Deputado Federal Natan Donadon, renunciou ao mandato na véspera do julgamento da ação penal pelo Plenário, no claro intuito de deslocar a competência para processá-lo e julgá-lo às instâncias ordinárias. O Tribunal decidiu, por maioria[35], que a renúncia configurou flagrante abuso de direito, e ratificou sua competência. Naquele mesmo ano, após a condenação, foi novamente eleito ao cargo de Deputado Federal.

Após a PGR ter requerido sua prisão imediata, a defesa suscitou questão de ordem afirmando que o Deputado era credor das prerrogativas previstas no art. 53, § 2º[36], e 55, § 2º, da Constituição Federal. Na ementa do julgamento, quase ininteligível, constou que "determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal", na esteira do que restou decidido na AP 470/MG.

Apesar de na ementa[37] da questão de ordem constar que a perda do mandato seria automática, não foi isso que aconteceu[38]. Mesmo depois de Donadon já ter

35. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que assentou a incompetência do Supremo Tribunal Federal.

36. Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

    [...]

    § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

37. EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR. SUSPENSÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS. 1. A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento.

38. A falha hermenêutica pode ter ocorrido porque a discussão na questão de ordem foi mais dedicada à controvérsia sobre imediata prisão do então parlamentar. Alguns Ministros

iniciado o cumprimento da pena em regime fechado, o Presidente da Câmara dos Deputados, depois de suspender as prerrogativas de seu mandato, incluindo a remuneração, mas sem decretar a perda, pautou no Plenário da Casa a deliberação sobre o feito, não tendo sido alcançado o *quórum* qualificado exigido pelo § 2º do art. 55 da Constituição Federal. Tornou-se, assim, o primeiro caso no Brasil em que um parlamentar exerceria o mandato mesmo preso em regime fechado.

O recém empossado Ministro Roberto Barroso, no julgamento do MS 32.326, julgado em 02.09.2013[39], deferiu liminar[40] para suspender os efeitos da decisão da Câmara, cujo *periculum in mora* para a concessão da medida fundamentou-se na "gravidade moral e institucional de se manterem os efeitos de uma decisão política que [...] chancela a existência de um Deputado presidiário". A construção jurídica se deu através da combinação de dois comandos constitucionais que determinam a perda do mandato, por mera declaração da Mesa da Casa (nos termos do art. 55, § 3º): art. 55, inciso III[41], e art. 56, II[42], ambos da CF, que tratam,

expressamente votaram no sentido de que a perda do mandato não seria automática, como Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Neste sentido, veja-se o seguinte trecho do aditamento ao voto de Teori: O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – "Senhor Presidente, gostaria de fazer um pequeno acréscimo no meu voto para dizer que, nos termos da Constituição, não há nenhuma incompatibilidade entre a manutenção do cargo de deputado e o cumprimento de uma prisão, tanto que a Constituição prevê a hipótese de prisão em flagrante de um deputado, que ele, obviamente, vai cumprir, embora não esteja formalmente destituído do cargo."

39. Publicado em 04.09.2013.

40. "Considero, ademais, haver *periculum in mora* (perigo na demora) pela gravidade moral e institucional de se manterem os efeitos de uma decisão política que, desconsiderando uma impossibilidade fática e jurídica, chancela a existência de um Deputado presidiário, cumprindo pena de mais de 13 (treze) anos, em regime inicial fechado. A indignação cívica, a perplexidade jurídica, o abalo às instituições e o constrangimento que tal situação gera para os Poderes constituídos legitimam a atuação imediata do Judiciário.

    Como consequência, suspendo os efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados acerca da Representação 20, de 21 de agosto de 2013, até o julgamento definitivo do presente mandado de segurança pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Esclareço que a presente decisão não produz a perda automática do mandato, cuja declaração – ainda quando constitua ato vinculado – é de atribuição da Mesa da Câmara." MS 32.326, Rel. Min. Roberto Barroso.

41. Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

    [...]

em suma, da impossibilidade física (critério material), do comparecimento à Casa Legislativa para o exercício do mandato. Em nova deliberação pelo Plenário da Câmara, este com votação aberta, foi então decretada a perda do mandato do parlamentar.

A solução adotada pelo Ministro Barroso trouxe novos contornos à matéria, e o Supremo passou a ter um precedente que, na prática, determina a perda do mandato eletivo a qualquer parlamentar que esteja condenado a pena em regime fechado e cuja reclusão supere *a terça parte das sessões ordinárias da Casa* e/ou *ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.*

Se na AP 396/RO o Tribunal decidiu pela aplicação do § 3º do art. 55 da CF, com a decretação da perda automática do mandato, sem que tenha isso ocorrido na prática, na AP 565/RO, Rel. Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, julgado em 08.08.2013, publicado em 23.05.2014, ocorreu o rompimento[43] formal do entendimento dado pelo Supremo no julgamento do Mensalão. Em resumo, determinou-se a aplicação do art. 55, § 2º, da CF, para submeter a deliberação sobre a perda do mandato do então Senador Ivo Cassol à Casa Legislativa.

A mudança de entendimento pode ter ocorrido pela diferença no *quantum* de pena aplicado a Ivo Cassol na AP 565/RO (4 anos, 8 meses e 26 dias) e a Natan Donadon na AP 396/RO[44] (13 anos, 4 meses e 10 dias), e o consequente regime de pena fixado em cada caso, semiaberto e fechado, respectivamente. O recém empossado Ministro Roberto Barroso mencionou nos debates:

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

42. Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

II – licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

43. Decisão: [...] "Com relação ao réu Ivo Narciso Cassol, o Tribunal, por maioria, decidiu pela aplicação do artigo 55, inciso VI, e § 2º, da Constituição Federal, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente) [...] Impedido o Min. Luiz Fux".

44. Lembremos que a liminar proferida pelo Min. Barroso no MS 32.326, que determinou a suspensão da decisão do Plenário da Câmara que havia mantido o mandato de Natan Donadon se deu porque a pena privativa de liberdade estava sendo cumprida em regime fechado. No caso do Senador Ivo Cassol, julgado na AP 565/RO, o regime aplicado foi o semiaberto, pela pena de detenção de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses.

> "Presidente, eu não votei, perdão, nessa questão da perda do mandato. Então, gostaria de fazê-lo, para dizer que o meu posicionamento doutrinário é o de que deveria decorrer logicamente do sistema que a condenação implicasse a perda do mandato. Portanto, acho que essa seria a solução natural. Nada obstante isso, encontro obstáculo intransponível na literalidade do art. 55, VI e seu parágrafo 2º. De modo que, embora, ache que seja incongruente, a incongruência foi cometida pelo Constituinte. E, portanto, como posso interpretar a Constituição, mas, às vezes, infelizmente, não possa emendá-la [...]."

Nas ações penais AP 563/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 21.10.2014, publicado em 28.11.2014, AP 572/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11.11.2014, publicado em 10.02.2015, e AP 618/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 13.12.2016, publicado em 02.06.2017, em que os parlamentares Protógenes de Queiróz, Francisco Vieira Sampaio e Washington Reis de Oliveira, respectivamente, foram condenados em regime mais brando que o fechado, foi replicado o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário decretar a perda do mandato parlamentar, cuja decisão compete à Casa Legislativa.

Na AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02.05.2017, publicado em 31.08.2017, também aplicou-se, à unanimidade, a solução dada pelo Ministro Barroso no MS 32.326, no sentido de que a perda do mandato, regra geral, é decidida pela Casa Legislativa, à exceção de quando a pena privativa de liberdade alcançar o regime fechado, quando então torna-se automática, como efeito, antecipado pelo órgão judicante, da ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa que integra (art. 55, III, da CF).

No caso, o Deputado Federal Paulo Feijó foi condenado a 12 anos e 7 meses por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Na oportunidade, consignou a Relatora Rosa Weber:

> "7. Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso –, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade

com o artigo 55, III, § 3º, da CF. Precedente: MC no MS 32.326/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 02.09.2013."

O Senador da República Acir Gurgacz, condenado na AP 935/AM (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 27.02.2018, publicado em 01.08.2018) a 4 anos e 6 meses de reclusão em regime semiaberto por desvio de finalidade na aplicação de empréstimo de recurso público (art. 20[45] da Lei 7.492/1986), teve seu mandato preservado pelo Supremo Tribunal Federal, posto que, após o transito em julgado da ação penal, o Senado Federal foi oficiado para que deliberasse sobre a perda do mandato, nos termos do art. 55, § 2º, CF, o que ainda não ocorreu. Cumprindo pena no regime semiaberto, Gurgacz foi autorizado pelo Ministro Alexandre de Moraes a realizar trabalho externo, consistente no exercício de seu mandato de Senador, que se encerra em 2023.

Na decisão monocrática, o Ministro citou a decisão proferida na Rcl 30.524, Rel. Min. Roberto Barroso, de 07.06.2018, em que foi autorizado ao Deputado Federal João Rodrigues, condenado pelo TRF4 a 5 anos e 3 meses, em regime semiaberto, por crime previsto na Lei 8.666/1993, a exercer seu mandato durante o dia e retornar à penitenciária durante a noite. Há caso semelhante, não julgado pelo STF e por isso metodologicamente excluído da análise, mas que merece menção: o Deputado Federal Celso Jacob foi autorizado pelo juízo de Execuções Penais do Distrito Federal a cumprir a pena que lhe foi aplicada, em regime semiaberto, concomitantemente ao exercício do mandato parlamentar. A decisão foi revogada pelo TJDFT em 2017.

O Deputado Federal Paulo Maluf, condenado na AP 863/SP (Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 23.05.2017, publicado em 29.08.2017) como incurso nas sanções do art. 1º, inc. V, e no art. 1º, § 1º, inc. II, da Lei 9.613/1998 à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, teve a perda de seu mandato decretada pelo próprio Supremo, em decorrência do regime inicial de pena que lhe foi aplicado, mantendo-se o entendimento até então prevalecente na Corte.

O julgado mais recente encontrado de parlamentar no exercício do mandato condenado com trânsito em julgado é a AP 996 (Rel. Min. Edson Fachin,

45. Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Segunda Turma, julgado em 29.05.2018, publicado em 08.02.2019), marcada por ser a primeira condenação originária do Supremo no âmbito da Operação Lava Jato. Nelson Meurer, Deputado Federal, foi condenado a 13 anos e 9 meses de prisão, em regime fechado, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Por maioria, a turma decidiu que a perda do mandato do parlamentar não é automática, devendo, após o trânsito em julgado, ser oficiada a Câmara dos Deputados para proceder nos termos do art. 55, § 2º, da Constituição.

Na Segunda Turma, esse rompimento do precedente, criado a partir da decisão proferida pelo Min. Roberto Barroso no MS 32.326, em 2013, foi inaugurado pelo voto do Min. Dias Toffoli, e seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Em seu voto, Toffoli fez referência a seus votos proferidos nas APs 481/PA, 470/MG e 618/RJ, além de apresentar trechos do fatídico RE 179.502/SP, a fim de demonstrar sua coerência no entendimento da matéria.

Em 2018, a Mesa da Câmara dos deputados ingressou com a ADPF 511, Rel. Min. Roberto Barroso, tendo por objeto a *decisão judicial proferida pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Penal 694*, à época ainda em curso[46], que firmou o entendimento no sentido de que a perda do mandato eletivo era consequência automática da condenação criminal com trânsito em julgado quando o regime inicial de cumprimento de pena fosse o fechado. Muito embora o pedido da ADPF foi bastante específico, de *afastar a decisão proferida pela Primeira Turma na Ação Penal 694, na parte em que decretou a perda do mandato parlamentar*, a causa de pedir diz respeito à matéria objeto de estudo. A medida cautelar requerida, de suspensão da tramitação da referida ação penal, foi negada pelo relator em 15.03.2018, tendo Barroso reconhecido a *relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica* ao postergar a análise da admissibilidade da ação para momento posterior à instrução, o que ainda não ocorreu.

Como se vê, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria é bastante instável. Desde o RE 179.502/SP, julgado em 1995, houve diversas alterações de entendimento sobre a perda do mandato do parlamentar em decorrência do trânsito em julgado da condenação criminal.

O quadro a seguir sintetiza todas as ações penais originárias encontradas pelos mecanismos de busca adotados em que houve discussão sobre a perda do mandato do parlamentar em decorrência do trânsito em julgado da condenação criminal.

46. A AP 694/MT transitou em julgado em 13.02.2020, quando Paulo Feijó não mais detinha o mandato de Deputado Federal.

Quadro 3 – Ações Penais sobre perda do mandato parlamentar decorrentes de condenação criminal com trânsito em julgado

Processo	Data (julgamento)	Órgão Julgador	Cargo Político	Aplicação do art. 55 CF[47]?	Crime: abuso de poder ou contra a administração pública?	Regime
AP 481/PA	08.09.2011	Plenário	Deputado Federal	§ 2º	Não	Aberto
AP 470/MG	17.12.2012	Plenário	Deputados Federais	§ 3º	Sim	Fechado e semiaberto
AP 396/RO	26.03.2013	Plenário	Deputado Federal	§ 3º[48]	Sim	Fechado
AP 565/RO	08.08.2013	2ª Turma	Senador	§ 2º	Sim	Semiaberto
AP 563/SP	21.10.2014	2ª Turma	Deputado Federal	§ 2º*	Sim	Semiaberto
AP 572/RR	11.11.2014	2ª Turma	Deputado Federal	§ 2º*	Sim	Semiaberto
AP 618/RJ	13.12.2016	2ª Turma	Deputado Federal	§ 2º	Sim[49]	Semiaberto
AP 694/MT	02.05.2017	1ª Turma	Deputado Federal	§ 3º*	Sim	Fechado
AP 863/SP	23.05.2017	1ª Turma	Deputado Federal	§ 3º*	Sim	Fechado
AP 935/AM	27.02.2018	1ª Turma	Senador	§ 2º	Não	Semiaberto
AP 996/DF	27.02.2018	2ª Turma	Deputado Federal	§ 2º	Sim	Fechado

Fonte: elaboração própria.

47. Nos resultados marcados com asterisco, houve menção expressa na decisão de que o § 2º aplica-se como regra geral, enquanto a aplicação do § 3º se dá quando fixado o regime fechado para o cumprimento inicial da pena.
48. Apesar de ter sido aplicado o § 3º, na prática, ocorreu o contrário. O Presidente da Câmara pautou o processo para a deliberação do Plenário, que manteve o mandato do parlamentar. No MS 32.326, o Min. Roberto Barroso suspendeu a decisão da Câmara.
49. Muito embora Washington Reis de Oliveira tenha sido condenado por crime ambiental, houve aumento de pena com fundamento no art. 61, II, "g", do CP, que trata de abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo. À época do crime, Washington era prefeito municipal, vindo a ser diplomado Deputado Federal no curso da ação penal.

4. CONCLUSÕES

A partir da análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, instrumento pelo qual optamos metodologicamente por restringir a pesquisa, algumas respostas colocadas como perguntas-problema puderam ser respondidas. Objetivamente, foram três os pontos de inquietude: a) se existe antinomia entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, no tocante ao procedimento a ser observado para se decretar a perda do mandato eletivo de parlamentar; b) se existe antinomia entre o art. 15, III, da Constituição Federal e o art. 92, I, do Código Penal; e c) se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo.

Passamos, então, às respostas.

4.1. A antinomia total-parcial existente entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal

A primeira pergunta que nos propusemos a responder foi sobre a possível antinomia existente entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, haja vista que, havendo condenação criminal transitada em julgado, aparentemente ambos os dispositivos são aplicáveis. O do § 2º porque taxativamente prevê que o parlamentar que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (art. 55, VI) somente perde seu mandato por votação da maioria absoluta da Casa a que pertencer. Por outro lado, o § 3º prevê que o parlamentar que perder ou tiver seus direitos políticos suspensos (art. 55, IV) perde o mandato pela simples declaração da Mesa da respectiva Casa, o que ocorreria em razão da autoaplicabilidade do art. 15, III, da Constituição, que determina a suspensão dos direitos políticos do cidadão que vier a ser condenado criminalmente por sentença definitiva, enquanto durarem seus efeitos.

Percorrendo o caminho jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, concluímos que há antinomia total-parcial entre os dispositivos. Essa antinomia é reconhecida desde o primeiro julgamento sobre a matéria, o RE 179.502/SP[50]. Como bem destacou o Ministro Moreira Alves em seu voto, trata-se de uma "antinomia total-parcial", cuja solução, a partir da teoria de Bobbio, se daria, para o Ministro, pelo critério da especialidade do § 2º, com a ressalva da aplicabilidade apenas a parlamentares.

50. Vale lembrar, mais uma vez, que o caso concreto não tratava de parlamentar, mas de vereador, de modo que a discussão foi travada apenas *obter dictum*.

A corroborar tal constatação, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da AP 470/MG, trouxe em seu voto uma robusta fundamentação a demonstrar o fenômeno, explicando que, na Constituinte, a condenação criminal transitada em julgado foi deslocada do § 3º, em que estava originalmente prevista, para o § 2º, via emenda modificativa proposta pelo Constituinte Antero de Barros, quando o texto foi submetido à votação do Plenário em 1º turno. Tal transposição acarretou, de acordo com o Ministro, antinomia em relação ao art. 15, III, e uma incongruência na sistemática na perda de mandato. O voto destaca, também, a falta de racionalidade do sistema, ao constatar que a exigência da deliberação pela respectiva Casa Legislativa não se estende a vereadores e Chefes do Poder Executivo[51].

Trata-se de antinomia total-parcial porque nenhum dos dispositivos pode ser aplicado sem entrar em conflito com o outro, mas é certo que o âmbito de validade do § 2º é mais restrito que do § 3º. Logo, aplicando-se a regra do § 3º, estar-se-á retirando por completo a validade do § 2º no tocante à condenação criminal transitada em julgado. Porém, o contrário não é verdadeiro, vez que, havendo qualquer outra hipótese de suspensão ou perda dos direitos políticos que não a do inciso III, como o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, por exemplo (inciso I), permanece válida a regra do § 3º.

Em suma, através do método de interpretação semântico, ambos os dispositivos seriam aplicáveis, conforme mencionado alhures. Contudo, é possível solucionar a contradição através do método sistemático de interpretação, em que a regra específica do § 2º prevalece sobre a regra geral do § 3º[52].

---

51. Conforme decidiu a Corte no julgamento do RE 225.019/GO.

52. Válido registrar que, para o Ministro Barroso, inexiste antinomia entre os dispositivos. Conforme apontou no MS 32.326 MC/DF "Não existe antinomia entre o art. 55, VI e § 2º, de um lado, e o art. 15, III, de outro [...] A proposição que concilia ambas as normas é relativamente singela e pode ser assim enunciada: a perda ou suspensão dos direitos políticos se dará no caso de condenação criminal transitada em julgado, sendo que, em se tratando de Deputado e Senador, ela estará sujeita a decisão do Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta. Entendimento análogo já fora adotado pelo STF no RE 179.502, Rel. Min. Moreira Alves. Criou-se, portanto, uma regra específica em relação a Deputados e Senadores. E, efetivamente, há um elemento distintivo na situação desses agentes: o fato de serem titulares de mandato parlamentar, conferido por votação popular. Independentemente de se achar essa solução boa ou ruim, o fato é que a distinção não se assenta em fundamento irrazoável. Já o inciso IV do art. 553, ao prever que perderá o mandato o Deputado ou Senador 'que perder ou tiver suspensos os direitos políticos', naturalmente, não se refere à hipótese de condenação criminal, que está prevista no inciso VI, logo adiante. Vale dizer: nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em geral, a perda do mandato se dá

Reconhecida a antinomia, pôde-se observar também que o entendimento do Supremo nunca foi linear. O quadro apresentado no tópico anterior mostra que diversas foram as interpretações dadas ao instituto, hora pendendo para a necessidade de submissão do mandato ao juízo político da Casa respectiva, hora pela mera decretação da Mesa. Um terceiro posicionamento surgiu com força a partir da liminar concedida no MS 32.326 pelo Ministro Roberto Barroso, em 02.09.2013, momento em que se passou a entender que a regra geral é a aplicação do § 2º, salvo quando o regime de pena fixado for o fechado, porque, nesse caso, a ausência do parlamentar superaria a terça parte das sessões ordinárias da Casa legislativa, ensejando a declaração da perda nos termos do art. 55, III c/c § 3º.

Esse entendimento prevaleceu até 2018, quando, então, a Segunda Turma, ao julgar a AP 996/DF, condenou o Deputado Nelson Meurer[53] à pena de 13 anos e 9 meses de reclusão em regime fechado, mas, por maioria, determinou que fosse oficiada a Câmara dos Deputados para que deliberasse sobre o mandato, nos termos do art. 55, § 2º. O Conselho de Ética chegou a abrir o processo de cassação, mas o mandato de Meurer se encerrou no final daquele ano, não tendo o ex-parlamentar concorrido novamente às eleições.

Dessa forma, objetivamente, conclui-se que há antinomia total-parcial entre os dispositivos, mas tal antinomia é superada através da hermenêutica constitucional, como se observou através dos inúmeros fundamentos apresentados nos votos condutores analisados.

4.2. A compatibilidade entre o art. 15, III, da Constituição Federal e o art. 92, I, do Código Penal

A segunda pergunta-problema trata da possível antinomia entre o art. 15, III, da Constituição Federal e o art. 92, I, do Código Penal. Afinal, se a condenação criminal transitada em julgado enseja automaticamente a suspensão dos direitos políticos, e essa, por sua vez, é pressuposto para o exercício do mandato, quando seria aplicável o efeito secundário da condenação criminal consistente na decretação da perda do mandato eletivo pela sentença?

---

por declaração da Mesa; nos casos de condenação criminal, por deliberação do Plenário. Novamente, qualquer pessoa pode achar que não é boa a solução. Mas certamente não há antinomia."

53. Nelson Meurer foi preso em 2019, e faleceu durante o cumprimento da pena, vítima de covid-19, após ter tido três *habeas corpus* negados pelo Supremo Tribunal Federal para cumprir a pena em prisão domiciliar.

Apesar da menção expressa ao dispositivo infraconstitucional em diversos julgados analisados, pragmaticamente apenas as normas constitucionais determinam a manutenção ou a perda do mandato eletivo em decorrência da condenação criminal transitada em julgado. Assim, podemos concluir que não se trata de antinomia normativa a relação existente entre o art. 15, III, da Constituição Federal e o art. 92, I, do Código Penal, porque as normas não são contraditórias.

Contudo, o efeito secundário específico da condenação previsto no art. 92, I, do Código Penal *não possui eficácia*, pois em nenhum dos julgados analisados foi constatada sua aplicabilidade, vez que a manutenção ou a perda do mandato sempre decorre da suspensão dos direitos políticos resultante da autoaplicabilidade do art. 15, III, da Constituição Federal, remanescendo a discussão apenas quanto ao procedimento a ser adotado para os Deputados Federais, Senadores e Deputados Estaduais e Distritais – votação da maioria da Casa (art. 55, § 2º, CF) ou declaração da Mesa (art. 55, § 3º, CF) – já que para vereadores e detentores de mandato do Poder Executivo, prevalece a perda automática.

Nesse ponto, vale fazer a ressalva ao entendimento do Ministro Marco Aurélio Mello, que participa da discussão da matéria desde o primeiro julgamento analisado, o RE 179.502. Para o Ministro, o art. 15, III da Constituição Federal comporta interpretação estrita, porque se trata de uma garantia à intangibilidade dos direitos políticos, e não de uma pena acessória. Assim, se prevalecesse tal entendimento, com restrição ao alcance do art. 15, III, o art. 92, I, do Código Penal seria perfeitamente eficaz, porque permitiria a interpretação sistemática do ordenamento constitucional e infraconstitucional e, nesse, estariam estabelecidos os critérios permissivos da perda do mandato eletivo: condenações por crimes contra a administração pública ou abuso de poder com pena maior de um ano de privação de liberdade, ou, por qualquer outro crime, cuja condenação ao cárcere superasse 4 anos.

Contudo, como desde 1995 a interpretação do art. 15, III, é pela sua autoaplicabilidade independentemente da natureza do crime e da quantidade de pena, seu efeito reflexo foi justamente retirar a eficácia do art. 92, I, do Código Penal, justamente porque a perda do mandato eletivo decorre do sentido radical conferido à norma constitucional, que determina a suspensão dos direitos políticos *incontinenti*, inclusive quando a pena restritiva de liberdade for substituída pela restritiva de direitos, como restou decidido em sede de repercussão geral no tema 370, julgado em 2019.

Tal constatação é corroborada pela doutrina de Bim (2006, p. 81):

> "A previsão da perda do mandato por condenação criminal transitada em julgado tem a função de proteger o parlamento – não necessariamente o

> parlamentar – e não de prejudicá-lo. É que, além da perda do cargo público ser efeito secundário, embora não automático, da sentença criminal condenatória transitada em julgado (art. 92, I, do CP), ela também suspende os direitos políticos (CF, art. 15, III), levando, se não fosse o artigo 55, VI, à extinção do mandato parlamentar. Em suma, com a previsão constitucional, a perda não é automática, dependendo da avaliação da casa parlamentar em um juízo político (processo de cassação) para averiguar eventuais danos à imagem da instituição."

Veja-se que o autor, apesar de reconhecer a existência da norma infraconstitucional que trata da perda do mandato como efeito secundário da condenação, assevera que, não fosse a previsão do art. 55, VI, da Constituição Federal (para parlamentares federais), a extinção do mandato se daria pela regra do art. 15, III, da Constituição Federal, leia-se, pelo trânsito em julgado da sentença criminal condenatória.

Metodologicamente, optamos por analisar o quadro do tópico anterior para chegar a tal conclusão, sem nos atermos às discussões e a trechos de votos proferidos nas amostras jurisprudenciais colhidas, haja vista o grande número de julgados em que houve menção ao art. 92, I, do Código Penal, sem, contudo, tal fato significar a incidência da norma na decisão final.

Apenas para ilustrar o que afirmamos, constatamos na ementa da AP 470/MG que a referida norma foi expressamente mencionada.

> "3. A previsão contida no artigo 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político."

Da leitura do excerto, seria possível entender que o efeito secundário da condenação previsto no art. 92, I, deu azo à perda dos mandatos eletivos dos parlamentares condenados na AP 470/MG. Contudo, na mesma ementa, em trecho imediatamente subsequente, restou consignado:

> "4. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado,

> suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. A perda dos direitos políticos é 'consequência da existência da coisa julgada' [pela regra do art. 15, III]. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo 'outra conduta senão a declaração da extinção do mandato' (RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim). Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado."

Pudemos constatar certa ininteligibilidade hermenêutica em diversos julgados. Confusões conceituais como perda/suspensão de direitos políticos com a perda do mandato eletivo. Como dito, verificamos que a jurisprudência não nega a validade e a vigência da norma prevista no art. 92, I, do Código Penal, mas sua eficácia é inexistente, haja vista que, em todas as amostras analisadas, foi a norma constitucional quem ditou o rumo das decisões: autoaplicabilidade do art. 15, III, que gera a perda do mandato, com as exceções das prerrogativas parlamentares previstas no § 2º do art. 55 da CF.

4.3. As hipóteses em que o trânsito em julgado da condenação criminal não enseja a perda do mandato eletivo

Para responder se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo, basta realizar uma interpretação lógica da resposta obtida no primeiro questionamento, em que tratamos da antinomia total-parcial existente entre os §§ 2º e 3 do art. 55 da Constituição Federal.

De início, procedemos com o método de conclusão por exclusão: a perda do mandato eletivo é mandatória para vereadores e detentores de mandatos eletivos no Poder Executivo, em razão da opção feita pelo Constituinte de submeter ao juízo político apenas os mandatos de Deputados Federais e Senadores condenados criminalmente por sentença transitada em julgado, cuja extensão de tal prerrogativa foi dada pela Constituição aos Deputados Estaduais e Distritais (art. 27, § 1º, e 32, § 3º, respectivamente).

Para os Senadores e Deputados Federais (e Estaduais e Distritais), é possível que a condenação criminal transitada em julgado não signifique, automaticamente, a perda do mandato, desde que: a) o órgão judicante, ao dispor sobre tal

efeito da condenação na sentença, interprete como aplicável o § 2º do art. 55 da Constituição Federal; b) que a Mesa ou partido político com representação no Congresso Nacional provoque a respectiva Casa, e que; c) na deliberação Plenária da respectiva Casa, após o exercício da ampla defesa, não se atinja a maioria absoluta de votos pela perda do mandato.

Tal situação ocorreu com o Deputado Federal Natan Donadon. Condenado na AP 396/RO, Donadon elegeu-se, foi diplomado e empossado como Deputado Federal antes do trânsito em julgado do Acórdão. A defesa então suscitou questão de ordem requerendo o reconhecimento da prerrogativa parlamentar do art. 55, § 2º, e a consequente impossibilidade de prisão nos termos do art. 53, § 2º. Ao apreciar o pedido, o Plenário decidiu por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio[54], que "a perda do mandato parlamentar [...] deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos", resolvendo a questão de ordem no sentido que, "determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento".

Muito embora a decisão indicar que a perda do mandato decorreria do transito em julgado da condenação, mesmo já preso em regime fechado cumprindo a pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão que lhe foi imposta, o Plenário da Câmara pautou em agosto de 2013 a cassação de seu mandato, não tendo sido atingida, em voto secreto, a maioria absoluta exigida pelo § 2º do art. 55 da CF. Tal situação, de um condenado em regime fechado estar em pleno exercício do mandato de Deputado Federal, ensejou a impetração do MS 32.326, que, por meio de medida cautelar concedida pelo Ministro Roberto Barroso, implementou um novo entendimento na Corte, no sentido de que ao parlamentar "cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória".

54. Apesar da questão de ordem versar, em sua essência, sobre a manutenção do mandato e a impossibilidade de prisão, a divergência do Ministro Marco Aurélio foi apenas sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar Natan Donadon após sua renúncia (no curso da ação penal, antes da nova eleição ao mandato). No tocante à prisão do réu após o trânsito em julgado, o Ministro aderiu à maioria, entendendo que a garantia parlamentar do art. 53, § 2º abrange apenas a prisão provisória, "não alcançando, portanto, a que decorra de um mandado visando o cumprimento da pena, visando a execução de condenação judicial".

Como vimos, no julgamento da AP 996, em 2018, a Segunda Turma rompeu com a interpretação sistemática inaugurada em 2013 pelo Ministro Barroso, no MS 32.326 MC, e voltou a aplicar de forma irrestrita o § 2º do art. 55, determinando que o Plenário da Câmara deliberasse sobre o mandato de Nelson Meurer, condenado a 13 anos e 9 meses de reclusão na "Lava Jato", o que nunca aconteceu.

5. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018.

BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 169, p. 65-94, jan. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli-editore, 1960.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. *Direitos políticos fundamentais*: A sua suspensão por condenação criminal e por improbidade administrativa. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Orgs.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GORDILHO, Maria Celina Monteiro. *Cassação de mandato, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade:* relações entre direito e política no regime militar brasileiro (1968 – 1970). Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18902/1/2015_MariaCelinaMonteiroGordilho.pdf]. Acesso em: 01.03.2020.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*: a questão fundamental da democracia. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php]. Acesso em: 15.07.2020.

PELUSO, Cezar. *Constituição, direitos fundamentais e democracia*: o papel das Supremas Cortes. 2007. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_CP.pdf]. Acesso em: 12.05.2011.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. (Org.). *Metodologia jurídica*: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECONDO, Felipe. *Tanques e togas*: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional:* teoria, histórias e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Disponível em: [www.academia.edu/18517817/Cl%C3%A1udio_P_S_Neto_e_Daniel_Sarmento_Direito_constitucional_teoria_hist%C3%B3ria_e_m%C3%A9todos_de_trabalho_PDF]. Acesso em: 20.05.2020.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 123, p. 177-183, jul.-set. 1994. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176217]. Acesso em: 20.01.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado, de Jorge Abikair Neto – *RCP* 17/65-83 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 9/1065-1083 (DTR\2015\11078); e
- Direitos políticos – Perda, suspensão e controle jurisdicional, de Teori Albino Zavascki – *RT* 977/27-39 (DTR\2017\446).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- *RT* 1023/381 (JRP\2020\1068605) e *RT* 940/345 (JRP\2013\14841); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2013\291531.

A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*

The expansion of negotiated justice in the Brazilian criminal process: what can (not) be learned from the American experience with plea bargaining

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Guilherme Rodrigues Abrão

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS). Especialista em Ciências Criminais (Rede LFG/UNAMA) e em Direito Penal Empresarial (PUC-RS). Advogado criminalista. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4904763893045002]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8643-2469]
gabrao@terra.com.br

Recebido em: 31.07.2020
Aprovado em: 12.02.2021
Última versão do(a) autor(a): 17.02.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal; Internacional

Resumo: A expansão da justiça criminal negociada vem se tornando cada vez mais frequente, inclusive, com a adoção de novos mecanismos de consenso. De uma prática já consolidada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais com os institutos do acordo, composição cível dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, depara-se agora com o frequente uso em casos criminais da colaboração premiada e do recentemente criado Acordo de Não Persecução Penal. Prática comum no sistema de justiça norte-americano o *plea bargaining* transcendeu fronteiras e passou a inspirar instrumentos e práticas processuais semelhantes, em uma ideia de desburocratização e aceleração dos julgamentos penais. Todavia, esse instituto e seus reflexos no nosso ordenamento devem ser vistos com

Abstract: The expansion of negotiated criminal justice is becoming increasingly frequent, and new consensus mechanisms have even been adopted. The practice of settlements, civil damages, penal transactions, and the conditional suspension of the process are already incorporated within Special Criminal Courts' scope. Now we are facing the frequent practice of turning the state's evidence in criminal cases and the recently created Non-criminal Persecution Agreement. Plea bargaining is a common practice in the American justice system. It has transcended borders and has inspired similar procedural instruments and practices with the purpose of reducing bureaucracy and speeding up criminal trials. However, this institute and its reflexes in our organization must be analyzed with caution

Abrão, Guilherme Rodrigues. A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 179. ano 29. p. 177-196. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

cautela e reflexão, a fim de que seus pontos críticos sejam devidamente enfrentados e colocados às claras.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça negociada – Consenso no processo penal – *Plea bargaining* – Acordo de Não Persecução Penal.

so that its critical points are adequately addressed and made clear.

KEYWORDS: Negotiated justice – Consensus in criminal procedure – Plea bargaining – Non-criminal Persecution Agreement.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A realidade crítica do *plea bargaining*. 3. Aspectos pontuais do consenso em nosso ordenamento. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os instrumentos de consenso no processo penal, de certa forma, não representam uma novidade no ordenamento jurídico. Contudo, inegável que, atualmente, ganham cada vez mais espaço e dedicação acadêmica e técnico-profissional, pois os mecanismos de uma justiça negociada, ou barganha, enfim, de consenso no sistema de justiça criminal, aperfeiçoam-se e ganham novos contornos com o avanço da legislação. Aliás, como anota Gloeckner (2019, p. 183/184) "o fenômeno da expansão do espaço de consenso no processo penal parece irrefreável".

Conciliação, transação penal e composição civil dos danos, por exemplo, são instrumentos adotados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais desde 1995, com o advento da Lei 9.099, a qual instituiu os Juizados Especiais no país, embora previstos constitucionalmente desde 1988[1]. Igualmente, a suspensão condicional do processo[2], mecanismo de resolução consensual de casos penais, prevista na Lei 9.099/95, mas que abrange todo e qualquer crime, independente do procedimento (com raras e questionáveis exceções, como nos casos de crime

1. Dispõe o art. 98 da CF/88 que "a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau"; [...]
2. O art. 89 da Lei 9.099/95 prevê que "nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".

envolvendo violência doméstica), e desde que tenha pena mínima igual ou inferior a 01 (um) ano, é uma realidade inquestionável.

No aspecto histórico,

> "todos os mecanismos de consenso criminais foram introduzidos na legislação penal brasileira pela Constituição de 1988 e pelo legislador ordinário de 1995. Até então, não se admitia qualquer espécie de solução consensuada no processo penal, seja de natureza civil, criminal ou processual, pois regia o postulado da legalidade em sua pureza. [...]. A nota característica destes mecanismos é a potencialização do consenso no processo penal e a evitabilidade do encarceramento, inclusive provisório [...]." (GIACOMOLLI, 2006, p. 312)

Recentemente, fruto, em especial, da "Operação Lava Jato", o acordo de colaboração premiada, ou delação premiada, regido pela Lei 12.850/13, ganhou amplo destaque e passou a ser um importante mecanismo de obtenção de provas e de negociação de acusações e penas entre o acusador (Ministério Público Estadual ou Federal) e acusado(s), revelando-se um típico instrumento desta "nova" justiça criminal negocial.

Não há de se esquecer, sem a pretensão de neste artigo mencionar-se detidamente todos os instrumentos de negociação no sistema jurídico, dos acordos de leniência, previstos na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) e na Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11), os quais poderão acarretar reflexos no sistema de justiça criminal.

Aliás, em especial no tocante à colaboração premiada, embora importante instrumento de justiça negocial, mas cujo raciocínio aplica-se para os demais institutos, importa trazer a cautela de Rosa e Matida (2019), pois:

> "Além do transcurso temporal, no âmbito das delações também preocupa o potencial sugestivo que a sua rotina pode apresentar: indicações para que determinados nomes sejam citados, o estímulo para dizer aquilo que os promotores querem escutar, podem produzir confusões entre fatos desejados e fatos efetivamente vividos. Diretivas de como o relato do delator deve ser produzido e integrado ao processo precisam ser formuladas tendo em vista um genuíno compromisso do processo penal em evitar condenações injustas, com respeito à presunção de inocência e a um standard probatório mais elevado. A epistemologia e a psicologia do testemunho juntam-se ao garantismo processual penal numa dica de ouro: a forma de produção importa no resultado a ser produzido. Há um longo caminho regulamentatório a ser percorrido para que a delação possa, enfim, deixar de funcionar como um grande amontoado de *nudges* antiepistêmicos."

E, com a aprovação, ainda que parcial, do "Pacote Anticrime"[3], consubstanciado na Lei 13.964/19, a qual alterou dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, surge, então, o Acordo de Não Persecução Penal, regrado a partir do art. 28-A[4], do Código de Processo Penal brasileiro, como mais um instrumento de negociação para a resolução consensual do caso penal.

A inserção desse instituto, o mais recente e inovador em termos de instrumento de justiça criminal negocial, advém, portanto, da "perspectiva de ampliação do chamado espaço de consenso ou justiça negociada no processo penal, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo" (LOPES JR. e JOSITA, 2020).

Assim, cumpre antecipar, a justiça negociada no âmbito do sistema de justiça criminal, é uma realidade, um caminho sem volta, que, sem dúvidas, abre novos horizontes, desperta novas inquietações, diante das quais o tema deve ser analisado cautelosa e criticamente, a fim de que seja aperfeiçoado, e abusos sejam evitados, em especial com a ressalva de que a expansão desses espaços não incorra em uma mercantilização do sistema de justiça criminal, tornando-se um grande balcão de negócios.

Como bem adverte Vasconcellos (2020, p. 114), "como expressão da justiça negocial, juntamente com os acordos para reconhecimento de culpabilidade, a colaboração premiada se estabelece no ordenamento pátrio permeada pelos constantes discursos que clamam celeridade e eficiência à persecução penal".

Todavia, a lógica da eficiência e da economia não se deve sobrepor à lógica do eficiente e justo julgamento, assegurado constitucionalmente, conforme dispõe o art. 5º, inciso LIV, da CF/88[5], a todo cidadão acusado de um delito, nem mesmo representar a mitigação ou a flexibilização de direitos e garantias constitucionais, arduamente conquistados ao longo do tempo, em destaque para a plenitude de defesa e o contraditório, assim como o direito à não autoincriminação.

---

3. Conjunto de propostas de alteração legislativa envolvendo o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis esparsas, formulado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1]. Acesso em: 26.06.2020.
4. "Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]."
5. "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

Nesse sentido, vale observar, criticamente, ainda que de forma breve, o instituto do *plea bargaining*, comumente adotado nos EUA, como forma de solução eficiente e célere dos processos criminais, cujas ideias, inclusive, refletem cada vez mais em discussões sobre a adoção, ou não, deste instrumento no Brasil e em outros países, o que, inevitavelmente, deve ser visto com cautela, pois a importação desse mecanismo, inadaptado a uma realidade judiciária e processual como a nossa, representará, senão o "fim do processo penal" (STRECK *et al*., 2019), ao menos a perigosa renúncia e flexibilização de garantias fundamentais do *due process of law*[6].

2. A realidade crítica do *plea bargaining*

O *plea bargaining*, nos EUA, basicamente, é o acordo realizado entre acusador (*prosecutor*) e acusado (*defendant*) para que este último renuncie ao direito a um julgamento justo (o que lhe é assegurado pela Sexta Emenda da Constituição Americana[7]) e se declare culpado de um crime, recebendo em troca ou uma acusação mais branda ou uma pena menor em relação àquela possível de ser estabelecida em caso de condenação no julgamento (*trial*).

Kishan (2018, p. 28) sustenta que "'plea bargaining' ou 'plea agreement', de acordo com a jurisprudência criminal, é um acordo, ou barganha, entre a acusação e o acusado. O acusado renuncia ao direito de ser julgado e se declara culpado"[8].

6. Cabe esclarecer que o pacote de medidas apresentadas pelo então Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Moro, denominado Pacote Anticrime, e que resultou em alterações na legislação penal e processual penal, nos termos da Lei 13.964/2019, não logrou êxito em avançar na adoção do *plea bargaining* em nosso ordenamento. Como bem anotou Streck et al. (2019), "a Comissão conseguiu afastar o maior e mais grave retrocesso civilizatório: o plea bargaining. Aprovar uma ampliação do espaço negocial como proposto pelo Projeto Moro representaria o fim do processo penal e conduziria ao agravamento do superencarceramento, com foco especial nos clientes preferenciais do sistema".
7. "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence."
8. No original: "Plea bargaining or plea agreement in criminal jurisprudence is an agreement or bargaining between prosecution and defendant. The defendant gives off his right to free trial and pleads guilty."

Para Langbein (1978, p. 8), o *plea bargaining*:

> "ocorre quando o acusador (promotor) induz um acusado da prática de um crime a confessar sua culpa e a dispensar o seu direito de ir a julgamento, em troca de uma sanção criminal mais leniente em relação a que poderia ser imposta caso o acusado fosse condenado em um julgamento. O acusador pode oferecer esta leniência diretamente, na forma de uma acusação reduzida (menos grave), ou indiretamente, por meio da conivência do juiz, na forma de uma recomendação para uma sentença reduzida (pena mais branda), o que o juiz observará."[9]

A prática do *plea bargaining* é antiga nos EUA, sendo o caso Brady x United States, julgado em 1969, pela Suprema Corte, o paradigma na jurisprudência americana, por ser a (ou uma das) decisão (*leading case*) que reconheceu a constitucionalidade e a legalidade das negociações e dos acordos, inclusive, afirmando-se que o *plea bargaining* é inerente à administração do sistema de justiça criminal ("*is inherent in the criminal law and its administration, because guilty pleas are not constitutionally forbidden*")[10].

Não há receio, portanto, em reconhecer que os acordos de culpa (*guilty pleas*) representam, hoje, o sistema de justiça criminal norte-americano, sendo uma realidade que a esmagadora maioria dos casos criminais são resolvidos por meio de acordos. Os dados estatísticos dão conta que, no mínimo, mais de 90% dos casos federais são resolvidos desta maneira[11]. Logo, questionamentos já são feitos acerca dos problemas do júri americano (custoso, lento, burocrático, por exemplo) e do eventual fracasso do *adversarial system*, como bem anota Langbein (1978, p. 9).

9. No original: "Plea bargaining occurs when the prosecutor induces a criminal accused to confess guilt and to waive his right to trial in exchange for a more lenient criminal sanction than would be imposed if the accused were adjudicated guilty following trial. The prosecutor offers leniency either directly, in the form of a charge reduction, or indirectly, through the connivance of the judge, in the form of a recommendation for reduced sentence that the judge will follow."

10. U.S. Supreme Court: *Brady v. United States*, 397, U.S. 742, 1970. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/#tab-opinion-1948533]. Acesso em: 16.06.2020. Tradução livre referindo-se aos acordos: "eles são inerentes à administração da justiça criminal, porque acordos de culpa não são constitucionalmente proibidos."

11. Nesse sentido, cf. Kishan (2018), Langbein (1978) e Walsh (2017).

Assim, esses acordos acabam tomando o espaço do julgamento (*trial*) pelo júri, e representam um procedimento de não julgamento (*non trial procedure*), eis que parte da renúncia do acusado ao seu direito constitucional de ter um *fair trial*, que serve para condenar acusados de crimes, notadamente, graves. Daí sua duvidosa constitucionalidade para alguns, bem como o ponto de partida para as críticas que recebe.

E, isto não é apenas no tocante aos crimes comuns, mas abrange também a realidade dos crimes corporativos. Como bem anota Garret (2014, p. 26), "a maioria dos acusados nunca recebem um julgamento, pois resolvem seus casos ao aceitar um acordo e admitir sua culpa. O mesmo acontece para os acusados de crimes corporativos"[12].

Portanto, criticamente, um dos pontos questionáveis sobre os acordos envolvem a (in)voluntariedade do acusado ao firmar referido pacto com o acusador, diante da possível coerção, não física, mas intelectual, sofrida e ante sua posição fragilizada perante o órgão persecutório.

Langbein (1978, p. 12-13), por exemplo, faz um paralelo entre o moderno e tido como eficiente sistema de barganha da justiça criminal americana com o sistema de tortura empregado na Europa medieval. Sendo fiel às suas palavras, eis o ponto crucial:

> "In twentieth-century America we have duplicated the central experience of medieval European criminal procedure: we have moved from an adjudicatory to a concessionary system. We coerce the accused against whom we find probable cause to confess his guilt. To be sure, our means are much politer; we use no rack, no thumbscrew, no Spanish boot to mash his legs. But like the Europeans of distant centuries who did employ those machines, we make it terribly costly for na accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial. We threaten him with a materially increased sanction if he avails himself of his right and is thereafter convicted. This sentencing differential is what makes plea bargaining coercive. There is, of course, a difference between having your limbs crushed if you refuse to confess, or suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. Plea bargaining, like torture, is coercive."

Em uma posição fragilizada, muitas vezes sem nem mesmo conhecer quais as provas ou evidências há e embasam o caso penal, o acusado vê-se compelido a

12. No original: "The vast majority of criminal defendants never get a trial, instead settling their cases by accepting a plea bargain and admitting their guilt. The same is true for corporate defendants."

aceitar o acordo [seja para ser acusado de um crime ou contravenção menos grave (*charge bargaining*), seja para receber uma pena menor da que receberia se fosse julgado e condenado pelo júri (*sentence bargaining*)], diante das ameaças e da pressão psicológica de que poderá, caso não faça o acordo, ser acusado da forma mais grave possível e receber uma pena, caso opte ir a julgamento, muito maior daquela que está sendo proposta.

Esta questão ficou evidenciada no caso "North Carolina" x Alford, julgado pela Suprema Corte americana em 1970, quando se cunhou a expressão *Alford plea*. Basicamente, nesse julgamento, a Suprema Corte entendeu, por maioria, que o acordo feito por Alford, para que fosse acusado de um crime menos grave e recebesse uma pena de prisão limitada a 30 anos, escapando da pena de morte caso fosse a julgamento e condenado, era constitucional e regular.

Para a Suprema Corte, o *guilty plea* representa a voluntária e inteligente escolha do acusado entre as alternativas disponíveis para ele, especialmente quando representado por advogado, e isto não contraria a Constituição apenas para evitar a possibilidade da pena de morte, bem como um acusado pode, voluntariamente, com conhecimento e discernimento, consentir com a imposição de uma sentença de prisão, mesmo que ele esteja relutante em admitir a participação no crime ou mesmo que o acordo contenha um protesto de sua inocência, quando, como no caso de Alford, ele inteligentemente concluiu que a melhor escolha era declarar-se culpado diante das evidências contrárias[13].

Nesse contexto, partindo da premissa de que, para firmar o acordo, deverá o acusado renunciar ao seu direito a um julgamento justo (devido processo legal) e, evidentemente, às demais garantias inerentes e decorrentes daí (ampla defesa, contraditório, proibição de provas ilícitas, vedação da autoincriminação, direito ao recurso, por exemplo), a confissão obtida acaba sendo o único elemento probatório justificante da condenação.

13. U.S. Supreme Court, North Carolina v. Alford, 400 U.S., 25, 1970. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/]. Acesso em: 17.06.2020. Resumidamente, no julgado asseverou-se: "A guilty plea that represents a voluntary and inteligente choice among the alternatives available to a defendant, especially one represented by competent counsel, is not compelled within the meaning of the Fifth Amendment because it was entered to avoid the possibility of the death penalty. (...). An accused may voluntarily, knowingly, and understandingly consent to the imposition of a prison sentence even though he is unwilling to admit participation in the crime, or even if his guilty plea contains a protestation of innocence, when, as here, he intelligently concludes that his interests require a guilty plea and the record strongly evidences guilt."

Interessante, nesse aspecto, o tom crítico de Garret (2019, p. 86), acerca da necessidade de refinamento e aprimoramento do *plea bargaining*, pois somente dessa forma "um mito pode ser superado de uma vez por todas: uma declaração de culpa não é, e não deveria ser referida como um tipo de confissão".[14]

Ou seja, e aí repousa, igualmente, o pensamento crítico acerca desses acordos, pois a confissão se torna, novamente, a rainha das provas. Daí que Langbein (1978, p. 14) afirma que "a máxima dos glosadores medievais, não mais aplicável na lei europeia, agora descreve adequadamente a lei americana: "confessio est regina probationum", a confissão é a rainha das provas"[15].

Ademais, o sistema de justiça criminal americano, portanto, calcado no *plea bargaining*, revela a necessidade de se repensar o modelo adversarial e o procedimento do júri nos EUA, assim como levanta a discussão sobre como esse sistema a) encoberta falhas investigativas da polícia; b) perigosamente concentra poderes demasiadamente amplos ao promotor para a realização dos acordos; c) atinge, em especial, pobres e inocentes; d) afasta a participação de juízes e da vítima nas negociações e nos acordos; e) opera na lógica da eficiência e da economia, sobrepondo-se à lógica do eficiente julgamento; e f) representa um procedimento de não julgamento[16].

Aproximando tais críticas à nossa realidade jurídico-processual, é como bem se anota de Lopes Jr., Rosa e Oliveira (2019), que detidamente observam e advertem que:

14. Para o autor, "a noção de que aqueles que se declaram culpados deveriam ser excluídos do direito de recorrer, inclusive alegar inocência, é profundamente problemática, particularmente na medida em que isso depende de alguma noção da confissão como uma razão lógica" (GARRET, 2019, p. 86).

15. No original: "The maxim of the medieval Glossators, no longer applicable to European law, now aptly describes American law: *confessio est regina probationum*, confession is the queen of proof".

16. "Facing a trial, getting a sentence and hiring a lawyer for plea bargaining put a higher cost on poor than on rich. Poor and uneducated are more likely to be threatened by prosecutor. 28 The defendant has to give off many of his rights like the right of fair trial, right not to plead guilty, the privilege against self-incrimination, right to testify favorable witness. He lost the right to challenge the conviction or appeal against conviction. Plea bargaining favor everyone but the poor defendant" (Kishan, 2018, p. 30). "American plea bargaining, in like fashion, sacrifices just those values that the unworkable system of adversary jury trials meant to serve: lay participation in criminal adjudication, the presumption of innocence, the prosecutorial burden of proof beyond reasonable doubt, the right to confront and cross-examine accusers, the privilege against self-incrimination." (Langbein, 1978, p. 21.)

> "A garantia do processo, da produção da prova em contraditório, da proibição de prova ilícita, tudo cede em nome do apreço ao roteiro pré-estabelecido e da expectativa do final pretendido. Nesse contexto, as formas processuais deixam de ser garantias dos indivíduos contra a opressão do Estado, uma vez que não devem existir limites à ação dos mocinhos contra os bandidos (e a forma passa a ser um detalhe, que pode ser afastada de acordo com a vontade do "diretor")."

Com essas breves observações, embora haja quem defenda a importação do *plea bargaining* para a realidade brasileira a qualquer custo, inclusive como se tentou fazer no recente "Pacote Anticrime", parece razoável admitir que temos um longo caminho de aperfeiçoamento e de construção de uma cultura, principalmente constitucional e convencional (no sentido de respeito às garantias que envolvem o devido processo legal, previstas em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário), para a inserção dessa prática em nosso ordenamento, embora já tenhamos dado os primeiros passos.

3. ASPECTOS PONTUAIS DO CONSENSO EM NOSSO ORDENAMENTO

Como se pontuou, inicialmente, em nosso ordenamento, já convivemos com mecanismos de justiça criminal negociada, baseados no consenso, ao menos, desde 1995 com o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais. A legislação sobre instrumentos consensuais evoluiu, a colaboração premiada ganhou novos contornos e, recentemente, inovou-se com o Acordo de Não Persecução Penal previsto no Código de Processo Penal, diante da reforma parcial de 2019.

De acordo com a última pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgada em 2019, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, que estavam aguardando alguma solução definitiva[17]. Desses, somando os processos pendentes e baixados, 9,1 milhões de ações criminais tramitaram nesta esfera em 2018, excluídas as execuções penais[18].

Diante desses expressivos números, não há dúvidas de que, cada vez mais, a justiça negocial far-se-á presente no sistema de justiça criminal brasileiro, pois "a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões"

17. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*, Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf]. Acesso em: 22.06.2020.

18. Disponível em: [www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/]. Acesso em: 22.06.2020.

(LOPES JR., 2019). Nessa linha, inclusive, o denominado "Pacote Anticrime", de autoria do então Ministro da Justiça e Segurança Sérgio Moro, já buscava a adoção do *plea bargaining* em nosso ordenamento jurídico.

Todavia, a adoção desses instrumentos, tanto do *plea bargaining* quanto do Acordo de Não Persecução Penal (hoje uma realidade), embora diferentes (e não é a ideia deste artigo os diferenciar, mas os tratarmos como espécies do gênero justiça negociada/consensual), exige precaução e reflexão, a fim de que a justiça criminal não se mercantilize (ainda mais) e que tais instrumentos não sejam meramente utilizados como redutores de complexidade de casos penais, tendo por objetivo, simplesmente, a diminuição de processos criminais, acelerando julgamentos e forçando, especialmente, pobres e inocentes a resolverem o caso penal por meio de acordo.

É inegável que são instrumentos que permitem a célere resolução de casos penais, numa lógica (um tanto quanto preocupante) da eficiência (eficientismo processual penal) e da economia (análise econômica do Direito), evitando novos casos ou até mesmo resolvendo processos pendentes de julgamento, desafogando, portanto, o sistema de justiça criminal. Mas, a qual preço? Qual tipo de solução, em termos de qualidade, dar-se-á aos processos criminais?

Esse é ponto. O *plea bargaining* e o Acordo de Não Persecução Penal, em sua essência, representam um não processo. Se, para Fazzalari, o processo é um procedimento em contraditório, no qual "onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe o processo" (FAZZALARI, 2006, p. 121), não há que se falar em processo nos casos em que os acordos são selados.

Por exemplo, observa-se que ambos os instrumentos partem da confissão do acusado, do seu reconhecimento, ou declaração, de culpa, a fim de que obtenha algum tipo de leniência, isto é, tais acordos representam, portanto, a renúncia do acusado em ser submetido ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), bem como aos postulados, igualmente constitucionais e convencionais que daí decorrem (ampla defesa e contraditório, proibição de prova ilícita, direito à prova, direito ao recurso, por exemplo).

Sem contar, como já referido, do retorno ao sistema inquisitorial de provas tarifadas, no qual a confissão é a rainha das provas, bem como a ilusória ideia de livre negociação entre acusador e acusado, o que leva alguns autores a criticarem a inerente involuntariedade, ou coercitividade, desses acordos[19].

19. Nessa linha cf. Kishan (2018), Langbein (1978) e Walsh (2017).

Não se nega a importância desses instrumentos na atualidade. Contudo, é preciso refletir e buscar a compatibilização dessa espécie de justiça criminal negocial com os ditames constitucionais e com as garantias do acusado. Como bem adverte Lopes Jr. (2019):

> "O ponto nevrálgico é: qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem gravíssimo prejuízo para a qualidade da administração da Justiça? É preciso pensar esse limite a partir da compreensão da nossa realidade social e prisional e também dos erros que já cometemos com a banalização da transação penal (Lei 9.099/95). Se a transação penal já se mostrou uma perversa mercantilização do processo penal, no sentido mais depreciativo da expressão, imagine-se o imenso estrago que causará uma ampliação excessiva ou ilimitada desse espaço? Também é uma ilusão pensar que existe uma "livre" negociação ou "consenso" real por parte de quem está sofrendo uma acusação e não raras vezes sofrendo uma prisão cautelar."[20]

A lógica do eficientismo processual penal e das razões econômicas, ao se firmar um acordo (na estrutura do *plea bargaining* ou do Acordo de Não Persecução Penal), não deve se sobrepor à lógica do processo justo, que é o que se espera do Poder Judiciário. A busca por celeridade e solução imediata dos casos penais, ainda que isso possa parecer popular, não deve se sobrepor e atropelar direitos e garantias fundamentais. É essa a preocupação, afinal de contas, o processo é justamente uma garantia do cidadão contra abusos do poder punitivo estatal.

Martins (2013, p. 102/103) bem observa que:

> "o sistema jurídico tem de decidir se quer ser o redentor de promessas incumpridas, patrocinando a vingança popular face à desigualdade socioeconômica persistente por intermédio do sacrifício dos privilegiados na barra dos tribunais, algo que o sistema econômico nunca foi capaz de levar a cabo; sendo certo que se persistir neste caminho arrisca-se a ser o idiota útil de serviço."[21]

---

20. Continua o autor pontuando que: "O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio". Dessarte, a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto. [...]." (LOPES JR., 2019.)

21. Importante a compreensão do autor de que "o processo judicial é o microcosmo do Estado de direito. [...] o processo é ou deve ser expressão daquilo que o Estado de direito é;

Nesse sentido, observem-se as disposições do Código de Processo Penal, em seu novel art. 28-A, acerca do Acordo de Não Persecução Penal, estabelecendo que

> "não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente [...]".

Ainda que o objeto desse artigo não seja o de aprofundar o estudo acerca do instituto.

Implicitamente, já fica entendido que o acordo poderá ser proposto pelo acusador (Ministério Público Estadual ou Federal, o que recai, portanto, na perigosa discricionariedade do proponente, pois seria mera faculdade, e não um direito subjetivo do acusado) desde que haja elementos (evidências ou provas) para o oferecimento da peça acusatória, pois do contrário o arquivamento do caso seria medida que se imporia, ou seja, tal acordo somente poderá (ou poderia!) ser proposto antes do oferecimento da denúncia, conforme se depreende do art. 28-A, § 8º, do CPP[22], embora, por exemplo, já se tenham decisões judiciais reconhecendo que é possível o oferecimento do acordo, mesmo depois de iniciada a ação penal[23]. A flexibilização dos princípios da obrigatoriedade e da disponibilidade

---

assim sendo, ele deve-lhe correspondência. [...]. Compreender o lugar do processo nos regimes políticos contemporâneos exige compreender aquilo em que se tornou, hoje, o Estado de direito que o referencia, mesmo quando a imagem obtida se afasta parcialmente do respectivo cânone. [...] o processo é o microcosmo do Estado de direito, ou seja, a ideia de que, ao menos em ambiência democrático-constitucional, o processo – seja o caso do processo penal – deve ter correspondência com o que o Estado de direito é" (MARTINS, 2013, p. 02/03).

22. Art. 28-A. [...]. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

23. Nesse ponto, já há a celeuma instaurada. O Enunciado 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), dispõe que "cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/19, desde que não recebida a denúncia". A decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, do STF, é nessa linha: "Petição/STF nº 7.232/2020 – Decisão:–Processo – Intimação – Lei

da ação penal de iniciativa pública, com o que já se convive desde 1995 com as práticas dos Juizados Especiais Criminais, é reafirmada, portanto, no viés da justiça criminal negocial.

Claro é que, para que o acordo seja realizado, entre outras condições, o acusado deverá confessar a prática do delito. Portanto, torna-se a confissão a rainha das provas, ao reconhecer sua culpa pelo crime investigado e a ele imputado; ainda que a denúncia não tenha sido oferecida, o acusado estará, inequivocamente, renunciando ao devido processo legal, como já assentado.

Como consequência, ao desistir de ser julgado mediante o devido processo, também renunciará à garantia da ampla defesa e do contraditório, posto que não

---

n. 13.964/2019 – Não persecução – Acordo – Indeferimento. 1. O Gabinete prestou as seguintes informações: Maria Helena Reis de Oliveira Prux, mediante petição subscrita por advogado regularmente credenciado, postula a intimação do Ministério Público Federal, visando proposta de acordo de não persecução penal, considerado o artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019. 2. Observem a dinâmica e a organicidade do Direito, em especial o instrumental. Surge impertinente o momento da formalização da petição para fins de incidência da norma processual mais benéfica. À época de entrada em vigor do preceito, já existia sentença condenatória contra a recorrente, proferida em 4 de novembro de 2011. Confiram com o decidido, pelo Pleno, no habeas corpus nº 74.305, relator o ministro Moreira Alves, no qual se assentou a inviabilidade de fazer-se incidir o preceito quando já existente condenação, quer estando transitada em julgado, quer passível ainda de impugnação mediante recurso. 3. Indefiro o pedido formalizado. 4. Publiquem. Brasília, 19 de fevereiro de 2020. Ministro Marco Aurélio Relator (STF – ARE: 1171894/ RS – Rio Grande do Sul 5010344-94.2010.4.04.7100, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 19/02/2020, Data de Publicação: DJe-039 26/02/2020)." Em sentido contrário, o TRF da 4ª Região, por meio de sua Quarta Seção, em 21.05.2020, em questão de ordem suscitada nos autos dos Embargos Infringentes de Nulidade 5001103-25.2017.4.04.7109/ RS, decidiu pela aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) aos processos com denúncia já recebida na data da vigência da Lei nº 13.964/2019, inclusive para aqueles em grau de recurso. E, em 09.06.2020, 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal admite a possibilidade de assinatura de acordo de não persecução penal em ações que já estão em tramitação, ainda que em recurso, e desde que haja confissão, conforme Enunciado 98: "É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de Coordenação, de 09/06/2020."

haverá nenhuma confrontação, de mérito, sobre o caso, isto é, abre-se mão, igualmente, do direito à prova, do direito ao recurso, por exemplo.

Logo, não havendo contraditório nesse procedimento, não há que se falar em processo. Com isso, quer-se dizer que a realização desse tipo de acordo é, justamente, um não processo e, se entendermos que procedimento é um conjunto de regras numa sequência lógica e que permita o contraditório (FAZZALARI, 2006), os cuidados deverão ser redobrados, ainda que haja, de forma salutar, a previsão legal de que este tipo de acordo somente seja firmado mediante a presença e participação de advogado do acusado e posterior homologação judicial.

Ademais, outros possíveis questionamentos em relação a esse tipo de instrumento da justiça criminal negocial ou consensual podem ser feitos em um tom reflexivo, pois, a princípio, poderão a) ocultar falhas na investigação preliminar, b) concentrar poderes amplos e demasiados sobre propor o acordo e estabelecer suas cláusulas unicamente nas mãos e ao arbítrio do acusador, c) ser um instrumento de coação, em especial, para ser usado contra a tradicional clientela do sistema penal e inocentes[24], d) resultar em pressões psicológicas para a realização dos acordos, pois, em tese a leniência oferecida será mais benéfica e conveniente do que ir a julgamento, e) ocasionar abusos judiciais quanto à homologação ou não, f) afastar a vítima da solução penal e causar o sentimento de que o caso não fora tratado com a devida importância e g) reduzir o *standard* probatório, por exemplo.

Enfim, são questões reflexivas que deverão ser colocadas e pensadas, pois, como quis se deixar claro, a justiça criminal negocial e esses instrumentos são uma realidade, mas que deve ser analisada sempre sob o prisma de que, independentemente da espécie ou instrumento utilizado, haja o respeito aos direitos e às garantias fundamentais daquele que se vê investigado ou acusado da prática de um crime, a fim de que abusos sejam evitados com a finalidade de que os casos penais

24. Alschuler (2019, p. 127 e 147) alerta que "condenar acusados que seriam absolvidos em um julgamento é um dos principais objetivos do plea bargaining. [...]. De toda forma, o sistema legal norte-americano é brilhante. Esse sistema opera no interesse de advogados de defesa e também no de promotores e juízes em convencer acusados a admitir culpa. Como eu disse a você, esse sistema é quase perfeitamente desenhado para condenar os inocentes". Nessa mesma linha, cf. Kishan (2018) que, além de reconhecer a maior suscetibilidade de realização de acordo com inocentes, agrega os pobres (clientela típica do sistema penal) nesse cenário. Gloeckner (2019, p. 187), igualmente, pontua que "em primeiro lugar, se trata efetivamente de se punir cada vez mais os pobres (e inocentes) com menores custos".

sejam "julgados" mais rapidamente e de forma mais eficiente, reduzindo-se os custos de um abarrotado Poder Judiciário.

4. Considerações finais

O sistema de justiça criminal brasileiro, com sabidamente seus milhões de processos que aguardam julgamento e outros tantos milhões de investigações que ainda esperam um desfecho investigativo, está inserido na sistemática de uma sociedade hiper acelerada, uma *sociedad del cansancio* (HAN, 2012, p. 71), que exige respostas imediatas e soluções rápidas e eficientes, com o menor custo possível, em um viés tipicamente neoliberal[25].

Martins (2013, p. 40) questiona "a quem se dirige, hoje, o processo penal quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade? Às expectativas"[26], afirmando ainda que a celeridade processual, "uma alucinação do princípio da eficiência", deverá ser analisada também na perspectiva e encarada como uma tentativa frustrada de o sistema jurídico responder aos desafios impostos (MARTINS, 2013, p. 42).

Buscam-se soluções cada vez mais imediatas, muitas vezes simplistas, para problemas mais complexos. No sistema de justiça criminal, não seria diferente. O processo, ainda que seja assegurado a todos a sua duração razoável (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88), exige e se protrai no tempo, pois deve observar o direito de argumento e de contra-argumentar, o direito à prova e à contraprova. Para dizer e para contraditar, exige-se tempo.

25. Para Gloeckner (2019, p. 179) "a justiça penal negociada não é apenas uma determinada alteração na estrutura jurídica que provoca mutações drásticas no campo do sistema de administração da justiça criminal. Se há alguma coisa que permite identificar os seus códigos genéticos tal elemento reside em uma racionalidade que se origina a partir dos processos de subjetivação deflagrados pelo neoliberalismo, especialmente através da construção de um sujeito delinquente interpretado como ator racional – homo oeconomicus – e que funcionaria, parafraseando Dardot e Laval, como 'empresário-de-si'".

26. Na continuidade de seu pensamento, pontua que "Dirige-se a determinado quadro de expectativas. E de quem fica refém esse mecanismo de estabilização normativa que é o direito sempre que, acossado por operadores que disputam em novos moldes a sua área político-funcional de atuação, opta por embarcar em lógicas estranhas ao seu código genético, ou, ao invés, por crispar a sua posição em torno de uma nostalgia da ordem perdida? Das expectativas. Em ambas as hipóteses, fica refém das expectativas – sociais, processuais, normativas, ou outras" (MARTINS, 2013, p. 40).

O processo é garantia e não deve ser visto como obstáculo ou vilão à realização da justiça criminal. "A evitabilidade do julgado pela assunção rápida de uma pena através da confissão torna o caminho para a obtenção de uma condenação mais simples e rápido", conforme bem alerta Gloeckner (2019, p. 187), não pode ser a máxima a imperar no sistema de justiça criminal.

Não há dúvidas de que o modelo americano do *plea bargaining* e de que o Acordo de Não Persecução Penal, como o próprio instituto da colaboração premiada e os mecanismos de consenso previstos na Lei 9.099/95, são instrumentos ágeis que levam à desburocratização e à redução de custos do sistema de justiça criminal e permitem a antecipação do "julgamento" (empregado como solução) dos casos penais.

Todavia, a celeridade empregada na solução de casos penais, por meio da utilização desses instrumentos, ou espécies, do gênero justiça negociada/consensual, não pode e não deve significar a ruptura com a ordem constitucional e convencional, transformando o Direito Penal e o Processo Penal em um mero e ágil balcão de negócios.

Ost (2001, p. 382) anota que:

> "Ao mesmo tempo, observa-se uma muito real aceleração de determinados processos judiciais, em resposta ao desejo de uma reacção social imediata, se possível em tempo real, à delinquência: pensamos nomeadamente nos processos de flagrante delito em França, de *guilty plea* nos Estados Unidos, de *patteggiamento* em Itália, bem como nas diversas medidas que derivam de uma lei belga de 11 de julho de 1994 relativa precisamente à aceleração da justiça penal. Se é verdade que um processo que se arrasta assemelha-se a uma negação da justiça, não se deverá esquecer, inversamente, que o prazo razoável em que a justiça deve ser feita entende-se igualmente como recusa de um processo demasiado expedito. Esquecendo que o processo tem também por vocação dar as suas oportunidades à dúvida e institucionalizar a prudência e o debate, estas reformas apresentam o duplo risco de reduzir as garantias do justiçável [...]."

Ao imperar a lógica do eficientismo processual penal, buscando-se soluções de demandas penais de formas mais céleres e menos onerosas, especialmente, pela expansão da justiça criminal negocial, não poderá refletir em uma sobreposição da lógica do devido processo legal e de suas garantias inerentes, reservando-se ao acusado o direito de que seja julgado de forma justa e devida[27].

27. "No campo da expansão das lógicas negociais no processo penal reside um discurso moralista que responde pela maximização do castigo e pelo controle na sociedade

Tal qual a conclusão de Lopes Jr. (2019, p. 214) que merece destaque:

> "Enfim, são muitas as questões que precisam ser ponderadas, mas nossa posição é: precisamos ampliar o espaço de consenso e os mecanismos de negociação da pena, através de lei clara e com limites demarcados (Legalidade), que sirva para desafogar e agilizar a justiça criminal, mas sem representar a negação de jurisdição e das garantias processuais constitucionais. Um difícil equilíbrio, que precisa ser encontrado através de uma amplo debate e estudo da nossa realidade e análise do impacto carcerário e processual que ela poderá gerar."

A intenção do artigo é, justamente, reafirmar que a justiça criminal negocial, por meio dos variados instrumentos já adotados em nosso ordenamento jurídico, é uma realidade. Entretanto, é uma realidade que deve ser permanentemente analisada e pensada, para que possa ser refinada sob o prisma constitucional e convencional, pois a jurisdição exerce "una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos" (FERRAJOLI, 1999, p. 26), e não pode ser atropelada, criando-se subterfúgios para a solução de casos penais, mercantilizando-se o Direito Penal e o Processo Penal de forma desenfreada e como se fosse solução mágica de resolução dos conflitos.

5. Referências

ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números* Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf]. Acesso em: 22.06.2020.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 1. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

neoliberal, obrigando a proliferação de intervenções de natureza penal ou quase-penal (como o direito penal administrativo-sancionador) e a premissa de que – sem buscar as causas desta expansão penal – o obstáculo é justamente o processo penal considerado como um mecanismo lento, burocrático e que apenas favorece o culpado" como bem adverte Gloeckner (2019, p. 180).

GARRET, Brandon L. *Too big to jail*: how prosecutors compromise with corporations. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

GARRET, Brandon L. Por que *plea bargains* não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

HAN, Byung-Chul. *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder, 2012.

KISHAN, Hari. *Darker side of plea bargaining: The worldwide scenario with future perspectives*, v. 3, issue 6, jun. 2018. Disponível em: [www.ijarnd.com/manuscripts/v3i6/V3I6-1147.pdf]. Acesso em: 09.03.2020.

LANGBEIN, J. H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, p. 3-22, 1978. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev]. Acesso em: 09.03.2020.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. Adoção do *plea bargaining* no projeto "anticrime": remédio ou veneno? *Revista Consultor Jurídico*, 22 fev. 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno]. Acesso em: 22.06.2020.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*, 6 mar. 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal]. Acesso em: 16.06.2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo. *Revista Consultor Jurídico*, 30 ago. 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo#_edn1]. Acesso em: 22.06.2020.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; MATIDA, Janaina. Os *nudges* antiepistêmicos da delação premiada: entender para reformar. *Revista Consultor Jurídico*, 20 dez.

2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-20/limite-penal-nudges-antiepistemicos-delacao-premiada-entender-reformar]. Acesso em: 16.06.2020.

STRECK, Lenio Luiz et al. *A desconstrução do pacote Moro*. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-desconstrucao-do-pacote-moro/?fbclid=IwAR1zjxkbZ5HXBysa53n9lZdHy9N_0GUZcrdk-vZYvTFJVkR98OuxLU2oL29A]. Acesso em: 16.06.2020.

U.S. Supreme Court. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970). Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/#tab-opinion-1948533]. Acesso em: 16.06.2020.

U.S. Supreme Court. *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/]. Acesso em: 17.06.2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. 2. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining*. Publicado em 02.05.2017. Disponível em: [www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/]. Acesso em: 16.06.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Barganha no processo penal e o autoritarismo "consensual" nos sistemas processuais, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 6 e *RT* 953/261-279 (DTR\2015\1538); e
- Sentença penal negociada e verdade processual: uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense, de Gabrielle Thomaz Todeschini – *RT* 1008/307-342 (DTR\2019\40781).

O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos

The non-self-incrimination principle and the European Human Rights Court interpretation

Rhasmye El Rafih

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP) (2020). Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) (2019). Especialista em Direito Econômico pela FDRP-USP (2018). Advogada criminalista.
Lattes: [http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4401532T1]
ORCID: 0000-0003-1236-7849
myeelrafih@hotmail.com

Filipe Lovato Batich

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP) (2017). Especialista em Administração de Empresas pela Fundação Getulio Vargas, campus de São Paulo (FGV-SP) (2011). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (2009) e pela FGV-SP (2007). Advogado criminalista.
Lattes: [http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4735115A7]
ORCID: 0000-0001-7410-3713
batich@globo.com

Recebido em: 04.01.2021
Aprovado em: 17.02.2021
Última versão do(a) autor(a): 27.02.2021

Áreas do Direito: Penal; Internacional; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo tem como objeto o princípio da não autoincriminação e o objetivo de investigar a sua esfera de proteção, bem como os seus fundamentos interpretativos, a partir de uma abordagem metodológica dedutiva e casuística, essencialmente descritiva e qualitativa. Para tanto, foram selecionados dois julgados paradigmáticos a respeito do tema no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos. O primeiro julgado se refere à dimensão do direito de não

Abstract: This article addresses the non-self-incrimination principle and aims to investigate its sphere of protection, as well as its interpretative basis, from a deductive and casuistic methodological approach, essentially descriptive and qualitative. To this end, two European Court of Human Rights paradigmatic decisions were selected on the subject. The first refers to the dimension of the right of not disposing the body for evidence production, Jalloh v. Germany, and

ceder o corpo para a produção de prova incriminadora, caso Jalloh vs. Alemanha, e o outro sobre o direito ao silêncio, caso John Murray vs. Reino Unido. Em ambos, constata-se a determinação de fundamentos interpretativos que procuram delimitar a abrangência do princípio no caso concreto.

Palavras-chave: Princípio da não autoincriminação – Fundamentos interpretativos – Cessão do corpo para a produção de prova – Direito ao silêncio – Corte Europeia de Direitos Humanos.

the other refers to the right to remain silent, John Murray v. United Kingdom. In both, there is a determination of interpretative foundations that seek to delimit the scope of the principle in the particular case.

Keywords: Non-self-incrimination principle – Interpretative basis – Body disposal for evidence production – Right to remain silent – European Court of Human Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio do *nemo tenetur se detegere*: âmbito de proteção e fundamentos interpretativos. 3. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. 3.1. Caso Jalloh *vs.* Alemanha: direito de não ceder o seu corpo para a produção de prova incriminadora contra si. 3.1.1. Argumentos das partes. 3.1.2. Levantamentos realizados. 3.1.3. A posição da Corte. 3.2. Caso John Murray *vs.* Reino Unido: o direito ao silêncio. 3.2.1. Argumentos das partes e de terceiros interessados. 3.2.2. A posição da Corte. 4. Considerações finais. 5. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. Introdução

O princípio da não autoincriminação, o *nemo tenetur se detegere*, não encontra uma perspectiva unívoca nas múltiplas jurisdições em que é reconhecido, inclusive nas Cortes internacionais.

Esse princípio surgiu como reação ao modelo inquisitorial da Idade Média, no qual a confissão era tida como a "rainha das provas" e obtida por meio de um procedimento secreto que contava com sessões intermitentes de tortura; no qual o investigado, considerado unicamente como objeto de prova, tinha o dever de jurar que falaria a verdade (conspurcatório) para então encontrar a sua expiação.[1]

1. "Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual da produção de verdade penal. [...] Essa dupla ambiguidade da confissão (elemento de prova e contrapartida da informação; efeito de coação e transação semivoluntária) explica os dois grandes meios que o direito criminal clássico utiliza para obtê-la: o juramento que se pede ao acusado antes do interrogatório (ameaça, por conseguinte de perjúrio, diante da justiça dos homens e diante da de Deus; e, ao mesmo tempo, ato ritual de compromisso); a tortura (violência física para arrancar a verdade que, de qualquer maneira, vale como prova, tem que ser em seguida repetida, diante dos juízes, a título de confissão 'espontânea')." FOUCAULT, 2009, p. 40-41. Nesse mesmo sentido: O'REILLY, 1994, p. 412.

Nesse sistema, conforme Cordero (1986, p. 51), o Juiz Inquisidor esboçava um "quadro mental paranoico" (*quadri mentali paranoid*), em decorrência da primazia da hipótese sobre o fato (*primato dell'ipotesi sui fatti*) servindo a prova de mera confirmação da imputação (hipótese) formulada por ele próprio, à revelia do contraditório.

A partir do reconhecimento do *nemo tenetur se detegere*, em tese, passou-se a se assegurar que nenhum indivíduo fosse coagido, por autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de declaração, informação ou prova que pudesse incriminá-lo direta ou indiretamente.

Buzzelli (1992, p. 84) sustenta que, tendo que se basear nos elementos fornecidos pela acusação, o sistema de provas passou a não mais girar em torno do acusado, que deixou de ser considerado um depositário de uma verdade que se deve obter a qualquer custo. O interrogatório passou, então, a adquirir novos contornos, concedendo-se ao acusado a faculdade de prestar declarações espontâneas (BUZELLI, 1992, p. 86).

No domínio internacional, o princípio da não autoincriminação encontra previsão no artigo 14.3, g, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[2], adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, bem como no artigo 8º, 2, g, da Convenção Americana de Diretos Humanos[3] (1969).

Nessas previsões, porém, as dimensões de tutela do direito à não autoincriminação se limitam unicamente a dois aspectos do direito ao silêncio, o qual consiste em uma espécie do gênero do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a saber: i) o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo; e ii) o direito de não se declarar culpado.

Em algumas jurisdições, como a brasileira (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 38), o princípio da não autoincriminação tem ampla abrangência, compreendendo o direito ao silêncio e o direito de não apresentar provas autoincriminadoras.

2. "[...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] g) *De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*" [grifo nosso]. BRASIL. *Decreto 592/92*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso em: 05.06.2019.

3. "[...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. *direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*" [grifo nosso]. BRASIL. *Decreto 678/92*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 05.06.2019.

O primeiro se desdobra em: i) direito de não ser obrigado a depor contra si; ii) direito de não se declarar culpado (confessar); e, iii) direito de mentir[4], mas sem prejudicar terceiros[5].

O segundo, por sua vez, integra o: i) direito de não colaborar com a investigação/instrução[6], abrangendo o direito de não ceder o corpo para a produção de prova incriminadora contra si; e ii) direito à não participação ativa nos procedimentos sancionatórios.

O Ordenamento Jurídico estadunidense tem uma interpretação mais restritiva do princípio da não autoincriminação, previsto na quinta emenda constitucional, que teve como relevante precedente o caso Schmerber vs. Califórnia (1966). Por cinco votos a quatro, a Suprema Corte delimitou esse direito às declarações comunicativas (orais/escritas) do réu.[7]

Considerando que o conteúdo do princípio do *nemo tenetur se detegere* e o seu âmbito de proteção são variáveis a depender da jurisdição e da interpretação dada ao caso concreto, este trabalho se propõe a examiná-lo a partir de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, recorte eleito em virtude da sua abrangência multijurisdicional pronunciada.

Na primeira delas, o caso Jalloh vs. Alemanha, analisar-se-á o direito de não ceder o corpo para a produção de prova incriminadora contra si. Por seu turno, no caso John Murray vs. Reino Unido, expor-se-á a interpretação da Corte em

4. O direito de faltar com a verdade não compreende questionamentos sobre a qualificação do acusado, vez que em sua resposta não existe qualquer atividade defensiva. GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1997, p. 78.

5. No Brasil, caso prejudique terceiros, pode incorrer em denunciação caluniosa (artigo 339 do Código Penal) e comunicação falsa de crime ou contravenção (artigo 340 do Código Penal). Além disso, o direito a falsear a verdade no Brasil não se estende à identidade pessoal, hipótese em que haverá a configuração do crime de falsa identidade (artigos 307 e 308 do Código Penal).

6. Nesse viés, o indivíduo tem o dever de aceitar o poder que a Autoridade possui para produzir provas, mas sem ter o dever de colaborar com tal atividade.

7. Ainda que a abrangência da não autoincriminação nos Estados Unidas seja mais limitada, a Suprema Corte, no caso Griffin vs. Califórnia (1965), já havia consagrado que o acusador não poderia valorar o direito ao silêncio para prejudicar o réu. Além disso, vale mencionar o Caso Miranda vs. Arizona (1966), no qual a Suprema Corte absolveu o indivíduo que havia sido condenado com base em confissão sem que tivesse sido informado de seu direito de permanecer em silêncio e ter assessoria de advogado. A partir daí, tornou-se mandatório o "aviso de Miranda", em que a autoridade policial, no momento da prisão, deve informar os direitos ao indivíduo. EINESMAN, 1999, p. 2.

relação ao direito ao silêncio, especificamente sobre a sua utilização para a valoração da prova.

2. O princípio do *nemo tenetur se detegere*: âmbito de proteção e fundamentos interpretativos

O direito à não autoincriminação decorre da uma inatividade (autodefesa passiva) do indivíduo sobre quem recai ou possa recair uma imputação, em especial a de natureza penal, sendo a sua matriz jurídico-constitucional o princípio da presunção da inocência.

Armenta Deu (2004, p. 54) argumenta que o direito à não autoincriminação também é correlato ao direito à ampla defesa, no contexto da autodefesa do acusado. Segundo Gloeckner (2014, p. 157), há de se falar em uma autodefesa pessoal negativa quando se garante ao acusado a possibilidade de não prestar qualquer tipo de informação.

Andrade (1992, p. 121) sustenta que pelo princípio da não autoincriminação o indivíduo não pode ser induzido ou coagido física, psicológica e fraudulentamente a contribuir para a sua condenação, inclusive para fornecer meios de prova contra a sua defesa, seja no que se refere a fatos relevantes na avaliação de sua culpabilidade, seja naqueles relacionados à medida da pena.

Para Bacigalupo (2005, p. 69), o Estado deve garantir que o indivíduo não se autoincrimine contra a sua vontade, pois é dever das autoridades de persecução do delito a promoção da instrução probatória.

Como corolário do *nemo tenetur*, as réstias da tradição inquisitorial, fundadas no dever de verdade e na percepção do arguido como objeto de investigação, passam a ser debeladas, tornando a liberdade de declaração, decorrente do princípio da não autoincriminação, um verdadeiro estatuto do arguido como sujeito de direitos (ANDRADE, 1992, p. 121-122).

Conforme Grevi (1972, p. 44-45), com a consolidação do princípio, afastou-se a obrigação jurídica de verdade em relação ao acusado, notadamente em sede de interrogatório de mérito, tirando-lhe o ônus de dizer a verdade, o que lhe deu liberdade para permanecer em silêncio ou mesmo de mentir, sem lhe subtrair a presunção de inocência.

O princípio da não autoincriminação, nos ensinamentos de Córdoba (2005, p. 279-280), constitui um dos limites à averiguação da verdade no domínio da administração da Justiça Penal e uma das maiores conquistas do processo penal reformado, tendo por referência o processo inquisitivo, em que a averiguação da verdade era tida como meta absoluta do procedimento.

Fato é que, a verdade unilateral quase mítica do processo inquisitorial passou, com o princípio da não autoincriminação, a ser criticada por não se submeter à dialética processual das partes. Para Ubertis (1991, p. 66), esse princípio retira a importância irrefutável dada à confissão, que, no modelo acusatório, passa a ser confrontada na estrutura processual a partir de uma perspectiva de presunção da inocência.

Foi com o princípio da não autoincriminação, segundo Grevi (1972, p. 54), que se passou a compreender e reconhecer que existe um direito legítimo do acusado de não ter de colaborar com as autoridades para comprovar a sua inocência, abandonando-se a equivocada suposição de que ele deve dar as mais amplas explicações para demonstrar a sua inocência.

Ao contrário do que ocorre no Reino Unido[8], conforme será demonstrado no caso John Murray, no Direito Português o princípio do *nemo tenetur* é tido como absoluto, havendo, inclusive, proibição expressa de valoração contra o arguido (artigo 58, 3, do Código de Processo Penal), mesmo em hipóteses de silêncio parcial.[9]

Para Andrade (1992, p. 131), o princípio da não autoincriminação é emanação normativa da dignidade humana, não comportando descontinuidades ou gradações nas diferentes fases da intervenção estatal, devendo ser igualmente válido para as autoridades judiciárias e para os órgãos de polícia criminal.

Nessas hipóteses, o acusado deve ser advertido, além de seu direito ao silêncio, também sobre o direito de não colaborar ativamente para a produção de provas incriminadoras, sendo relevante que as autoridades obtenham provas

8. Na Inglaterra e na Irlanda do Norte, a lei permite que juízes considerem como prova de culpa o exercício do direito ao silêncio na fase policial e judicial. Com isso, há uma coação para que os investigados/acusados confessem e, assim, ocorre um aumento no número de condenações, sem que haja qualquer prova de que essa postura político-criminal tenha contribuído para a redução do crime; como os propositores dessas leis alegaram que ocorreria. Inclusive, esse modelo tem ensejado falsas confissões, suspeitas frágeis e condenações equivocadas de inocentes que não conseguiram oferecer as respostas esperadas para o seu comportamento ou que ficaram confusos. Com isso, no entendimento de O'Reilly, esses Ordenamentos Jurídicos se afastaram de um modelo de justiça criminal acusatório e se voltaram a um modelo inquisitorial, com foco na confissão, em detrimento da prova testemunhal e demais provas não pautadas no acusado. O'REILLY, 1994, p. 402-405.

9. Nesse sentido: "O silêncio [total/parcial] deve ser levado como a ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova." ANDRADE, 1992, p. 128.

de outro modo, quando não houver colaboração voluntária (CÓRDOBA, 2005, p. 281), sob pena de nulidade.[10]

Para além do reconhecimento do princípio, atualmente assume importância o seu âmbito de proteção e os seus fundamentos interpretativos, mormente nas hipóteses de colisão entre o *status* do investigado/acusado como sujeito de direitos com as peculiaridades da produção probatória.

Entre os Ordenamentos Jurídicos é praticamente pacífico que o núcleo mínimo do princípio da não autoincriminação é o direito de o indivíduo não ser obrigado a se pronunciar sobre a imputação que lhe é feita (direito ao silêncio) (CÓRDOBA, 2005, p. 280).

Chiavario (2001, p. 198) esclarece que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, na interpretação do princípio do *nemo tenetur*, tem tutelado o direito ao silêncio no âmbito do direito de não depor contra si mesmo, em especial na fase policial, bem como o direito de não colaborar para a autoincriminação, no sentido de evitar coações abusivas que resultem na consequente violação do princípio do processo equitativo.

Entretanto, no que se refere ao direito de não colaborar com a investigação/instrução, com destaque ao direito de não ceder o corpo para a produção de prova incriminadora (*v.g.* amostra se sangue, saliva, DNA etc.), há ainda zonas cinzentas.

Nesse debate, vem à tona o fundamento interpretativo de distinção entre ação positiva (colaboração ativa, comportamento comissivo) e tolerância passiva (conduta omissiva) a uma atividade probatória, com a intenção de se constatar a extensão do princípio.

Por essa interpretação, ao acusado, além do direito ao silêncio, deve ser dada a faculdade de decidir sobre toda a atividade incriminadora, devendo apenas recair sobre ele a obrigação de tolerar passivamente as medidas de investigação, ou seja, de tolerar toda medida que não requeira uma atitude de sua parte, ainda que ela seja decisiva para a obtenção da prova (CÓRDOBA, 2005, p. 281).

No entanto, há de se reconhecer que em alguns casos, como adverte Córdoba (2005, p. 285), como no do reconhecimento pessoal por vítima/testemunha, há sempre uma forma de ação positiva, por mínima que ela seja. Isso porque, há

10. A ausência de informação sobre a faculdade de calar em um interrogatório implica sua nulidade, podendo assumir duas dimensões: i) se sacrificou a autodefesa, anula-se todo o processo, a partir do interrogatório; ii) caso não tenha prejudicado a defesa como um todo e o atos subsequentes, apenas se invalida o interrogatório, que deverá ser repetido, mantendo-se os demais atos. GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1997, p. 79.

ações preparatórias à medida que o dever de tolerar acaba por abarcar, como o dever de se dirigir ao local do reconhecimento, por exemplo.

Críticas são feitas em relação ao suposto dever de determinada postura que o indivíduo deveria adotar para a realização do reconhecimento. Sustenta-se que essa seria uma ação de execução e não meramente preparatória, de modo que demanda uma ação positiva que violaria o princípio do *nemo tenetur* (CÓRDOBA, 2005, p. 285).

Além disso, entende-se que os defensores dessa distinção (ação positivas e tolerância passiva) excluem do âmbito de proteção do princípio as medidas preparatórias ou de acompanhamento sem se dar conta de que há uma fragilidade inerente à própria distinção entre passividade-atividade e aos limites das obrigações de um mero tolerar passivo (CÓRDOBA, 2005, p. 285).

Os mesmos comportamentos podem ser interpretados como sendo decorrentes de comportamentos passivos (omissivos) ou ativos (comissivos). A título de exemplo, pode ser requerido que o indivíduo não faça determinados gestos faciais, não abaixe a cabeça e não feche os olhos (passivos) e, com o mesmo resultado, que mude a expressão facial, que erga a cabeça e abra os olhos (comissivos).

As limitações dessa distinção ficam mais evidentes no caso de administração de substâncias eméticas, que é abordada no tópico 3.1 (caso Jalloh vs. Alemanha). Nessas hipóteses, para justificar a sua legitimidade, é dito que o vômito é uma reação corporal involuntária e, portanto, que está no âmbito do tolerar passivo por não cobrar do acusado uma colaboração ativa (ação positiva) – *v.g.* obrigar o acusado a vomitar por seus próprios meios –, o que afastaria o argumento de violação do princípio à não autoincriminação (CÓRDOBA, 2005, p. 287).

Fica evidenciado que o critério de distinção entre ação positiva e tolerar passivo pode ser manipulado discricionariamente. Assim sendo, toda a coação direta que implique uma tolerância passiva esconde uma forma de coação indireta para a autoincriminação.

Dito de outra forma, quando se faz saber que o acusado não está obrigado a colaborar ativamente em uma medida que pode conduzir a sua incriminação, mas se lhe adverte que a sua negativa conduzirá a intervenções corpóreas que irão requerer a sua tolerância (*v.g.* exame de sangue), naturalmente o acusado se verá compelido[11] a se incriminar ativamente. Daí se constata que não há relação direta entre a colaboração ativa e a voluntariedade (CÓRDOBA, 2005, p. 289).

11. O direito ao silêncio é um direito *sui generis*, sendo que o simples fato de o acusado ser conduzido para prestar declarações perante as autoridades já é suficiente para criar uma atmosfera de pressão para a ruptura do silêncio. DAMASKA, 1991, p. 279-280.

Ademais, interpretar a abrangência do princípio do *nemo tenetur* a partir do contexto de obtenção da prova é o mesmo que reforçar, como na tradição inquisitória, que o acusado tem *status* de objeto de prova e não sujeito de direitos.

Damaska (1991, p. 276) entende que a parte, que nunca domina o gerenciamento de seus interesses no processo, pode ser rapidamente transformada em mero objeto de julgamento, em uma fonte de informação. Por esse viés, o processo seria um instrumento de escolhas políticas que impõe às partes o dever de contribuir; dever esse que não é de fato limitado pelo direito a não se autoincriminar.

A diferenciação do colaborar ativamente ou tolerar passivamente trata o indivíduo como um instrumento da sua incriminação. Ainda que se sustente que ele não colaborou ativamente, o fato de não poder se defender de uma ingerência em seu corpo, qualquer que seja, relega-o à posição de mera ferramenta do procedimento (CÓRDOBA, 2005, p. 291).

Outros fundamentos interpretativos são utilizados como medida de delimitação do princípio da não autoincriminação, mas igualmente se mostram insuficientes.

Um deles é o de preservar o acusado de humilhações. Nesse caso, sustenta-se que exigir do acusado que entregue provas contra si seria degradante, o que justificaria a atuação estatal mesmo a despeito de sua vontade. Assim, o limite para aplicação do princípio seria pautado na exigência de colaboração ativa, unicamente. Nessa mesma linha, há outro pretenso fundamento de que a colaboração passiva (tolerância) é menos onerosa ao acusado.

Ainda, tem-se o argumento de que a existência de determinação legal sobre a necessidade de um procedimento (*v.g.* reconhecimento pessoal, coleta de sangue etc.) seria suficiente para demonstrar que não incidiria o princípio da não autoincriminação nesses casos, já que haveria uma interpretação automática do dever de o acusado colaborar ativamente.

Com relação à preservação de situação humilhantes e menor onerosidade da colaboração passiva, há uma irretorquível fragilidade. Tais fundamentos desdenham que, mesmo em situações em que existe apenas uma tolerância em relação a ações de terceiros, isto é, nas quais não se exige que o acusado entregue provas contra si, é possível se constatar condições constrangedoras e ultrajantes, inclusive mais onerosas aos direitos dos acusados. A esse respeito, será abordada adiante a decisão da Corte Europeia dos Direitos Humanos no caso Jalloh vs. Alemanha.

No que se refere à existência de regulação legal, parece haver uma inversão de hierarquia normativa. Em sendo a não autoincriminação um princípio de *status*

constitucional (ainda que não previsto expressamente[12]), a interpretação legal deve se pautar nele e não o contrário. Importante que primeiro se entenda o âmbito de proteção do princípio e as suas consequências, a despeito da regulamentação legal, para apenas depois se confrontar se haverá adequação da lei com o princípio. Portanto, esse fundamento apenas desvirtua o centro da questão, qual seja: determinar se o *nemo tenetur* exclui a possibilidade de utilização involuntária do corpo/substâncias corporais do acusado para obtenção de prova ou, se possível, em que medida o é (CÓRDOBA, 2005, p. 295).

Como se exporá na sequência, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem abordado o princípio da não autoincriminação considerando tanto alguns dos fundamentos interpretativos anteriormente analisados, especialmente no que tange ao direito de não ceder o seu corpo para a produção de prova incriminadora contra si; como também aspectos de valoração da prova, sobretudo em relação ao direito ao silêncio.

3. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

3.1. Caso Jalloh vs. *Alemanha: direito de não ceder o seu corpo para a produção de prova incriminadora contra si*

Um dos casos mais paradigmáticos da Corte Europeia dos Direitos Humanos, Jalloh vs. Alemanha (2006), refere-se ao direito de não ceder o corpo para produção de prova incriminadora contra si, faceta essa que se insere em uma das dimensões do direito à não autoincriminação.

Abu Bakah Jalloh, um nacional de Serra Leoa e então residente em Colônia, foi condenado pela Justiça alemã por tráfico de drogas. Os fatos que embasaram a condenação se deram em 1993, quando a polícia o flagrou retirando uma pequena embalagem plástica de sua boca e a vendendo a outra pessoa.

Segundo consta, os policiais verificaram que Jalloh teria engolido um dos invólucros e, por essa razão, detiveram-no e o levaram para um hospital local. Uma vez que Jalloh se recusou a tomar remédios para induzir o vômito, quatro policiais o seguraram à força, enquanto um médico inseriu um tubo pelo seu nariz, para administração de uma solução que o fizesse regurgitar (emética).

12. A título de exemplo, a Lei Fundamental alemã não consagra expressamente o princípio do *nemo tenetur*, porém a doutrina e a jurisprudência tem-lo consagrado como verdadeiro "direito constitucional não escrito". ANDRADE, 1992, p. 122.

Em virtude disso, Jalloh expeliu um pequeno saco plástico contendo 0,2182g de cocaína e, após examinado, foi declarado apto à detenção. Oito meses depois, Jalloh foi posto em liberdade. Perante a Justiça alemã, alegou que o Código de Processo Penal não prevê a possibilidade de administração forçada de substância emética, ao contrário do que admite em relação à retirada de sangue.

Ainda, aduziu que a medida foi desproporcional, pois poderiam ter esperado que a droga fosse liberada naturalmente, pelas fezes. Por fim, destacou que foi forçado a contribuir ativamente para a sua condenação, o que lhe teria causado efeitos colaterais.

Em primeiro grau, Jalloh foi condenado a um ano de prisão e, em segunda instância, a pena foi reduzida a seis meses. Em setembro de 1999, a Suprema Corte alemã declarou inadmissível o recurso por ele interposto, aduzindo, pelo princípio da subsidiariedade, que Jalloh não se utilizou de todas as medidas jurídicas perante as Cortes criminais.

3.1.1. Argumentos das partes

Em 30 de janeiro de 2000, Jalloh acionou a Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando: (i) ter passado por tratamento desumano e degradante (artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[13]); (ii) ter sido desrespeitada a sua privacidade (artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[14]); (iii) ter sido violado o seu direito a processo equitativo, posto que havia se recusado a tomar a substância emética, tendo a evidência sido colhida a despeito de sua vontade, compelindo-o a se autoincriminar (artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[15]).

13. "Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1953, p. 7.

14. "1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros." Ibidem, p. 9.

15. "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida

Jalloh sustentou que o fato de quatro policiais o segurarem enquanto um médico administrava a substância, além de degradante, invadiu a sua privacidade e o forçou a contribuir ativamente para a sua condenação, em violação ao processo equitativo, da mesma forma como se lhe tivesse sido injetado um soro da verdade.

Por sua vez, o Estado alemão alegou que a substância não oferecia qualquer risco à saúde de Jalloh e que os supostos efeitos colaterais descritos por ele somente poderiam ser fruto de um abuso crônico de eméticos, o que não teria ocorrido no caso.

Além disso, o governo alemão afirmou que a medida foi feita para assegurar a obtenção da prova e que foi realizada por médico, o que mostraria a perícia na condução do procedimento. Por fim, destacou que a substância apenas acelerou um processo que ocorreria naturalmente, independentemente da vontade de Jalloh.

3.1.2. Levantamentos realizados

A Corte realizou um levantamento da legislação, jurisprudência e doutrina alemã a respeito da utilização de eméticos e constatou haver algumas divergências amplas sobre a extensão da interpretação do artigo 81-A do Código de Processo Penal Alemão[16] para tais fins.

Verificou que, em que pese a divergência, a doutrina majoritária do país admite a aplicação do dispositivo legal em caso de aplicação forçada de eméticos, tendo, porém, constatado a existência de julgados destoantes em Berlim e

contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça." Ibidem, p. 11.

16. "A physical examination of the accused may be ordered for the purpose of establishing facts of relevance to the proceedings. To this end, blood samples may be taken and other bodily intrusions effected by a doctor in accordance with the rules of medical science for the purpose of examination without the accused's consent, provided that there is no risk of damage to his health." Tradução livre: "Um exame físico do acusado pode ser ordenado com o objetivo de estabelecer fatos relevantes para o processo. Para esse fim, amostras de sangue podem ser coletadas e outras invasões corporais efetuadas por um médico de acordo com as regras da ciência médica para fins de exame sem o consentimento do acusado, desde que não exista risco de danos à sua saúde."

Frankfurt, no sentido de permitir e proibir a utilização forçada da substância, respectivamente.

Peritos médicos também divergiram, tendo alguns interpretado a intervenção como sendo necessária para evitar a intoxicação decorrente da ingestão da droga e outros no sentido de que a administração forçada pode acarretar riscos à saúde.

Além disso, a Corte constatou que na Alemanha já teriam ocorrido duas mortes suspeitas relacionadas à utilização da substância emética e, como consequência, em Bremen passaram a ser administradas apenas se: (i) um médico informasse os riscos à saúde caso as drogas continuem no corpo; (ii) o suspeito escolhesse entre eméticos e laxantes; ou, (iii) o suspeito optasse por esperar que a droga saísse naturalmente, pelas fezes.

Quanto à normativa internacional, levantou-se que na Convenção das Nações Unidades contra a Tortura, Tratamento Cruel, Desumano e Degradante, veda-se o sofrimento causado intencionalmente para compelir a confissão, bem como a sua utilização para incriminar a vítima.

A Corte realizou um apanhado da jurisprudência estadunidense que, conforme consta no julgado, já se pronunciou no sentido de entender que a administração forçada de eméticos viola o direito de não se autoincriminar (*Rochin v. California*). No caso *Schmerber v. California*, a Suprema Corte estadunidense entendeu que para qualquer intervenção corporal para obtenção de provas é necessário que: (i) os agentes estatais tenham clara indicação de que a prova será encontrada; (ii) haja mandado judicial ou circunstâncias emergenciais, como a possibilidade de destruição da prova; (iii) o método para extrair a prova seja razoável assim como a sua condução (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, p. 13).

Por fim, a Corte verificou que a administração forçada de eméticos a suspeitos de tráfico de drogas ocorria em apenas quatro países da União Europeia, à época: Luxemburgo, Noruega, antiga Iugoslávia e Alemanha.

3.1.3. A posição da Corte

A Corte entendeu que é relativa a análise de mínimo grau de severidade na intervenção corporal, mas que no caso concreto houve tratamento desumano pelo modo como a substância foi aplicada, causando medo, angústia e sentimento de inferioridade em Jalloh.

Destacou que é dever do Estado garantir o bem-estar físico das pessoas privadas de liberdade e que o argumento de necessidade terapêutica não pode ser aventado em caso de tratamento desumano e degradante.

Sustentou, ainda, que no caso *Schimidt v. Alemanha* (2006) foram estabelecidos limites para a intervenção corporal contra a vontade do suspeito, como a possibilidade de coleta de sangue e saliva para garantir a continuidade das investigações, posto que essas não exigiriam uma colaboração ativa do suspeito.

Nesse sentido, entendeu que intervenções médicas forçadas para garantir a obtenção da prova demandam a consideração de métodos alternativos e que não excedam o grau mínimo de severidade prescrito pela Corte em outros casos.

Dessa feita, estabeleceu nove requisitos a serem levados em consideração para se legitimar a intervenção corporal: (i) a medida em que a intervenção médica forçada foi necessária para obter provas; (ii) a existência de riscos de saúde para o suspeito caso não haja intervenção; (iii) o modo como o procedimento foi realizado (natureza e grau da coação); (iv) a existência de dor física e psicológica; (v) o grau de supervisão médica; (vi) os efeitos colaterais para a saúde do suspeito decorrentes do procedimento; (vii) a indicação de que a prova será encontrada; (viii) a existência de mandado judicial ou circunstâncias emergenciais, como a possibilidade de destruição da prova; e, (ix) existência de razoabilidade do método para se extrair a prova.[17]

A partir desses vetores, a Corte entendeu que no caso de Jalloh, apesar de alguns requisitos terem sido observados: (i) a intervenção médica forçada não foi indispensável, pois seria possível esperar que a droga saísse naturalmente, pelas fezes; (ii) houve riscos à saúde, pois não houve uma anamnese adequada por parte do médico; (iii) que o modo como o procedimento foi realizado foi degradante, considerando que quatro policiais o contiveram belicosamente; e, (iv) que o procedimento causou reflexos físicos e emocionais.

A Corte, ainda, citou o caso *Sanders v. United Kingdom* (1996), no qual se possibilitou a realização de procedimentos que não exigiam a colaboração ativa dos

17. "As noted above (see paragraph 70 above), the Court has found on several occasions that the Convention does not, in principle, prohibit recourse to a forcible medical intervention that will assist in the investigation of an offence. However, any interference with a person's physical integrity carried out with the aim of obtaining evidence must be the subject of rigorous scrutiny, with the following factors being of particular importance: the extent to which forcible medical intervention was necessary to obtain the evidence, the health risks for the suspect, the manner in which the procedure was carried out and the physical pain and mental suffering it caused, the degree of medical supervision available and the effects on the suspect's health (compare and contrast also the criteria established by the United States courts in similar cases – see paragraphs 51-52 above)." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, p. 21.

suspeitos, tais como os que envolviam: (i) exame de sopro (bafômetro); (ii) coleta de sangue; (iii) coleta de urina; e, (iv) coleta de amostraras de DNA.[18]

Todavia, para afastar uma possível analogia, explicou que a administração de emético, no caso concreto, demandou uma colaboração ativa do suspeito para a administração da substância (envolveu a recuperação da prova e não a sua coleta para exame forense[19]), até porque ele foi obrigado a vomitar (situação essa não fisiologicamente natural); e que, no caso concreto, o grau de coação revelou um verdadeiro tratamento desumano e degradante.

Por essa razão, a Corte concluiu pela violação dos artigos 3 e 8, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, respectivamente por 10 (dez) votos a 7 (sete) e 12 (doze) votos a 5 (cinco). Ainda, como a prova coletada a partir do tratamento desumano e degradante e da violação da privacidade foi utilizada para embasar a condenação, os julgadores entenderam que houve também vitupério ao processo equitativo (artigo 6, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem)[20]. Ao

18. "The Court has consistently held, however, that the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood, urine, hair or voice samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing (see *Saunders*, cited above, § 69; *Choudhary v. the United Kingdom* (dec.), no. 40084/98, 4 May 1999; *J.B. v. Switzerland*, cited above, § 68; and *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, § 80)." Ibidem, p. 27.

19. "In the Court's view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant's body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings. However, there are several elements which distinguish the present case from the examples listed in *Saunders*. Firstly, as with the impugned measures in *Funke* and *J.B. v. Switzerland*, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant's will. Conversely, the bodily material listed in *Saunders* concerned material obtained by coercion for forensic examination with a view to detecting, for example, the presence of alcohol or drugs." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, p. 30.

20. "The Court notes that, even if it was not the intention of the authorities to inflict pain and suffering on the applicant, the evidence was obtained by a measure which breached one of the core rights guaranteed by the Convention. Furthermore, it was common ground between the parties that the drugs obtained by the impugned measure were the

final, foi estabelecido o montante de EUR 10.000,00 (dez mil euros) a título de reparação pela dor física e mental decorrente da administração forçada do emético (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, p. 31).

3.2. Caso John Murray vs. *Reino Unido: o direito ao silêncio*

Um dos principais precedentes da Corte Europeia dos Direitos Humanos sobre o valor probatório do silêncio do acusado em condenação se deu com o caso John Murray vs. Reino Unido (1996).

John Murray foi condenado pelo crime de auxílio e cumplicidade no cárcere privado de "L.", tendo sido sentenciado a oito anos de reclusão, em virtude de presunções decorrentes de seu silêncio nas fases investigativa e judicial.

"L." era membro da organização terrorista IRA (*Irish Republican Army*) e, ao mesmo tempo, informante da polícia irlandesa. Ele foi descoberto pelos demais integrantes da organização, sequestrado e posto em cárcere privado, em janeiro de 1990. Ato contínuo, "L.", ameaçado de morte, foi vendado e compelido a fazer uma gravação confessando ser informante da polícia aos demais integrantes do IRA.

Dias depois, a polícia adentrou no local e libertou "L." e, dentre as pessoas que se encontravam na casa, estava John Murray. "L." relatou à polícia todo o ocorrido e, inclusive, que John Murray teria visto a polícia na porta da residência em que era mantido refém e, ato contínuo, tirado-lhe a venda e lhe ordenado que descesse um andar e fingisse estar assistindo televisão, enquanto Murray subiria para destruir a gravação.

Na oportunidade, John Murray foi detido com fundamento no Ato de Prevenção Terrorista da Irlanda do Norte e, além de ter sido acusado de integrar organização terrorista, também lhe foi imputada a participação no cárcere privado de "L." e conspiração para homicídio.

Ainda, foi negado a John Murray acesso a advogado por 48 (quarenta e oito) horas, posto que a legislação local abria margem para tanto caso houvesse motivação razoável para se crer que o exercício desse direito poderia dificultar o enfrentamento de ato de terrorismo.

---

decisive element in securing the applicant's conviction. [...] In these circumstances, the Court finds that the use in evidence of the drugs obtained by the forcible administration of emetics to the applicant rendered his trial as a whole unfair." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006, p. 31.

Murray foi interrogado por 21 (vinte e uma) horas e 39 (trinta e nove) minutos e, muito embora tenha sido advertido de que tinha direito ao silêncio, mas que esse poderia ser utilizado como elemento de corroboração de provas em seu detrimento, ele se manteve silente. Ao final das 48 (quarenta e oito) horas, foi-lhe concedido o direito de se comunicar com advogado e, ainda assim, não se pronunciou, mantendo a sua postura inicial de não oferecer qualquer justificativa para a sua presença na residência em que "L." era mantido refém.

Em primeira instância, John Murray foi julgado por um juiz singular, sem a presença de jurados, tendo o magistrado feito uso de presunções a partir de valorações negativas do exercício do silêncio (nas fases inquisitória e processual) para embasar a condenação:

> "Eu estou satisfeito no sentido de que é inevitável presumir que, enquanto ele [Murray] estava na residência, tinha contato com os homens que mantinham 'L.' refém e, ainda, que ele sabia que 'L.' era mantido refém. Eu também chego à outra irresistível presunção contra ele [...] pelo fato de ter falhado em explicar a sua presença na residência quando questionado pela Polícia [...]; e eu também chego à irretorquível presunção contrária a ele haja vista [...] sua escusa em oferecer prova em sua defesa quando solicitado a fazê-la no Tribunal"[21] (tradução livre).

A sentença foi mantida pelo Tribunal de Apelação, nos seguintes termos:

> "Nós consideramos que há um caso formidável contra ele [Murray]. Ele era o único acusado o qual foi visto e identificado por 'L.' como tendo um papel positivo nas atividades concernentes ao cativeiro. A prova dada por 'L.' não prescindia de uma resposta. Nenhuma resposta de qualquer tipo foi dada à polícia ou durante o seu julgamento. Foi inevitável que o magistrado de primeiro grau chegasse a fortes presunções contra ele"[22] (tradução livre).

21. "I am further satisfied that it is an irresistible inference that while he was in the house [the applicant] was in contact with the men holding L. captive and that he knew that L. was being held a captive. I also draw very strong inferences against [the applicant] under Article 6 of the 1988 Order by reason of his failure to give an account of his presence in the house when cautioned by the police on the evening of 7 January 1990 under Article 6, and I also draw very strong inferences against [the applicant] under Article 4 of the 1988 Order by reason of his refusal to give evidence in his own defence when called upon by the Court to do so." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996, p. 7.

22. "We consider that there was a formidable case against [the applicant]. He was the only one of the accused whom [L.] observed and identified as playing a positive part in the activities touching his captivity. [L.]'s evidence therefore called for an answer.

Considerando que sua condenação foi confirmada em grau de apelação, John Murray buscou a Corte Europeia de Direitos Humanos.

3.2.1. Argumentos das partes e de terceiros interessados

Perante a Corte Europeia de Direitos do Humanos, Murray alegou que a Ordem de 1988 da Irlanda do Norte, que permite que haja presunções a partir de seu silêncio na fase policial e de sua inércia em oferecer provas para embasar a sua inocência na fase processual, ofenderia o direito a um processo equitativo (artigo 6-1[23], Convenção Europeia dos Direitos Humanos) e o direito à presunção de inocência (artigo 6-2[24], Convenção Europeia dos Direitos Humanos). Ainda, sustentou que a negativa de comunicação com advogado na fase policial violou o artigo 6-3[25], Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Para tanto, invocou dois precedentes da Corte (*Saunders v. The United Kingdom* e *Funke v. France*), nos quais se concluiu que o direito ao silêncio é uma parte inerente do direito ao processo equitativo. Acrescentou, ainda, que foi severamente penalizado por escolher ficar calado e que o uso de seu silêncio contra ele subverteu a presunção da inocência e o próprio ônus da prova.

No answer was forthcoming of any kind to the police or throughout the length of his trial. It was inevitable that the judge would draw 'very strong inferences' against him." Ibidem, p. 8.

23. "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1953, p. 8.

24. "Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada." Idem.

25. "O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: [...] c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem." Ibidem, p. 9.

A Anistia Internacional se pronunciou, como terceira interessada, destacando que permitir a utilização de presunções a partir do exercício do direito ao silêncio é um meio efetivo de coerção que inverte o ônus da prova da acusação para o acusado e que viola também o direito de não ser coagido a depor contra si mesmo ou de se declarar culpado, o que viola o artigo 14.3, g, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

O Conselho da Comissão de Direitos Humanos da Irlanda do Norte destacou que o direito ao silêncio não é absoluto, mas uma garantia que, em certas circunstâncias, pode ser flexibilizada quando apresentadas outras garantias ao acusado para compensar o potencial risco de condenações injustas (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996, p. 17).

O Estado signatário da Convenção enfatizou que a questão não era se a lei local (artigos 4 e 6 da Ordem de 1988) era ou não compatível com o direito ao silêncio, mas sim se as presunções tornaram injusto o processo contra Murray. Mencionou que o que a legislação local fez foi conferir um poder de discricionariedade ao magistrado, a partir de circunstâncias cuidadosamente definidas, sem que houvesse violação do direito ao silêncio ou inversão do ônus da prova.

3.2.2. A posição da Corte

Quando do julgamento da submissão de John Murray, a Corte Europeia destacou que não havia nenhuma norma internacional que proibisse a utilização de presunções de senso comum a partir do silêncio do acusado nas fases policial e processual. Além disso, os julgadores afirmaram que não era papel da Corte examinar se a lei local era compatível com a noção de processo equitativo, mas sim verificar se, no caso concreto, houve alguma violação nesse sentido.

A Corte delimitou três molduras de julgamento, isto é, matérias das quais poderia se pronunciar: i) se o direito ao silêncio é absoluto; ii) se alertar o acusado de que o exercício do direito ao silêncio pode ser usado como elemento de corroboração da sua acusação é ou não uma forma de coerção; iii) se, nos termos da lei local, o direito ao silêncio foi ou não o único elemento que embasou a condenação[26], o que violaria o artigo 2-4, da Ordem de 1988, da Irlanda do Norte.

26. "What is at stake in the present case is whether these immunities are absolute in the sense that the exercise by an accused of the right to silence cannot under any circumstances be used against him at trial or, alternatively, whether informing him in advance that, under certain conditions, his silence may be so used, is always to be regarded as "improper compulsion". On the one hand, it is self-evident that it is incompatible

Na oportunidade, a Corte estabeleceu que o direito ao silêncio não é absoluto, não sendo razoável exigir que em procedimentos criminais o silêncio deixe de ter qualquer implicação na valoração da prova.

Ainda, destacou que Murray optou por permanecer em silêncio, apesar dos alertas de que isso poderia servir de corroboração da acusação, o que afastaria qualquer inferência no sentido de que houve qualquer forma de coerção que o impedisse de exercer tal direito no caso concreto.

Quanto à verificação da utilização do silêncio para embasar a condenação, concluíram os julgadores que o núcleo da análise estava, em verdade, no papel que as presunções tiveram no julgamento doméstico.

Partindo da jurisprudência do Reino Unido (*House of Lords in R. v. Kevin Sean Murray*), antes que qualquer presunção seja utilizada, é preciso que o acusado seja alertado da consequência do silêncio em sua eventual condenação e, ainda, que haja um *prima facie case*, que consiste em casos em que a prova da acusação é suficientemente forte para demandar algum tipo de explicação[27] para que seja refutada.

Conforme entendimento da Corte, apenas assim seria possível que presunções, compreendidas como "inferências de senso comum as quais o juiz considera apropriadas, à luz das provas contra o acusado, e a partir da lei local" [28], sejam utilizadas.

Em outros termos, a presunção não seria utilizada, de forma indevida, como prova, mas uma valoração da prova existente. Assim, no caso concreto, a Corte entendeu que o fato de a vítima ("L.") ter identificado John Murray e, ainda, as circunstâncias locais estarem em harmonia com o relato de "L." – havia um cassete ligado e uma fita gravada destruída-, eram provas suficientes para a condenação, tendo o silêncio apenas demonstrado a incapacidade de o acusado sustentar a sua defesa.

Por essa razão, a Corte reconheceu, por 14 (quatorze) votos a 5 (cinco), que não houve violação ao direito ao silêncio e, por conseguinte, ao processo equitativo e à presunção de inocência.

---

with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996, p. 19.

27. "The question in each particular case is whether the evidence adduced by the prosecution is sufficiently strong to require an answer." Ibidem, p. 20.

28. "In sum, it is only common-sense inferences which the judge considers proper, in the light of the evidence against the accused, that can be drawn under the Order." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996, p. 21.

Por outro lado, em relação à não assistência de advogado nas primeiras 48 (quarenta e oito) horas de interrogatório policial, os julgadores entenderam ter ocorrido uma violação, ainda que John Murray tenha optado por permanecer em silêncio mesmo após ter sido assessorado por advogado. Por 12 (doze) votos a 7 (sete), a Corte entendeu que, mesmo que a negativa tenha se amparado na legislação local[29], o direito à assistência jurídica deve ser exercido desde os estágios iniciais da acusação, sob pena de violar o processo equitativo.

Com relação à alegação de discriminação sofrida em virtude da legislação antiterrorista do Reino Unido, a Corte entendeu que o pedido estava prejudicado, pois a legislação local foi afastada para reconhecer a violação do direito à assistência jurídica.

No caso, não foi reconhecido direito à reparação, vez que se concluiu que o reconhecimento da violação já seria suficiente para os propósitos da Convenção.[30]

4. Considerações finais

Tem sido objeto de extensa investigação o âmbito de proteção do princípio da não autoincriminação e os seus fundamentos interpretativos. Cada Ordenamento Jurídico tem conferido uma abrangência distinta ao *nemo tenetur se detegere*, alguns mais expansivos e outros mais restritivos.

Em se considerando o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tem-se que apenas se consolidaram em seus diplomas alguns aspectos relativos ao direito ao silêncio (o direito

29. "Nevertheless, although it is an important element to be taken into account, even a lawfully exercised power of restriction is capable of depriving an accused, in certain circumstances, of a fair procedure. […] Under such conditions the concept of fairness enshrined in Article 6 (art. 6) requires that the accused has the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. To deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defence may well be irretrievably prejudiced, is – whatever the justification for such denial – incompatible with the rights of the accused under Article 6 (art. 6)." EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996, p. 25.

30. "The Government, on the other hand, submitted that even in the event of a finding of a violation no award should be made under this head. The Court agrees. It recalls that its finding of a violation of Article 6 (art. 6) is limited to the applicant's complaint concerning access to a solicitor. In its opinion, the finding of a violation is, in itself, sufficient just satisfaction for the purposes of Article 50 (art. 50) of the Convention." Ibidem, p. 27.

de não ser obrigado a depor contra si mesmo e o direito de não se declarar culpado), não havendo previsões a respeito do direito de não apresentar provas autoincriminadoras, outra dimensão do princípio da não autoincriminação.

Por essa razão, os tribunais (domésticos e internacionais) têm se incumbido de delimitar o princípio e, para tanto, um dos principais argumentos que têm sido suscitados é o da distinção entre colaboração ativa (ação positiva) e tolerância passiva.

Esse fundamento teve especial relevância em um dos julgados da Corte Europeia dos Direitos Humanos analisados neste artigo. No caso Jalloh v. Alemanha, para a Corte afastar o precedente do caso *Sanders v. United Kingdom*, foi sustentado que, em hipóteses em que há coleta para exames forenses, a prova é obtida independentemente da colaboração/vontade do suspeito, como nas hipóteses de: (i) exame de sopro; (ii) coleta de sangue; (iii) coleta de urina; e (iv) coleta de amostras de DNA. Por outro lado, sustentou-se que, quando se retira a prova diretamente do corpo do suspeito, contra a sua vontade, há uma forma de colaboração, vez que não seria algo que ocorreria naturalmente (*v.g.* vômito em caso da administração do emético).

Por essa razão, a Corte estabeleceu nove vetores a serem considerados na intervenção corporal para obtenção de provas, são eles: (i) a medida em que a intervenção médica forçada foi necessária para obter provas; (ii) a existência de riscos de saúde para o suspeito caso não haja intervenção; (iii) o modo como o procedimento foi realizado (natureza e grau da coação); (iv) a existência de dor física e psicológica; (v) o grau de supervisão médica; (vi) os efeitos colaterais para a saúde do suspeito decorrentes do procedimento; (vii) a indicação de que a prova será encontrada; (viii) existência de mandado judicial ou circunstâncias emergenciais, como a possibilidade de destruição da prova; e, (ix) a existência de razoabilidade do método para se extrair a prova.

Entretanto, percebe-se que, no campo da produção de prova incriminadora a partir do corpo do acusado, há considerações que ainda se fundam na colaboração ativa do acusado. Verificou-se que essa distinção é facilmente manipulável, podendo servir para fins arbitrários e enganosos, segundo a vontade do intérprete. Ademais, foi possível se constatar que, muito embora tendesse a reduzir o princípio da não autoincriminação à esfera da colaboração ativa, há hipóteses em que há uma zona cinzenta entre essa e a tolerância passiva, notadamente em situações preparatórias de alguns procedimentos, como no caso do reconhecimento pessoal e da coleta de sangue, em que se exige um mínimo de comportamento ativo do acusado.

Ainda, foi possível concluir que há situações de colaboração ativa que não são de fato voluntárias, posto decorrerem de uma coação indireta nas hipóteses em que o procedimento pode ser levado a cabo com ou sem a colaboração do acusado.

Reconheceu-se, também, que essa distinção apenas reforça a instrumentalização do acusado como objeto de prova, além de não resolver, em definitivo, a abrangência do princípio, isto é, se – e dentro de quais limites – o acusado tem a obrigação de produzir prova contra si a partir do corpo e das substâncias corpóreas.

No caso John Murray vs. Reino Unido foi abordada outra dimensão do direito à não autoincriminação, a do direito ao silêncio. Em que pese ter Murray sustentado que a lei local obstava o seu direito de ficar em silêncio e a não se autoincriminar, invertendo o ônus da prova e violando a presunção de inocência, a Corte entendeu que o direito ao silêncio não é absoluto, e que, no caso concreto, houve apenas uma valoração lícita do silêncio e não a sua utilização indevida como prova.

Assim, é possível verificar que a interpretação da Corte Europeia é restritiva no que se refere ao direito ao silêncio, admitindo a sua valoração em desfavor do acusado e, por outro lado, comporta algumas considerações menos lenientes no que tange ao direito de não ceder o seu corpo para a produção de prova incriminadora contra si.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento do direito à não autoincriminação, embora seja pauta relevante, já não ocupa os centros das discussões da comunidade internacional. Fato é que o desafio consiste, em verdade, em balizar os fundamentos interpretativos que delimitam a abrangência do princípio no caso concreto, de modo a não instrumentalizar o acusado e o deixar à mercê de argumentos retóricos e facilmente manipuláveis.

5. Referências

ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BUZZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato ala ricostruzione del fatto. In: UBERTIS, Giulio et al. *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Millano: Giuffrè Editore, 1992.

CHIAVARIO, Mario. Art. 6 – Diritto ad un processo giusto. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (Org.). *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Milani: Casa Editrice, 2001.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CÓRDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare. principio de pasividad? In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal:* homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere*. Bologna: Il Mulino, 1991.

EINESMAN, Floralynn. *Confessions and culture: the interaction of Miranda and diversity*. *Journal of Criminal Law and Criminology,* v. 90, n. 1, p. 1-49, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do nemo tenetur se detegere. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 01, n. 01, p. 147-172, jan.-jun. 2014.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere:* interrogatio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano. Millano: Giuffrè Editore, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1997.

O'REILLY, Gregory. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, n. 2, p. 402-452, 1994.

UBERTIS, Giulio. "Nemo tenetur se detegere" e dialettica probatoria. *Verso um 'giusto processo' penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.

Legislação

BRASIL. *Decreto 592/92 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos)*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso em: 05.06.2020.

BRASIL. *Decreto 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 05.06.2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Convenção europeia dos direitos humanos*. 1953. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf]. Acesso em: 05.06.2020.

Jurisprudência

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of John Murray v. The United Kingdom*. 1996. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]}]. Acesso em: 05.06.2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Jalloh v. Germany*. 2006. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76307%22]}]. Acesso em: 05.06.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal, de Marcella Alves Mascarenhas Nardelli – *RePro* 246/171-198 (DTR\2015\13214); e
- O direito ao silêncio: evolução histórica. do talmud aos pactos e declarações internacionais, de Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi – *RDCI* 48/133-157 (DTR\2004\406).

Crime e Sociedade

A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte

The building of criminal governance when the "world of crime" is cracked: notes on gangs and daily life in a favela in Belo Horizonte

Ana Beraldo

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) com período sanduíche na Universidade de Chicago, 2020. Mestra em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2015. Graduada em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2012. Pesquisadora do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP/UFMG).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4878397484815635]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9614-9181]
anaberaldopsi@gmail.com

Recebido em: 15.09.2020
Aprovado em: 12.02.2021
Última versão do(a) autor(a): 18.02.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo, baseado em pesquisa etnográfica conduzida entre 2017 e 2019 em uma favela de Belo Horizonte, chamada aqui de Morro da Luz, trata dos efeitos da atuação criminal no cotidiano das periferias da capital mineira. Diferentemente do que acontece no Rio de Janeiro ou em São Paulo, em que se constituíram grandes facções criminosas, em BH o que predomina é a conformação de pequenos grupos rivais que dividem territórios nas periferias e que se engajam em ciclos de conflitos violentos chamados de "guerras de gangues". O texto está centrado em três personagens principais: Caio, 40 anos, católico e professor de educação física; Thiago, 23 anos, ex-evangélico, músico, jornaleiro e fotógrafo; e Camila, 25 anos, evangélica,

Abstract: This article, based on ethnographic research conducted between 2017 and 2019 in a favela in Belo Horizonte, discusses the effects of criminal activities on the daily lives of the urban poor in the city. Unlike what happens in Rio de Janeiro or São Paulo, where large criminal organizations came into being, in BH what predominates is the formation of small rival groups that coexist in the same territories and that engage in cycles of extreme violence natively referred to as "gang wars". The text is centered on three main characters: Caio, 40, Catholic and gym teacher; Thiago, 23 years old, ex-evangelical, musician, newsboy and photographer; and Camila, 25, evangelical, divorced and saleswoman in a clothing store. None of them can be identified as

divorciada e vendedora em loja de roupas. Nenhum desses três sujeitos pode ser identificado como imerso no "mundo do crime", mas, ainda assim, suas vivências, subjetividades, e relações são, a todo o momento, afetadas pela atuação criminal na favela. Argumenta-se, então, que o crime, ainda que fragmentado, apresenta-se enquanto normatividade ou ordem em BH. O texto busca fazer uma análise dos mecanismos por meio dos quais essa capacidade normativa do crime é forjada em um contexto de múltiplas gangues rivais.

Palavras-chave: Ordenamento criminal – Belo Horizonte – Gangues – Cotidiano – Favela.

immersed in the "world of crime", but even so, their experiences, subjectivities, and relationships are constantly affected by criminal activity in the favela. It is argued, then, that crime, even if fragmented, presents itself as *normativity* or order in BH. The text seeks to analyze the mechanisms by which this normative capacity of crime is forged in a context of multiple rival gangs.

Keywords: Criminal governance – Belo Horizonte – Gangs – Everyday life – Favela.

Sumário: 1. Introdução. 2. O crime como produtor de ordem moralizada. 3. Caio: projetos sociais, violência e medo. 3.1. De aluno a professor. 3.2. O crime produz ordem, as "guerras de gangues" produzem instabilidade. 3.3. O crime atrai. 3.4. A generalização da cautela. 4. Thiago: religião, trabalho e intimidade com o crime. 4.1. Infância e amizades no bairro. 4.2. Convivência com o crime. 4.3. Igreja e sociabilidade. 4.4. Trajetória laboral. 5. Camila: casa na favela e igreja no asfalto. 5.1. Entre a favela e o bairro. 5.2. Proteção e agenciamento de crianças. 5.3. Pastor ex-bandido, pastora "de fora". 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

> *"'Vai morrer inocente, trabalhador, 'polícia' e a guerra no morro não vai acabar'. A afirmação é de um dos quatro presos, nesta segunda-feira (18), após um tiroteio entre gangues do Morro do Papagaio, na região Centro-Sul de Belo Horizonte. No atrito, um adolescente de 13 anos acabou baleado. Sentado em uma sala da Delegacia,* [...] *o jovem de 18 anos contou que estava 'tranquilo' quando a confusão começou. 'Eu estava fumando um baseadinho de leve na rua com os meninos quando meu primo chegou dizendo que os caras estavam 'na atividade' e chegaram 'sapecando' (atirando). Aí eu fui lá e mostrei que nós temos (arma) também', disse o homem, que assumiu o porte da arma.* [...] *Ele é primo do garoto baleado. O jovem e os outros três presos fazem parte da gangue GreenVille, que está em guerra com criminosos da gangue Fazendinha e rua 'H'. 'A arma é minha e se precisar eu faço de novo. Eu espero que a gente vai matar ou vai morrer. É a vida. Os caras quiseram. Agora eles aguentam', afirmou."* (*O Tempo*, 18.03.2019).

Em Belo Horizonte, e na maior parte de Minas Gerais, o tráfico varejista de drogas funciona de maneira pulverizada: divide-se em múltiplos grupos criminais de tamanho reduzido, de cerca de 10 a 12 jovens, que dominam porções

pequenas e contíguas das favelas e dos bairros pauperizados. Esses grupos, conhecidos como *gangues*, competem entre si no mercado de drogas e na demonstração de força e poder, em uma dinâmica de rivalidade violenta que se reproduz já há algumas gerações. Periodicamente e por uma diversidade de motivos que não se limitam à estruturação do tráfico em si mesma (como conflitos em torno de times de futebol, disputas por mulheres ou desentendimentos entre famílias, por exemplo), essa rivalidade se intensifica e produz picos de conflito, chamados nativamente de *guerras de gangues*. As *guerras* não são confrontos simultâneos entre grupos inimigos, como a denominação pode fazer crer, mas são caracterizadas por sequências de homicídios, geralmente de caráter retaliatório, concretizados em formato de emboscada (BEATO; ZILLI, 2012; ROCHA, 2015, 2017; ZILLI, 2011; ZILLI; BEATO, 2015), como ilustra o fragmento jornalístico com o qual tem início o presente texto. Nesse cenário, as mortes muitas vezes envolvem sujeitos vizinhos, não raramente conhecidos desde a infância. Essa configuração criminal está associada a duas fundamentais características da dinâmica dos homicídios na Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH): a enorme concentração dos assassinatos em territórios muito bem delimitados (BEATO FILHO et al., 2001; CHAINEY; DA SILVA, 2016; DA SILVA, 2014; ZILLI; BEATO, 2015) e a variabilidade dos índices, com "sobes e desces" significativos, ainda que sempre se mantendo altos (MARINHO; ANDRADE, 2011).[1] Embora os membros das *gangues* sejam os mais direta e profundamente afetados pelo formato de atuação criminal em Belo Horizonte, a violência que frequentemente decorre dos conflitos entre os grupos extrapola os limites desses mesmos grupos e tem efeitos nas comunidades de maneira geral.

Este artigo trata desses *efeitos*, especialmente das formas com que a dinâmica pulverizada do *crime* em BH modula a organização do cotidiano de quem vive em periferia. O texto está baseado em pesquisa etnográfica conduzida em uma grande favela da capital mineira, chamada aqui de Morro da Luz,[2] principalmente

1. Em diversos momentos ao longo dos últimos 30 anos, a RMBH ultrapassou, em muito, as taxas de homicídios do Rio de Janeiro, por exemplo. O ápice dos índices de homicídios em Belo Horizonte foi registrado no ano de 2004, com uma taxa de 52,3/100.000 habitantes. Nesse mesmo ano, o Rio registrou uma taxa de 45,1/100.000 (Fonte: SIM/DATASUS). Em 2015, BH registrou uma taxa de 24,3/100.000, enquanto o Rio registrou 18,5/100.000 habitantes. Esses são apenas alguns exemplos, mas a discrepância entre as duas realidades se dá com frequência (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016).
2. Nome fictício.

entre agosto de 2017 e setembro de 2018, embora conte também com retornos a campo entre abril e maio de 2019, e com uma experiência pregressa no território iniciada em 2011.[3] A etnografia se deu a partir de visitas frequentes à favela (cerca de três a quatro vezes por semana), facilitadas por – mas não limitadas a – alguns espaços estratégicos: a) uma escola estadual; b) um cursinho pré-vestibular comunitário; c) um grupo cultural; d) dois Centros de Referência em Assistência Social (CRAS); e) uma organização evangélica missionária internacional; e f) um centro de saúde. Como forma de complementação, foram realizadas dez entrevistas em profundidade com moradores e trabalhadores do Morro da Luz, e, entre janeiro de 2016 e março de 2020, foram feitas observações sistemáticas de atividades de lideranças comunitárias e organizações locais nas redes sociais,[4] além de um acompanhamento de notícias sobre a favela (e outras comunidades pobres da cidade) veiculadas na grande mídia. As entrevistas foram conduzidas de forma pouco estruturada, para que, assim, eu pudesse acessar aspectos ou perspectivas que dificilmente teria sido capaz de prever caso formulasse um roteiro muito estrito. Ainda assim, elenquei núcleos temáticos primordiais que deveriam necessariamente ser abordados. Em suma, esses núcleos foram: perfil (idade, escolaridade, formação, profissão, religião); história de vida (se sempre morou na favela, há quantas gerações sua família vive na Luz, principais lembranças da infância e da juventude); pontos positivos e pontos negativos de se viver na comunidade; trajetória escolar (em quais escolas estudou, como era o envolvimento com o contexto escolar); trajetória laboral (quais as formas de conseguir renda, formais ou informais, legais ou ilegais, que construiu ao longo de sua vida); como vê a atuação da polícia, do "crime" e da religião em sua própria experiência e na favela como um todo; e, finalmente, como geralmente são conduzidos conflitos cotidianos em suas famílias, redes de amizade e vizinhanças. Traçar esses pontos principais me possibilitou algum nível de comparabilidade entre os três sujeitos e, como consequência, facilitou uma compreensão mais matizada sobre a realidade da Luz. As visitas à Luz foram detalhadamente registradas em diário de campo e as entrevistas foram gravadas e transcritas. O método

3. Em 2011, iniciei um estágio em uma das escolas do Morro da Luz. Desde então, participei de trabalhos e iniciativas diversas, desde atividades com crianças e adolescentes sobre a vida cotidiana na favela até a produção de material audiovisual sobre a história das mulheres da comunidade. De uma maneira talvez indireta, mas nem por isso desprezível, essa trajetória mais longa informa o presente texto e as análises que aqui desenvolvo.

4. Especialmente no *Facebook* e no *Instagram*.

etnográfico, "de perto e de dentro" (MAGNANI, 2002), possibilitou a captação de sutilezas e detalhes simbólicos e materiais que, ainda que aparentemente banais, são de fundamental importância para a compreensão de dinâmicas sociais cotidianas, objeto primordial do interesse desta pesquisa. Meu objetivo principal era compreender quais atores e moralidades definem o que é socialmente tido como "certo" e o que é tido como "errado" no Morro da Luz, e identificar as maneiras com que essas dinâmicas se relacionam à atuação criminal e à incidência de violência na favela.

O texto está subdividido em seções. Primeiramente, é traçada uma breve retomada da produção bibliográfica sobre a violência criminal e a conformação do *crime* como normatividade no país, especialmente a partir da constituição das grandes facções criminais no Rio de Janeiro e em São Paulo. Nesse apartado, são apresentadas algumas das contribuições teóricas primordiais acerca do que se convencionou chamar no senso comum e na mídia de "poder paralelo" do crime,[5] isto é, a capacidade de produção de ordem que as facções demonstram ter tanto nas prisões quanto nas periferias. Em seguida, entra em cena a etnografia do Morro da Luz. São descritas e analisadas cenas, narrativas e trajetórias de três dos muitos personagens que permearam meu trabalho de campo: Caio, Thiago e Camila. Esses sujeitos foram selecionados primeiramente porque estiveram presentes em todo o processo de pesquisa (o que possibilitou que fossem conhecidos mais a fundo, inclusive por meio de entrevistas); e, mais importante do que isso, por apresentarem, em suas histórias, vivências que são comuns na favela, com as quais me deparei frequentemente ao longo dos anos (e que dizem respeito, portanto, a aspectos mais gerais do que é ser morador de periferia em Belo Horizonte): trabalho, laços de amizade, redes de vizinhança, família, possibilidades educacionais, religiosidade, projetos sociais, conflitos, violências. Como ficará claro ao longo do texto, nem Caio, nem Thiago e nem Camila poderiam ser taxados de "criminosos", mas, ainda assim, todos têm seus cotidianos atravessados pelo *crime*. A argumentação central é, portanto, a de que a pulverização criminal

5. Essa noção de "poder paralelo", porém, tem sido muito consistentemente criticada nos meios acadêmicos brasileiros e internacionais. Uma variedade de autores aponta, por exemplo, que existem articulações fundamentais entre atores criminais e estatais e também demonstram que não existe, nas favelas e bairros pobres, uma "ausência de estado" que seria de alguma maneira preenchida pelo crime organizado, mas, pelo contrário, uma presença muitas vezes até mais incisiva das instituições estatais do que acontece nos bairros de classe média ou alta, ainda que concomitante à produção de normas comportamentais por parte de grupos criminais (ARIAS; BARNES, 2017; DEWEY, 2018; DURÁN-MARTÍNEZ, 2018; RICHMOND, 2019).

em *gangues* não impede a produção ampliada de normatividade do *crime* nas periferias belo-horizontinas. Nas Considerações finais, são resumidas e sistematizadas as "pistas" que os três personagens centrais deste texto fornecem para a compreensão dos mecanismos por meio dos quais se dá a produção de ordem criminal em contexto de múltiplas gangues.

2. O crime como produtor de ordem moralizada

Desde o declínio do regime militar, o Brasil tem passado por importantes transformações. Se, por um lado, viveu uma redução da violência política e uma melhoria no acesso a direitos; por outro, passa a lidar com um crescimento das violências criminais e interpessoais e um vertiginoso incremento dos homicídios (CALDEIRA; HOLSTON, 1999). As parcelas empobrecidas da população urbana haviam construído, especialmente a partir do fim da ditadura e das esperanças que à redemocratização se articulavam, um projeto compartilhado de ascensão social em longo prazo por meio do trabalho e de condições de vida cada vez melhores no decorrer das gerações. Mas as expectativas foram frustradas e os benefícios materiais tão desejados pelos moradores de favela se mostraram de difícil alcance (FELTRAN, 2007a). Os pobres urbanos se veem, então, limitados diante do desemprego e da perpetuação da pobreza no país. A democracia eleitoral mostrou-se insuficiente para o estabelecimento de uma cidadania democrática (CALDEIRA; HOLSTON, 1999) e as atividades criminais passaram a figurar como alternativas para a obtenção de renda e melhoria do padrão de consumo para alguns sujeitos, especialmente para uma parcela dos homens jovens (FELTRAN, 2007a).

A expansão da criminalidade se torna um problema público (KESSLER, 2011) e sua atuação (particularmente as complexidades morais a ela inerentes) passa a configurar um importante tema de estudos no campo das Ciências Sociais brasileiras. Alba Zaluar (1985), por exemplo, ainda nos anos 1980, destacou distinções construídas nas classes populares entre dois tipos de contraventor: o *bicho-solto* (que seria aquele sem escrúpulos, irracional e impetuoso, que pode vir a empregar a violência em qualquer situação, e, por isso, é pouco apreciado dentro de sua comunidade) e o *bandido formado* (mais racional, ético e profissionalizado, que agiria de acordo com moralidades compartilhadas por seus pares, que faria uso da força somente em circunstâncias "justificáveis" e que, por isso, gozaria de um maior apreço na comunidade em que se insere). Desde então, estudos têm discutido a violência que permeia as relações criminais – seja na conformação de uma *sociabilidade violenta* em que as interações entre os sujeitos são mediadas pelo uso da força física (MACHADO DA SILVA, 1999, 2008)

ou em um processo histórico de *acumulação social da violência* (MISSE, 1999) –; os elementos de hipermasculinidade e o *ethos guerreiro* muitas vezes presentes no ato de andar armado e se dispor a *guerrear* (ZALUAR, 1994); a profissionalização do tráfico de drogas a partir de lógicas empresariais (HIRATA; GRILLO, 2019; LYRA, 2015; PICANÇO; LOPES, 2016); o fenômeno do encarceramento massivo e seletivo daqueles que ocupam as mais baixas posições hierárquicas nos mercados ilegais, em sua maioria, negros e pobres (SINHORETTO; SILVESTRE; MELO, 2013); e a construção da categoria social de *bandido*, tido como aquele que é essencialmente agressivo e inclinado ao desvio (MISSE, 2010). Uma importante produção bibliográfica tem analisado também a configuração social de um "mundo do crime", o que não se refere somente ao cometimento de atos ilícitos criminais, mas "designa o conjunto de códigos e sociabilidades estabelecidas, prioritariamente em âmbito local, em torno dos negócios ilícitos do narcotráfico, dos roubos e furtos" (FELTRAN, 2007b, p. 93). Isto é, o "mundo do crime" que se conforma nas favelas e nos bairros pobres brasileiros a partir dos anos 1980 e 1990 diz respeito à construção de uma moralidade e de um *universo simbólico* próprio aos *bandidos* (FELTRAN, 2007b; GRILLO, 2013; MACHADO DA SILVA, 2008; MATTOS, 2016; MISSE, 2010; PICANÇO; LOPES, 2016; ROCHA, 2017; TEIXEIRA, 2009).

Nesse escopo, desenvolveu-se um debate acadêmico especialmente focalizado no advento das grandes facções criminais no país, primeiramente nos ambientes carcerários, e depois nos territórios pobres das cidades. Argumentou-se que o cenário insustentável dos cárceres (superlotados, insalubres e violentos) gerou condições ideais para a constituição de grupos criminais articulados em torno da necessidade de proteção mútua entre os presos, como foi o caso do Comando Vermelho (CV) no final da década de 1970 no Rio de Janeiro, ou, mais tarde, também no Rio, do Terceiro Comando Puro (TCP) e do Amigos dos Amigos (ADA) (BARCELLOS, 2003; LESSING, 2008; MATTOS, 2016); e do Primeiro Comando da Capital (PCC), no início dos anos 1990, em São Paulo (ADORNO; SALLA, 2007; AMORIM, 2004; BIONDI, 2010, 2017; FELTRAN, 2018; MANSO; DIAS, 2017; SINHORETTO; SILVESTRE; MELO, 2013).

Quase sempre iniciado com períodos de conflitos e rebeliões em que opositores eram violentados e mortos, o processo de formação das facções nas prisões passa, em seguida, para outra fase, agora com o predomínio dos ideais de autopreservação das pessoas privadas de liberdade, condensados na lógica de "paz entre os ladrões". As facções estabelecem, então, novos hábitos de conduta na cadeia, proibindo, por exemplo, a entrada e o consumo do *crack* e regulando a violência e os homicídios entre os presos. Na prática, a gestão dos cárceres se

torna compartilhada entre as administrações prisionais e as facções (BIONDI, 2017; FELTRAN, 2018; MANSO; DIAS, 2017; MARQUES, 2016). Com o tempo, as facções passam também a se inserir mais sistematicamente nos mercados ilícitos, especialmente no de drogas, ampliando sua lucratividade e expandindo suas atuações para além das grades. O que acontece é que o enorme contingente de ex-presidiários produzido pelas políticas de hiperencarceramento proporciona um fluxo contínuo – de sujeitos, de moralidades e de dinheiro – entre as cadeias e as periferias. Nas vilas e favelas, onde o cenário também era de violência extrema, a noção de "paz entre os bandidos" veio a calhar.

Nos dois maiores estados do país, os mercados ilícitos ficam, então, sob o controle das facções. Mas esse controle é feito de maneiras distintas: no Rio, de forma mais hierárquica, sob o domínio dos *donos do morro* (um para cada favela), e também mais militarizada – a coexistência de três facções faz com que as *firmas* se armem em um constante preparo para possíveis confrontos, especialmente materializado na figura dos *soldados* (MATTOS, 2016) –; e, em São Paulo, de forma mais horizontalizada, semelhante à dinâmica da maçonaria (FELTRAN, 2018), pouco armada e distribuída entre *patrões* (cada um responsável por um ponto de venda de drogas) (HIRATA; GRILLO, 2017). Mais do que a gestão dos mercados ilegais e das socializações nas prisões, o "mundo do crime" torna-se, com o tempo, um regulador de comportamentos nas periferias urbanas de maneira geral.

A gestão do cotidiano pelas facções se sustenta, por um lado, na ameaça (e, em alguns locais mais do que em outros, concretização) do uso da força, e, por outro, na constituição de uma moralidade ampliada, em alguma medida compartilhada pelos pobres urbanos como um todo. Isto é, criou-se um *marco discursivo* criminal que se expande, transcende as fronteiras do próprio "mundo do crime", e passa a impor parâmetros comportamentais nos setores populares. Esse marco (frequentemente representado pelo lema tanto do CV quanto do PCC de "Paz, Justiça e Liberdade", por exemplo – BARBOSA, 2013) estabelece critérios próprios do que pode ser considerado *legítimo* nas favelas e nos bairros pauperizados (FELTRAN, 2007b). Agora, a busca por justiça nas periferias pode se dar por meio do acionamento de uma multiplicidade de instâncias que são elegidas situacionalmente: em alguns casos e para alguns sujeitos, opta-se pela justiça policial; em outros, pela justiça do *crime* (FELTRAN, 2007b, 2020). A justiça do *crime* atua tanto violentamente quanto de forma mediada. As mediações conduzidas pelas facções se fazem de distintas maneiras, algumas mais estruturadas do que outras, mas quase sempre partindo da escuta de todas as partes envolvidas no conflito em questão e buscando uma avaliação moral da situação. No

Rio, isso costuma ser chamado de "desenrolo"[6] (HIRATA; GRILLO, 2019; MATTOS, 2016), e, em São Paulo, de "debate" [7] (ADORNO; SALLA, 2007; FELTRAN, 2018; MANSO; DIAS, 2017). Esses mecanismos não raramente performam um mimetismo do sistema jurídico estatal, com "acusação", "defesa" e "sentença" próprios.

Em Minas Gerais, existe uma presença, por enquanto ainda tímida, de grandes facções, em especial nos municípios limítrofes com Rio de Janeiro e São Paulo. Chamou a atenção do país quando, em 2018, o PCC orquestrou diversos ataques simultâneos, ocorridos em quase 40 cidades do estado, a ônibus, órgãos deliberativos e delegacias (STABILE, 2018). Desde bem antes disso, em 2006, a única penitenciária de segurança máxima mineira, a Nelson Hungria, já contava com alas específicas para presos identificados como filiados ao PCC. Ainda assim, a facção parece encontrar sérias dificuldades para sua expansão nos ambientes carcerários de Minas (RIBEIRO; OLIVEIRA; BASTOS, 2019) e, mais ainda, nas periferias, nas quais permanece o claro predomínio das pequenas *gangues*. Se nos contextos paulistas e fluminenses, em que atuam as grandes facções, o *crime* se torna uma normatividade que produz ordem, o que acontece em relação à capacidade normativa criminal em BH, onde o tráfico é fundamentalmente fragmentado? Esse é o problema de pesquisa endereçado no presente artigo.

Os estudos sobre criminalidade a partir da realidade de Belo Horizonte e Minas Gerais têm, em geral, se centrado em quatro campos: prisões e sistema carcerário (MARTINO; HORDONES; RIBEIRO, 2018; OLIVEIRA; RIBEIRO; BASTOS, 2015; RIBEIRO; OLIVEIRA; BASTOS, 2019), funcionamento do sistema judiciário (LAGES, 2020; LAGES; RIBEIRO, 2019a, 2019b; RIBEIRO; DINIZ, 2020; ZILLI; VARGAS, 2013), análises quantitativas e georreferenciadas de incidência criminal (BEATO FILHO, 2003; BEATO FILHO et al., 2001; RIBEIRO; BASTOS, 2012), e políticas públicas de segurança (ASSUNÇÃO; DA SILVA, 2010; BEATO; DA SILVA; TAVARES, 2008; BEATO; SILVEIRA, 2014; DA SILVA

6. "Desenrolos" são conversas mediadas por traficantes que visam à evitação de desencadeamentos violentos diante de uma variedade de situações conflitivas cotidianas vivenciadas por moradores de favela, como pode ser a violência doméstica ou uma briga entre vizinhos, por exemplo (BARBOSA, 2013; GRILLO; POLICARPO; VERÍSSIMO, 2011; MATTOS, 2016).

7. Os "debates" são semelhantes aos "desenrolos". São avaliações e deliberações, mais ou menos estruturadas, em que as partes envolvidas em determinada situação de desentendimento são ouvidas e é alcançado determinado veredicto. Aqui também se evita a alimentação de ciclos de violência (ADORNO; SALLA, 2007; FELTRAN, 2018; MARQUES, 2016).

et al., 2018; SAPORI; ANDRADE, 2013). As dinâmicas cotidianas das periferias belo-horizontinas e suas relações com a criminalidade, porém, configuram um campo de estudos ainda recente. Nesse escopo, alguns trabalhos têm fornecido evidências de que a configuração pulverizada do *crime* na capital mineira não impede que, também aqui, o *crime* possua um sistema moral que o organiza e que dele transborda, modulando também as relações e os cotidianos dos territórios de vilas e favelas de forma geral (BERALDO, 2020, 2021; ROCHA, 2015, 2017; ZILLI; BEATO, 2015) . Este artigo esboça uma analítica desse transbordamento, isto é, das formas com que a atuação do "mundo do crime" em BH estabelece um ordenamento não só para aqueles que já se subjetivaram criminalmente e se identificam enquanto *bandidos* (MISSE, 2010), mas também para os que não se consideram e não são considerados como a esse "mundo" pertencentes: a vasta maioria dos habitantes de periferia.

Tenho empreendido esforços na busca pela compreensão dessas dinâmicas e já defendi em outros trabalhos a hipótese de que, em Belo Horizonte, ainda que os grupos criminais construam entre si relações de inimizade, é conformada, cotidianamente, uma *unidade criminal discursiva e moral* que se apresenta por meio de significantes que agregam todas as *gangues* de forma consideravelmente indiferenciada (BERALDO, 2020, 2021)): "*os meninos* sabem tudo que acontece aqui", "*o tráfico* não gosta que a polícia entre no morro", "*o crime* não deixa roubar na favela", "*os bandidos* matam estupradores", me diziam a todo o momento meus interlocutores no Morro da Luz. Busco agora avançar na compreensão dessas dinâmicas. Se no Rio e em São Paulo, contextos predominantemente discutidos na literatura, as facções se articulam e constroem normatividades que organizam os comportamentos e as relações nas prisões e nas periferias a partir da conformação de determinados consensos e da produção de estabilidade, em BH, como ilustrarão as narrativas de Caio, Thiago e Camila, o processo se dá de outras maneiras.

3. Caio: projetos sociais, violência e medo

3.1. De aluno a professor

Caio é professor de educação física de uma das escolas da favela. Com 40 anos de idade, católico, negro de pele clara e jeito de esportista, ele é nascido e criado na comunidade e parece ser muito querido entre os alunos. Conversamos, em uma das salas administrativas da escola, eu, ele e Fátima, estagiária e também moradora da Luz. Caio contou que seus pais vieram da Bahia para BH e criaram os filhos em um barraco que construíram paulatinamente ao longo dos anos. Ele ressaltou que a infraestrutura da favela agora é muito melhor do que era na sua

infância: muitas ruas hoje estão pavimentadas, há mais aparatos estatais no território e a área passou a ser coberta pela rede de transporte público. Sua infância não foi fácil, comenta Caio sem dar maiores explicações, mas crescer na Luz teve para ele uma grande vantagem: Caio construiu, ao longo de sua trajetória, muitas relações de amizade.

Um dos espaços que Caio frequentou quando criança e que se tornou, para ele, uma importante esfera de sociabilidade foi um *projeto* espírita kardecista atuante na favela. A instituição oferecia (e segue oferecendo) reforço escolar às crianças e aos adolescentes da Luz. Não existia para Caio nenhuma contradição inerente ao fato de ser católico e participar de um projeto espírita. Na perspectiva dele e de sua família – como é frequente em contextos de pobreza e de acesso precário a bens e serviços enquanto *direitos* (FISCHER, 2008; HOLSTON, 2008) –, o que importava era a possibilidade de alcançar recursos que seriam dificilmente alcançados por outras vias (BERALDO, 2020) De manhã, Caio ia para a escola; de tarde, ia para o *projeto*. Quanto menos tempo ocioso, menores seriam as chances de ele seguir "caminhos perigosos" – "cabeça vazia, oficina do capeta", explicou. Quando adolescente, Caio mudou de escola e mudou também de *projeto*. Dessa vez, tratava-se de uma iniciativa da prefeitura de Belo Horizonte que oferecia atividades esportivas aos jovens em um espaço público ao lado da Luz. Nos dois *projetos*, ele interagia com crianças e adolescentes da comunidade e com adultos das classes médias que nessas instituições trabalhavam. Foram essas oportunidades, afirma, que possibilitaram que ele preenchesse seus dias e aprendesse o valor dos estudos. Atualmente, ele é professor, graduado e pós-graduado em Educação Física.

Caio relembra, orgulhoso, a sensação de satisfação que sentiu quando, depois de muito esforço, voltou como professor para a escola onde estudou. Enquanto era aluno, a ideia de que algum docente fosse morador da comunidade parecia irreal, mas Caio fez parte de uma geração que, diferentemente de seus pais, viu suas possibilidades de acesso ao ensino superior significativamente ampliadas (CAMPELLO et al., 2018). Seu trabalho na escola, me diz, é diretamente afetado pelo fato de ele também ser "da favela", por ter crescido naquele ambiente e por ter uma melhor compreensão das vivências das crianças e dos adolescentes com quem lida diariamente. Nesse sentido, Caio ressalta o simbolismo que carrega em si por ser quem é, e por, em sua vida diária, representar, simultaneamente, a favela e o "Estado".[8]

8. Estado aqui é pensado não como uma unidade coerente e racional que atua *sobre* a "sociedade", mas como um conjunto diverso de *práticas*, que produzem efeitos também

A identificação entre professor e estudantes parece pautar a relação ali estabelecida, e é partir dessa identificação, ressalta, que ele busca colocar em prática "uma proposta diferenciada" de ensino. Isso significa, diz Caio, que seu trabalho tem a ver com a formação dos alunos, por ele vistos como "jovens vulneráveis" (MOTTA, 2017), em "seres críticos, pensantes", que "pensem ao invés de serem dominados", e que tracem para si outros destinos que não a inserção no "mundo do crime". Na perspectiva de Caio, ele e a escola devem tentar representar para os alunos o que os *projetos* representaram para ele: o afastamento da "vida errada" e a possibilidade de inserção em espaços geralmente pouco acessados por "favelados".

3.2. O crime produz ordem, as "guerras de gangues" produzem instabilidade

Ao longo de sua vida, Caio desenvolveu a habilidade de circular em uma diversidade de meios: na favela, nos bairros de classe média, nos *projetos*, na faculdade, no curso de pós-graduação, na escola. Com *os meninos* (forma com que os moradores comumente se referem aos traficantes) não é diferente. Caio me diz que "se dá bem" com os jovens inseridos no tráfico, mas ressalta que a divisão do território em domínios de *gangues* rivais produz uma incômoda e forte sensação de instabilidade. As *guerras de gangues* são cíclicas (ROCHA, 2015, 2017; ZILLI, 2015; ZILLI; BEATO, 2015) e essa dinâmica, me explica Caio, está ligada a um acúmulo de conflitos que acontece há várias gerações e cujo fim parece impossível.

> "Geralmente essas guerras começam por coisas, xingamento que não gostou, mas essa guerra ela gera espanto. Por quê? O famoso 'um tá engasgado com o outro' porque matou o irmão, porque matou o primo, então qualquer coisinha já vira, incomoda. Então é a tolerância zero, porque se aquele cara lá falar qualquer coisa eu vou lá. [...] Hoje é considerada empresa, contratam, mas a demissão deles é diferenciada, a demissão deles é 'você não tá trabalhando bem, você vai ser demitido', pá [imita barulho de tiro]! [...] Então o que acontece? Esse cara que foi eliminado tem irmão, tem parente, esse irmão fica doido e fica

diversos. Philip Abrams (1988) argumenta (e é dessa argumentação que parto neste artigo) que o Estado se faz como ilusão socialmente compartilhada e que isso se daria por duas facetas: o Estado-sistema, que seriam as práticas institucionais, e o Estado-ideia, que é uma representação constantemente reificada do Estado enquanto tal. Na narrativa de Caio, transparecia um senso de responsabilidade que estava ancorado no fato de ele ser ator do Estado-sistema e de que suas ações poderiam impactar na construção do Estado-ideia.

> aquela coisa, é uma bola de neve, uma bola de neve que já vem há vários anos." (Entrevista com Caio, 40 anos, professor/morador, abril de 2018).

Nessa fala, fica clara a existência de uma tensão permanente na favela: as *guerras* podem ser desencadeadas por motivos aparentemente banais. Isso porque, na verdade, estão inseridas em um contexto maior de violência, em ciclos de vingança de mortes anteriores (ROCHA, 2017). Inicialmente, Caio se refere à dinâmica do *crime* na Luz como algo distante, como uma realidade unicamente circunscrita às gangues e ao tráfico de drogas. Aos poucos, porém, ele insere em sua fala alguns relatos sutis, mas que demonstram a capacidade normativa que o *crime* tem no Morro da Luz, isto é, a expansão e legitimação do marco discursivo criminal (MATTOS, 2016) em Belo Horizonte, e como isso afeta sua vida mais diretamente.

3.3. O crime atrai

> "A gente percebe nitidamente que quem mora no Morro não tem muito esse incômodo com a criminalidade, ou seja, as pessoas que moram no Morro eles são, eu não posso dizer protegidos, mas eles não são ameaçados diretamente pela criminalidade [...]. Então tem tudo isso, tem essa preocupação quanto à criminalidade mesmo, a questão das drogas, a questão desse fluxo que as bocas estão tendo o tempo todo, então assim, às vezes pessoas do seu lado, que você estava do seu lado, depois estava lá na boca, o que você vai fazer? Questão até da impotência, como combater isso? Porque hoje quando o menininho está envolvido está lá, está ganhando o que? R$ 100 por dia. Quem tem condições de pagar R$ 100 por dia?" (Entrevista com Caio, 40 anos, professor/morador, abril de 2018).

Caio diz que a convivência com *os meninos* é o principal ponto negativo de se viver no Morro da Luz. Ele ressalta que os traficantes "respeitam os moradores", mas que, ainda assim, o *crime* representa uma fonte de medo. Seu principal temor é a possibilidade de que seu filho seja agenciado pelo tráfico. Afinal, muitos de seus amigos, familiares, e alunos ingressaram no "mundo do crime" e se viram, então, particularmente vulneráveis à violência que caracteriza o funcionamento criminal em BH. Caio busca conversar com o filho sobre o assunto, mas considera que, ainda que a criação influencie os rumos que as crianças tomam, ela pode não ser suficiente. O *crime* aparece, na narrativa de Caio (e de muitos outros), como um fenômeno caracterizado por sua imensa capacidade de atração, com o qual é difícil competir: "às vezes, mesmo você tendo todo esse cuidado, esse carinho, pessoas próximas entram [no tráfico]".

Ao lado da escola, funciona uma boca de fumo, e muitos dos jovens que lá atuam foram alunos de Caio em algum momento de suas vidas. A imagem que ele tem na escola como um professor, morador, acessível e que compreende a realidade da vida na periferia parecia ainda sustentar a relação entre os jovens do *crime* e o educador físico. Os traficantes sempre o cumprimentam e um mesmo diálogo se repete: Caio lhes pergunta "que dia vocês vão sair dessa vida?", ao que os garotos geralmente respondem "eu vou sair sim, professor, com fé em Deus eu vou sair dessa vida". A saída "dessa vida", porém, enfrenta importantes obstáculos.

No relato de Caio e de tantos outros, a passagem de um jovem visto como alguém com quem se convivia diariamente ("às vezes pessoas do seu lado") a um traficante ("depois estava lá na boca, o que você vai fazer?") é rápida e dificilmente interrompida. Quanto mais profundamente envolvido no "mundo do crime" estiver o sujeito, mais complicada fica a decisão de abandonar o tráfico de drogas. Em primeiro lugar, porque é improvável que, em um trabalho fora do tráfico, esses garotos – que frequentemente abandonam a escola; que são, em sua maioria, negros; e que vêm de famílias em que os adultos muitas vezes se inserem em subempregos pouco reconhecidos e mal pagos – conseguiriam receber o mesmo que recebem em suas atividades ilegais. Em segundo lugar, porque a saída do "mundo do crime" é dificultada pelo modo de funcionamento criminal da favela. Isto é, em um contexto em que várias *gangues* dividem o mesmo território e mantêm uma relação de rivalidade umas com as outras, a preocupação com a circulação de informações entre os grupos, ou com a saída de um sujeito de um grupo para se filiar a um dos rivais, torna particularmente arriscada a "mudança de vida" (ROCHA, 2017). Sobre isso, Fátima comenta: "meus primos mesmo, todos eles eram envolvidos com a criminalidade aqui, todos mudaram de cidade, de bairro". Em outros casos, como já largamente discutido na literatura (BERALDO, 2020; BIRMAN; MACHADO, 2012; BRENNEMAN, 2014; MACHADO, 2014; SMILDE, 2007; TEIXEIRA, 2009; VITAL DA CUNHA, 2015), a conversão religiosa atua como proteção ao "ex-bandido". Mas essas dinâmicas são fortemente situacionais, e não é possível estabelecer uma regra geral a ser seguida. Trata-se de um cálculo complexo, que envolve muitas variáveis, e que, se mal feito, pode gerar graves consequências.

3.4. A generalização da cautela

A necessidade de agir cautelosamente vale também para quem não está no "mundo do crime", e Caio, que circula por todos os meios da favela e que é "respeitado" pelos *meninos*, não deixa de se preocupar com suas ações e com a

possibilidade de ser "mal interpretado". Ele relata um evento corriqueiro que ilustra essa administração cuidada da vida no Morro da Luz. Naquele mesmo dia em que me concedia a entrevista, Caio havia chegado atrasado à escola e me explicou que estava lidando, nos últimos tempos, com carros que param em frente à garagem de sua casa, impedindo que ele saia para trabalhar. Ele opta, então, por ir de moto. Essa escolha não se deveu somente à pressa que tinha para chegar à escola ou ao fato de que a moto era pequena o suficiente para passar no espaço que sobrava entre a garagem e o carro estacionado, mas fez parte de um processo de evitação de "mal-entendidos". Caio me explica que estava com "a proposta de ligar para um reboque", mas que iria, antes, avisar aos "meninos" da boca: "Minha ideia é chamar o reboque e com o reboque vem a polícia, mas antes disso que que eu vou fazer? 'Aqui, ó, tô chamando por isso, por isso e por isso'". Uma ação banal como a de ligar para o guincho passa a envolver um planejamento estratégico. Fátima, em concordância com a atitude cuidadosa de Caio, afirma que o contexto é perigoso, "para tudo tem que pensar duas vezes".

A divisão da favela em *gangues* rivais e os embates cíclicos entre elas estabelecem tensão permanente. Nesse cenário, a vida na Luz parece se dividir entre dois momentos: um de trégua em que se espera o estouro do próximo conflito armado e um de conflito armado, em que se anseia pela próxima trégua (BERALDO, 2020, 2021). As situações de violência, portanto, não terminam quando tem fim o ato violento, mas se reverberam, como "ecos da violência" (PAIVA; FREITAS, 2015), em boatos, fofocas e construção de histórias (sobre outras "guerras", sobre *gangues* especialmente cruéis, sobre torturas) em um processo de perpetuação do medo. Palloma Menezes (2018) argumenta que, nas favelas "pacificadas" do Rio, a convivência permanente entre policiais e traficantes e os muitos "dispositivos de vigilância" hoje presentes nas comunidades (câmeras nas ruas, fofocas, vias de denúncia, celulares, etc.), fabricaram um "regime de campo minado", uma sensação de que todos estão sendo permanentemente monitorados. Os moradores, então, passam a modelar suas ações cotidianas a fim de evitarem ser interpretados como apoiadores do tráfico ou da polícia, em uma tentativa de minimização das possibilidades de serem vítimas de violência, seja ela estatal ou criminal. Com contornos certamente distintos, fenômeno semelhante pode ser identificado na Luz.

Os perigos aqui não estão incorporados em policiais da UPP que desconfiam de pessoas associadas às facções e vice-versa, mas na convivência permanente entre *gangues* rivais e na configuração de uma desconfiança generalizada, em que informações de um grupo podem ser transmitidas a outro, ou à PM, que, por sua vez, especialmente (mas não somente) em períodos de estouros de conflito, sobe

o morro em "operações" e, diante da justificação associada à ideia de "guerra" como Estado de exceção (LEITE, 2012), age com brutalidade em relação a moradores envolvidos ou não no "mundo do crime". Caio, quando encontra um carro estacionado em frente à sua garagem pela manhã, vê-se impelido a levar tudo isso em consideração para decidir a forma mais prudente de agir.

4. Thiago: religião, trabalho e intimidade com o crime

4.1. Infância e amizades no bairro

Thiago, 23 anos, é negro e usa seu cabelo no estilo *black power*. Quando nos conhecemos, em 2017, Thiago frequentava assiduamente uma das muitas igrejas evangélicas do Morro da Luz, mas quando eu o entrevistei, em 2019, ele havia se desvinculado da religião e disse se considerar agnóstico. Ele associa essa transformação, curiosamente, à sua experiência em um "curso de treinamento bíblico". Não fica claro o que aconteceu nessa ocasião que possa ter tido tamanho efeito em suas crenças. O único comentário que ele me faz em relação a isso é que o curso era frequentado por pessoas de todas as religiões que queriam "entender como que funciona a bíblia" e, que, ao final do período de estudos, acabou "abrindo a mente", o que teria feito com que ele, hoje, considerasse impossível afirmar se Deus existe ou não.

Estávamos sentados em cadeiras de plástico, em torno de uma mesa, também de plástico, em uma sorveteria da Luz, e Thiago me relatava sua história. Entre uma colherada e outra de sorvete, ele me contava que é da primeira geração de sua família a nascer em BH. Seus pais, como os de Caio, vieram da Bahia para tentar "melhorar de vida". Em pouco tempo, seu pai começou a trabalhar como lavador de carro em um estacionamento. A família foi construindo aos poucos a primeira casa em que Thiago morou. Quando Thiago era pequeno, seus pais se separaram, e ele foi morar com o pai e a madrasta. Naquela época, ele era a quinta criança de um total de seis. Seu pai, preocupado com a possibilidade de as crianças serem atropeladas ou se virem em meio a tiroteios, as mantinha dentro de casa. Suas poucas saídas eram para tomar sorvete de chocolate na lanchonete em frente à sua casa, ele relata enquanto dá outra colherada, rindo do fato de que seu gosto por sorvete permanece o mesmo. Quando iniciou o Ensino Fundamental, Thiago voltou a morar com a mãe. Ela agora já tinha mais uma filha e ele era o quinto de sete. Nos anos seguintes, Thiago ganhou outros três irmãos e hoje é o quinto de dez.

A casa era cheia e sua mãe se sentia sobrecarregada. Thiago e os irmãos mais velhos passavam o dia na rua para que ela pudesse estar "mais sossegada". Ele

logo constrói para si uma rede de amizades com crianças vizinhas, que saíam para jogar futebol, fazer "guerra" de mamona, caçar escorpião e andar nas matas que circundam a favela. A sensação de liberdade e as pequenas "aventuras" fizeram parte da infância de Thiago, que rememora aquela época como um período em que não sentia medo. Para ele, essa ausência de medo não estava relacionada a uma ausência de ameaças, mas à característica infantil de "falta de noção do perigo".

4.2. Convivência com o crime

Curiosamente, Thiago coloca no mesmo escopo de atividades perigosas e da "falta de noção" típicas da infância, o fato de que corria pelas ruas e vielas da comunidade sem perceber que muitos dos jovens com os quais cruzava estavam armados. Perguntei a ele, então, se uma possível explicação para essa ausência de entendimento das atividades do tráfico que aconteciam na vizinhança poderia ser a de que "os meninos" escondessem as armas diante de crianças:

> "Não, não tem pudor nenhum, eles não escondem [...]. E a população acho que já entendeu que é assim, porque infelizmente, o que eu sempre falo com meus amigos quando a gente está conversando sobre a violência na periferia, nas favelas, a gente fala sobre o impressionante que a gente vive em uma fortaleza do crime, porque aqui não tem assalto, aqui não tem estupro, não tem isso, aquilo, mas isso tudo não é porque a polícia fornece segurança para a gente, é porque o pessoal do morro não deixa acontecer. Então isso se tornou normal, a gente vê, mas a gente sabe que se não tivesse seria pior, então eu acho que eles entendem, por ser dessa forma também, que não tem por que esconder. Todo mundo conhece todo mundo. Exemplo, hoje eu tenho 23 anos, né? A maioria dos meus amigos de quando eu era pequeno, hoje estão envolvidos no tráfico e eu sei disso, só que acaba que eu não posso fazer muita coisa, mas não deixa de ser meus amigos. Então acho que isso banaliza um pouco a gravidade da situação." (Entrevista com Thiago, morador do Morro da Luz, maio de 2019).

O que Thiago me explica, como também havia me dito Caio, é que o *crime* conta com um significativo nível de aceitabilidade na favela, que existe uma intimidade com *os meninos*, e que há um reconhecimento de um papel de relativo "cuidado" que eles desempenham em relação à comunidade. O legítimo, também aqui, como no Rio de Janeiro ou em São Paulo, encontra-se em disputa (FELTRAN, 2007b), e o *crime* é, nesse cenário, uma das múltiplas normatividades a regular o cotidiano e a definir o *certo* (MARQUES, 2016). Os jovens envolvidos com o tráfico não são, em geral, vistos como *gangsters* cuja realidade seria

alheia à do restante da população. Pelo contrário, para grande parte dos moradores do Morro da Luz, *os meninos* são seus filhos, amigos, primos e vizinhos – são pessoas conhecidas, que compartilham uma mesma realidade.

Também parece estar subentendida na fala de Thiago (de Caio, e inúmeras outras que escutei durante a etnografia), a *unidade moral normativa e discursiva* do "mundo do crime" já mencionada anteriormente e simbolizada pelo emprego contínuo de termos genéricos que dizem respeito muito mais a uma lógica do que a sujeitos concretos: *crime*, *tráfico*, ou *os meninos* aparecem como uma esfera única a produzir ordem na favela ("aqui não tem assalto, aqui não tem estupro, [...] mas isso tudo não é porque a polícia fornece segurança para a gente, é porque o pessoal do morro não deixa acontecer"). Thiago não explica qual exatamente é esse "pessoal do morro" a que se refere, mas não é necessário: independentemente da *gangue* específica a dominar uma ou outra porção da favela, *os meninos* constituem uma normatividade no Morro da Luz. Essa produção de ordem acontece, portanto, ainda que haja a divisão do tráfico entre grupos distintos e a divisão da favela entre domínios de cada um desses grupos. E essa ordem produzida por meio da reificação da *unidade moral* do *crime* oferece, então, algum nível de sensação de segurança e de previsibilidade aos moradores, ancorada, em grande medida, na capacidade de uso da força pelo "tráfico". Nesse sentido, Thiago comenta que o bom funcionamento de instituições na Luz faz parte das preocupações dos *meninos*, que frequentemente atuam como "resolvedores" de conflitos dos mais diversos tipos.

> "Só de ver o tumulto eles intervêm. É assim, está acontecendo algum problema, independente se é em escola, se é em posto [de saúde], está acontecendo algum problema, por eles terem um respeito, eles vêm, interferem, e acaba com o conflito, mas justamente para não gerar um problema maior de polícia e tudo o mais. Mas, acaba já no início. E, assim, eu acho que o respeito que eles impõem é tão eficaz que acaba ali mesmo. Talvez se chamasse a polícia, no dia seguinte estaria de novo. Mas como eles estão presentes o tempo todo e já deram um aviso, tipo, 'para com isso', então acaba mesmo. Encerra o problema." (Entrevista com Thiago, morador do Morro da Luz, maio de 2019).

A PM aparece como ineficaz e arbitrária, mas frequentemente presente nas vidas de quem mora na favela. É preciso, portanto, saber lidar com essa realidade de modo a evitar consequências desastrosas. A mãe de Thiago, como muitas mães de jovens de periferia, buscou ensinar a ele e a seus irmãos métodos mais seguros de reagir à suspeita de envolvimento com a criminalidade que seguramente recairia sobre eles em algum momento de suas vidas: é preciso saber manter a calma

quando abordado, demonstrar que é *trabalhador*, andar com documentos, tratar os oficiais com educação e ter conhecimento de seus direitos – "quem não deve, não teme", dizia – e é também por isso, justifica Thiago, que ele, em nenhuma das cinco vezes em que foi submetido a revistas durante "operações" da PM na Luz, foi maltratado. O que a mãe de Thiago transmite a seus filhos é uma noção hoje naturalizada nos garotos: eles têm em si características que os fazem alvo prioritário de ação combativa policial e os afastam da representação de vítimas de qualquer tipo de violência. Assim, para uma parcela da população historicamente desprotegida e sobrecriminalizada pelas forças oficiais de segurança (COZZI; FONT; MISTURA, 2014; GONZÁLEZ, 2017; SINHORETTO; SILVESTRE; MELO, 2013), o *crime* figura como uma instância possível de busca por justiça, inclusive para aqueles que, como Thiago, estão longe de ser *bandidos*.

4.3. Igreja e sociabilidade

Quando Thiago nasceu, sua mãe era católica e seu pai evangélico. A família frequentava tanto a capela católica da mãe quanto a igreja Batista do pai. Quando ele tinha 10 anos, sua mãe passou a também integrar a Igreja Batista, e Thiago intensificou sua ida aos cultos. Em pouco tempo, Thiago começa a fazer aula de violão na igreja. Aos 12, ele monta uma banda de *rock* gospel com um de seus irmãos, um primo e um amigo. A adolescência de Thiago foi marcada pela banda e pelos eventos religiosos em que tocavam. Foi imerso nessas redes de sociabilidade e de significados que Thiago cresceu. Quando lhe perguntei a importância que a religião teve em sua vida, ele ficou alguns segundos em silêncio, buscando as palavras que poderiam dar conta de expressar algo tão fundamental para ele e sua história.

> "A religião, nossa, foi uma base para mim, basicamente. [...] Porque são criados princípios, princípio religioso, que é amar o próximo, eu perseguia isso, eu não fazia com ninguém o que eu não gostaria que fosse feito comigo. Outro princípio era respeitar, tipo, entender, sabe, aonde que ia o meu limite. Isso tudo foi formado a partir da minha religião. Eu cresci lá e eu percebia que eu era diferente dos outros. Por exemplo, falar palavrão perto de adulto, por causa da minha religião eu aprendi que eu não podia fazer isso. [...] O olhar de repreensão das pessoas, sabe? Tipo você faz uma coisa que desrespeitava alguém. Você ser mal-educado, nossa, a minha mãe colocava muito medo na gente: 'ah, se fizer isso você vai para o inferno', [...] 'se você fizer isso o capeta vai puxar o seu pé'. [...] Você tem que respeitar pai e mãe [...]. Então eu criei esse respeito pelas regras porque o costume da minha religião ensinava." (Entrevista com Thiago, morador do Morro da Luz, maio de 2019).

A igreja o ensinou, ressalta Thiago, um *respeito pelas regras*. Ainda que ele não mais frequente os cultos e não mais creia na doutrina da Igreja Batista, foi sua intensa vivência no mundo religioso – nas celebrações, nas conversas com pastores, na criação que teve em casa – que o formou como é: *trabalhador*, respeitoso, confiável. Enquanto Thiago crescia, a religião atravessava sua vida e balizava seus comportamentos sociais: ele devia obedecer a seus pais, respeitar os adultos, não falar palavrão. Como frequentemente acontece entre muitos dos pobres urbanos brasileiros e latino-americanos – estrato populacional em que se concentra a rápida e intensa expansão dos evangelismos no continente (ALMEIDA, 1999; SEMÁN, 2020; SMILDE, 2007) – os pensamentos e as ações de Thiago eram a todo o momento permeados pela igreja (GARMANY, 2010). Thiago comenta que foi sua inserção religiosa que o afastou do uso do álcool e de drogas, e, mais importante ainda, o impediu de "virar bandido": sua inserção no "mundo religioso" foi formativa de sua subjetividade mesma ("a religião me auxiliou em quem eu sou").

Ao contrário do que uma visão simplista sobre o assunto pode fazer crer, a igreja foi, para Thiago, um dos espaços nos quais ele interagia significativamente com *os meninos*. Especialmente em contextos de periferia, é comum que traficantes frequentem cultos e se identifiquem com o evangelismo (BIRMAN; MACHADO, 2012; CORRÊA, 2015; CÔRTES, 2007; MACHADO, 2014; VITAL DA CUNHA, 2015). É verdade que em muitas das faixadas de igrejas evangélicas da comunidade há cartazes com dizeres como "combatendo o diabo" ou "te ajudamos a livrar do mal" – e, nas periferias urbanas latino-americanas, o mal está identificado com o consumo de drogas, o abuso de álcool e a vida no *crime* –, mas o que a etnografia no Morro da Luz evidenciou (e o que também vem sendo debatido na literatura) é que essa oposição discursiva se refere a uma *disputa sobrenatural*. Ou seja, o "inimigo" a ser combatido seria o diabo, e não o sujeito no qual o diabo estaria atuando. Trata-se, em última instância, de uma guerra entre Deus e o demônio, e não de um embate entre pastores e traficantes (BRENNEMAN, 2014; GALDEANO, 2014; MACHADO, 2014; SMILDE, 2007; VITAL DA CUNHA, 2015). Assim sendo, os "desviados" são comumente acolhidos nos meios religiosos, principalmente nos evangélicos.

> "[Existem também traficantes que são evangélicos e continuam sendo traficantes?]
>
> Thiago: Sim. Existem. Uma coisa não anula a outra, na verdade, em alguns momentos. É porque é assim, é como eu te falei, as igrejas de bairro, normalmente, as pessoas são melhor instruídas e na periferia é mais um escape mesmo. [...] Então às vezes a pessoa vai para a igreja, mas na madrugada está no tráfico.

> [Mas todo mundo sabe?]
>
> Thiago: É. Mas a pessoa passa a impressão de que ela quer parar com aquilo. [...] Tipo: 'olha, eu estou tentando'. [...]
>
> [Mas aí essas pessoas são acolhidas na igreja?]
>
> Thiago: São. Porque não pode ser expulsa na verdade, porque ninguém ali é dono de nada, então a política pregada dentro das igrejas é isso. Tipo, não tem por que eu te expulsar, você fuma? – fumo, mas. – O que eu posso fazer, eu não posso te expulsar daqui, não é meu, eu posso tentar te acolher, te ajudar para você parar com isso. Se você quiser eu te ajudo, se não, eu não posso te expulsar." (Entrevista com Thiago, morador do Morro da Luz, maio de 2019).

A igreja acolhe os "pecadores", "ninguém ali é dono de nada". Deixar o "mundo do crime" não é tarefa fácil e essa dificuldade é reconhecida entre fiéis e pastores das várias igrejas evangélicas da comunidade que com o *crime* também tem intimidade: seus filhos, amigos, vizinhos, parentes e, muitas vezes, eles mesmos já estiveram "envolvidos". É justamente por ser difícil que a religião é frequentemente tida como único caminho possível para quem quer deixar de ser *bandido*: o desafio é tamanho que é preciso uma conexão com o divino (RIESEBRODT, 2010) para ser capaz de alcançá-lo. O importante, nesse contexto, é demonstrar a *intenção* de "mudar de vida".

4.4. Trajetória laboral

Thiago segue seu relato e passa a descrever a diversidade de funções em que ele, apesar da pouca idade, já trabalhou: aos oito anos já ajudava o pai na lavagem de carros; aos 14, começou a trabalhar como entregador de supermercado (a renda era a das gorjetas que os clientes lhe davam); depois, Thiago se iniciou em um trabalho provisório como entregador de gás e, simultaneamente, ajudava um padeiro da Luz a fazer pães; aos 15, completou um curso profissionalizante e passou a trabalhar para o correio; em seguida, trabalhou por alguns meses na BHTrans,[9] mas "largou" porque o cansaço que sentia estava prejudicando seu rendimento escolar; aos 17, começou a trabalhar em uma banca de revista aos fins de semana; e, depois, conseguiu uma vaga como educador de audiovisual em uma escola na Luz (ele já havia feito cursos na área antes).

Depois de um tempo, quando já havíamos mudado de assunto e a pauta era a atuação do *crime* na favela, ele relembra dois outros trabalhos que até então não

9. BHTrans é a empresa responsável pelo transporte e trânsito da cidade de Belo Horizonte.

haviam surgido em sua fala: ele já foi garçom e segurança de bailes *funk* da cidade. Como segurança, Thiago, que não tem curso na área e não possui porte legal de armas, ia armado. Ele não diz de onde vinha a arma, mas afirma que os bailes "normalmente são organizados pelo pessoal do tráfico". Sua função primordial era impedir que as pessoas entrassem armadas nos eventos. Os revólveres deveriam ser deixados nos carros de seus donos ou Thiago os etiquetava e guardava em um armário na portaria. Foram esses os contatos mais fortes que ele teve "com esse povo", afirma. Ainda que essa experiência tenha o aproximado, em alguma medida, do "mundo do crime", seu relato se construía a partir de uma perspectiva externa, de quem não pertencia àquele ambiente. Não era ele quem vendia as drogas ou quem se filiava a *gangues*, e ficar na porta do baile para impedir que as pessoas entrassem armadas parecia ser lido por ele como uma tarefa de um trabalho qualquer.

E assim, em busca de recursos, Thiago, naquele momento evangélico, foi entrelaçando trabalhos formais, informais e ilegais, de forma consideravelmente indiferenciada. Esse fenômeno está relacionado ao que Ruggiero e South (1997) chamam de cidade como um "bazar", o que significa que a cidade se apresenta tal qual um grande mercado em que sujeitos estão constantemente manobrando, circulando e negociando. Nesse contexto, pessoas comumente trabalham em diversas atividades, percorrem distintas instituições e buscam aproveitar as muitas oportunidades que a vida urbana lhes oferece, sejam elas legais ou não. Embora a noção de bazar pareça indicar uma completa ausência de fronteiras ou uma circulação totalmente livre de conflitos entre os "mundos" e "submundos" da cidade, os sujeitos, em meio a essas complicadas tramas, negociam o que é ou deixa de ser moralmente tolerável ou aceitável (RUGGIERO; SOUTH, 1997; TELLES; HIRATA, 2010), o que possivelmente tem relação com o "esquecimento" de Thiago de sua experiência laboral mais próxima do "mundo do crime" em meio ao relato significativamente detalhado que ele me fazia de tantos outros trabalhos em que atuou desde pequeno. Hoje em dia, Thiago é jornaleiro, professor de musicalização, e fotografa eventos. O dinheiro, porém, é variável e insuficiente, e ele complementa sua renda com uma série de "bicos", como o de distribuidor de panfletos publicitários no centro da cidade.

Thiago era, então, *trabalhador*, *crente*, *bom cidadão*. Mesmo quando se afasta da igreja, o respeito às regras e a ideia de que se deve batalhar na vida permaneciam em sua subjetividade e pareciam também compor a imagem que ele tem na comunidade de forma geral. Seus antigos colegas de igreja ainda o cumprimentam dizendo "na paz do Senhor", e ele segue respondendo "na paz do Senhor". Sua "luta" pelo trabalho segue firme e Thiago se coloca como alguém que *respeita* e que *merece respeito* (BERALDO, 2020; 2021); AUTOR/A, no prelo). Mas os

sujeitos e as sociabilidades não são monolíticos e Thiago, profundamente identificado com a figura do trabalhador evangélico, afirma, não sem algum nível de desconforto, que viver em periferia é como viver em uma "fortaleza do crime". Quando lhe perguntei a quem ele e a comunidade de maneira geral recorrem diante de algum momento crítico (BOLTANSKI; THÉVENOT, 1999), Thiago respondeu logo, quase sem pensar: "tanto ao tráfico quanto à polícia, quanto a pastores, dependendo da situação". No cotidiano da Luz, coexistem diferentes sentidos de ordem que estão em disputa entre si, e Thiago, nos limites borrados entre o legal e o ilegal, decide, sempre situacionalmente, a qual instância de justiça ou de resolução de conflitos recorrerá.

5. Camila: casa na favela e igreja no asfalto

5.1. Entre a favela e o bairro

Camila, 25 anos, é negra, alta, de cabelos raspados. Seu corpo é repleto de tatuagens, seu nariz é furado com um *piercing*, e sua boca está quase sempre pintada de alguma cor escura. Tendo ela esse perfil e eu uma ideia até então bastante estereotipada sobre o assunto, muito me espantei quando me disseram que Camila era divorciada, evangélica e cantava em um coral gospel de sua igreja. Camila teve uma trajetória de vida marcada por idas e voltas da favela. Seus avós, vindos do norte do estado, foram os primeiros de sua família a morarem na Luz e foi na comunidade que seu pai nasceu e foi criado. Antes de se relacionar com a mãe de Camila, seu pai teve outro relacionamento, do qual nasceu o irmão mais velho de Camila. A mãe, "muito cristã", veio jovem, com 17 anos, do interior para a capital, conheceu o pai, à época com 27 anos e recém-divorciado, e se apaixonou. Em poucos dias, conta Camila, sua mãe passou a também morar na Luz, "todo mundo em um mesmo barraco", e logo a mãe engravidou de Camila. Inicialmente, os três viviam em um cômodo da casa da avó, mas foram construindo um "puxado" em cima do barraco para viverem mais confortavelmente. Camila ganhou mais irmãos e a família se mudou para uma casa maior em um bairro pobre da zona norte da cidade.

Camila e seus irmãos passaram boa parte da infância e da adolescência no novo bairro, que, apesar da pobreza que o assemelha à favela, "funcionava diferente". Quando ela tinha 14 anos, seus pais se divorciaram e Camila voltou a morar na Luz com o pai. Entre o momento da entrevista que me concedeu, em junho de 2018, e uma conversa que tivemos em 2019, Camila tinha conseguido um emprego como vendedora em uma loja de roupa e tinha se mudado da Luz outra vez. A vida na favela, ela me explica, é difícil, mas tem seus pontos positivos:

> "Tá, numa dessas idas e vindas dos meus pais, a gente uma vez se mudou lá pra Avenida Jacarandá se eu não me engano, nós moramos lá durante um tempo bacana, mas eu pude observar algo não só com essa questão nossa como família, mas convivendo com pessoas que moram em bairro assim, eu pude sentir uma diferença do Morro pro bairro. Tá, pontos positivos: eu acredito que exista uma certa união e proteção entre os moradores, assim, no aspecto de você poder confiar que se você precisar de alguma coisa independente de qual é a relação com seu vizinho, levar no hospital, qualquer coisa, eles vão te abraçar e vão fazer. E em bairro já você vê que não acontece muito isso, nessa época que a gente morou na Jacarandá, por exemplo, era meio complicado porque meu pai era um pouco violento e às vezes eles brigavam muito e tals, então a gente podia morrer lá dentro que o vizinho nada fazia com nós." (Entrevista com Camila, moradora do Morro da Luz, junho de 2018).

Na favela, afirma Camila, existe algum nível de ajuda mútua e solidariedade entre vizinhos (LOMNITZ, 1975), e isso era particularmente importante quando seu pai ficava "um pouco violento" e agredia fisicamente a esposa e as crianças. Não raramente, me diz, os episódios de violência eram interrompidos por algum vizinho que ouvia os gritos e pedidos de ajuda. No "asfalto", essas redes não existiam e Camila se sentia mais vulnerável.

5.2. Proteção e agenciamento de crianças

Camila segue elencando aspectos que considera positivos de se morar na Luz e ressalta, aparentemente a partir do pressuposto de que para algumas pessoas a atuação do *crime* na comunidade é vista como algo bom, que, para ela, a convivência com o tráfico de drogas e tudo que isso implica é definitivamente um ponto negativo da vida na favela.

> "Não vou falar da criminalidade, da proteção que ela gera pros moradores porque eu não sou muito a favor disso, porque eu acho que é algo que mais nos causa mal do que beneficia, que eles nos dão uma certa proteção em questão de ninguém roubar lá dentro da favela, mas ao mesmo tempo a juventude e as crianças são extremamente influenciadas a estar na criminalidade. E uma vez que isso acaba com a vida de qualquer pessoa que se envolve com isso, eu acho que é uma troca que não é justa, sabe?" (Entrevista com Camila, moradora do Morro da Luz, junho de 2018).

Camila, mesmo não tendo filhos, ressalta, como Caio, o problema do agenciamento de crianças e adolescentes pelo tráfico. A produção de ordem e a "proteção" oferecidas pelo *crime* não compensam, do seu ponto de vista, a entrada

dos jovens na venda de drogas ilícitas e a violência que essa entrada muitas vezes acarreta. Camila destaca também a vulnerabilidade que sente por temer ser punida pelos *meninos* caso chame a PM diante de alguma situação conflitiva que possa vir a vivenciar:

> "Por exemplo, tá, vou falar uma situação: se alguma coisa, vamos supor que aconteça alguma coisa com você, precisar que a polícia vá lá em casa pra resolver, eu não posso simplesmente chamar a polícia, não é tão simples assim, porque eu lembro que uma vez a gente teve problema na casa da minha tia com um dos meus primos que alguém quis chamar a polícia e isso gerou problema porque os meninos que estavam mexendo com venda do tráfico eles xingaram porque eles não podiam entrar ali, simplesmente entrando porque ia atrapalhar na venda de droga, então é meio complexo." (Entrevista com Camila, moradora da Luz, junho de 2018).

A (quase) impossibilidade que quem mora na Luz tem de chamar a polícia é muitas vezes reconhecida como uma limitação de se viver na favela. Esses sujeitos sabem que, diante de um problema grave ou de um perigo iminente, não podem contar com a ação da PM, o que gera impactos significativos na liberdade que essas pessoas têm de desenvolver atividades do dia a dia, efeito também identificado em outros territórios de pobreza da América Latina (GONZÁLEZ, 2017). Mais uma vez fica claro que quanto menos se pode recorrer à polícia, mais o *crime* passa a figurar como uma instância possível na busca por justiça (ADORNO; SALLA, 2007; FELTRAN, 2007b; TELLES; HIRATA, 2010).

5.3. Pastor ex-bandido, pastora "de fora"

Durante muitos anos, Camila frequentou uma igreja chamada Assembleia Missionária (que, segundo me explicou, era uma junção da Igreja Batista com a Assembleia de Deus) cujo pastor já foi *bandido* e, sobre isso, comentou:

> "Essa Assembleia Missionária mesmo que eu ia o pastor de lá ele era bandido aqui na Luz, matou pessoas demais, já causou danos gravíssimos, e aí foi preso, há muitos anos atrás, e aí conheceu Jesus e converteu, abriu uma igreja e uma das membras até, não esqueço, teve um culto que uma das membras, ele tinha matado o irmão dela e aí acho que teve um momento lá, eles estavam orando e aí ele pediu perdão pra ela, ela perdoou." (Entrevista com Camila, moradora da Luz, junho de 2018).

Casos de conversão que parecem improváveis são, na verdade, muito comuns. Camila acredita que isso está relacionado à prática das igrejas de promover

eventos na favela. Ela, em algumas ocasiões, participou de atividades de lazer promovidas por lideranças religiosas em praças da comunidade, que incluíam brinquedos como "pula-pula", gincanas, *shows* de música gospel e panfletagem de dizeres religiosos. Isso pode representar uma esperança diante de uma realidade difícil e excludente, afirma Camila, e "trazer uma saída para as pessoas". Ela me diz que viver na favela abala a autoconfiança das pessoas – "parece que é impregnado em nós que nós temos que ter uma vida miserável, que a gente não tem que ter acesso a conhecimento, a gente não tem que ter acesso a melhores empregos" – e que, quanto mais fragilizado um sujeito, maior a chance de esse sujeito sucumbir às "tentações". O que acontece, então, ressalta, é que esses eventos podem fazer com que as pessoas vislumbrem outro estilo de vida, "porque a droga e a bebida e o sexo é muito forte, então quando esse tipo de coisa acontece, é meio que uma direção que você dá para a pessoa".

Não consigo afirmar se os eventos de lazer promovidos pelas igrejas surtem mesmo esse efeito, mas, de fato, no Morro da Luz, no Brasil e na América Latina, a conversão ao evangelismo tem surgido, especialmente para os setores empobrecidos da população, como uma forma de solução para problemas profundos e persistentes, como é o caso do alcoolismo, do abuso de drogas, e do envolvimento com o "mundo do crime" (BRENNEMAN, 2014; CÔRTES, 2007; MACHADO, 2014; MARQUES, 2013; SEMÁN, 2020; SMILDE, 2007; TEIXEIRA, 2009). A conversão de traficantes a evangélicos é valorizada também pelas comunidades religiosas e cada "guerra" espiritual vencida se torna uma evidência do poder divino e da competência "salvadora" da igreja. Ou seja, quanto mais sombrio tiver sido o passado de um sujeito, mais valiosa sua história, que passa a ser agenciada como "mercadoria simbólica" (CÔRTES, 2007). Dessa forma, o passado do convertido, em especial o do convertido cuja vida anterior era marcada pela atuação do "diabo", torna-se permanentemente agregado à nova identidade que se forja a partir da conversão e que carrega em si marcas de um sofrimento: "ex-bandido", "ex-viciado", "ex-alcoólatra" etc. (MACHADO, 2014; TEIXEIRA, 2009). As fronteiras entre *crime* e igreja são, portanto, interpenetradas por trajetórias que se fazem na costura dos dois "mundos", seja por meio das conversões, seja pela figura do traficante evangélico.

Camila me conta que havia construído um importante vínculo com a Assembleia Missionária do Morro da Luz, da qual era frequentadora assídua. Não raramente, além de assistir aos cultos, Camila também os ministrava, principalmente por meio do canto. Hoje em dia, embora ela ainda mantenha uma relação com o pastor (aquele que já foi "bandido"), Camila raramente vai às celebrações da igreja. Seu "estilo andrógeno", me explica, tinha se tornado um problema para a

congregação. O pastor, apesar de ser, nas palavras de Camila, "um amor de pessoa", insistia que ela, ao menos quando fosse para o altar, usasse saia e batom claro, o que a fazia se sentir desconfortável. Camila, então, busca outro espaço religioso e passa a integrar uma grande igreja de Belo Horizonte, a Igreja Batista da Lagoinha (IBL),[10] de vertente carismático-pentecostal e de público tanto de classes populares quanto de classe média. Ainda que existissem igrejas batistas na comunidade (como as que Thiago frequentava), a IBL tinha características que lhe atraíam o suficiente para compensar o deslocamento: um coral grande e famoso, que viaja e se apresenta em outras partes do Brasil; e uma visão, segundo Camila, mais "aberta" sobre as individualidades de cada pessoa – a valorização, ela me explica, do "dom" específico que Deus concedeu a cada um. A sede original da IBL está localizada no bairro Lagoinha, mas a igreja tem se expandido também para outros bairros, cidades e países ao redor do mundo.[11] Nesse movimento, foi construída uma filial na Luz. Camila, porém, sem dar maiores detalhes, diz que "não se adaptou" à IBL da favela. Eu quis entender melhor o motivo para ela se deslocar até um bairro distante, gastar dinheiro e tempo, para ir até a sede original ao invés de ir à Igreja Batista da Lagoinha recém-criada na Luz. Perguntei, então, se o pastor ou a pastora era morador/a da favela.

> "É uma pessoa de fora, é muito engraçado, parece que você estava junto com a gente conversando, a gente estava conversando justamente disso, porque na verdade eu era de lá, eu ministrava lá porque eu canto, então eu fazia parte da liderança, só que aí houve algumas divergências em alguns pontos exatamente por isso, porque a pastora que foi colocada lá ela não é da Luz, ela era do Prado [bairro de BH] e aí ela veio pra cá e trouxe meio que a ideologia do Prado aqui pra igreja da Luz, e aí foi algo que ficou meio desconexo, assim, porque é outra vivência, é outra coisa." (Entrevista com Camila, moradora da Luz, junho de 2018).

A ausência de uma "identidade" entre os moradores e a pastora que liderava a IBL da Luz era um fator negativo na perspectiva de Camila. A pastora, afinal, trazia uma "ideologia" de outro bairro, uma forma de pensar e ministrar que não estava encontrando ressonância nas experiências de quem vive todos os dias na

10. A Igreja Batista da Lagoinha, também conhecida como IBL, foi criada em 1957 e é frequentada por um público diversificado em termos de raça e classe. A pastora e cantora Ana Paula Valadão, conhecida pela banda Diante do Trono, é filha do pastor Márcio Valadão, principal fundador da IBL.

11. Ver: [https://lagoinha.com/].

favela. De fato, a expansão dos evangelismos nas classes populares latino-americanas está relacionada à multiplicação de igrejas locais, lideradas por pastores locais, que compartilham com seus fiéis trajetórias de vida semelhantes (CARBONELLI, 2015; SEMÁN, 2020). Na IBL do Morro da Luz, uma das materializações dessa "desconexão" entre igreja e moradores era, ressalta Camila, a falta de abertura aos *meninos*.

> "Mas eu já vi 'meninos' que acreditam, sabem que pra eles saírem dali é só algo superior a eles pra fazer, acreditam em Deus, mas não vão porque talvez não tenham opção, talvez já se envolveram tanto no tráfico que eles não podem sair mais, ou talvez por não serem acolhidos. Por isso eu fiquei muito nervosa quando eu vi que essa Lagoinha não tá muito com a cara da Luz porque é tudo pra dar muito certo, porque é uma igreja que [...] tem uma força muito grande, sei lá, no país, porque a Lagoinha é muito pesada em todos os aspectos. Então existem pessoas que eu acredito que não vão por questão do preconceito, apesar de acreditar em Deus [...]." (Entrevista com Camila, moradora da Luz, junho de 2018).

O "preconceito" que os jovens envolvidos com o tráfico podem sofrer em uma igreja em grande medida voltada para a classe média pode fazer com que o diálogo entre *crime* e igreja se fragilize. A pastora do "asfalto" não tinha a intimidade necessária com o "mundo do crime" para ministrar em território de periferia. Camila me diz que a religião perde o sentido se a igreja não se abre a esses sujeitos na periferia. Ela segue frequentando a unidade da Lagoinha, mudou-se para o "asfalto" e mantém o emprego como vendedora em um *shopping*. Agora ela passa meses sem ir à Luz, e comenta que, apesar da saudade, gosta de não se preocupar se suas ações serão ou não aprovadas pelos *meninos*, ou se mais uma *guerra de gangues* interromperá seu cotidiano.

6. Considerações finais

Caio, Thiago e Camila são personagens que representam a maior parte da população do Morro da Luz. Descendentes de migrantes de regiões mais empobrecidas de Minas Gerais ou do nordeste do país, vivendo em casas construídas aos poucos, transitando entre favela e "asfalto", intercalando trabalhos formais e informais. Como a maior parte de quem vive na Luz ou em qualquer outra periferia urbana latino-americana, Caio, Thiago e Camila não se consideram e não são considerados pelos outros moradores como parte do "mundo do crime". Nas últimas décadas, os pobres passam a ser classificados segundo um *continuum* que vai do trabalhador/consumidor, a ser fomentado, ao "bandido", a ser eliminado

(FELTRAN, 2007b), e os três personagens em torno dos quais escrevo este artigo certamente estariam mais próximos à noção de *trabalhadores*. A discussão de suas trajetórias, seus cotidianos e suas percepções é interessante porque denota a transcendência da normatividade criminal para além dos *bandidos* e ilustra as dinâmicas pelas quais essa normatividade regula relações e baliza subjetividades na favela como um todo.

Nas narrativas dos três, o *crime* parece nunca sair de cena: perpassa os relatos dos personagens sobre suas infâncias, sobre suas amizades, suas famílias e seus medos, sobre o dia a dia na Luz. Também nos espaços que são tidos como opositores à criminalidade (e que também se colocam discursivamente dessa forma), como são os *projetos* e as igrejas, o *crime* continua se fazendo presente. Os *projetos*, afinal, inserem-se na favela como alternativas de vida a *jovens vulneráveis* (MOTTA, 2017) que estariam constantemente seduzidos pelo "mundo do crime". A religião, por sua vez, se constrói, no Morro da Luz e em outras periferias, sempre *em relação* ao *crime*, seja combativamente na "luta contra o mal", seja no acolhimento dos *traficantes evangélicos*; seja na *salvação* dos "desviados". O *crime,* portanto, perpassa as vidas desses sujeitos em diversos níveis.

As relações estabelecidas com *os meninos* parecem caracterizadas por uma forte ambivalência. Por um lado, os jovens envolvidos com o *crime* são muitas vezes pessoas pelas quais se tem afeto (são amigos, familiares, vizinhos, colegas de igreja), são reconhecidos como *respeitadores* dos moradores "honestos" e como produtores de ordem na favela – "a gente vive em uma fortaleza do crime", me diz Thiago. Essa capacidade de diferenciação *entre* "favelados" é valorizada e aparece, em muitos momentos, como um dos fatores que fazem com que a normatividade criminal seja frequentemente vista como mais justa do que a estatal na forma da atuação da polícia. A PM aparece de maneira controversa nos discursos dos sujeitos com que interagi. Há uma percepção compartilhada, mais ou menos intensamente, de que moradores de periferia são, com frequência, preventivamente incriminados (MISSE, 2010), destratados e não raramente agredidos pela polícia simplesmente por morarem onde moram e terem a pele da cor que têm. A isso se soma o descontentamento dos traficantes diante da presença policial na favela, da consequente interrupção de suas atividades comerciais, além da possibilidade de encarceramento de traficantes ou tiroteios entre *bandidos* e policiais. Essas duas condições fazem com que a polícia seja poucas vezes *acionada* por quem vive no Morro da Luz ("porque aqui não tem assalto, aqui não tem estupro, não tem isso, aquilo, mas isso tudo não é porque a polícia fornece segurança para a gente, é porque o pessoal do morro não deixa acontecer", destacou Thiago) e que, também por isso, *os meninos* sejam vistos frequentemente como

imprescindíveis na produção normativa da favela e no "cuidado" com os moradores que se encontram fragilizados em sua situação de pobreza ("a gente sabe que se não tivesse [o *crime*] seria pior").

Por outro lado, o *crime* é também produtor de violência. Essa violência, ainda que presente, de formas mais ou menos intensas, em outros territórios do país mais frequentemente debatidos na literatura, como Rio de Janeiro ou São Paulo, manifesta-se de uma maneira específica em Belo Horizonte, por meio da formação de pequenas *gangues* que coexistem em territórios periféricos e que mantém entre si relações de rivalidade violenta. Nesse contexto, embates entre grupos ocasionam implosões de homicídios e alimentam ciclos retaliatórios há décadas. O temor de que um filho seja agenciado pelo tráfico está também ancorado à violência que caracteriza a dinâmica criminal e ao fato de que crianças e adolescentes que se inserem nessas relações são muitas vezes agredidos e não raramente mortos dentro de poucos anos. As *guerras de gangues* estão sempre presentes, seja em momentos de embate explícito, com tiroteios, execuções e torturas, seja em momentos de trégua, em que um equilíbrio frágil faz cessar fogo, mas nunca permite o alívio total de se viver em um território esquadrinhado e dividido em domínios de gangues inimigas entre si.

Nesse cenário, todos se cuidam para que não sejam interpretados como aliados a algum grupo, como alguém que transmite informações entre *gangues*, ou como denunciadores das atividades criminais à polícia; e o *crime*, por meio da ameaça ou concretização da violência, regula não somente o mercado de venda de drogas ilícitas, como também a circulação e as relações de sujeitos e moralidades. *Os meninos*, ainda que divididos entre *gangues*, parecem estar alinhados em alguns aspectos importantes. Em primeiro lugar, na necessidade de se evitar a presença da polícia na favela. Em segundo lugar, há uma preocupação moral que se traduz na ideia de proteção à comunidade e de contribuições para o bom funcionamento de instituições atuantes na favela (por meio de resolução de conflitos em centros de saúde ou em escolas, por exemplo, como comentou Thiago). O que acontece, então, é que, apesar de ser dividido em *gangues* rivais, o *crime* é, a todo o momento, reificado como uma *unidade moral* – ainda que discursiva –, que, como em outras partes do país e do continente, atua como regime normativo na Luz.

Nesse processo, a própria pulverização criminal se faz útil na produção de ordem no território. Isto é, o contexto explosivo em que situações banais podem servir como combustível para relações de rivalidade ou para o levantamento de suspeitas sobre determinado sujeito e seu possível apoio a uma das muitas gangues ou à polícia instaura uma necessidade de cuidar das atitudes cotidianas e de

evitar "mal-entendidos". Nesse cenário, todos precisam estar atentos às maneiras de se relacionarem, falarem, se olharem, ou cumprimentarem uns aos outros, de forma a não serem lidos como possíveis inimigos. O que toma forma é, para usar termos foucaultianos, um muito eficaz governo de si e dos outros (FOUCAULT, 2010), em que moradores imersos ou não no "mundo do crime" se engajam a fim de evitar que a violência ou a morte incidam sobre seus corpos. No Morro da Luz, a instabilidade produz ordem.

Para fins de síntese, esses processos poderiam ser esquematizados em cinco eixos que, na empiria, confundem-se uns com os outros: 1) as *gangues* exercem certa defesa de algumas instituições ou valores importantes para a comunidade; atuam muitas vezes na preservação dos aparatos estatais e no manejo de conflitos diversos, exercendo poder de uma maneira considerada relativamente justa, especialmente se comparada ao *modus operandi* policial nas periferias, e fabricando para si um considerável grau de *legitimidade*; 2) os jovens envolvidos no "mundo do crime" são, em sua maioria, nascidos e criados na favela; são filhos, primos, amigos, vizinhos e sobrinhos dos moradores como um todo, e, então, há, nas relações com "os meninos" construídas, uma relevante *intimidade*; 3) as gangues fazem *uso da força* na lida com o restante da população, podendo aplicar punições violentas também a moradores que não estão imersos no "mundo do crime" que tenham agido de forma lida pelos "meninos" como errada, desrespeitosa ou prejudicial à venda de drogas; 4) a divisão do território em domínios de grupos criminais rivais e os embates cíclicos que se dão entre esses grupos conformam uma situação de instabilidade, em que informações podem ser passadas de uma gangue para a outra, e em que os sujeitos podem ser delatados à polícia por membros de grupos rivais ou apoiadores de grupos rivais, configurando um cenário de *instabilidade e desconfiança generalizada* que faz com que todos estejam, a todo o momento, preocupados com suas ações mais banais, em uma governabilidade foucaultiana; 5) nos imaginários e nas conversas que se dão na favela, as variadas gangues são frequentemente condensadas na representação de uma única *unidade moral discursiva* que avaliaria os sujeitos e comportamentos e que poderia fazer incidir violência sobre seus corpos – é o que é designado como "o crime", "o tráfico" ou "os meninos". Essas parecem ser pistas interessantes para uma agenda de pesquisa que vise compreender a organização do cotidiano em territórios em que o "mundo do crime" é fragmentado.

7. Referências

ABRAMS, p. Notes on the Difficulty of Studying the State (1977). Journal of Historical Sociology, v. 1, n. 1, p. 58-89, mar. 1988.

ADORNO, S.; SALLA, F. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. Estudos Avançados, v. 21, n. 61, p. 7-29, 2007.

ALMEIDA, R. DE. Novo nascimento: os evangélicos em casa, na política e na igreja. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, n. 40, p. 175-178, jun. 1999.

AMORIM, C. CV-PCC: a irmandade do crime. Rio de Janeiro: Record, 2004.

ARIAS, E. D.; BARNES, N. Crime and plural orders in Rio de Janeiro, Brazil. Current Sociology, v. 65, n. 3, p. 448-465, 13 maio 2017.

ASSUNÇÃO, R. M. A.; DA SILVA, B. Impacto do Programa Fica Vivo na redução dos homicídios em comunidade de Belo Horizonte. Revista de Saúde Pública, v. 44, n. 3, p. 496-502, 2010.

BARBOSA, A. R. "Grade de ferro? Corrente de ouro!" circulação e relações no meio prisional. Tempo Social, v. 25, n. 1, p. 107-129, 2013.

BARCELLOS, C. Abusado: o dono do Morro Dona Marta. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BEATO, C.; DA SILVA, B. F. A.; TAVARES, R. Crime e Estratégias de Policiamento em Espaços Urbanos. Dados – Revista de Ciências Sociais, v. 51, n. 3, p. 687-717, 2008.

BEATO, C.; SILVEIRA, A. M. Efetividade e avaliação em Programas de prevenção ao crime em Minas Gerais. 2014.

BEATO, C.; ZILLI, L. F. A estruturação de atividades criminosas: um estudo de caso. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 27, n. 80, p. 71-88, out. 2012.

BEATO FILHO, C. C. et al. Conglomerados de homicídios e o tráfico de drogas em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, de 1995 a 1999. Cadernos de Saúde Pública, v. 17, n. 5, p. 1163-1171, 2001.

BEATO FILHO, C. C. O problema dos homícidios em Belo Horizonte. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 11, n. 42, p. 345-350, 2003.

BERALDO, A. Negociando a vida e a morte: estado, igreja e crime em uma favela de Belo Horizonte. [s.l.] Universidade Federal de São Carlos, 2020.

BERALDO, A. Negociação entre a vida e a morte: efeitos da triangulação normativa crime-igreja-estado em uma periferia mineira. Dilemas, 2021.

BIONDI, K. Junto e misturado: uma etnografia do PCC. 1. ed. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010.

BIONDI, K. Políticas prisioneiras e gestão penitenciária: incitações, variações e efeitos. Etnografica, v. 21, n. vol. 21 (3), p. 555-567, 2017.

BIRMAN, P.; MACHADO, C. A violência dos justos: evangélicos, mídia e periferias da metrópole. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 27, n. 80, p. 55–69, out. 2012.

BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. The Sociology of Critical Capacity. European Journal of Social Theory, v. 2, n. 3, p. 359-377, 24 ago. 1999.

BRENNEMAN, R. Wrestling the Devil: Conversion and Exist from Central American Gangs. Latin American Research Review, v. 49, n. Special Issue, p. 112-128, 2014.

CAETANO, C. "Vai morrer inocente e a guerra não vai acabar", diz preso do Morro | O TEMPO. O Tempo, 18 mar. 2019.

CALDEIRA, T.; HOLSTON, J. Democracy and Violence in Brazil. Comparative Studies in Society and History, v. 41, n. 4, p. 691-729, 1999.

CAMPELLO, T. et al. Faces da desigualdade no Brasil: um olhar sobre os que ficam para trás. Saúde em Debate, v. 42, n. spe3, p. 54-66, 2018.

CARBONELLI, M. Pan y palabras. La inserción evangélica en la gestión pública en Argentina. Religião & Sociedade, v. 35, n. 2, p. 73-95, 2015.

CHAINEY, S. P.; DA SILVA, B. F. A. Examining the extent of repeat and near repeat victimisation of domestic burglaries in Belo Horizonte, Brazil. Crime Science, v. 5, n. 1, p. 1-10, 6 dez. 2016.

CORRÊA, D. Anjos de fuzil: uma etnografia das relações entre Igreja e tráfico na Cidade de Deus. [s.l: s.n.].

CÔRTES, M. M. p. O bandido que virou pregador: a conversão de criminosos ao pentecostalismo e suas carreiras de pregadores. [s.l.] Hucitec, 2007.

COZZI, E.; FONT, E.; MISTURA, M. E. Desprotegidos y sobrecriminalizados. Interacciones entre jóvenes de sectores populares, policía provincial y una fuerza de seguridad nacional en un barrio de la ciudad de Rosario. Derechos Humanos, n. 8, p. 3–30, 2014.

DA SILVA, B. F. A. Social Disorganization and Crime: Searching for the Determinants of Crime at the Community Level. Latin American Research Review, v. 49, n. 3, 2014.

DA SILVA, B. F. A. et al. Violência urbana e política pública de prevenção: avaliação do Programa Fica Vivo! no estado de Minas Gerais, Brasil. Revista Brasileira de Estudos de População, v. 35, n. 2, p. 1-9, 2018.

DEWEY, M. Zona liberada: la suspensión de la ley como patrón de comportamiento estatal. Nueva Sociedad, n. 276, p. 102-117, 2018.

DURÁN-MARTÍNEZ, A. The politics of drug violence: criminals, cops, and politicians in Colombia and Mexico. New York: Oxford University Press, 2018.

FELTRAN, G. Irmãos: Uma história do PCC. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FELTRAN, G. D. S. Vinte anos depois: a construção democrática brasileira vista da periferia de São Paulo. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 72, p. 83-114, 2007a.

FELTRAN, G. D. S. O legítimo em disputa: As fronteiras do "mundo do crime" nas periferias de São Paulo. Dilemas, v. 1, n. 1, p. 93-126, 2007b.

FELTRAN, G. DE S. Das Prisões às Periferias: coexistência de regimes normativos na " Era PCC ". Revista Brasileira de Execução Penal, v. 1, n. 2, p. 45-71, 2020.

FISCHER, B. A poverty of rights: citizenship and inequality in twentieth-century Rio de Janeiro. Stanford: Stanford University Press, 2008.

FOUCAULT, M. O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GALDEANO, A. p. Salmo 127, versículo 1: ativismo religioso e ordenamentos da segurança em uma periferia de São Paulo. Religião & Sociedade, v. 34, n. 1, p. 38-60, jun. 2014.

GARMANY, J. Religion and governmentality: Understanding governance in urban Brazil. Geoforum, v. 41, n. 6, p. 908–918, 2010.

GONZÁLEZ, Y. M. "What citizens can see of the state": Police and the construction of democratic citizenship in Latin America. Theoretical Criminology, v. 21, n. 4, p. 494-511, 25 nov. 2017.

GRILLO, C. C. Coisas da vida no crime: tráfico e roubo em favelas cariocas. [s.l.] Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.

GRILLO, C. C.; POLICARPO, F.; VERÍSSIMO, M. A "dura" e o "desenrolo": Efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. Revista de Sociologia e Politica, v. 19, n. 40, p. 135-151, 2011.

HIRATA, D. V.; GRILLO, C. C. Sintonia e amizade entre patrões e donos de morro. Tempo Social, v. 29, n. 2, p. 75-98, 2017.

HIRATA, D. V.; GRILLO, C. C. Crime, guerra e paz: dissenso político-cognitivo em tempos de extermínio. Novos Estudos – CEBRAP, v. 38, n. 3, p. 553-571, dez. 2019.

HOLSTON, J. Insurgent Citizenship: Disjunctions of democracy and modernity in Brazil. Princeton: Princeton University Press, 2008. v. 46

KESSLER, G. La extensión del sentimiento de inseguridad en América Latina: Relatos, acciones y políticas en el caso Argentino. Revista de Sociologia e Politica, v. 19, n. 40, p. 83-100, 2011.

LAGES, L. B. O sistema acusatório diante da prisão em flagrante: como o direito a defesa é exercido em fase de de audiência de custódia? Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 18, n. 1, p. 140-155, 2020.

LAGES, L. B.; RIBEIRO, L. Por que prender? A dinâmica das Audiências de Custódia em Belo Horizonte. Plural, v. 26, n. 2, p. 200-221, 2019a.

LAGES, L. B.; RIBEIRO, L. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? Revista Direito GV, v. 15, n. 3, p. 1-35, 2019b.

LEITE, M. p. Da "metáfora da guerra" ao projeto de "pacificação": favelas e políticas de segurança pública no Rio de Janeiro. Rev. bras. segur. pública, v. 6, n. 2, p. 374-388, 2012.

LESSING, B. As facções cariocas em perspectiva comparativa. Novos Estudos – CEBRAP, n. 80, p. 43-62, mar. 2008.

LOMNITZ, L. Cómo sobreviven los marginados. Ciudad de México: siglo veintiuno editores, 1975.

LYRA, D. A república dos meninos: juventude, tráfico e virtude. [s.l.] Instituto de Estudos Políticos e Sociais, 2015.

MACHADO, C. Pentecostalismo e o sofrimento do (ex-)bandido. Horizontes Antropológicos, n. 42, p. 153-180, 2014.

MACHADO DA SILVA, L. A. Criminalidade violenta: por uma nova perspectiva de análise. Revista de Sociologia e Política, n. 13, p. 115-124, nov. 1999.

MACHADO DA SILVA, L. A. Violência urbana, sociabilidade violenta e agenda pública. In: Vida sob cerco: violências e rotina nas favelas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 35-46.

MAGNANI, J. G. C. De perto e de dentro: notas para uma etnografia urbana. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 17, n. 49, p. 11–29, 2002.

MANSO, B. P.; DIAS, C. N. PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 11, n. 2, p. 10-29, 2017.

MARINHO, M. A.; ANDRADE, L. T. O sobe e desce das taxas de homicídios na Região Metropolitana de Belo Horizonte: Armas de fogo, drogas e políticas de segurança pública 1. Dilemas, v. 4, n. 2, p. 229-259, 2011.

MARQUES, A. Do ponto de vista do "crime": notas de um trabalho de campo com "ladrões". Horizontes Antropológicos, v. 22, n. 45, p. 335-367, jun. 2016.

MARQUES, V. A. O irmão que virou irmão : rupturas e permanências na conversão de membros do PCC ao pentecostalismo na Vila Leste – SP. [s.l.] PUC-SP, 2013.

MARTINO, N.; HORDONES, L.; RIBEIRO, L. M. L. Papéis tradicionais de gênero e redes de contato: um estudo comparado com homens e mulheres encarcerados. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 146, n. Agosto, 2018.

MATTOS, C. DOS S. Uma etnografia da expansão do mundo do crime no Rio de Janeiro. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 31, n. 91, p. 1-15, 4 jul. 2016.

MENEZES, p. V. Monitorar, negociar e confrontar: as (re)definições na gestão dos ilegalismos em favelas "pacificadas". Tempo Social, v. 30, n. 3, p. 191-216, 2018.

MISSE, M. Malandros, marginais e vagabundos. A acumulação social da violência no Rio de Janeiro. [s.l.] IUPERJ-UCAM, 1999.

MISSE, M. Crime, Sujeito e Sujeição Criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 79, p. 235-244, 2010.

MOTTA, L. D. Fazer estado, produzir ordem: sobre projetos e práticas na gestão do conflito urbano em favelas cariocas. [s.l.] Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), 2017.

OLIVEIRA, V. N.; RIBEIRO, L. M.; BASTOS, L. M. Os agentes penitenciários em Minas Gerai: Quem são e como percebem a sua atividade. Sistema Penal & Violência, v. 7, n. 2, p. 175-192, 2015.

PAIVA, L. F. S.; FREITAS, G. J. DE. Ecos da violência nas margens de uma sociedade democrática: o caso da periferia de Fortaleza. Soc. e Cult., v. 18, n. 2, p. 115–128, 2015.

PICANÇO, F. S.; LOPES, N. p. DE O. O tráfico de drogas em formas: notas de pesquisas sobre o Rio de Janeiro. Análise Social, v. LI, n. 1, p. 96-120, 2016.

RIBEIRO, L.; DINIZ, A. M. A. The Flow of Murder Cases Through the Criminal Justice System in a Brazilian City. Homicide Studies, v. 24, n. 3, p. 242-267, 26 ago. 2020.

RIBEIRO, L. M. L.; BASTOS, L. M. Algumas Notas Sobre Segurança Pública e Municípios : Uma Análise do Caso de Minas Gerais. REPOL | Revista Estudos de Política, v. 1, n. 2, p. 74–89, 2012.

RIBEIRO, L.; OLIVEIRA, V. N.; BASTOS, L. Pavilhões do Primeiro Comando da Capital: tensões e conflitos em uma unidade prisional de segurança máxima em Minas Gerais. O Público e o Privado, n. 33, p. 213-241, 2019.

RICHMOND, M. A. "Hostages to both sides": Favela pacification as dual security assemblage. Geoforum, v. 104, p. 71-80, 1 ago. 2019.

RIESEBRODT, M. The promiss of salvation: a theory of religion. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

ROCHA, R. L. S. A guerra como forma de relação: Uma análise das rivalidades violentas entre gangues em um aglomerado de Belo Horizonte. Dilemas, v. 8, n. 2, p. 277-301, 2015.

ROCHA, R. L. S. Vinganças, guerras e retaliações: Um estudo sobre o conteúdo moral dos homicídios de caráter retaliatório nas periferias de Belo Horizonte. [s.l.] Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2017.

RUGGIERO, V.; SOUTH, N. The Late-Modern City as a Bazaar: Drug Markets, Illegal Enterprise and the "Barricades". The British Journal of Sociology, v. 48, n. 1, p. 54, mar. 1997.

SAPORI, L. F.; ANDRADE, S. C. Desafios da governança do sistema policial no Brasil: o caso da política de integração das polícias em Minas Gerais. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 7, n. 1, p. 102–130, 2013.

SEMÁN, p. Pentecostalismo y desigualdades sociales en América Latina. Encartes, v. 2, n. 4, p. 58-69, 2020.

SINHORETTO, J.; SILVESTRE, G.; MELO, F. A. L. DE. O encarceramento em massa em São Paulo. Tempo Social, v. 25, n. 1, p. 83-106, 2013.

SMILDE, D. Reason to believe: cultural agency in Latin American evangelism. Berkeley: University of California Press, 2007.

STABILE, A. Bilhete indica que PCC teria ordenado série de ataques em Minas Gerais e Rio Grande do Norte. El País Brasil, 2018.

TEIXEIRA, C. A construção social do "ex-bandido" um estudo sobre sujeição criminal e pentecostalismo. [s.l.] Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009.

TELLES, V. DA S.; HIRATA, D. V. Ilegalismos e jogos de poder em São Paulo. Tempo Social, v. 22, n. 2, p. 39–59, dez. 2010.

VITAL DA CUNHA, C. Oração de traficante: uma etnografia. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Garamond LTDA, 2015.

ZALUAR, A. A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ZALUAR, A. Condomínio do diabo. Rio de Janeiro: Revan, 1994.

ZILLI, L. F. "O bonde tá formado": gangues, ambiente urbano e criminalidade violenta. [s.l.] Universidade Deferal de Minas Gerais, 2011.

ZILLI, L. F. O "mundo do crime" e a "lei da favela": aspectos simbólicos da violência de gangues na região metropolitana de Belo Horizonte. Etnografica, n. vol. 19 (3), p. 463-487, 1 out. 2015.

ZILLI, L. F.; BEATO, C. Gangues juvenis, grupos armados e estruturação de atividades criminosas na Região Metropolitana de Belo Horizonte. Dilemas, n. 1, p. 73-110, 2015.

ZILLI, L. F.; VARGAS, J. D. O trabalho da polícia investigativa face aos homicídios de jovens em Belo Horizonte. Ciência & Saúde Coletiva, v. 18, n. 3, p. 621-632, 2013.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Discurso sobre o sistema penal: uma visão crítica, de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – *RT* 861/466-482 (DTR\2007\505).

Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia

Women's human rights in European and inter-American regional systems: the issue of pornography

Ana Lucia Sabadell

Pós-doutora pela Universidade Politécnica de Atenas, Grécia (2002). Doutora em Direito – Universität des Saarlandes (1999). Mestra em Direito pela Universidad Autónoma de Barcelona, Espanha (1991) e em Critical Criminology and Criminal Justice pelo Programa Erasmus na Universität des Saarlandes (1998). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1986) e em Psicologia pela Universidade São Marcos (1987). Professora titular de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito e da pós-graduação em Teorias Jurídicas Contemporâneas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ).

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5937607531425854]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9370-1057]
anasabadell@yahoo.com

Raisa D. Ribeiro

Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (2016). Pós-graduada em Advocacia Pública (2014) e em Direito Público (2015) pela Universidade Cândido Mendes. Especializada em Direitos Humanos pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, Portugal (2011). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2013). Professora de Teorias do Estado e da Constituição da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Advogada feminista. Pesquisadora do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH).

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9281207714782055]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2339-3903]
raisaribeiro@hotmail.com

Recebido em: 20.06.2020
Aprovado em: 17.02.2021
Última versão do(a) autor(a): 01.03.2021

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente trabalho pretende averiguar como os sistemas regionais interamericano e

Abstract: This paper intends to investigate how the inter-American and European regional

europeu de proteção dos direitos humanos vêm tutelando os direitos das mulheres no caso da pornografia, diante da ausência de uma tutela eficaz pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, em um primeiro momento, analisam-se as teorias feministas que disputam o tratamento da pornografia: de um lado, o movimento antipornografia, com foco em especial nos posicionamentos de Catharine MacKinnon, que sustenta que a pornografia gera violência contra a mulher e que deveria ser abolida ou, ao menos, regulada de forma a reparar as vítimas; de outro, o movimento pró-pornografia, que sustenta que a pornografia é uma forma de liberdade sexual, baseada na autonomia da vontade, e que sua proibição poderia gerar a marginalização de grupos vulneráveis. Em um segundo momento, observa-se que a pornografia, por gerar impactos relevantes na vida das mulheres e na sociedade em geral, requer tutela jurídica. Em sequência, observa-se como a temática é tratada pelos sistemas interamericano e europeu de direitos humanos, verificando se esses sistemas jurídicos têm criado instrumentos aptos a auxiliar na tutela dos direitos das mulheres na temática em questão.

Palavras-chave: Pornografia – Feminismo abolicionista – Feminismo pró-direitos – Sistema interamericano de direitos humanos – Sistema europeu de direitos humanos.

systems for the protection of human rights have been protecting the rights of women involved in pornography and the presence of this protection on the Brazilian legal system. Initially, the feminist theories that dispute the treatment of pornography are analyzed: on one hand, the anti-pornography movement, focusing on the positions of Catharine MacKinnon, who maintain that pornography generates violence against women and that it should be banned or, at least, regulated in order to repair victims; on the other hand, the pro-pornography movement, claiming that pornography is a form of sexual freedom, based on the autonomy of the will and that its prohibition would generate marginalization of vulnerable groups. Next, it is observed that the issue of pornography, as it has relevant impacts on the lives of women and on society in general, requires legal protection. Then, it is observed how the subject is protected by the Law in the Brazilian penal sphere, in the inter-American system and in the European system of human rights. Finally, we intend to verify whether these legal systems have created instruments capable of assisting in the protection of women's human rights in the case of pornography.

Keywords: Pornography – Antipornography feminist movement – Pro-sex feminists – Interamerican human rights system – European human rights system.

Sumário: 1. Introdução. 2. A tutela da pornografia pelas perspectivas feministas. 2.1. O que é pornografia pela perspectiva feminista?. 2.2. Movimento feminista antipornografia: a proposta abolicionista. 2.3. Movimento feminista pró-pornografia: a reivindicação pela normalização do trabalho sexual. 3. A necessidade da tutela jurídica da pornografia e a ausência de tratamento eficaz pelo ordenamento jurídico brasileiro. 4. A pornografia pela ótica dos sistemas regionais interamericano e europeu de direitos humanos. 4.1. A relevância dessa investigação. 4.2. A tutela jurídica da pornografia pelos sistemas regionais interamericano e europeu de direitos humanos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas. Jurisprudência. Legislação.

1. Introdução

O presente trabalho pretende analisar se toda a pornografia pode ser compreendida como uma manifestação de violência contra a mulher, à luz das teorias

feministas, e verificar se o tratamento destinado pelos sistemas regionais interamericano e europeu à pornografia traz a proteção aos direitos humanos das mulheres neste contexto.

A pornografia desafia o Direito em muitos aspectos, a começar pela dificuldade em definir seu conceito, passando pelo constante crescimento de sua indústria, multitudinária e multimilionária, pelos impactos gerados na sociedade e percorrendo a forte divergência, dentro do próprio movimento feminista, sobre a forma de tratamento que deveria lhe ser destinada.

A pornografia é alvo de grande polarização, existindo um debate acirrado no contexto estadunidense e europeu desde a década de 1970 sobre a sua tutela. Dentro do próprio movimento feminista, existem disputas sobre como tratar a questão: de um lado, situam-se as feministas antipornografia, que veem a pornografia como uma prática violenta contra a mulher e querem a sua abolição ou, alternativamente, a previsão de mecanismos de proteção das mulheres que se encontram em situação de violência em decorrência dessa prática comercial; de outro, as feministas pro-pornografia, que sustentam a necessidade de regulamentação do trabalho sexual para a proteção das mulheres.

Por outro lado, outros setores da sociedade, que não se identificam necessariamente com os argumentos trazidos pelo movimento feminista, também possuem diferentes compreensões, a exemplo das doutrinas liberal e conservadora, que defendem, respectivamente, a tutela jurídica da pornografia sob o manto da liberdade de expressão e a proibição da pornografia por violar valores morais e religiosos. Por não terem por escopo a proteção dos direitos das mulheres, tais correntes não serão alvo de maior análise por este artigo.

Assim, cumpre salientar que o presente trabalho irá se debruçar sobre a análise da tutela jurídica da pornografia reivindicada pelos movimentos feministas, tendo em vista que esses têm a proteção dos direitos humanos das mulheres como ponto central da discussão.

Recordamos que os discursos feministas são, em grande parte, elaborados, com a contribuição de pesquisadoras e professoras universitárias. Isso se deve à inserção do feminismo na Universidade, sobretudo, a partir dos anos de 1980 em países como Noruega (excepcionalmente, 1974), Inglaterra, Alemanha, França, Itália, Austrália, EUA e Canadá. Cumpre ressaltar que mesmo no âmbito dos debates feministas, vinculados ou não à atividade acadêmica, não existe uniformidade sobre o tratamento jurídico que deve ser destinado à pornografia, o que torna a discussão desse tema ainda mais relevante.

Atualmente, a indústria pornográfica alcança uma vasta dimensão, movimentando e contribuindo para o desenvolvimento da economia mundial em larga

escala. Para se ter uma ideia, a indústria pornográfica se tornou maior do que as gravadoras e indústrias de filmes estadunidenses juntas[1]. Mais pessoas acessam sites pornográficos por mês do que Netflix, Amazon e Twitter combinados[2]. No entanto, a pornografia tradicional pode ser encarada como um potencial violador dos direitos humanos das mulheres, como se demonstrará a seguir, fato que continua a desafiar o Direito.

Por não ser um fenômeno simples (é pluridimensional) e por gerar efeitos sociais, econômicos, culturais em larga escala, a pornografia tradicional requer tutela jurídica. Ocorre que essa questão não tem sido seriamente enfrentada pelos ordenamentos jurídicos em geral, e aqueles que o fazem não a encaram como um problema que carece de regulamentação ou como uma forma de manifestação da violência de gênero[3], não havendo a adoção, como regra geral, de nenhuma das perspectivas feministas, o que deixa as mulheres que participam da sua produção e que estão em situação de violência por intermédio de seu consumo desamparadas.

Tendo em vista a ausência de tratamento da questão pelos ordenamentos jurídicos nacionais, em especial do ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho se volta ao direito internacional para buscar respostas, especificamente aos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos. Esses sistemas regionais de proteção possuem papel central na promoção dos direitos humanos das mulheres que se encontram em situações de violência.

Tendo em vista o panorama elencado, questiona-se: os sistemas regionais europeu e interamericano têm criados instrumentos jurídicos aptos a auxiliar na tutela dos direitos humanos das mulheres no caso da pornografia, considerando alguma das perspectivas das correntes feministas existentes? É o debate que propomos.

2. A tutela da pornografia pelas perspectivas feministas

No âmbito das teorias feministas, não existe um único posicionamento sobre o desenvolvimento da sexualidade feminina e do prazer da mulher. Nesse

1. DWORKIN, 1989, p. lvi-lvii.
2. RIBEIRO, 2017, p. 55.
3. Nesse sentido, cabe salientar os posicionamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, em defesa da Primeira Emenda, amparam a pornografia dentro da cláusula ampla da liberdade de expressão. Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin criticam amplamente os posicionamentos adotados pelo ordenamento jurídico estadunidense, por não proteger as mulheres que se encontram em situação de violência. DWORKIN; MACKINNON, 1997, p. 11 e ss.; MACKINNON, 1989, p. 196 e ss.

contexto, não existe também convergência sobre a forma de tratamento que deve ser destinada à pornografia[4].

De um lado, uma vertente do feminismo assumiu a luta contra a pornografia, com destaque às figuras de Catharine MacKinnon[5], Andrea Dworkin[6],

4. De forma sintetizada, esse debate é apresentado por PRADA, 2010, p. 7-26; PRADA, 2012, 129-158.

5. Catharine MacKinnon, professora de direito da Universidade de Direito de Michigan e professora visitante de direito da Escola de Direito de Harvard, é um nome expoente dentro desse movimento abolicionista, tendo atuado na teoria e na prática jurídica para a abolição da pornografia e proteção dos direitos civis das mulheres que se encontravam em situação de violência em razão da pornografia no ordenamento jurídico estadunidense. Essa pensadora foi uma das teóricas feministas com maior impacto prático nas últimas décadas nos EUA: mobilizou muitas pessoas, principalmente mulheres, além de órgãos legislativos, judiciais, chamando atenção para a questão das mulheres. No que se refere à sua atuação para a alteração da situação concreta das mulheres, é importante mencionar que a autora foi responsável pelo reconhecimento jurídico da questão do assédio sexual em seu país e da pornografia como uma das formas de violação dos direitos civis das mulheres. De 2008 a 2012, atuou como primeira assessora especial de gênero para o promotor do Tribunal Penal Internacional (Haia), sendo responsável pela implementação do conceito de "crime de gênero". A teoria de MacKinnon sobre as relações assimétricas de poder entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, desenvolvida em seu livro *Sexual harassment of working women* (1979) impulsionou a mudança de posição da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca dos casos de assédio sexual – precedente Meritor Savings FSB v. Vinson, 477 U.S (1986). Com relação à pornografia, apesar das propostas legislativas elaborada em conjunto com Andrea Dworkin ter sido rejeitada nos EUA, esta foi adotada pela Suprema Corte do Canadá no ano de 1992.

6. Andrea Dworkin (1946-2005) foi escritora e ativista feminista, associada ao feminismo de segunda onda, que liderou o movimento feminista antipornografia nos Estados Unidos na década de 1970/1980, por meio da organização "Mulheres Contra a Pornografia", fundada em 1979. Após o término de seu casamento, no qual sofria abusos por parte de seu marido, Dworkin foi introduzida à literatura feminista radical e iniciou o seu ativismo na luta pela conquista dos direitos civis das mulheres. Licenciada em Literatura, Andrea Dworkin sustentava que a pornografia era o DNA do patriarcado e da dominação masculina, mantendo a subordinação das mulheres por meio de uma política sexual. Foi porta-voz do movimento feminista-antipornografia, especialmente com a publicação de seus trabalhos "Pornography: Men Possessing Women" (1981), no qual a autora argumenta que a pornografia desumaniza as mulheres e coloca a indústria pornográfica em local de grande influência na violência contra as mulheres, e "Intercourse" (1987) responsável por trazer a análise da pornografia para a relação sexual entre homem e mulher. Junto com Catharine Mackinnon, escreveu trabalhos e projetos de legislações contrários à pornografia, conforme citado na nota anterior.

Kathleen Barry[7], Susan Brownmiller[8] e Robin Morgan[9], que se apoiaram nas ideias do "contrato sexual" de Carole Pateman[10]. De outro lado, uma vertente

7. Katheleen Barry é uma ativista de direitos humanos, filiada ao feminismo radical, doutorada em Sociologia e em Educação pela Universidade de Berkeley (Califórnia) e professora emérita da Universidade da Pensilvânia. Na década de 1980, publicou seu livro *Escravidão Sexual da Mulher,* que foi traduzido para vários idiomas, sendo a pioneira na denúncia do tráfico e da exploração sexual das mulheres bem como participou da elaboração de tratado internacional contra a exploração sexual que foi desenvolvida em colaboração com a UNESCO, tema do livro "Prostitution of Sexuality: Global Exploitation of Women" (1995).
8. Susan Brownmiller é uma jornalista estadunidense, ativista e escritora feminista, filiada ao feminismo radical e as pautas raciais. Novaiorquina, Brownmiller é oriunda de uma família de classe média judaica e foi em plena década de 1960 que firmou a sua carreira e militância. Participou de organizações pelos direitos civis, sendo cofundadora do *New York Radical Feminist* e do *Woman Against Pornography. A*demais, atuou junto a organizações como o *Congress of Racial Equility* (CORE), consolidando, assim, sua posição como ativista política. Ficou conhecida pela sua obra *Against Our Will: Men, Women and Rape* (1975), considerado um clássico a respeito do tema do estupro e traduzido para vários idiomas.
9. Robin Morgan é uma escritora e poeta, jornalista, crítica política e ativista feminista estadunidense. Desenvolveu uma carreira artística durante a sua infância como atriz-mirim, inclinando-se para a área acadêmica em sua juventude. Com diversos prêmios recebidos pelo seu ativismo em prol dos direitos das mulheres, tais como "Woman of the Year" em 1990 concedido pela organização *Feminist Majority Foundation* e "Lifetime Achievement in Human Rights" pela *Equality Now*, Morgan é uma das mulheres mais influentes nos EUA, tendo se envolvido em diversos movimentos pela justiça social, participado ativamente nos movimentos contra guerra do Vietnã, fundado diversas organizações feministas radicais, como a *Women's International Terrorist Conspiracy from Hell (W.I.T.C.H.),* e publicado diversas obras influentes. É uma figura central do movimento antipornografia, sendo autora da célebre frase "pornografia é a teoria e estupro é a prática" e foi a organizadora do protesto no concurso Miss América, em 1968.
10. Carole Pateman é uma cientista política britânica e escritora feminista. Ela é doutora pela Universidade de Oxford e recebeu outros três títulos de doutorado *honoris causa*, desenvolveu uma carreira docente internacional, tendo lecionado em três continentes (Europa, América e Nova Zelândia). Professora emérita do Departamento de Ciência Política da Universidade da Califórnia desde 1990 e honorária da Universidade de Cardife no Reino Unido, Pateman é autora de vários livros que versam sobre ciência política, democracia, participação política e críticas ao liberalismo e a autora da célebre obra "O Contrato Sexual", que traçou críticas as teorias contratualistas de Hobbes, Rousseau e Locke, por invisibilizarem a relação de dominação masculina, fundada na sexualidade, já pressuposta quando do contrato social.

do feminismo defende a posição pró-pornografia, sobressaindo-se as figuras de Gayle Rubin[11], Carole S. Vance[12], Alice Echols[13], Ellen Carol DuBois[14] e Linda Gordon[15]. De forma mais contemporânea, feministas vêm defendendo o poten-

11. Gayle Rubin é antropóloga cultural estadunidense, ativista e teórica feminista. É doutora em antropologia pela Universidade de Michigan, onde também exerce a cátedra. Rubin foi criada em lar judaico de classe média durante o período da segregação racial na Carolina do Sul, que lhe gerou experiências que constituíram a sua atuação contra as formas de discriminação. É considerada uma das principais ativistas do movimento pró-sexo, com defesa de práticas sadomasoquistas. Ela participou e fundou organizações LGBTI+ e BDSM. Suas obras *The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex* e *Thinking Sex* são consideradas marcos dos estudos gays e lésbicos, sobre a sexualidade, teoria *queer* e política pró-sexo.
12. Carole Vance é antropóloga estadunidense reconhecida internacionalmente por suas publicações sobre sexualidade, direitos humanos, gênero e saúde. Durante muitos anos integrou a Universidade da Columbia na área de Saúde Pública e Antropologia e, desde 2017, é pesquisadora da convidada da Universidade de Yale. Coordenou conferências sobre sexualidade, além de ter recebido prêmios por sua contribuição acadêmica sobre o tema, e organizou o livro *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality,* considerada uma das obras que inaugurou o movimento feminista pró-pornografia.
13. Alice Echols é uma ativista feminista, crítica cultural e historiadora. Mestra e doutora em História pela Universidade de Michigan, é professora de Estudos de gênero e História da Universidade da Califórnia. Possui livros publicados sobre a década de 1960 e o desenvolvimento da segunda onda do feminismo, tendo interesse nos estudos sobre gênero, raça e sexualidade.
14. Ellen Carol DuBois é feminista americana, historiadora e professora aposentada da Universidade da Califórnia, Los Angeles (UCLA). Ainda estudante universitária, interessou-se pelo movimento de liberação das mulheres e participou do *Chicago Women's Liberation Union*. É reconhecida pelo seu trabalho pioneiro sobre a história das mulheres, em especial acerca da militância sufragista e a conquista dos direitos políticos e trabalhistas das mulheres.
15. Linda Gordon é feminista americana, historiadora e professora universitária. Lecionou na Universidade de Massachusetts (Boston), na Universidade de Wisconsin (Madison), onde foi premiada com a cadeira mais prestigiosa da Universidade "Vilas Research Chair", e atualmente é professora na Universidade de Nova York na qual ministra cursos sobre gênero, movimentos sociais, imperialismo e sobre os EUA no séc. XX em geral. Foi uma das associadas fundadoras do *Journal of Women´s History*. Possui obras acadêmicas e romances publicados sobre violência contra a mulher, como o livro chamado "Heroes of Their Own Lives: The History and Politics of Family Violence" (1988), tendo recebido o prêmio da *American Historical Association*, uma associação profissional de historiadores e a mais antiga dos Estados Unidos.

cial subversivo da pornografia, vertente que possui como principais nomes Judith Butler[16] e Paul Beatriz Preciado[17].

2.1. O que é pornografia pela perspectiva feminista?

A pornografia, objeto de análise do presente artigo, também chamada de pornografia tradicional, convencional, patriarcal ou hegemônica, consiste na exibição gráfica de materiais sexuais, em que haja a subordinação sexual feminina e degradação das mulheres[18], deflagrada por meio de comportamentos agressivos, abusivos e degradantes, num contexto de dominação masculina, de maneira que se pareça endossar, encorajar ou normalizar a violência de gênero[19].

Não se trata de qualquer exibição gráfica de materiais sexuais, que também está presente em materiais eróticos, obscenos e em outras expressões artísticas. O elemento central para caracterização de um material como pornográfico é a presença de comportamentos qualificados pela abusividade e agressividade, que geram degradação e inferiorização da mulher durante a performance sexual, que normaliza a violência patriarcal e a dominação masculina.

---

16. Judith Butler é filósofa estadunidense, de origem judaica, filiada ao pós-estruturalismo, feminista pós com grande contribuição à criação das teorias contemporâneas do feminismo e teoria *queers*. Possui Ph.D em Filosofia pela Universidade de Yale e cinco outros títulos de doutorado *honoris causa*. Atualmente, é professora da Universidade da California, em Berkeley e ocupa o posto honorificamente intitulado "Hannah Arendt" na *European Graduate School*. Possui grande contribuição nos estudos de gênero e possui obras publicadas também sobre filosofia política. Em seu livro *Excitable Speech: A Politics of the Performative,* contra-argumenta os posicionamentos de Catharine MacKinnon sobre pornografia.
17. Paul Beatriz Preciado é escritor e filosofo espanhol, transgênero, reconhecido internacionalmente pelas suas contribuições filosóficas aos estudos de gênero e teorias *queers*. É professor de História Política do Corpo, Teoria de Gênero da Universidade de Paris VIII, foi diretor do Programa de Estudos Independentes (PEI) do Museu de Arte Contemporânea de Barcelona (MACBA) e curador no Centro de Estados Avançados do Museu Nacional Reina Sofia (Madri-Espanha) e autor de livros e artigos científicos. Possui forte contribuição nos debates sobre pornografia, em especial pela sua defesa ao pós-pornô, com suas obras "Manifesto contrassexual" (2002), "Texto Junkie" (2008) e "Pornotopía" (2010).
18. No lugar de mulheres em posição de degradação, o uso de homens, crianças e pessoas transexuais também compõe a pornografia patriarcal.
19. Conceito formulado por RIBEIRO, Raisa, 2017, p. 48-49, utilizando como base elementos das definições elaboradas por DWORKIN, 1989, p. 200; DWORKIN; MACKINNON, 1989, p. 36; RUSSELL, 1984, p. 03-05.

Embora exista uma dificuldade teórica em sua delimitação conceitual, na pornografia patriarcal está presente o elemento da hierarquização de gêneros: de um lado, a mulher, que é inferiorizada, que se submete; de outro, o homem, que é o sujeito ativo e domina a mulher, mediante condutas de violência. O jogo pornográfico esconde a desigualdade presente na distribuição do exercício do poder.

Conforme Andrea Dworkin e Catharine Mackinnon observaram, essa subordinação da mulher presente na pornografia pode incluir uma ou mais das seguintes características:

> "(i) mulheres sendo apresentadas como objetos sexuais desumanizados, coisas ou bens de consumo;
>
> (ii) mulheres sendo apresentadas como objetos sexuais que gostam da dor ou da humilhação;
>
> (iii) mulheres sendo apresentadas como objetos sexuais que experimentam prazer sexual enquanto são estupradas;
>
> (iv) mulheres sendo apresentadas como objetos sexuais sendo enforcadas, cortadas, mutiladas, machucadas ou fisicamente cortadas;
>
> (v) mulheres sendo apresentadas em posturas ou posições de submissão sexual, servilidade ou exposição;
>
> (vi) exibição e redução da mulher as partes dos seus corpos, incluindo não apenas vaginas, seios ou nádegas;
>
> (vii) mulheres apresentadas como prostitutas por natureza;
>
> (viii) mulheres sendo penetradas por objetos ou animais;
>
> (ix) mulheres sendo apresentadas em cenários de degradação, dano, tortura, sendo exibidas como imundas ou inferiores, sangrando, machucadas ou mutiladas em condições sexuais."[20]

20. Tradução livre de: "pornography is the graphic sexually explicit subordination of women through pictures and/or words that also includes one or more of the following: (i) women are presented dehumanized as sexual objects, things, or commodities; or (ii) women are presented as sexual objects who enjoy pain or humiliation; or (iii) women are presented as sexual objects who experience sexual pleasure in being raped; or (iv) women are presented as sexual objects tied up or cut up or mutilated or bruised or physically hurt; or (v) women are presented in postures or positions of sexual submission, servility, or display; or (vi) women's body parts – including but not limited to vaginas, breasts, or buttocks – are exhibited such that women are reduced to those parts; or (vii) women are presented as whores by nature; or (viii) women are presented being penetrated by objects or animals; or (ix) women are presented in scenarios of degradation, injury, torture, shown as filthy or inferior, bleeding, bruised, or hurt in a context that

Verificando a origem etimológica do termo, pornografia significa escritos, desenhos, gravuras sobre a prostituição e prostitutas[21]. Ocorre que, fazendo uma análise mais apurada do termo, Andrea Dworkin observou que o vernáculo *porne* significava uma categoria específica de prostitutas existentes na Grécia Antiga[22], identificadas específica e exclusivamente como a classe mais baixa de prostitutas, de utilização disponível para todos os cidadãos, sendo literalmente a prostituta mais barata e a mulher menos protegida de todas: caracterizada como escrava sexual[23].

Nesse cenário, a palavra pornografia não possui nenhum outro significado que não seja este: "gráfica representação das mulheres como prostitutas vis"[24]. Assim, a análise da palavra prostituta somente se torna devidamente compreensível se realizada dentro do universo da dominação masculina: prostitutas existem para servir a sexualidade masculina[25].

Dessa forma, delimitamos o objeto de estudo do presente trabalho, que não abarca outras formas de exibição da sexualidade que não estejam qualificadas pela presença de comportamentos agressivos e degradantes em face das mulheres. Nesse sentido, não será alvo de análise os materiais de sexualidade sugestiva ou manifestamente explícitos que estejam livres do sexismo[26], racismo e homofobia, que sejam respeitosos com todos os seres humanos apresentados, como

makes these conditions sexual. The use of men, children, or transsexuals in the place of women in [the paragraph] above is also pornography" DWORKIN, Andrea R.; MACKINNON, Catharine A, 1989, p. 36.

21. A palavra pornografia deriva dos vernáculos do grego antigo *porne* e *graphein*. *Porne* significa prostituta; *graphein* significa grafia, escrita, desenho, gravura. Cf.: DWORKIN, Andrea, 1989, p. 200

22. Na Grécia Antiga, somente eram identificados como cidadãos os indivíduos do sexo masculino que eram proprietários de terras e de bens.

23. DWORKIN, Andrea. 1989, p. 200.

24. Tradução livre: "it means the graphic depiction of women as vile whores". DWORKIN, Andrea, 1989, p. 200.

25. DWORKIN, Andrea, 1989, p. 200.

26. Para Diana Russell, a ausência de sexismo como uma característica prevista na sua definição de erotismo significa que os materiais exibidos não contenham imagens sexuais nas quais as mulheres estejam constantemente mostradas nuas enquanto os homens estão vestidos ou imagens nas quais as mulheres estão com suas genitais à mostra enquanto os órgãos genitais masculinos não; ou ainda, imagens nas quais os homens sejam sempre representados em papéis de iniciação e de dominação. Cf. RUSSEL, Diana, 1994, p. 04.

ocorre com o erotismo, pela definição de Diana Russell[27]. Também não será alvo de análise os materiais obscenos[28] ou qualquer outra forma de exibição da sexualidade humana.

2.2. Movimento feminista antipornografia: a proposta abolicionista

As discussões sobre a tutela jurídica da pornografia foram intensificadas nos países de capitalismo avançado nas décadas de 1970/1980, momento em que se vivenciou o crescimento exponencial das indústrias pornográficas, em especial no cenário estadunidense e europeu. No século passado, a década de 1960 foi marcada pela "Revolução Sexual", com demandas feministas voltadas especialmente à tutela dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, com foco na autonomia e na liberdade sexual das mulheres. Aproveitando-se dessas demandas, o mercado patriarcal capitalista passou a produzir materiais pornográficos com mais frequência, com cenas cada vez mais explícitas, surgindo reações sociais diversas.

Já na década de 1970, a direita conservadora estadunidense reagiu ao crescimento das indústrias pornográficas, propondo medidas de censura, com base em argumentos morais[29].

Nesse mesmo período, organizadas no movimento antipornografia, as ativistas, associadas ao feminismo radical[30], passaram a defender a necessidade da abolição da pornografia, não por argumentos morais, mas por encará-la como um veículo de subordinação feminina, como um ato de inferiorizar as mulheres, como uma prática política que perpetua a dominação masculina e que gera violência contra a mulher.

27. Diana Russell leva em consideração para a construção do seu conceito de erotismo o fato de que os seres humanos não são os únicos objetos representados. Por exemplo, animais e frutas podem ser representados no gênero erotismo. Vide: RUSSEL, Diana, 1994, p. 03.

28. Para uma análise sobre a definição de obscenidade, vale a pena conferir: RIBEIRO, Raisa, 2017, p. 62-76.

29. Nesse sentido, conferir PRADA, 2012. p. 133.

30. O feminismo radical compreende que o patriarcado, sistema estruturado em relações de poder que atribuem os papéis a serem exercidos pelos gêneros a partir da sexualidade, é a causa da subordinação feminina. Cf. TAVARES; LOIS, 2016, p. 157-158. Nesse contexto, entra em pauta discussões sobre as diferenças entre os gêneros, pleiteando por um novo sentido do termo igualdade; essa onda, além de lutar pela valorização do trabalho da mulher, luta ativamente contra a violência de gênero e pelos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

As principais expoentes do movimento feminista abolicionista partem das análises realizadas por Carole Pateman em sua obra "O Contrato Sexual". Pateman constatou diversos problemas nas teorias contratualistas, formuladas por autores como Hobbes, Locke e Rousseau, criadas para explicar as origens dos Estados. Como sabemos, essas teorias explicam a transição do estado de natureza para o estado social realizada por meio da celebração do contrato social.

Para Pateman, o contrato social apenas contava parte da história, deixando oculta a presença do contrato sexual, que tem suas raízes na construção da dicotomia público-privado e caracterizado como um pacto fraternal masculino que estabelece o domínio e regula o acesso sexual por parte dos homens às mulheres, estando presente na formação da sociedade modelada em bases patriarcais[31]. Apesar de as mulheres não estarem presentes no pacto de associação do contrato social, a presença delas, no estado social, é pressuposta em posição de sujeição e subordinação[32].

E é no contexto do contrato sexual que surge a prostituição e, consequentemente, a pornografia. Por meio da prostituição, os homens têm o acesso ao corpo da mulher, mediante um contrato sexual patriarcal específico, que implica a subordinação civil das mulheres, sendo, portanto, um problema político[33].

Em uma visão liberal, a prostituição é encarada como um contrato privado firmado livremente entre partes iguais, tendo como objetivo a prestação de serviços sexuais. Assim, a prostituição seria como qualquer forma de trabalho assalariado.

Pateman discorda dessa visão, em razão de: i) o cliente não ser realmente um empregador (inclusive muitas prostitutas se consideram pequenas empresárias); ii) se tratar de um contrato que implica o uso do corpo da mulher de uma forma sexual, gerando a sujeição da prostituta, na medida em que o domínio sexual do corpo de uma mulher é um dos meios mais fortes dos homens afirmarem a sua virilidade[34]. Essa mesma lógica é aplicada também à pornografia, aos clubes de strip-tease e similares.

Por essa ótica, observa que a pornografia, tal como a prostituição, gera a submissão sexual das mulheres. Nesse contexto, torna-se necessário analisarmos

31. PATEMAN, 1988, p. 44-45.

32. Acerca da exclusão feminina, ver também HUNT, Lynn, 2009, p. 26-28; CAMPRE-CASNABET, Michèle, 2002, p. 314-350.

33. PATEMAN, 1988, p. 279-321.

34. PATEMAN, 1988, p. 279-321.

os posicionamentos de Catharine MacKinnon, que identifica a sexualidade dominante masculina com a prática de desigualdade sexual que afeta as mulheres, identificando a virilidade masculina como o exercício de um poder distribuído de forma desigual em nossa sociedade.

MacKinnon é um nome expoente no movimento abolicionista da pornografia, defendendo, com muita firmeza, seriedade e acidez, suas posições teóricas e aprofundando seus argumentos, com a finalidade de visibilizar sua visão sobre a centralidade do poder masculino, exercido por meio da submissão sexual das mulheres.

Em suas obras, a sexualidade aparece como ponto central de subordinação feminina[35]. De acordo com a autora, as injustiças e os sofrimentos das mulheres derivam da sexualidade, especificamente da erotização das relações de submissão. Nas sociedades patriarcais, não há igualdade[36] e as questões de gênero encontram suas raízes na divisão social da sexualidade humana[37].

Toda a sua teoria feminista é fundada na questão da sexualidade. A sexualidade é o processo social que organiza os seres sociais que conhecemos como homens e como mulheres, sendo responsável por organizar as relações entre eles[38].

Por meio da sexualidade, MacKinnon sustenta que existe uma categoria de mulher e uma categoria de homem de caráter universal. Nesse contexto, os argumentos que afirmam a existência de uma diferença sexual fundada na biologia (argumentos esses utilizados por grupos conservadores, antifeministas, e até por algumas autoras feministas) constituem apenas uma das formas de justificação do poder masculino. A autora observa que as leis do casamento ou da extensão delas na vida social e os papeis artificiais destinados aos gêneros e as suas expectativas esperadas são outros exemplos utilizados, sob a rubrica do feminismo, para explicar a situação da mulher nas sociedades patriarcais[39]. Para MacKinnon, as justificativas da biologia, lei e família são consequências e não fundamentos da submissão da mulher, sendo essa fundamentalmente baseada na sexualidade.

35. Isso pode ser verificado já no capítulo "Sexualidade" da sua clássica obra *Toward a feminist theory of state*. Cf. MACKINNON, 1989, p. 126-154.
36. Para mais acerca da tutela constitucional da igualdade, com a apresentação de modelos jurídicos de tratamento da diferença e apresentação de filósofos jurídicos contemporâneos, vide: SABADELL, 2020.
37. MACKINNON, 2011, p. 1-27.
38. MACKINNON, 1982, p. 515 e ss.
39. MACKINNON, 1982, p. 515 e ss.

O processo de socialização dos gêneros identifica as mulheres como objetos sexuais (objetificação essa que gera alienação da situação das mulheres) e o sexo é encarado como algo normalmente aceito daquilo que o homem pode fazer com a mulher[40]. Nesse sentido, a sexualidade é uma forma de poder.

Para a autora, a sexualidade é a forma de apropriação e dominação das mulheres utilizada pelo patriarcado, tal como o trabalho era a forma de exploração e dominação dos trabalhadores utilizado pelo capitalismo[41]. Assim, para a teoria feminista de MacKinnon, a exploração da sexualidade feminina se equipara a exploração do trabalho no marxismo. Em sua visão, o feminismo, assim como o marxismo, são teorias sobre poder e distribuição, que denunciam as condições de desigualdade, no primeiro caso, em que os trabalhadores são submetidos e, no segundo caso, as mulheres. Em sua teoria, a subordinação sexual é o que vincula as mulheres de diferentes partes do mundo.

Em sua análise, uma teoria política feminista centrada na sexualidade inclui questões e práticas diversas, como o aborto, o controle de natalidade, o abuso da esterilização, a violência doméstica, o estupro, o incesto, o lesbianismo, o assédio sexual, a prostituição, a escravidão sexual e a pornografia. Nesse contexto, a violência sexual, que inclui o estupro, a prostituição e a pornografia são temas centrais[42].

Assim, fundamentando-se em uma teoria feminista pautada na sexualidade, MacKinnon, junto com Andrea Dworkin, direciona seus esforços para demonstrar que a pornografia é uma prática política sexual, que reproduz os papéis de gênero atribuídos pelo patriarcado, atribuindo poder aos homens e gerando subordinação das mulheres. Nesse cenário, a pornografia consiste em uma prática política constitutiva[43], baseada no primado da perpetuação da lógica da dominação masculina[44-45], que promove violência de gênero, em seus mais diversos espectros, durante a sua confecção e durante o seu consumo.

40. MACKINNON, 1982, p. 515-544.
41. MACKINNON, 1982, p. 515-544.
42. MACKINNON, 1982, p. 515 e ss.
43. MACKINNON, 1996, p. 15; FISS, 2005, p. 47.
44. De acordo com Andrea Dworkin, a pornografia é o DNA da dominação masculina, que funciona por meio do fortalecimento de dogmas estruturantes, como: a autoafirmação metafísica; a força física; a capacidade de aterrorizar; o poder de nomear; o poder de possuir; o poder do dinheiro; e o poder do sexo. DWORKIN, 1989, p. 13-47.
45. As formas de manifestação da dominação masculina e da ordem androcêntrica do mundo podem ser encontradas em: BOURDIEU, 2002.

As autoras, com base em relatos das experiências de mulheres que sofreram danos dentro e fora da indústria pornográfica realizados em audiências públicas[46] e em outros momentos, preocupam-se em demonstrar a situação de violência na qual as mulheres são expostas pela indústria pornográficas.

A violência contra as mulheres constitui uma grave violação aos direitos humanos, sendo um elemento fundamental no sistema de dominação masculina, que desvela os papéis impostos aos gêneros ao longo da história e reforçados pela sociedade patriarcal; é a forma pela qual o agressor afirma o seu poder sobre a mulher e perpetua o papel de subordinação atribuído a ela[47].

A violência de gênero pode ser verificada pelas diversas condutas e formas de agir, podendo ser classificada como violência física, psicológica, sexual, patrimonial e/ou moral[48], sendo que essas formas podem estar associadas ou separadas na produção dos materiais pornográficos. Apenas à título exemplificativo, passa-se a demonstração dessas formas de violência.

A violência física pode ser entendida como qualquer conduta ou ato corporal que ofenda a integridade ou a saúde física da vítima, gerando, por exemplo, lesão corporal ou morte. Na produção pornográfica, a violência física está presente quando se tem a utilização de tapas com mãos abertas e demais agressões físicas perpetuadas contra uma das partes. Estatísticas atestam que 88% das cenas dos pornôs mais acessados continham agressão física e, em quase metade, agressão verbal, com homens perpetrando essas em 70% das vezes, enquanto a mulher é o alvo 94% do tempo[49].

A violência psicológica, pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional, gerando prejuízo à saúde psicológica da mulher e sua autodeterminação, diminuindo sua autoestima, perturbando o seu pleno desenvolvimento, degradando ou controlando suas condutas. Caracteriza-se por meio

46. Nesse sentido, DWORKIN; MACKINNON, 1997.

47. No Brasil, dentre outras autoras, TELES, 2002; SADABELL, 2010, p. 280.

48. Essa classificação de violência de gênero é inspirada na Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que visa coibir atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. A referida legislação adotou um conceito amplo de violência contra a mulher, influenciado pelo direito internacional. Cf.: SABADELL; DIMOULIS, 2014, p. 6. Apesar de ter um âmbito de aplicação restrito aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, as formas de violência ali definidas podem ser expandidas para alcançar outras formas de manifestação da violência de gênero.

49. Informação disponível em: [http://www.culturereframed.org/the-crisis]. Acesso em: 20.05.2020.

de fatos que aterrorizam, geram terror, medo às suas vítimas, fazendo com que elas façam ou deixem de fazer algo, a exemplo das condutas contra a liberdade individual, como é o caso da ameaça e do constrangimento ilegal.

Na realização da pornografia, a violência psicológica pode ser observada já com relação a escolha do perfil das mulheres. De acordo com estudos empíricos, nos Estados Unidos, 65 a 75% das mulheres que estão na prostituição e na pornografia foram abusadas na infância, em geral dentro de suas próprias casas[50]. Além disso, 54% das vítimas do Tráfico Internacional de Pessoas foram traficadas para fins de exploração sexual, sendo 96% mulheres[51-52].Esses dados demonstram que uma parcela significativa das mulheres que se encontram na pornografia foi forçada e/ou seduzida a isso.

Nessa seara, torna-se possível afirmar que a pornografia é uma forma de escravidão sexual feminina, a mais extrema e horrível manifestação da política sexual[53], que se caracteriza pelas situações nas quais as mulheres não possam mudar as condições imediatas de sua existência, não podendo sair do lugar onde estão sendo submetidas à violência e à exploração sexual.

Segundo Katheelen Barry, a existência de consentimento ou não por parte da mulher não é fundamental para a caracterização da escravidão sexual. O que a caracteriza é a presença de dois elementos centrais: i) de um lado, a mulher não pode escapar nem abandonar a situação em que está vivendo; ii) de outro lado, as mulheres são submetidas à violência e à exploração sexual[54].

Barry observa que um dos fatores que facilitam a aceitação à violência e à exploração sexual por parte das mulheres consiste na vivência de experiências passadas de maus tratos físicos e/ou psicológicos e violações. Isso porque tais experiências fazem com que essas mulheres se reconheçam e encarem os seus corpos pela ótica de seus violadores, refletindo a imagem de si mesma como um desejo humano[55].

50. DWORKIN; MACKINNON, 1997, p. 70.
51. Dados extraídos do relatório da ONU sobre tráfico de pessoas publicado em 2016, referentes ao ano de 2014. UNODOC, 2016, p. 10, 23 e 31.
52. Os dados contidos no relatório anterior, de 2016, sobre o período de 2014, mostra que a realidade não se modificou muito: do total de pessoas traficadas, 59% das vítimas do tráfico internacional de pessoas foram traficadas para fins de exploração sexual, 34% para trabalhos forçados e 7% para outros propósitos. Cf. UNODOC, 2018, p. 3 e 29.
53. Sobre política sexual, conferir MILLET, Kate, 1969.
54. BARRY, Katheelen, 1979, p. 134.
55. BARRY, Katheelen, 1979, p. 134.

A pornografia apresenta essas mulheres como objetos sexuais desumanizados, coisas ou bens de consumo[56]. As mulheres são desumanizadas, na medida em que suas características de reação a dor e de autorrespeito são aniquiladas pelos materiais pornográficos, ao serem exibidas demonstrando sentir prazer na violação e gostar de serem chamadas por nomes pejorativos[57].

Além de serem desumanizadas, as mulheres são apresentadas como objetos sexuais, que não possuem vontade própria e só existem para satisfazerem as vontades masculinas[58]. Também são animalizadas, já que são exibidas como animais, chamadas por nomes de animais ou forçadas a terem relações sexuais com animais[59]. E ainda são reduzidas as mulheres as partes sexuais de seus corpos[60], fragmentação corporal que faz com que os sentimentos e emoções das mulheres não sejam percebidos, corroborando para a sua desumanização[61].

De outro lado, pesquisas realizadas sob o enfoque psicológico e clínico da prostituição, constataram que a prostituição intensifica os danos psicológicos às prostitutas, ampliando sintomas como a falta de autoestima, ódio a si mesma e ao seu próprio corpo, transtornos emocionais, abuso de drogas e quadros de estresse pós-traumático[62].

A violência moral também influi diretamente na autoestima e no reconhecimento social da mulher, gerando violação da sua honra objetiva, sendo tipificado por intermédio dos crimes contra a honra – calúnia, injuria e difamação[63].

A pornografia exibe a sexualidade feminina como subalterna e suja, o que ofende a dignidade das mulheres. A visão que a pornografia constrói da mulher em sociedade envolve, além da inferioridade desse gênero, a sua sexualização. A

56. Elementos contidos na definição de pornografia extraída de Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin. Vide: DWORKIN; MACKINNON, 1989, p. 36.
57. De acordo com Bernard Williams, existem dois elementos caracterizadores da essência humana: reação a dor e senso de autorrespeito (apud MACKINNON, 1989, p. 210).
58. A objetificação da mulher pela pornografia é minuciosamente analisada por Andrea Dworkin, em: DWORKIN, 1989, p. 130 e ss.
59. Trata-se de uma espécie pornográfica classificada como pornografia da bestialidade.
60. Nesse sentido, DWORKIN; MACKINNON, 1997, p. 36; MACKINNON, 1989, p. 195.
61. David Le Breton observa que o corpo não pode ser analisado de forma dissociada da pessoa que ele representa, devendo ser afastado o risco da fragmentação corporal. Nesse sentido: BRETON, 2007, p. 26.
62. Nesse sentido, conferir FARLEY, Melissa, 2004 apud p. GUTIERRÉZ, 2006, p. 104.
63. Em nosso ordenamento jurídico, esses tipos penais compõem os crimes contra a honra e se encontram tipificados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal brasileiro.

mulher não possui credibilidade na sociedade, em razão de ser mulher, pois, afinal de contas, "quem vai querer escutar uma mulher com um pênis na boca?"[64] Essa é a imagem e o reconhecimento social das mulheres que é transmitido pelos materiais pornográficos.

A violência sexual se refere aos atos e condutas que limitam ou anulam a sexualidade das vítimas. Em outras palavras, são práticas contrárias à liberdade sexual e reprodutiva das mulheres, à exemplo do crime de estupro, assédio sexual, perigo de contágio de doença venérea. A pornografia realiza a padronização dos comportamentos sexuais. As relações sexuais ocorrem dentro de um script pré-definido[65]. Não há liberdade para criação que envolva libertação sexual para ambos os gêneros, sendo que as únicas alterações possíveis se fazem dentro de um contexto de violência e de virilidade. O prazer masculino é a única coisa que está em jogo: assim que o homem ejacula, a relação sexual é findada; o orgasmo feminino, exuberante e de proporções grotescas, apenas existe para corroborar a ideia da virilidade masculina[66].

Assim, estereótipos de mulher e de homem são criados pela pornografia[67]. Durante a confecção dos materiais pornográficos, não se leva em conta a liberdade sexual da mulher: não são suas escolhas sexuais realizadas, mas sim as dos pornógrafos.

Dessa forma, a pornografia promove a subordinação feminina, a começar pela forma como é produzida[68] e a terminar pela imagem que ela vende e pela realidade social que ela constrói e corrobora[69-70], promovendo e naturalizando a violência em face da mulher.

Por outro lado, a pornografia não é apenas uma metáfora, uma mensagem suscetível de ser aprendida pelo consumidor, mas uma prática política constitutiva,

64. MACKINNON, 1992, p. 483-484.

65. Acerca dos scripts sexuais, vide: DWORKIN, 1989, xv; MACKINNON, 1996, p. 05.

66. Nesse sentido, vide: DINES, 2010, p. xviv.

67. Os estereótipos de mulher variam de acordo com seu pertencimento a outras categorias sociais, tais como raça, etnia, nacionalidade. Cf.: RIBEIRO; PAULO, 2017, p. 1118-1120.

68. A indústria pornográfica explora mulheres pobres e vulneráveis. De acordo com dados médicos, essas mulheres são submetidas a um alto risco de contrair HIV, gonorreia retal, clamídia nos olhos. Adult Industry Medical Health Care Foundation apud DINES, 2010, p. xxviii.

69. MACKINNON, 1996, p. 16.

70. A pornografia causa o silenciamento das mulheres, por identificá-las apenas em contextos sexuais. Nesse sentido: FISS, 2005, p. 47 e ss.

que impacta no cotidiano, gerando uma realidade sexual para as mulheres: as mulheres são compreendidas como objetos e, na sociedade, estão disponíveis para uso e acesso masculino. A pornografia gera intrusão mental inconsciente e manipulação física em seus consumidores[71]. Por ser uma fonte de excitação, por ser utilizada por seus consumidores como materiais de masturbação, a naturalização da violência é concretizada na prática. Além disso, os consumidores se tornam mais propensos a quererem reproduzir "na vida real" aquilo que eles aprenderam na pornografia[72].

Os estudos das autoras sobre a pornografia tiveram o êxito em demonstrar, em especial, o exercício desigual do poder[73], na medida em que essa consiste em uma prática política sexual, que permite não apenas reproduzir os papéis de gênero e atribuir poder aos homens – e consequentemente, submissão feminina –, mas também promover violência de gênero, tanto em sua produção quanto em seu consumo.

O movimento feminista antipornografia defende a abolição da pornografia assim como da prostituição. Dentre as medidas sugeridas por essa corrente, podemos elencar i) a criação de leis de direitos civis, que permitam que as mulheres possam demandar os produtores e distribuidores dos materiais pornográficos como forma de reparação pelos danos sofridos[74], ii) a adoção do "sistema de tolerância", em que se permite o exercício legal da prostituição, mas se penaliza o proxenetismo e a captação de prostitutas.

2.3. Movimento feminista pró-pornografia: a reivindicação pela normalização do trabalho sexual

De outro lado, feministas organizadas no movimento pró-pornografia reconhecem algumas das críticas destinadas à pornografia tradicional, mas sustentam

71. MACKINNON, 1996, p. 16.

72. Nesse sentido, por RUSSELL, 1994, p. 121-122.

73. MACKINNON, 1996.

74. Nesse sentido, as Ordenações de Minneapolis (Minnesota) e Indianápolis (Indiana), que tinham o objetivo de proteger mulheres que sofriam danos provenientes da pornografia, projetos que, no entanto, não chegaram a vingar; no Canadá, com a propositura em 1992 de projeto de lei com as mesmas características e na Suécia, cujo ordenamento jurídico se inspirou em seus trabalhos para construir a base do modelo aplicado após 1999 para tratar da prostituição. As referidas leis não são punitivistas em si, mas, ao contrário, elas procuram buscar meios de prevenir e indenizar as mulheres que sofreram por causa e em decorrência da pornografia.

a necessidade de regulamentação da pornografia, garantindo condições de trabalho favoráveis para as mulheres que dela participam, resgatando a sua capacidade de decidir sobre o próprio corpo e se preocupando com as consequências negativas de uma eventual proibição.

Nos mesmos anos de 1970, em que o movimento feminista antipornografia se intensificou nos EUA, as prostitutas se organizaram em frentes de luta contra a criminalização da prostituição pelo Estado e contra as condições de exploração e de violência na indústria do sexo e o assédio policial sofrido por elas[75].

Identificando-se politicamente como "trabalhadoras do sexo", elas exigiram o reconhecimento social e legal da prostituição como trabalho e das pessoas que forneciam serviços sexuais como cidadãs legítimas[76].

Assim, no cenário estadunidense, a posição das prostitutas, aliadas às feministas pró-sexo, organizadas em torno de uma corrente pró-pornografia, chocou-se de imediato com a das feministas da corrente abolicionista [77-78].

A tensão ideológica e estratégica entre aquelas que reconhecem a prostituição como trabalho e aquelas que a definem como violência contra as mulheres se

75. PHETERSON, 2009, p. 205.

76. PHETERSON, 2009, p. 205.

77. No cenário espanhol, os acontecimentos sucederam de forma diferente. Tendo em vista que somente no final da década de 1970 começou a ingressar a pornografia nos círculos de projeção europeu, o assunto passou a ser tematizado de forma tardia pelas feministas locais. Ao contrário do que ocorreu nos EUA, o debate sobre a pornografia e prostituição na Espanha foi fermentado primeiro pelas opiniões pró-sexo. Nesse sentido, PRADA, 2012, p. 134.

78. No Brasil, o debate sobre a tutela da prostituição e da pornografia não tem sido realizado à luz das diferentes perspectivas feministas. Não se tem registros de movimentos feministas abolicionistas organizados, que denunciam a violência contra as mulheres presentes nessas práticas (mais recentemente, tem-se observado a emersão de alguns grupos em redes sociais que expõe as essas visões). Não existe regulamentação da prostituição, embora exista a criminalização da exploração da prostituição, realizada por fundamentos morais e conservadores. No que se refere a regulamentação da prostituição, existem demandas nesse sentido desde a década de 1980. Acerca do movimento organizado de prostitutas no Brasil, conferir CALABRIA, 2020, p. 109-110. A autora traz uma abordagem histórica do movimento de prostitutas brasileiro, criado em 1987 com a articulação da Rede Brasileira de Prostitutas, que tem o objetivo de combater o estigma, reivindicar por uma identidade da prostituta que se distancie do discurso da doença física, moral e social, com demandas pelo reconhecimento de seus direitos civis e trabalhistas.

tornou um ponto de cisão política feroz no âmbito do feminismo internacional, conflito intensificado principalmente após a década de 1980[79-80].

Para a corrente feminista pró-sexo, a proibição da prostituição e da pornografia trazia mais malefícios do que benefícios para as mulheres. Em primeiro lugar porque as formulações de uma legislação antipornografia está cheia de conceitos vagos, como "cenários de degradação", "degradação", "objeto sexual", "convite à penetração", ambiguidades que poderiam levar à comportamentos arbitrários por parte da política e dos juízes[81].

Por isso, "o resultado mais provável, para não dizer inevitável, consistiria em desaprovar aquelas imagens que resultem menos convencionais e, em troca, privilegiar aquelas que estão mais próximas dos sentimentos majoritários sobre a sexualidade apropriada"[82], que são conservadores.

Em segundo lugar, rechaça-se a ideia de que a prostituição e a pornografia sejam intrinsicamente degradantes e defendem a necessidade de romper com o estigma[83] associado ao trabalho sexual.

A palavra "puta" carrega consigo uma carga pejorativa muito grande e, ainda hoje, é utilizada como forma de insulto e desprestigio social. As putas são consideradas más e se distinguem das mulheres boas, virtuosas, de respeito, caracterizadas por aquelas que assumem a função de esposas[84]. A categoria "puta" e o

79. PHETERSON, 2009, p. 205.

80. Conforme observa Romina Smiraglia, nos EUA, desde o início dos anos 1980, em razão do avanço do conservadorismo nacional, o movimento feminista se tornou fragmentado, perdendo a influência social obtida na década anterior. Por esse motivo, a luta contra a pornografia apareceu como uma atrativa forma de gerar uma nova bandeira que resultasse na aliança de mulheres. Todavia, a vinculação direta entre sexo, violência e pornografia, que não considerou análises históricas e sociopolíticas, produziu ruídos dentro do próprio movimento, de forma que algumas mulheres começaram a se opor à censura da pornografia – não com argumentos liberais, mas com base na necessidade e importância de começar a realizar uma análise sobre a sexualidade que levasse em conta o prazer e não apenas o perigo. Cf. ROMINA, 2007, p. 5.

81. Tradução livre de OBORNE, 1989, p. 54 apud PRADA, 2012, p. 135.

82. Tradução livre de OBORNE, 1989, p. 54 apud PRADA, 2012, p. 135.

83. Conforme analisado por Erving Goffman, o estigma consiste em um atributo profundamente negativo para quem o possui, tornando-a menos apreciável, maldava, perigosa ou demente e, consequentemente, menosprezada. Cf. GOFFMAN, Erving, 1963, p. 12-13.

84. Cf. PHETERSON, Gail, 2000, p. 82-111.

estigma que ela carrega é utilizada como ferramenta de controle da conduta sexual das mulheres, assumindo uma nítida função política patriarcal de controle das mulheres.

Sustenta-se a necessidade das mulheres se conscientizarem sobre os mecanismos utilizados para a opressão patriarcal, de forma a possibilitar a sua conversão em ação política, que permita que as mulheres ganhem autonomia e autodeterminação. Como sugestão de ação política, propõe-se a criação de grupos de trabalhos de mulheres que favoreçam a conscientização mediante o questionamento e a ruptura de categorias que dividam e estratifiquem as mulheres[85].

Em terceiro lugar, defende-se a necessidade de normalização do trabalho sexual, sendo essa outra forma de romper com o estigma e empoderar as mulheres. Assim, a pornografia e a prostituição devem ser consideradas como uma forma de trabalho do setor de serviços, e as ações estatais que criminalizam ou penalizam o trabalho sexual encaradas como uma forma de negação dos direitos humanos de autodeterminação.

Para essa corrente, o que gera a exploração e o tráfico de pessoas é a falta de proteção do trabalho sexual e não a existência de um mercado de sexo. Nesse contexto, reivindica-se que a solução para o problema consiste em regular o trabalho sexual da mesma forma que os outros setores laborais[86].

A normalização laboral da prostituição pode ser apta a proporcionar independência econômica às mulheres, bem como garante direitos trabalhistas, dentre eles o direito à aposentadoria e a possibilidade das trabalhadoras se organizarem sindicalmente (como ocorre na Grã-Bretanha).

Em quarto lugar, questiona-se a relação de causalidade entre a pornografia e a violência de gênero. Sobre o tema, existem duas posições teóricas diferentes: de um lado, a teoria da catarse determina que a pornografia é utilizada como válvula de escape pelos seus consumidores[87]; de outro, a teoria da imitação sustenta que quanto mais acesso aos materiais pornográficos, mais se quer reproduzir aquilo

85. Cf. PHETERSON, Gail, 2000, p. 155-159.

86. Essas bases conceituais do movimento pró-sexo se encontram sintetizadas em GUTIÉRREZ, Ana Luisa, 2006, p. 111-112.

87. Nesse contexto, Raquel Osborne ressalta que não podemos confundir fantasia com realidade, na medida que quase todas as pessoas têm fantasias sexuais de coisas que gostaríamos de fazer ou que desejamos realizar, mas que não faríamos e nem gostaríamos que nos fosse realizado na realidade. Assim, as imagens e textos de ficção não são a mesma coisa que os comportamentos, de forma que fantasiar com uma violação sexual não é a mesma coisa que cometê-la. OSBORNE, 1989, p. 64 apud PRADA, 2012, p. 137.

que foi visto[88]. Sustenta-se que, apesar de existem pesquisas que sustentam ambas as teorias, há, problemas normativos e metodológicos com relação a interpretação desses dados[89]. Assim, não existiria comprovação efetiva e consistente da relação de causalidade entre pornografia e violência de gênero.

Além disso, as feministas pró-pornografia observar que existem outros meios de comunicação que apresentam mensagens sexistas contra as mulheres, mas que a censura não é o caminho – o que devemos combater, para elas, é o sexismo em si, que está presente nos meios de comunicação porque a sociedade e seus principais representantes são machistas.

Em quinto lugar, segmento dessa vertente sustenta que as críticas à pornografia são pautadas em argumentos moralistas e que os argumentos contra a pornografia também podem ser utilizados contra outras questões defendidas pelo próprio feminismo, como o aborto e os direitos LGBT[90].

Em sexto lugar a proibição da pornografia seria um instrumento de Por outra perspectiva, instrumento da estratificação sexual, pois condenaria a marginalização e tornaria as trabalhadoras sexuais mais vulneráveis à exploração[91]. Deve-se considerar que nem todas as mulheres que se encontram na indústria pornografia foram coagidas e que afirmar isso significaria incorrer em um estereótipo sexista, por considerar que as mulheres não são capazes de consentir com determinadas práticas.

Existem mulheres que recorrem à pornografia por outras razões, como necessidade e facilidade econômica, busca por diversão e aventura, atração pela ideia de glamour associada ao mundo pornográfico ou, até mesmo, como um ato rebelde de desafiar os critérios morais tradicionais. Assim, críticas sobre a capacidade de consentimento das mulheres que participam da pornografia são refutadas por essa corrente, inclusive no que se refere a pornografia sadomasoquista.

Nesse contexto, autoras como Gayle Rubin defendem que boicotar a pornografia sadomasoquista sob o argumento de violência contra a mulher induz a distinção entre o que seria o sexo aceitável e o não aceitável, isto é, entre práticas sexuais que podem ser consentidas e práticas sexuais que não podem ser consentidas[92].

88. Sobre essas teorias, OGIEN, 2005; PRADA, p. 18, RUSSELL, 1994.

89. PRADA, 2010, p. 18.

90. Nesse sentido, ECHOLS, 1983, p. 50-72.

91. RUBIN, 1989, p. 156.

92. RUBIN, 1989, p. 181.

Além disso, as feministas pró-sexo entendem que o movimento feminista antipornografia gera mais medo às mulheres, por demonstrar que ser mulher não é seguro e que reivindicar pelo prazer e sexualidade feminina também não é seguro[93]. De acordo com Carole S. Vance, é necessário substituir o medo e o perigo pelo prazer, pela ação e pela autodeterminação[94]. Nas palavras da autora:

> "Na vida sexual das mulheres existe uma tensão entre perigo sexual e prazer sexual que é muito poderosa. A sexualidade é, a um só tempo, um terreno de constrangimento, de repressão e perigo, e também um terreno de exploração, prazer e atuação. Concentrar-se apenas no prazer e na gratificação deixa de lado a estrutura patriarcal em que atua as mulheres; todavia, abordar apenas a violência e a opressão sexual deixa de lado a experiência das mulheres em um terreno de atuação, de escolha sexual e aumenta, sem pretender, o terror e o desamparo sexual com que vivem as mulheres."[95]

Na seara da corrente feminista pró-sexo, tem emergido a criação de formas alternativas de representação da sexualidade, que vem sendo enquadradas como "pornografia alternativa" ou "pornografia feminista"[96-97]. Exemplo disso é a proposta da cineasta Erika Lust, que defende que "é a hora do pornô mudar"[98-99].

---

93. Nesse sentido, PRADA, 2010, p. 17.
94. VANCE, 1989, p. 48.
95. Tradução livre de VANCE, 1989.
96. Apesar da maior parte do material pornográfico disponível estar impregnado de forte sexismo, dirigido ao desejo e consumo dos homens, desde a década de 1990 vem surgindo diferentes experimentações audiovisuais provenientes de países como a França e a Espanha, que vêm produzindo novos modelos sexuais contra hegemônicos. Cf.: SMIRAGLIA, Romina, 2007, p. 12.
97. Refutamos a utilização desses termos, justamente por entendermos que o sexismo é inerente à pornografia. Essas outras formas de exibição da sexualidade não seriam enquadradas como pornografia, mas como erotismo. Cf. RIBEIRO, 2017, p. 58-61.
98. Segundo Lust, quando ela assistiu um vídeo pornô pela primeira vez, não foi amor à primeira vista, justamente porque ela se deparou com mulheres satisfazendo sexualmente os homens, com fantasias sexuais masculinas e sexistas, com estereótipos femininos e masculinos ofensivos e fantasiosos, com produtos audiovisuais muito pobres. Observando a ausência de vozes femininas, a cineasta idealizou a criação de um pornô diferente, um "pornô para mulheres", com foco no prazer feminino, sem que se exclua os homens da audiência. Cf. palestra proferida por Erika Lust no TedX em 2015, disponível em: [www.youtube.com/watch?v=Z9LaQtfpP_8&t=180s].

Nesse cenário, cabe mencionarmos os posicionamentos de Judith Butler no sentido de ser possível uma utilização subversiva da pornografia[100]. Nesse mesmo sentido, Paul Beatriz Preciado entende que o melhor antídoto contra a proibição é a produção de representações alternativas da sexualidade[101], trazendo ao cenário a proposta do pós-pornô[102]. Nessa modalidade, dentre as performances observadas, tem-se a transformação dos corpos dos homens em objeto de desejo (tendo em vista que até o momento somente os corpos das mulheres eram objetificados) e a exibição de corpos dissidentes das normas de gênero (corpos cujas práticas sexuais e sensibilidade não se encaixam na estrutura social e são taxados como inimigos)[103].

3. A necessidade da tutela jurídica da pornografia e a ausência de tratamento eficaz pelo ordenamento jurídico brasileiro

O Direito não precisa dar respostas adequadas a qualquer realidade social, mas apenas a fatos sociais que considera relevantes, devido aos impactos que possam ser gerados na sociedade. Nesse contexto, a pornografia é um tema que desafia o Direito, na medida em que não pode ser vista como uma realidade social qualquer, pois causa impactos sociais, culturais e econômicos significativos, atingindo uma parcela significativa das pessoas envolvidas na sua confecção e,

99. Cabe ressaltar que existem críticas feministas ao trabalho de Erika Lust, no sentido de acusarem a cinegrafista de utilizar a bandeira feminista para lucrar com a exploração dos corpos femininos. Além disso, pode-se observar que, mesmo em um mercado que se pretenda ser feminista, há traços da estrutura patriarcal capitalista. Por exemplo, no primeiro episódio ("Mulheres por cima") da série "Hot Girls Wanted", elaborada em forma de documentário pelo Netflix, em 2017, a cineasta é entrevistada e é exibida a gravação de um filme por ela, no qual é gravada uma cena de sexo entre um homem e uma mulher pianista. Na cena, depois de alguns momentos de gravação, a mulher pianista afirma que estava doendo ter relações sexuais e Lust a acolheu, sob a justificativa que já tinha material para a produção do material pornográfico – a pergunta que fica é: se não houvesse material o suficiente para que o produto fosse vendido, o que Lust decidiria?

100. BUTLER, 1997.

101. PRECIADO, 2017.

102. Segundo Preciado, o pós-pornô realiza a desconstrução da pornografia tradicional, criando uma estética feminista, uma variação de signos e artefatos culturais, que ressignificam a crítica dos códigos normativos que são vistos como impróprios à sexualidade feminina. Cf. PRECIADO, 2018.

103. PRADA, 2012, p. 153-157.

também, aqueles que se relacionam com seu mercado consumidor, negando um estatuto de igualdade às mulheres[104].

Para se modificar esse paradigma de desigualdade de gênero e discriminação, é necessário que o respeito dos direitos humanos de todas as pessoas, que obviamente inclui as mulheres, não se limite a trabalhar apenas com um único argumento, como o princípio da igualdade. Mas, ao contrário, deve haver a identificação da igualdade, junto com a liberdade e a dignidade como vértices de um triângulo, no qual se trabalhe com uma pluralidade de fontes jurídicas, com valoração dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse cenário, insere-se a necessidade de verificar os direitos em confronto no caso da pornografia e se esse instituto satisfaz ou não a igualdade material das mulheres, a sua liberdade e a sua dignidade.

A violência de gênero é uma forma de negativa da igualdade às mulheres e deve ser combatida por meio de políticas públicas, de forma a alcançarmos o objetivo da República Federativa do Brasil de construirmos uma sociedade livre, justa e solidária, sem quaisquer formas de preconceito e discriminação. A violência contra a mulher é a forma mais extremada de discriminação contra a mulher[105], devendo ser combatida pelos poderes públicos. Além de afrontar a vida das mulheres, gera custos aos cofres públicos, em razão da violação do direito à saúde, à segurança pública, e em decorrência de processos judiciais.

As políticas públicas podem ser criadas em vários ramos, incluindo-se, entre eles, o Direito. Inicialmente, cabe ressaltar que uma eventual tutela jurídica da pornografia não significa promover um sistema punitivista, mas de considerar que as relações desiguais entre os gêneros também estão presentes na conformação do sistema jurídico.

---

104. A questão da igualdade de gênero sob o prisma do direito permeia há muito os debates feministas. Desde a década de 1970, especialmente nos EUA, o Direito vem sendo questionado, por diferentes frentes feministas, em razão de sua construção também patriarcal. Nesse contexto, ativistas e teóricas feministas catalogam seu pensamento enquanto jurisprudência feminista (*feminist jurisprudence),* como é o caso de Catharine MacKinnon e Patrícia Smith, ou de teoria feminista do Direito (*feminist legal theory),* bem como de Carol Smart, Frances Olsen, Nancy Levi. Cf. MACKINNON, 1983; SMART, Carol, 1995; OLSEN, Frances 1995, p. 474-489; OLSEN, Frances, 1990, p. 453-457; LEVIT, Nancy e VERCHICK, Robert, 2006; CAMPOS, Carmen Hein de, 2011.

105. Há mais de décadas, autoras feministas sustentam que a violência contra a mulher é uma forma de discriminação baseada no gênero. Em âmbito interno, vide: SABADELL, 2010, p. 280 e ss.

Por exemplo, nos EUA, Andrea Dworkin e Catharine MacKinnon elaboraram dois projetos de lei, conhecidos como Ordenação de Indianápolis e de Minneapolis, que denunciavam a pornografia como um atentado aos direitos civis das mulheres e que possibilitavam que as vítimas da indústria pornográfica pudessem ingressar com processos judiciais para pleitear indenizações pelos danos sofridos. Esses projetos não tinham o objetivo de criminalizar a pornografia, mas sim de criar instrumentos jurídicos aptos a retirar mulheres que se encontram em situação de violência em razão da pornografia[106].

Entendemos que a exclusão da tutela jurídica da mulher que se encontra em situação de violência em razão da pornografia pode ser compreendida como uma reafirmação da cultura patriarcal. Nesse contexto, o combate à violência de gênero se mostra também como um combate às estruturas dominantes, que endossam a dominação masculina.

No entanto, cabe ressaltar que os problemas de gênero dificilmente serão erradicados se forem abordados apenas por meio de medidas jurídicas. Esses problemas se encontram enraizados na cultura daquela sociedade e precisam ser encarados através de uma ótica interdisciplinar, sendo necessários vários campos de ação e de enfrentamento. No entanto, o sistema jurídico não pode se abster de tratar dessa realidade[107].

Verificamos que o nosso ordenamento jurídico não tutela juridicamente de forma ampla e específica a questão da pornografia, seja no âmbito legislativo[108], seja no âmbito judicial. Até meados de 2018, o Brasil não possuía nenhuma legislação que regulamentasse a questão da pornografia, nem ao menos de forma reflexa[109], e nem decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nessa te-

106. Nesse sentido, vide: DWORKIN; MACKINNON, 1997.

107. Nesse mesmo sentido, com relação à política pública instituída pela Lei 11.340/2006 para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, Ana Lúcia Sabadell e Dimitri Dimoulis sustentam que essa forma de violência contra a mulher não será erradicada pela simples aplicação da legislação. Para além disso, torna-se necessária a implementação de um processo educacional que desenvolva estratégias que não se inseriam apenas na lógica ordem-desobediência-penalidade, mas que permitam a modificação da cultura patriarcal, por intermédio de processos que envolvam a reflexão, a consciência, o autoconhecimento, o que não dispensa a aplicação de penalidades aos agressores em determinados casos (SABADELL; DIMOULIS, 2014, p. 16).

108. Acerca dos instrumentos jurídicos penais que podem ser utilizados para punir algumas práticas pornográficas, vide: RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-A.

109. Atualmente, Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018.

mática[110-111]. Nenhuma das perspectivas feministas era levada em consideração pelos órgãos estatais, sendo os embates feministas sobre essa temática bastante recentes em nosso país.

Antes de 2018, a tutela jurídica da pornografia era realizada pelo prisma dos crimes contra a honra, que, pela sua definição tradicional, envolve um julgamento moral e a respeitabilidade de que o indivíduo goza[112]. Ao situar a tutela oferecida contra a pornografia no âmbito da honra, realizava-se a análise do que é honroso à sexualidade da mulher, o que envolvia um juízo de valor acerca da sexualidade feminina[113].

Assim, embora fosse possível a tutela jurídica da pornografia dentro da configuração legal que se apresentava até então, reforçava-se sua inadequação, que era inclusive contraditória com a mudança trazida pela Lei 12.015/2009, que alterou a redação do Título VI do Código Penal de "Dos crimes contra os costumes" para "Dos crimes contra a dignidade sexual".

Além da tipificação pelos crimes contra a honra[114], a tutela jurídica da pornografia também poderia ser realizada com o constrangimento ilegal ou a extorsão quando a vantagem patrimonial fosse solicitada em face da grave ameaça. Caso houvesse envolvimento de meio informático, seria possível a aplicação do artigo 154-A do Código Penal, com redação dada pela Lei 12.737/2012.

Apenas a partir da segunda metade de 2018, parcela da pornografia (chamada de pornografia não consensual) passou a ser alvo de tutela jurídica específica

110. Em pesquisa de jurisprudência no STF, foram encontrados casos julgados envolvendo apenas a pornografia infantil: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PORNOGRAFIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zyso3fz]. Acesso em: 09.06.2018.

111. Sobre o tema conferir: Ribeiro, Raisa D.; Barbosa, Renata; Costa, Rodrigo, 2019-A, p. 417-456.

112. Tanto a honra objetiva, que adota uma perspectiva externa e social de honra, quanto a honra subjetiva, que adota uma perspectiva interna e de autoimagem, de alguma forma refletem o que se espera da boa moral. Nesse sentido, conferir, RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-A, p. 417 e ss.

113. Para um estudo mais aprofundado sobre a aplicação do direito penal brasileiro à pornografia, conferir: RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-A, p. 417 e ss. Sobre pornografia de vingança, conferir: ROCHA, Renata; PEDRINHA. Roberta; OLIVEIRA, Maria Helena, 2020, p. 178-189; LINS, Beatriz Accioly, 2017.

114. O CP brasileiro prevê os tipos penais da calúnia, da difamação e da injúria como crimes contra a honra.

pela legislação penal brasileira, com a inclusão do artigo 218-C[115] ao Código Penal pela Lei 13.718/2018, que, trata, dentre outras situações como a importunação sexual, a divulgação de cenas de estupro ou estupro de vulnerável, a tutela da vítima em relação a pornografia não consensual, em especial da vítima da pornografia da vingança[116]. Esse tipo penal, no entanto, dirige-se apenas a um viés repressivo, não havendo uma preocupação com a função preventiva de evitar a concretização de danos[117].

Em que pese a necessidade dessa tutela penal específica para a proteção das mulheres que se encontram em situação de violência em razão da pornografia, a referida previsão penal é alvo de críticas[118]. Em primeiro lugar, porque inexiste qualquer meio de tutela de emergência da vítima, que fica exposta pela divulgação do objeto da pornografia; em segundo lugar, a lei falhou em não prever mecanismos específicos de reparação, como poderia ser o caso de uma retratação, além da reparação genérica por danos morais e eventualmente materiais[119].

Apesar das críticas anteriores, podemos observar uma inclinação do ordenamento jurídico penal brasileiro, com a inclusão do artigo 218-C ao Código Penal,

115. "*Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia* Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos."

116. Sobre as ações compostas pelo referido dispositivo penal, conferir análise realizada por: RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-A, p. 417 e ss.

117. Acerca dessa discussão, conferir RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-A, p. 417 e ss.

118. Nesse sentido, RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-A, p. 417 e ss.

119. Nesse sentido, RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-A, p. 417 e ss.

criminalizando a pornografia não consensual, parece se aproximar das reivindicações da corrente feminista abolicionista.

De forma reflexa, a prostituição já vem sendo alvo de maiores debates em nosso país. No Brasil, a prostituição não é crime, sendo atividade não proibida pela legislação[120], mas sob ela paira, histórica e socialmente, o aparato repressor estatal, com recorrentes registros de violência policial[121]. Além disso, a legislação penal reprime o seu entorno, criminalizando o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual[122], as casas de prostituição[123] e a prática do rufianismo/cafetinagem[124-125]. O movimento brasileiro de prostitutas, amparado por feministas pró-sexo, entende que esses dispositivos penais endossam o estigma das prostitutas e enfraquece a proteção das mulheres[126].

Nesse contexto, surgem demandas pela descriminalização dos crimes que circundam o trabalho sexual bem como pela regulamentação da atividade das profissionais do sexo, a exemplo da proposta de Lei 4.211/2012, conhecido como

120. Em 2002, o trabalho sexual foi incluído na Classificação Brasileira de Ocupações, passando a ser reconhecido pelo Ministério do Trabalho e do Emprego, o que foi uma conquista do movimento brasileiro de prostitutas. Cf. CALABRIA, 2020, p. 115.

121. Observações realizadas por CALABRIA, 2020, p. 115.

122. "Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei 12.015, de 2009) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa."

123. "Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei 12.015, de 2009) Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa."

124. "Art. 230 – Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa."

125. Cabe mencionar que existem decisões judiciais esparsas que relativizam a aplicação desses tipos penais.

126. Nesse sentido, Amanda Calabria ressalta que: "A proibição das casas de prostituição, como era denominado o artigo 229 antes da modificação de 2009, criminaliza o exercício da atividade em estabelecimentos comerciais fechados, onde poderiam ter seguridade no trabalho, e impulsiona as prostitutas a 'batalharem' nas ruas. O artigo que versa sobre o 'Favorecimento da prostituição' – como narrado pelas prostitutas, na prática é atribuído às prostitutas que auxiliam outras trabalhadoras a arranjarem um novo 'ponto de trabalho'. Desse modo, por mais que a prostituição seja permitida, todo o seu entorno e sua materialização aparecem cercados de criminalizações". CALABRIA, 2020, p. 119.

"projeto Gabriela Leite", que se encontra atualmente arquivado na Câmara dos Deputados. Tais demandas marcam a presença de um movimento feminista pró-sexo em nosso país.

Assim, as legislações existentes, tanto em ternos de tutela da pornografia quanto em termos de tutela da prostituição, ainda são muito precárias no que se refere às perspectivas feministas existentes que disputam a temática. Por isso, torna-se necessário o recurso ao cenário internacional.

4. A pornografia pela ótica dos sistemas regionais interamericano e europeu de direitos humanos

4.1. A relevância dessa investigação

No âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, foram escolhidos os sistemas europeu e interamericano para análise do tratamento da temática em questão, com o objetivo de observar se o tratamento destinado pelos seus órgãos protege os direitos humanos das mulheres no contexto de produção e consumo dos materiais pornográficos, levando em consideração as propostas e modelos de tratamento das correntes feministas expostas.

Inicialmente, cabe salientar que os direitos humanos das mulheres são objeto de tutela por esses sistemas regionais, na medida em que ambos editaram tratados internacionais voltados à promoção dos direitos das mulheres, bem como criaram mecanismos específicos para a proteção das mulheres que se encontram em situação de desigualdade e violência[127].

127. No âmbito regional interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, garante o direito à integridade pessoal e a vedação à tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (artigo 5º), veda o tráfico de mulheres (artigo 6º), proíbe qualquer expressão incitadora à discriminação e violência (artigo 13), protege o direito à honra e à dignidade (artigo 11). De forma mais específica, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, também conhecida como Convenção Belém do Pará, determina que toda mulher tem o direito de viver livre de qualquer forma de violência (artigo 3º), o que abrange o direito de ser livre de todas as formas de discriminação e ser valorizada e educada livre de padrões de comportamento e costumes sociais baseados em conceitos de inferioridade e subordinação (artigo 6º). Além desses tratados, destaca-se a existência do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção de Belém do Pará (MESECVI), ligado à Comissão Interamericana de Mulheres, a Relatoria sobre os Direitos das Mulheres e o Programa Interamericano sobre a Promoção dos Direitos Humanos da Mulher e da Equidade e Igualdade de Gênero.

A escolha desses dois sistemas regionais é justificada pelo impacto causado por eles no âmbito brasileiro. De um lado, o Brasil integra o sistema interamericano de direitos humanos, devendo, pelo princípio do *pacta sunt servanda,* cumprir as disposições dos tratados interamericanos que tenham sido ratificados e que se tornam fontes obrigatórias do direito, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Podemos observar que na temática dos direitos humanos das mulheres, o sistema interamericano de direitos humanos vem ocupando papel fundamentação no estímulo de criação de políticas públicas para alterar a situação da mulher que se encontra em contexto de violência, assumindo nítida importância em nosso país[128].

Para se ter uma ideia, foi em decorrência das pressões realizadas pelos movimentos de mulheres para a resolução de casos pelo sistema interamericano[129], que houve o impulso para que o Brasil realizasse reformas jurídicas, criando uma política pública de prevenção e punição da violência doméstica e familiar contra a mulher[130], criminalizando o feminicídio[131-132] e reconhecendo a iden-

---

No âmbito regional europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, também assegura direitos de igualdade entre homens e mulheres, proibindo tratamentos desumanos e degradantes (artigo 3º), a discriminação (artigo 14) e o abuso de direito (artigo 17). De forma mais específica, aplica-se a Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, adotada em 2011 e em vigor desde 2014. Além disso, ressaltam-se mecanismos específicos de promoção dos direitos humanos das mulheres, à exemplo da Comissão de Igualdade de gênero. Informação disponível em: [www.coe.int/pt/web/about-us]. Acesso em: 20.05.2020.

128. Exposição e análise crítica dos casos de gênero julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos podem ser encontradas em: RIBEIRO, Raisa D.; LEGALE, Siddharta (Org.), 2021.

129. Fenômeno reconhecido como "Feminismo Interamericano". Cf: PIOVESAN, Flávia in RIBEIRO, Raisa D.; LEGALE, Siddharta (Org.), 2021.

130. O Relatório 54/01 referente ao caso 12.051 (Maria da Penha Maria Fernandes v. Brasil) emitido pela CIDH impulsionou o ordenamento jurídico brasileiro à criação da Lei 11.340/2006, comumente conhecida como Lei Maria da Penha, que instituiu procedimento diferenciado com o objetivo de prevenir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Para mais sobre envolvimento do movimento de mulheres na litigância internacional no sistema interamericano de direitos humanos no caso Maria da Penha, vide: PIOVESAN, Flávia, 2014, p. 365-385.

131. O Caso González e Outras v. México julgado pela Corte IDH em 2009 condenou o Estado Mexicano pela morte violenta de mulheres em razão de seu gênero e determinou, entre outras medidas, que o ordenamento jurídico mexicano alterasse sua legislação penal de forma a contemplar o feminicídio. Como as decisões da Corte IDH possuem

tidade de gênero para a alteração de nome, sexo e outras informações nos registros públicos[133].

De outro lado, apesar do Brasil não fazer parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a análise do tratamento destinado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no que tange a pornografia possui grande relevância. Em primeiro lugar, visualiza-se que o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, inspira-se em jurisprudências alienígenas e internacionais, inclusive em julgados do sistema regional europeu[134-135].

Em segundo lugar, existe uma troca mútua entre os sistemas regionais[136]. Assim, a forma pela qual as questões são decididas pela Corte Europeia de Direitos Humanos pode influenciar na forma como será decidida os casos pelo sistema

também efeitos indiretos para outros países, devendo ser utilizadas como precedentes de regras de condutas a serem observadas pelos demais ordenamentos jurídicos, o Brasil veio a editar em 2015 a Lei 13.104, que alterou o Código Penal brasileiro acrescentando a qualificadora do feminicídio.

132. Para maiores informações sobre os impactos do caso Campo Algodoeiro nos ordenamentos jurídicos latino-americanos, conferir: MELLO, Adriana Ramos de, 2016; MIGUENS, Marcela; RIBEIRO, Raisa, 2018-A; MIGUENS, Marcela; RIBEIRO, Raisa, 2018-B; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melinda in SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.); NOWAK, Bruna (Org.), 2018, p. 167-194.

133. A Opinião Consultiva 24 da Corte IDH foi proferida no final de 2017, reconhecendo o direito de alteração de dados nos registros públicos das pessoas transgêneros, de forma a atender a sua identidade de gênero, bem como os direitos econômicos derivados das relações homoafetivas. Meses depois da referida opinião consultiva, o Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou a ADI 4275, autorizando as pessoas trans a modificarem seu nome e sexo no registro público sem necessidade de comprovar a realização de cirurgia. É interessante notar que em votos da referida decisão foi mencionada a OC 24/17. Para mais sobre essa OC, conferir análise crítica realizada em: PIOVESAN, RIBEIRO, LEGALE (org.), 2021.

134. Em pesquisa realizada no site do STF, com o termo "Corte Europeia de Direitos Humanos", foram encontrados 39 acórdãos que fazem menção às decisões desse órgão jurisdicional. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CORTE+EUROPEIA+DE+DIREITOS+HUMANOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y92xlrdn]. Acesso em: 09.09.2018.

135. Nesse sentido, RAMOS, 2016, p. 348.

136. De acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade, esses dois tribunais internacional iniciaram um diálogo frutífero em base permanente desde 1999 (TRINDADE, 2013, p. 28-30). O autor relata ainda as discussões travadas nas duas reuniões que ocorreram

regional interamericano, e vice-versa[137]. Analisando as jurisprudências desses órgãos, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que os trabalhos dos dois tribunais internacionais demonstram a convergência jurisprudencial existente entre eles[138].

Pode-se observar que os problemas que envolvem a temática dos direitos fundamentais e a limitação do poder estatal são discutidos, ao mesmo tempo, por tribunais de ordens diversas. Assim, nesses temas, há um entrelaçamento de diversas ordens jurídicas, tanto estatais, como transnacionais, internacionais e supranacionais, acerca dos mesmos problemas de natureza constitucional, o que vem se chamando de transconstitucionalismo[139].

Nesse contexto, observa-se uma interdependência cada vez maior entre as decisões tomadas em uma ordem nacional ou internacional com outra[140]. Assim, as decisões tomadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos são levadas em consideração no momento da deliberação e tomada de decisão pela Corte IDH e vice-versa, bem como as decisões desses órgãos supranacionais são também utilizadas como parâmetro de julgamento por parte das Cortes Constitucionais

envolvendo a Corte Europeia e a Corte IDH ocorridas em Luxemburgo, em 2002, e em Manágua, em 2007 (TRINDADE, 2013, p. 57-60).

137. Com relação à agenda dos novos direitos fundamentais emergentes na agenda contemporânea, visualiza-se a utilização pela Corte IDH de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, conforme se pode verificar nos casos *Karen Atala y hijas v. Chile* (2012), *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica* (2012), *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador* (2012), *Gelman v. Uruguai* (2012). Vide: PIOVESAN, 2014, p. 125-126. Com a inclusão dos países do Leste Europeu no sistema europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos vem sendo instada a se posicionar sobre graves violações de direitos perpetradas por regimes autoritários, envolvendo atos de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado de pessoas, problemas típicos do sistema interamericano e, para isso, utiliza como base as decisões da Corte IDH na matéria. Por exemplo, no caso *Varnava e Outros versus Turquia*, julgado em 2009, referente ao desaparecimento forçado de pessoas, a Corte Europeia de Direitos Humanos levou em consideração as sentenças das Corte IDH nos casos *Blacke versus Gutemala* (1996-1998) e das *Irmãs Serrano Cruz versus El Salvador* (2004-2005), conforme salientado por Cançado Trindade. Cf.: TRINDADE, 2013, p. 91-92.

138. TRINDADE, 2013, p. 92.

139. Nesse sentido, NEVES, 2009.

140. Em que pese a questão da eficácia das decisões transnacionais, pode-se observar que a ampliação da influência do direito internacional no direito interno (SABADELL, 2010, p. 69 e ss.), em razão da carga simbólica da condenação internacional.

nacionais, gerando a migração das teorias constitucionais sobre as questões de gênero. Por esse motivo, a análise das decisões desses dois órgãos jurisdicionais regionais assume relevância e se justifica dentro da pesquisa proposta.

Ainda, cabe mencionar que entre os sistemas regionais de direitos humanos existentes, o europeu é o mais antigo e geralmente exponencial[141], com funcionamento permanente, tendo uma maior efetividade na proteção dos direitos humanos, sendo que a análise do tratamento da pornografia realizado pela Corte Europeia pode proporcionar uma clara visão das respostas que estão sendo conferidas à temática em questão.

Dessa forma, podemos vislumbrar que os sistemas regionais impactam de forma positiva nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Partes, condenando-os pela conduta comissiva ou omissiva de violação dos direitos fundamentais, determinando o pagamento de indenizações e justa reparações para às vítimas, requerendo a modificação dos instrumentos administrativos e legislativos internos para se alcançar uma melhor proteção e promoção dos direitos humanos.

Nesse cenário, com base nas discussões feministas, em razão da pornografia tradicional se apresentar como um potencial violador dos direitos humanos das mulheres, a análise do tratamento destinado ao tema pelos sistemas regionais se mostra como um termômetro hábil para situar a forma pela qual a pornografia está sendo tutelada pelos ordenamentos jurídicos, em especial pelo nosso país.

4.2. A tutela jurídica da pornografia pelos sistemas regionais interamericano e europeu de direitos humanos

Na temática dos direitos humanos das mulheres, o sistema regional interamericano tem alguns marcos importantes[142]. No âmbito legislativo, inicialmente, em 1994, com a edição da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi estabelecido o dever de os Estados condenarem todas as formas de violência contra a mulher e adotarem políticas públicas destinadas a preveni-las, puni-las e erradicá-las.

A referida Convenção foi fruto da atuação de várias feministas latino-americanas, sob o amparo da OEA, que delinearam um dos mais maravilhosos

141. TRINDADE, 2014, p. 25.

142. Para mais acerca do tema, cf. LEGALE, RIBEIRO, 2019, p. 108-158.

documentos para a definição de políticas do Estado para erradicar a violência contra a mulher[143-144-145].

Além da CBP, outros instrumentos interamericanos genéricos também são aplicáveis para a tutela das questões de gênero, como é o caso da própria CADH[146] e da Carta Democrática Interamericana[147]. Assim, podemos afirmar a existência de um *corpus juris* interamericano que impõe aos órgãos do sistema interamericano, assim como aos Estados que não violem e, ainda, protejam efetivamente os direitos das mulheres[148].

O sistema regional interamericano é constituído por uma estrutura dual de mecanismos de proteção. Por um lado, a CIDH, que é um órgão político e não jurisdicional, recebe petições individuais sobre violações de direitos humanos e expede recomendações, realiza visitas de campo, promove estudos e elabora relatórios. Por outro lado, a Corte IDH possui competência jurisdicional consultiva e contenciosa[149]. Atualmente, ambos os órgãos têm manifestações importantes

143. Relato realizado por Marcela Lagarde em palestra proferida no Hemiciclo FLACSO Equador em 2015. Cf. LAGARDE, Marcela, 2015.

144. Sobre as pressões exercidas pelo movimento feminista no sistema interamericano de direitos humanos, conferir: RIBEIRO, Raisa; LEGALE, Siddharta in PIOVESAN; RIBEIRO; LEGALE, 2021.

145. Nesse contexto, Flávia Piovesan observa que a CBP é o primeiro tratado internacional de direitos humanos que reconhece, enfaticamente, a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado, sem fazer distinção de raça, classe social, religião, idade, étnica, ou qualquer outra condição, que atinge um elevado número de mulheres PIOVESAN, 2014-B, p. 27.

146. Embora silente em alguns pontos, como a proteção no trabalho e quanto ao aborto, a CADH não deixa de vedar a aplicação da pena de morte à mulher no momento da gravidez (art. 4, item 5), de proibir a escravidão e o tráfico de mulheres (art. 6, item 1) e de estabelecer que o casamento pressupõe uma idade adequada e não pode ser celebrado sem o livre consentimento dos contraentes (art. 17). Cf.: RIBEIRO; LEGALE in PIOVESAN; RIBEIRO; LEGALE, 2021.

147. A Carta trata, por exemplo, em seu artigo 16, da educação das meninas e mulheres das zonas urbanas e rurais, bem como, no artigo 28, da necessidade de participação plena e igualitária das mulheres nas estruturas políticas. Cf. RIBEIRO; LEGALE in PIOVESAN; RIBEIRO; LEGALE, 2021.

148. Nesse sentido, RIBEIRO; LEGALE in PIOVESAN; RIBEIRO; LEGALE, 2021.

149. A Corte IDH se converteu em um tribunal constitucional latino-americano, encarregado de proteger e interpretar a CADH, gerando um bloco de convencionalidade, um instrumento vivo, dinâmico e evolutivo que é parâmetro de validade para a legislação

para a garantia dos direitos humanos das mulheres, em especial no que tange ao combate à violência de gênero.

nono entanto, no que tange a pornografia, em pesquisa preliminar de jurisprudência, não foi encontrado nenhum caso julgado pela Corte IDH[150]. Por outro lado, cabe ressaltar que, de forma bastante incipiente, a CIDH vem se preocupando com regulamentação do trabalho sexual, parecendo adotar os posicionamentos exarados pela vertente feminista pró-sexo.

Nesse sentido, salienta-se que em 18 de março de 2017 foi realizada a Sessão 161 da CIDH, que contou com a participação da Relatora sobre os Direitos das Mulheres, na qual se analisou a situação dos direitos humanos das trabalhadoras sexuais na América. Essa sessão entendeu pela necessidade de reconhecimento do trabalho sexual enquanto trabalho lícito, como forma de garantir a exterminação da violência institucional, do estigma, e dos atos de agressões contra essas mulheres[151].

No que se refere ao sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, observamos que a temática já vinha sendo enfrentada[152]. Por meio de um levantamento preliminar de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos foram analisadas questões relacionadas, de forma direta ou reflexa, com a produção pornográfica.[153]

A título exemplificativo, no caso *Handyside v. United Kingdom*[154], a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou a publicação de um livro, considerado

---

e a atuação dos Estados. Na prática, a CADH opera de modo muito semelhante a uma Constituição, desfrutando de uma supremacia convencional, que projeta normas superiores, em especial de *jus cogens*, servidoras de parâmetro de validade às demais. Cf. LEGALE, Siddharta, 2020.

150. CNJ, 2018; PIOVESAN; RIBEIRO; LEGALE, 2021.

151. Informação disponível em: [www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=15]. Acesso em: 01.09.2018.

152. Sobre a tutela da pornografia pela Corte Europeia de Direitos Humanos, conferir: RIBEIRO; BARBOSA; COSTA, 2019-B.

153. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/Annual_reports_1959_1998_BIL.pdf]. Acesso em: 05.08.2018.

154. O senhor Richard Handyside era proprietário de uma editora em Londres, que publicou, em 1971, entre outros livros, o Pequeno Livro vermelho (*The Little Red Schoobook*). O livro já havia sido publicado em diversos outros países. O Sr. Handyside, depois de traduzir o livro, com o apoio de um grupo de crianças e professores, pretendia publicá-lo na Inglaterra. Depois de uma série de reclamações quanto ao livro, o *Director Chief*

obsceno[155], por compreender que a liberdade de expressão poderia ser restringida em detrimento da moral. Essa mesma tendência foi observada em *Perrin v. United Kingdom*[156], *Müller and Others v. Switzerland*[157] e *Wingrove v. the United Kingdom*[158].

Com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), pode-se encarar a pornografia por meio de três aspectos: como um problema inerente à tutela da liberdade de expressão dos pornógrafos (artigo 10); como um direito à vida privada, à intimidade e privacidade de seus consumidores (artigo 8); ou sob

Prosecutor instaurou inquérito e conseguiu um mandado de prisão contra o editor, bem como apreender material gráfico ligado à publicação, sob vigência do *Obscene Publication Act* 1959/1964. Citado sob acusação de ter material obsceno, o Sr. Handyside tentou evitar a venda de livros, mas após toda publicidade já feita e a discussão que tinha levantado, isso não foi possível. No mesmo ano foi condenado a pena de multa. Disponível em: [www.hudoc.echr.coe.int/]. Acesso em: 18.08.2018.

155. A Suprema Corte dos Estados Unidos também já se pronunciou sobre a restrição de obras obscenas nos casos *Roth v. United States, Memoris v. Massachusetts* e *Miller v. Califonia*. Todavia, Andrea Dworkin e Catherine MacKinnon criticam a restrição da obscenidade, por entenderem que o obsceno envolve questões de moralidade sexual, o que difere da pornografia, que envolve violência contra a mulher. Vide: DWORKIN, 1989, p. lvi e ss.; MACKINNON, 1991, p. 196 e ss.

156. No caso *Perrin v. United Kingdom* foi usado o precedente do caso Handyside para justificar a não reversão da condenação do oficial Perrin, que foi apontado nos termos da *Obscene Publications Act* por ter entrado (em um dos computadores da Polícia inglesa) num site de pornografia, envolvendo pessoas cobertas com fezes, coprofilia, coprofagia, e homens envolvidos em *fellatio*. Disponível em: [http://echr.ketse.com/doc/5446.03-en-20051018/view/]. Acesso em: 15.08.2018.

157. No caso *Muller and Others v. Switzerland*, em 1988, os apelantes montaram uma exposição, aberta e bastante divulgada, de arte contemporânea, a qual incluía três imagens explícitas de *fellatio*, sodomia e sexo com animais. No dia da inauguração o promotor começou procedimentos que requeriam sua destruição, sob alegação de que eram obscenos. Durante o procedimento criminal as imagens foram confiscadas e os apelantes multados, tendo recorrido à Corte. Disponível em: [www.article19.org/resources.php/resource/2599/en/muller-and-others-v.-switzerland]. Acesso em: 15.08.2018.

158. Em 1988, o Diretor Nigel Wingrove produziu um filme em que simulava as alucinações de Santa Teresa D'Avila chamado "Visões de êxtase", no qual a santa tinha visões de Jesus, que envolviam sensualidade. O filme não conseguiu a licença para reprodução quando submetido ao conselho de classificação. O diretor recorreu, até que foi definitivamente negada sua pretensão. Em 1989, Wingrove apelou à Corte, que manteve a decisão do Judiciário inglês. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/]. Acesso em: 16.08.2018.

o viés da proteção das mulheres, com o fundamento no direito de estar livre de um tratamento desumano e degradante (artigo 3).

No entanto, mediante uma análise inicial, constamos que a Corte Europeia de Direitos Humanos vem se posicionando no sentido de tutelar a pornografia como uma forma de liberdade de expressão ou restringi-la com o objetivo da defesa da moralidade sexual dominante – ou seja, por considerá-la obscena. Assim, a pornografia não vem sendo encarada pela Corte Europeia de Direitos Humanos sob a perspectiva dos direitos das mulheres.

No cenário europeu, assim como nos EUA, os debates feministas sobre a pornografia já são travados desde o século passado, existindo uma vasta literatura sobre o tema[159]. Parece, no entanto, que essas discussões não ressoaram no âmbito regional europeu, na medida em que os posicionamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos não contemplam qualquer perspectiva feminista na problematização da pornografia.

5. Conclusão

A tutela jurídica da pornografia é um tema de grande relevância, atualidade e importância no cenário constitucional-internacional contemporâneo, tendo em vista os direitos fundamentais que se encontram em conflito na produção e no consumo dos materiais pornográficos e o desdobramento da violência contra a mulher nesses contextos.

No Brasil, existe uma ausência de estudos e pesquisas na área acadêmica, em especial jurídica, acerca dessa temática[160], urgindo a necessidade do seu debate. As discussões sobre a pornografia se encontram avançadas no cenário estadunidense, em que as reivindicações sobre as diferentes formas de tutela jurídica se intensificaram a partir da década de 1970/1980. No âmbito regional europeu, em

159. Nesse sentido, conferir: OSBORNE, 2004; PHETERSON, Gail, 2000; GUTIÉRREZ, 2006; OGIEN, Ruwen, 2005; JULIANO, Dolores, 2002; AGUSTIN, Laura Maria, 2007; ULLOA, Marcela, 2005.

160. Em pesquisa realizada na Biblioteca Nacional de Teses e Dissertações na data de 25.09.2018, utilizando os termos "pornografia" e "violência", foram encontrados 20 registros, sendo apenas 7 teses de doutorado. Nesse contexto, cabe mencionar que a autora Raisa D. Ribeiro defendeu dissertação de mestrado na temática em questão, que foi publicada como livro intitulado "Discurso de ódio, violência contra a mulher e pornografia: entre a liberdade de expressão e a igualdade", e continua pesquisando o tema no âmbito do doutorado, sob orientação de Ana Lúcia Sabadell, professora titular da FND-UFRJ e coautora deste artigo.

que pese existirem discussões aprofundadas sobre as correntes feministas nos países que o compõe, as discussões realizadas perpassaram pela análise de questões relacionadas à moralidade sexual e a liberdade de expressão, não havendo um enfrentamento das questões de gênero decorrentes.

Tendo em vista que os sistemas regionais possuem um grande e significativo impacto na promoção dos direitos humanos, em especial no que se refere a melhora das condições garantidoras dos direitos das mulheres nos territórios nacionais, o presente artigo pretendeu compreender a forma pela qual é realizada a tutela jurídica da pornografia pelo sistema interamericano e europeu de direitos humanos, como forma de dosar como os ordenamentos jurídicos podem vir a ser influenciados na temática em questão.

Com base no exposto, podemos afirmar que os sistemas interamericano e europeu de direitos humanos não oferecem instrumentos de proteção às mulheres nas questões que envolvem a pornografia, na medida em que não levam em consideração os debates feministas existentes sobre o tema.

Apesar de se preocuparem com os direitos das mulheres e rechaçarem tratamentos desumanos e degradantes e formas de manifestação da violência de gênero, o sistema interamericano nunca tratou especificamente do caso e o sistema europeu, quando o fez, tratou pela perspectiva da liberdade de expressão dos pornógrafos e de seus consumidores, desconsiderando o viés da mulher.

Observamos que, na seara das teorias feministas, existe disputa política sobre como os ordenamentos jurídicos devem enfrentar a problemática da pornografia. De um lado, de acordo com o movimento abolicionista, a solução para a questão da pornografia deve passar pela sua caracterização como forma de manifestação da violência de gênero. De outro, de acordo com as teorias feministas pró-pornografia, a solução para isso requer a regulamentação do trabalho sexual e o estímulo a novas formas de produção pornográfica.

Nesse contexto, de forma propositiva, entendemos que, para que haja a proteção dos direitos humanos das mulheres, a tutela jurídica da pornografia a ser realizada por esses sistemas deve levar em consideração as demandas provenientes das teorias feministas, com o enfrentamento de seus questionamentos.

6. Referências bibliográficas

AGUSTIN, Laura Maria. *Sex at the margins* – Migration, Labour Markets and the Rescue Industry. Londres: Zed Books, 2007.

ARAUJO, Luis Claudio Martins de; MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional

justificada pelos diálogos transnacionais. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (Org.). *Teoria constitucional*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

BAER, Susanne. Desigualdades que importam. Inequalities that Matter. *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 449-475, 2016.

BARRY, Katheelen. Female *Sexual Slavery* – From Prostitution to Marriage, The landmark study of all the ways women are sexually enslaved. Avon Books, 1979.

BORDO, Susan. El feminismo, la cultura occidental y el cuerpo. Trad. Moisés Silva. *La Ventana*, n. 14, p. 7-81, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRETON, David Le. *A sociologia do corpo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

BROWMILLER, Susan. *Against Our Will:* Men, Women and Rape. Nova York: Simon and Shuster, 1975.

BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidad*. Trad. e prólogo Javier Sáez y Beatriz Preciado. Madrid: Editorial síntesis, 1997.

CALABRIA, Amanda. *A ordem e a "zona": o Estado e a prostituição feminina no espaço urbano*. In: MIGUENS, Marcela; RIBEIRO, Raisa; BARBOSA, Renata. *Direito e gênero* – violências e vulnerabilidades. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2020. v. 2.

DINES, Gail. *Pornland:* How Porn Has Hijacked Our Sexuality. Boston: Beacon Press, 2010.

DWORKIN, Andrea. *Pornography: Men Possessing Women*. Penguin Group, 1989.

DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. (Org.). *In Harm´s Way* – The Pornography Civil Rights Hearings. Cambrigde, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1997.

DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and Civil Rights* – a New Day for Women's Equality. Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1989.

ECHOLS, Alice. The taming of the Id: Feminist Sexual Politics, 1968-1983. *Vance, Pleasure and Danger*. Boston: G. K. Hall, 1983.

ESTADOS UNIDOS. *Culture Reframed*. Disponível em: [www.culturereframed.org/]. Acesso em: 20.05.2020.

ESTADOS UNIDOS. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Global Report on Traffickin in Persons. Vienna*, 2016. Disponível em: [www.unodc.org/unodc/data-and-analysis/glotip.html]. Acesso em: 20.05.2020.

FARLEY, Melissa (Org.). *Prostitution, Trafficking, and Traumatic Stress*. Nova York: Haworth Press, 2004.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOFFMAN, Erving. *La identidade deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1963.

GUTIÉRREZ, Ana Luisa Ordóñez. *Feminismo y protituición:* Fundamentos del debate actual en España. Oviedo: Trabe, 2006.

JULIANO, Dolores. *Prostitución: el espejo oscuro*. Barcelona: Icaria Editorial, 2002.

LAGARDE, Marcela. *Conversatorio Marcela Lagarde: Feminicidio*. FLACSO Ecuador, 2015. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=f3jsrOQYVKE&feature=youtu.be].

LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raisa D. Feminismo interamericano: a tutela dos direitos humanos das mulheres pelo sistema interamericano de direitos humanos (SIDH). *Direito e gênero* – Sistemas de proteção. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019. v. 1.

LEONINI, Luisa. *Gender and the globalisation of sex markets*. 6ª ESA Conference, 2003. Disponível em: [www.um.es/ESA/papers/Rn9_42.pdf]. Acesso em: 25.02.2021.

LEVIT, Nancy; VERCHICL, Robert R. M. *Feminist Legal Theory:* A primer. Nova York: Nova York University Press, 2006.

LINS, Beatriz. "*Ih vazou*!": pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre "pornografia de vingança". São Paulo: Cadernos de Campo, 2017.

LUST, Erika. *It´s time for porn to change*. TEDxVienna, 2015. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=Z9LaQtfpP_8]. Acesso em 20.06.2020.

MACKINNON, Catharine A. Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory". *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 7, n. 3, p. 515-544, Primavera 1982.

MACKINNON, Catharine A. Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence. *Chicago Jornals, Signs*, v. 8, n. 4, p. 35-658, 1983.

MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified* – Discouses on Life and Law. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvad University Press, 1987.

MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

MACKINNON, Catharine A. Pornografia como tráfico. Trad. Lara Campos de Paulo, Raisa D. Ribeiro e Renata da silva Athayde Barbosa. In: MIGUENS, Marcela; RIBEIRO, Raisa; BARBOSA, Renata. *Direito e gênero* – violências e vulnerabilidades. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2020. v. 2.

MACKINNON, Catharine A. Pornography, Civil Rights, and Speech. In: ITZIN, Catharine (Org.). *Pornography*: Women, Violence and Civil Libertities. Oxford: Oxford University Press, 1992.

MACKINNON, Catharine A. Substantive Equality. *Minessota law Review*, v. 96, p. 1-27, 2011.

MACKINNON, Catharine A. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1989.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio*: uma análise sociojurídica contra a mulher no Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

MIGUENS, Marcela; RIBEIRO, Raisa. Direitos humanos das mulheres e violência de gênero: a tutela do feminicídio pela corte interamericana de direitos humanos. *Perspectivas de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2018. v. 1.

MIGUENS, Marcela; RIBEIRO, Raisa D. O feminicídio e a sua incorporação pela legislação penal brasileira. *Gênero, sexualidades e direito*. Florianópolis: Conpedi, 2018.

MILLET, Kate. *Política sexual*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1969.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OGIEN, Ruwen. *Pensar la pornografia*. Barcelona: Paidós, 2005.

OLSEN, Francis. Feminism and the Legal Critical Theory: na American Perspective. In: OLSEN, Francis (Org.). *Feminist Legal Theory:* Foundations and Outlooks. Nova York: University Press, 1995.

OLSEN, Francis. The sex of law. In: KAIRYS, David (Org.). *The Politics of Law:* A progressive critique. Nova York: Basic Books, 1990.

OSBORNE, Raquel (Org.). *Trabajador@s del sexo*. Derechos, migraciones y tráfico em el siglo XXI. Barcelona, Edicions Bellaterra, 2004.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1988.

PATEMAN, Carole. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014-A.

PATEMAN, Carole. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PATEMAN, Carole. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 15, n. 38, p. 21-34, jan.-abr. 2014-B.

PATEMAN, Carole; FACHIN, Melinda Girardi. Diálogos sobre o feminino: a proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil à luz do impacto do sistema interamericano. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PATEMAN, Carole; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: NIDH, 2020.

PHETERSON, Gail. Prostituição II. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

PHETERSON, Gail. *The Prostitution Prism*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2000.

PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Raisa D.; LEGALE, Siddharta. *Feminismo interamericano:* exposição e análise crítica dos casos de gênero da Corte Interamericana de Direitos Humanos.Rio de Janeiro*:* NIDH, 2021.

PRADA, Nancy ¿Qué décimos las feministas sobre la pornografia? Las Orígenes de un debate. *La manzada de la discórdia*, v. 5, 1, p. 7-26 jan.-jun. 2010.

PRADA, Nancy. Todas las caperucitas rojas se vuelven lobos en la práctiva pospornográfica. *Cadernos Pagu* (38), p. 129-158, jan.-jun. 2012.

PRECIADO, Paul Beatriz. *Manifesto contrassexual:* práticas subversivas de identidade sexual. São Paulo: N-1 Edições, 2017.

PRECIADO, Paul Beatriz. *Texto Junkie: sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica*. Trad. Maria Paula Gurgel Ribeiro e Veronica Daminelli Fernandes. São Paulo: N1-Edições, 2018.

RAMOS, André Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Raisa D.; LEGALE, Siddharta. Revisitando o feminismo interamericano. In: PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Raisa; LEGALE, Siddharta. *Feminismo interamericano:* exposição e análise crítica dos casos de gênero da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: NIDH, 2021.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. *Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia:* entre a liberdade de expressão e a igualdade. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 151. ano 27, p. 417-456, jan. 2019-A.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. A tutela da pornografia pela Corte Europeia de Direitos Humanos: uma análise do aspecto da proteção da mulher em situação de violência de gênero. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, p. 95-124, 2019-B. Disponível em: [http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1035]. Acesso em: 20.05.2020.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; PAULO, Lara Campos de. Black Porn: um breve ensaio sobre a representação das mulheres negras na pornografia heterossexual e inter-racial. In: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patricia Carlos; BENEVIDES, Laize. Gênero (Org.). *Feminismos e sistemas de justiça* – discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

ROCHA, Renata de Lima Machado; PEDRINHA. Roberta Duboc; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. O tratamento da pornografia de vingança pelo ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 178-189, 2020.

RUBIN, Gayle. *Thinking Sex:* Notes for a Radical Theory of The Politics of Sexuality. In: VANCE. *Pleasure and Danger.* Boston: G. K. Hall, 1983.

RUBIN, Gayle (Org.). *Making Violence Sexy:* Feminists Views on Pornography. Athene Series, 1993.

RUBIN, Gayle. *Against Pornography:* The evidence of Harm. Berkeley, California: Russell Publications, 1994.

RUSSELL, Diana E. H. *Sexual Exploitation:* Rape, Child Sexual Abuse and Workplace Harassment. Beverly Hills, CA: Sage, 1984.

SABADELL, Ana Lúcia. *Algunas reflexiones acerca de las violaciones sistemáticas de derechos humanos de las mujeres en Latinoamérica y su relación con la problemática de la igualdad.* Anuario de derechos Humanos, v. 20, p. 187-211, 2020.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica.* Introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Thomson Reuters/Ed. RT, 2010.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. Domestic Violence in Brazil: Social Problems and Legislative Interventions. *SRN Electronic Journals: The English & Commonwealth Law Abstracts Journal*, v. 86, p. 1-18, 2014.

SMART, Carol. *Feminism and the Power of Law.* Londres: Routledge, 1995.

SMIRAGLIA, Romina. El sexo en disputa. Un acercamiento a la conflictiva relación entre pornografía y feminismo. *IV Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales.* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2007.

TAVARES, Lígia Maria Ladeira; LOIS, Cecília Caballero. Anotações sobre a teoria feminista do direito de Catharine MacKinnon. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 2, n. 2, p. 151-170, jul.-dez. 2016.

TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

ULLOA, Marcela. El estigma de puta. *Jornadas sobre Prostitución*, Oviedo, 2005.

UNODC. *Global Report on Traffickin in Persons*. 2014. Disponível em: [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf]. Acesso em: 20.05.2020.

UNODC. *Global Report on Traffickin in Persons*. 2016. Disponível em: [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf]. Acesso em: 20.05.2020.

UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons*. 2018 (United Nations publication, Sales No. E.19.IV.2). Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf]. Acesso em: 20.05.2020.

VANCE, Carole S. *Placer y peligro*. Explorando la sexualidade feminina. Madrid: Talasa, 1989.

Jurisprudência

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Jurisprudência Corte IDH*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh]. Acesso em: 20.05.2020.

Legislação

BRASIL. *PL 4.211/2012*. Câmara dos Deputados. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899]. Acesso em: 20.05.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ativismo feminista e punitivismo: problematizando os linchamentos virtuais, de Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena – *RBCCrim* 146/457-481 (DTR\2018\18288);
- Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência, de Ana Lucia Sabadell e Lívia de Meira Lima Paiva – *RBCCrim* 153/173-206 (DTR\2019\23904);
- El feminismo de marina subirats: la deconstrucción de los géneros, la feminización de la sociedad y la coeducación, de Silvia Martínez Rocher – *RDT* 201/261-288 (DTR\2019\27846);
- Os direitos da mulher à luz do sistema universal de proteção e o potencial integrador dos tratados internacionais de direitos humanos: diálogos entre o global e o local, de Lara Santos Zangerolame Taroco – *RDCI* 109/197-220 (DTR\2018\19876); e
- Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher, de Sérgio Salomão Shecaira e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – *RBCCrim* 161/309-329 (DTR\2019\40930).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Arts. 218-C, 228, 229 e 230 do CP (LGL\1940\2).

2020: UMA CHANCE ABOLICIONISTA

2020: AN ABOLITIONIST CHANCE

Sérgio Salomão Shecaira

Professor titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade de São Paulo (2007). Livre-docente em Criminologia (2004). Pós-doutor pela Universidade do País Basco (2012).
Lattes: [https://Lattes.cnpq.br/1529279259637832]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5533-6343]
shecaira@uol.com.br

Clécio Lemos

Pós-doutor em Direito pela Columbia University (2019). Doutor em Direito pela PUC-Rio com período sanduíche na Università degli Studi di Padova (2018).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4912344889000121]
ORCID: 0000-0003-3316-2375
cleciojus@gmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O artigo parte das manifestações internacionais ocorridas no ano de 2020 para crer num novo aquecimento do movimento do abolicionismo penal. Faz um resgate do primeiro giro abolicionista ocorrido na década de 1970, pontuando alguns dos seus principais expoentes e argumentos. Por fim, crendo na necessidade de maior incentivo à produção de propostas para um modelo pós-penal, invoca três grandes desafios para os novos atores abolicionistas dos dias de hoje.

Palavras-chave: Criminologia – Abolicionismo – Justiça – Penal – Polícia.

Abstract: The article starts from the international demonstrations that took place in 2020 to believe in a new warming up of the criminal abolitionism movement. It reminds the first abolitionist turn that took place in the 1970s, punctuating some of its main exponents and arguments. Finally, believing in the need for greater incentive to produce proposals for a post-penal model, it invokes three major challenges for the new abolitionist actors of today.

Keywords: Criminology – Abolitionism – Justice – Penal – Police.

Sumário: 1. Uma chance abolicionista. 2. Abolicionismos penais. 3. Três desafios para o presente. 4. Referências bibliográficas.

1. Uma chance abolicionista

Quanto tempo é preciso esperar para que uma ruptura política paradigmática ocorra? Qual é a situação-limite para que uma mudança se apresente? Quantos sofrimentos precisam ser experimentados até que se construa o terreno fértil para que uma grande alteração aconteça?

Estamos no ano pandêmico de 2020 e a cena é a seguinte: extinguem-se as últimas chamas no cruzamento entre E. Lake Street e Minnehaha Avenue na manhã do dia 29 de maio. Algo sem precedentes acabou de ocorrer; a sede da terceira delegacia de polícia da cidade de Minneapolis acabou de ser consumida pelo fogo. Não se trata de um ato terrorista, foi um ato promovido pela própria população local.

Depois de três noites seguidas de revoltas provocadas pela morte do George Floyd, o momento extremo de destruição da sede da polícia fez coro a uma crescente demanda pelo fim da violência policial nos EUA, sobretudo contra pessoas de pele negra. Mais do que um ataque material, foi um ataque simbólico (OSTERWEIL).

No dia 25 de maio, foi amplamente divulgado nas telas de TV, computadores e *smartphones* de todo o mundo, quase em tempo real, a cena deplorável de Floyd sendo sufocado por um policial com os pés em seu pescoço. O homem está completamente dominado, algemado e de cara para o chão quando suplica: "não consigo respirar". Passam-se oito minutos e 46 segundos; em algum desses minutos, ocorre a sua morte[1].

Claro que não se trata do primeiro caso de evidente assassinato provocado por um policial em serviço, mas a morte em questão parece provocar um momento de eclosão, trazendo à tona internacionalmente um debate que parecia estar adormecido perante a própria academia. É preciso pensar novas resistências contra a violência do Estado.

Logo em sequência às manifestações locais por causa da morte de Floyd, os representantes legislativos da cidade de Minneapolis começaram a encampar os muitos pedidos por uma alteração mais radical no tocante à estrutura policial. A

1. "Foi o terceiro dia de protestos pela morte de George Floyd, de 46 anos, depois que um policial branco chamado Derek Chauvin se ajoelhou em seu pescoço por oito minutos e 46 segundos. Floyd implorou por sua vida antes de cair inconsciente e morrer na rua, à vista de testemunhas e de uma câmera de celular rodando. Quatro policiais, incluindo Chauvin, foram demitidos pelo envolvimento" (LUSSENHOP).

presidente do conselho municipal, Lisa Bender, declarou publicamente: "nosso compromisso é acabar com o policiamento como nós conhecemos e recriar sistemas de segurança pública que de fato nos mantenha seguros" (MILMAN).

Alondra Cano, outra representante do legislativo municipal, também rapidamente se posicionou pela necessidade de um rompimento nacional com a visão tradicional. Defende que o pleito por reforma das polícias não funcionou, indicando que agora é hora de "transformar" (USHER).

Depois de uma primeira tentativa frustrada, no dia 10 de dezembro, a movimentação da câmara local acabou por conseguir, com votação unânime, a retirada de oito milhões de dólares do orçamento de 2021 dedicado ao departamento de polícia, direcionando a verba para outros serviços públicos relacionados com a segurança da cidade (BAILEY).

O alcance nacional das novas demandas foi efetivado, tanto é que cidades de maior expressão se moveram nesse mesmo sentido. O prefeito Eric Garcetti, de Los Angeles, prometeu retirar 150 milhões de dólares do orçamento da polícia. Bill de Blasio, de Nova York, comprometeu-se em mover parte significativa dos fundos locais destinados à maior força policial do país para "iniciativas de apoio à juventude e serviços sociais" (MILMAN).

O pedido por corte nos orçamentos das polícias se tornou um coro comum nas manifestações pelos EUA; era fácil encontrar placas com dizeres do tipo "financie a comunidade, não a polícia". Tal visão representa um verdadeiro giro no cenário, pois até então as pressões políticas se mantinham voltadas para operar modificações no treinamento policial (incluindo o debate racial) e nas tecnologias de controle (tais como câmeras corporais).

A partir da morte de Floyd, a esperança por uma polícia melhor foi sendo abandonada por muitos representantes do pensamento crítico, restando apenas o desejo de uma redução progressiva e abolição. Conforme explica a diretora do Coletivo Visões Negras, os movimentos estão cansados de pedir por processos criminais, pois essas responsabilizações individuais não têm conseguido prevenir os seguidos episódios de assassinato: "para mim e muitos de meus camaradas, a reforma da polícia é irrelevante" (SPERI *et al.*).

Não é diferente o posicionamento de Mariame Kaba, diretora da organização NIA, cujo lema é: "basta, nós não podemos reformar a polícia." Segundo sustenta, a única maneira de diminuir a violência policial é reduzir o contato entre o público e a polícia, começando por cortar pela metade o número de policiais e seus orçamentos. Ela defende a alteração das demandas tradicionais, pois a única forma de reduzir a violência é cortar o poder da polícia (KABA).

Derecka Purnell, advogada militante de direitos humanos, também se mostra entusiasta do abolicionismo policial nos EUA. Invocando o histórico racista do corpo de polícia norte-americano, tradicional aparato de supressão de revoltas escravistas, de perseguição de negros fugidos e de repressão do movimento trabalhista, ela defende que não há como esperar uma postura não segregacionista da instituição (PURNELL).

Sustenta que as campanhas para vetar estrangulamento policial, para criação de um policiamento de proximidade com a população e por novas formas de treinamento não têm sido eficazes em conter os assassinatos praticados pelos oficiais. Segundo sua percepção, as tentativas reformistas mais anseiam por criar uma sensação de boa consciência dos "moderados que querem salvação a baixo custo"[2].

Indo além, Purnell indica que a ideia de promover melhores treinamentos e reforçar as medidas de punição interna das "maçãs podres" está longe de ser suficientes. A questão é que até as "boas maçãs" funcionam num molde "constitucional", sendo sua atuação normalmente apoiadora de uma estrutura social desigual.

A saída estaria, por sua vez, em construir alternativas para que a própria comunidade crie formas de responder a violências e prevenir conflitos. A autora cita, para tanto, a iniciativa criada na cidade de San Francisco de treinar profissionais desarmados para lidar com emergências, de forma que a violência não seja pensada como um caminho "natural" para lidar com os problemas.

Enfim, em 2020, reativou-se a discussão sobre o papel do sistema penal e suas promessas frustradas, abrindo uma nova chance para o abolicionismo penal ser pensado com seriedade. No seio norte-americano, o movimento que se seguiu a partir de maio se concentrou sobretudo no "abolicionismo policial", todavia, tal discussão deve ser entendida como apenas uma das partes de um movimento maior.

O debate é de longa data, mas o momento indica uma situação propícia para novos diagnósticos e novas iniciativas; há um estado de saturação[3]. É pre-

2. "Depois que cada vídeo de um assassinato policial se torna viral, reformas populares começam a circular: banindo estrangulamentos, investindo em policiamento comunitário, diversificando departamentos – nenhum dos quais teria salvado Floyd ou a maioria das outras vítimas policiais" (PURNELL).

3. "Este é um momento extraordinário. Nunca experimentei nada como as condições que estamos vivendo atualmente, a conjuntura criada pela pandemia Covid-19 e o

ciso aproveitar a chance e ampliar o debate, por isso, vale recordar um pouco o que se convencionou chamar de "abolicionismo penal". Uma vez feita essa ambientação, será a vez de demonstrar o que parecem ser os grandes desafios que os abolicionistas precisam enfrentar para aproveitar a situação e alcançar algumas conquistas.

2. Abolicionismos penais

> "Podemos dizer que o abolicionismo é uma bandeira sob a qual navegam barcos de distinto tamanho transportando distintas quantidades de explosivos. Enquanto à maneira em que deverão explodir, não há uma ideia única. Resumindo, não existe uma teoria abolicionista que abarque todas as características dos distintos enfoques abolicionistas do sistema de justiça penal." (DE FOLTER, 1989, p. 59.)

O abolicionismo penal é reconhecido como um movimento que passou a congregar estudiosos de vários cantos do planeta a partir da década de 1970. Surgidos os primeiros artigos e livros constituindo os contornos da ideia, o processo foi principalmente alavancado no ano 1983 pelo IX Congresso Mundial de Criminologia e pela criação da Conferência Internacional sobre Abolição da Prisão (ICOPA).

Cientistas com formações distintas começaram a se reunir inicialmente para pôr em debate os graves problemas das prisões, todavia, logo se deram conta de que era possível questionar bases mais profundas dos sistemas penais. Não por outro motivo, as conferências ICOPA[4] passaram já a partir de 1985 a ser chamadas de Conferência Internacional sobre Abolição Penal.

O nome "abolicionismo" era, acima de tudo, uma evidente referência ao movimento bem-sucedido de extinção da escravidão negra no século XIX, tendo em vista reativar na memória coletiva que outras instituições de dominação já foram tidas como insuperáveis no passado, bem como querendo promover a esperança de mais uma ruptura progressista (SWAANINGUEN, 1986).

---

reconhecimento do racismo sistêmico que se fez visível nestas condições devido às mortes desproporcionais nas comunidades negras e latinas. E este é um momento que não sei se alguma vez esperei experimentar." São as palavras de Angela Davis na entrevista concedida em 2020 (GOODMAN).

4. As Conferências ICOPA ocorrem com frequência bianual. Informações podem ser encontradas no *site*: [www.actionicopa.org/]. Acesso em: 20.12.2020.

Como bem se sabe, a década de 1960 foi muito propícia a novas formas de pensar a resistência política. Os movimentos *hippies* contra a guerra do Vietnam, o maio de 1968 francês e as lutas contra as ditaduras na América Latina fizeram balançar diferentes visões sobre o *status quo*, ambientando um novo ciclo de contestação.

Mais especificamente, a discussão em torno das prisões ascendia influenciada pela criação dos muitos grupos de apoio a encarcerados na Europa, assim como pelo debate profícuo do movimento antimanicomial liderado por Laing e Basaglia. Muitos livros também foram fundamentais para que o encarceramento fosse posto em questão, valendo destacar especialmente *Manicômios, prisões e conventos* (GOFFMAN, 2007) e *Vigiar e punir* (FOUCAULT, 2010a).

Ampliando o foco, pesquisadores se viram entrando em confronto com vários pontos de sustentação da justiça penal, a partir de várias matrizes de pensamento, construindo diferentes propostas. É fato que os autoproclamados abolicionistas não tinham uma única linha de pensamento, não podendo ser pensados como um bloco teórico coeso.

Para confirmar isto, não é preciso ir muito longe. Uma breve análise dos autores mais famosos é suficiente: Thomas Mathiesen, Nils Christie, Louk Hulsman. A tríade de professores acabou se destacando na cena abolicionista, sendo reproduzidos como ícones em todos os grandes livros de criminologia.

Mathiesen pode ser reconhecido como responsável pela primeira grande obra do movimento: *Políticas de Abolição*. Publicado pela primeira vez em 1974, o livro traz uma abordagem propositiva, preocupando-se principalmente em elaborar trajetos rumo à abolição. Dedica-se pouco à criação de diagnósticos, concentrando-se em pensar de forma "inacabada" os veículos de "contradição competitiva" com a justiça penal. É a construção de estratégias rumo à abolição, acreditando na somatória de reformas (negativas) e medidas revolucionárias. Para tanto, dá como exemplo a criação do KROM na Noruega (da qual ele mesmo fez parte) e defende a pavimentação de alterações estruturais profundas a médio e longo prazo (MATHIESEN, 2015).

Por sua vez, Christie prefere um caminho mais dedicado a questionar os pressupostos das teorias do crime e da pena. Isto pode se ver em seu primeiro escrito de maior destaque no seio abolicionista, o artigo *Conflito como propriedade*, de 1977, no qual ele traz um debate sobre como o Estado "rouba" os conflitos das pessoas envolvidas, excluindo a vítima e objetificando o acusado (CHRISTIE, 1977). O autor norueguês mostra como o modelo penal segrega as pessoas e as torna mais inaptas a resolver seus conflitos por si mesmas, por isso, defende formatos que possam permitir a atuação de pessoas leigas e nos quais se dê

preferência pela resolução direta das contendas. Como se pode confirmar em suas obras posteriores, o autor não era de todo contrário à justiça penal, acreditando em seu uso dentro de limites mais rígidos (CHRISTIE, 2017).

O holandês Hulsman faz uma abordagem filosófica, podendo-se perceber isto em seu principal escrito *Penas Perdidas*, lançado em 1982. Na obra, ele ataca as grandes ficções conceituais do Direito Penal, defende uma mudança radical das nomenclaturas para fugir do simbólico criminal instituído, resgata a existência de períodos históricos em que a pena não era a forma preferencial de resolução de conflito e, por fim, preza por modelos diversos de resolução (HULSMAN *et al.*, 1993).

Fica então evidente como as abordagens dos "pais abolicionistas" eram diferentes, valendo ressaltar que tal pluralidade de enfoques é ainda maior se acrescentados outros nomes relevantes. Pelo momento, considerando que o episódio de deflagração do abolicionismo em 2020 vem dos EUA, parece interessante ainda acrescentar a abordagem da representante abolicionista mais famosa do país: Angela Davis.

Depois de um período de formação junto a Herbert Marcuse na famosa Escola de Frankfurt, Davis retorna aos EUA e começa a se destacar na luta política com foco racial. Um fato político logo marca sua história: por ser militante do partido comunista e dos Panteras Negras, é demitida de seu cargo de professora da Universidade de Los Angeles (UCLA). Não tardou para que percebesse que a batalha contra as injustiças de classe e raça estavam diretamente conectadas com a atuação da justiça penal, a qual vinha desde a década de 1970 inflando progressivamente os números de presos no país (BAKARE).

A filiação de Davis ao movimento abolicionista veio de forma natural, porém, trazendo em especial essa conexão com o debate sobre o racismo. Encontrando a abertura teórica que sempre foi a marca dos abolicionismos, ela traz para a já propagada desarticulação entre crime e pena o debate sobre o poder racial, conectando um novo elemento ao fluxo de crítica da "ontologização" do crime e de questionamento do papel político das punições.

Em outras palavras, na esteira do que já faziam outros abolicionistas e criminólogos críticos, traz ao debate o quanto o imaginário social e a teoria jurídica oficial da pena estão atrelados a uma suposta resposta a condutas socialmente nocivas, quando, em verdade, o vetor fundamental é perceber a seletividade econômica e racial que opera nas práticas punitivas, ou seja, a justiça penal não atua na proteção igualitária de todos; ela promove a preservação e o aumento das estruturas de desigualdade (DAVIS, 2006, p. 105).

Para a autora norte-americana, entender a consolidação da justiça penal e das prisões ao longo dos últimos séculos nos EUA só é possível se conectada à herança escravista. Influenciada pelos escritos de Du Bois, sua luta contra a lógica penal sempre está conectada com a projeção de novas instituições e recursos que possam modificar o estado de coisas em relação à comunidade negra, de maneira a reverter as condições segundo as quais é construída a clientela penal preferencial (DAVIS, 2005, p. 44-45).

Assim sendo, para compreender a formação do atual complexo industrial de prisões, considera fundamental trazer as condições sociais que fazem com que certas comunidades estejam mais suscetíveis ao aprisionamento. Ressalta como a ideia de "devido processo legal" é um mecanismo de justificação formal dos caráteres racista e classista da população encarcerada, pois o discurso jurídico não se importa com o histórico das condições que levaram às práticas desviantes (DAVIS, 2005, p. 43).

Segundo sustenta, a ideia de democracia que é corrente em seu país desconsidera, quando cai no seio penal, as condições de acesso à educação, se a pessoa viveu sob condições de miséria financeira, se sua família foi vítima de desemprego, se políticas de bem-estar social cortados pelo governo geraram efeitos catastróficos sobre a vida do criminoso. A "cegueira" judicial é um veículo essencial de preservação da máquina punitiva.

Vale lembrar que a sensibilidade de Davis com relação à questão penal também veio de uma experiência pessoal, pois esteve presa durante 16 meses por suspeita de viabilizar uma arma de fogo para prática criminosa de um amigo. Segundo a autora, esse foi o momento de uma virada teórica interessante, pois até então ela vinha se dedicando mais à luta em defesa dos presos políticos. A partir desse momento, ela vê que o engajamento contra as prisões precisava ser mais complexo, pois mesmo as condenações ditas "não políticas" eram inevitavelmente decorrentes de processos sociais de exclusão (DAVIS, 2005, p. 48).

Seguindo na linha de Du Bois, pensa que a luta pela abolição das prisões deve se valer da perspectiva da "democracia da abolição", de modo que sejam criadas instituições sociais para promover uma substancial alteração dos problemas que estão na raiz das desigualdades que levam às práticas delituosas. Assim agindo, crê que a comunidade um dia irá tornar as prisões obsoletas.

Conforme a história registra, no contexto que a abolição da escravidão se deu, a liberdade das pessoas negras não veio acompanhada do acesso aos recursos materiais que poderiam promover para elas uma vida realmente nova e livre. A permanência e até o crescimento das prisões estão diretamente ligados a esse fator,

de maneira que não se pode pensar na extinção das prisões sem que novas condições sejam criadas para essas comunidades (DAVIS, 2005, p. 45).

A trajetória teórica de Davis demonstra essa preocupação prática de militância, não sendo pertencente a um abolicionismo meramente de diagnóstico. Não por acaso, sua obra mais famosa é finalizada com um capítulo de endereçamentos de alternativas, em que se pode notar um olhar tático apontando basicamente cinco propostas: 1) pensar as alternativas não como um único sistema que viria substituir as prisões; 2) remover o aspecto ideológico da prisão, que está inserido nas escolas, no sistema de saúde e nas relações sociais; 3) focar em processos de descriminalização; 4) desenvolver estratégias para minimizar a violência doméstica contra a mulher; 5) privilegiar medidas reparatórias, ao invés de punitivas (DAVIS, 2003, p. 106-114).

Segundo defende, é preciso ressaltar que o modelo de justiça penal foi desenvolvido altamente centrado na prisão, prometendo resolver todos os maiores conflitos sociais com uma única e simples medida. O grande fiasco da prisão/punição está ligado ao fato de que é impossível querer solucionar tantos problemas distintos a partir de uma única fórmula e, mais do que isso, essa falsa promessa acaba gerando um condicionamento do imaginário social para que se busque medidas simplificadoras de algo que é inevitavelmente complexo: a conflitividade social. Logo, pensar o abolicionismo não é buscar outra medida unitária que viria simplesmente substituir o penal.

Como o sistema penal se encontra enraizado na cultura atual, Davis ainda considera fundamental propor que trabalhemos pela desconstrução do ideal punitivo inserido nas demais instituições sociais. A justiça penal não é uma ilha; ela depende do suporte de muitas outras práticas que a fazem parecer racional e desejável.

Adiante, invoca a importância de se iniciar um processo de descriminalização, retirando do sistema penal a possibilidade de continuar atuando sobre certas condutas. Dá como exemplos a necessidade de paralisar a atuação punitiva sobre tráfico e uso de drogas, trabalho sexual e atos relativos à imigração ilegal.

Entretanto, ressalta que em certos casos a descriminalização deve vir imediatamente conectada com medidas que permitam novos suportes do Estado. É o caso da violência doméstica, pois a situação de vulnerabilidade da mulher numa sociedade patriarcal demanda outras ferramentas que possam de imediato fornecer segurança.

Além disso, faz coro com inúmeros outros abolicionistas que têm defendido uma progressiva derrocada das medidas punitivas em favor de medidas

reparatórias. Ao invés de apoiar um formato que crê na imposição de sofrimento como resposta para prevenir violências, crê na necessidade de invocar um modelo que seja mais próximo da justiça cível, prezando por formas melhores de favorecer as vítimas de crimes.

Por fim, Davis faz questão de frisar que toda e qualquer proposta de alternativa ao sistema penal/prisional deve partir da situação atual de racismo, dominação masculina, homofobia, preconceito de classe e demais estruturas de dominação. Sem a real consciência de como esses vetores de poder operam, é impossível tecer vias seguras de um abolicionismo renovado (DAVIS, 2003, p. 108).

De posse desse conjunto de análises robustas sobre a história das prisões e dos mecanismos políticos de criminalização, o abolicionismo de Davis se torna dos mais relevantes na atualidade, precisamente porque nunca perde a consciência de que os diagnósticos devem vir conectados com propostas. Tanto é que, ao ser perguntada no ano de 2020 sobre o que aconselharia ao crescente movimento *Black Lives Matter*, disse que "a coisa mais importante, do meu ponto de vista, é começar a expressar ideias sobre o que podemos fazer a seguir" (BAKARE).

A potência de uma intelectual do porte de Angela Davis obviamente tem dado origem a inúmeros movimentos e fomentado a multiplicação de pensadores abolicionistas no solo norte-americano. Entre eles, mais recentemente, vale destacar o engajamento de Bernard Harcourt, professor da Columbia University.

Depois de muitas obras dedicadas aos problemas da justiça penal, Harcourt publicou a obra *Crítica e práxis* no ano de 2020, afirmando-se expressamente vinculado ao pensamento de Davis e ao paradigma abolicionista. Tendo atuado como advogado de pessoas condenadas à pena de morte, ele agora diz que ampliou sua lente para encampar a luta contra o paradigma punitivo[5].

O professor afirma que é fundamental pesquisar maneiras de evitar a punição estatal e as condutas que atualmente as provocam. Argumenta pelo fim do

5. "Hoje, abordo minha práxis como um abolicionista, não apenas da pena capital, mas também do sistema prisional e, mais amplamente, de nossa sociedade punitiva. Eu me engajo em minha práxis em diálogo com os escritos abolicionistas convincentes de teóricos críticos brilhantes como Amna Akbar, Angela Davis, Ruth Wilson Gilmore, Allegra McLeod e Dorothy Roberts. Conversando com esses escritos e, claro, com os de Foucault sobre a prisão e a governamentalidade, mudei a forma como entendo e me envolvo na práxis. No contexto da pena de morte, eu gravitei longe do foco mais limitado na inadequação do conselho e em direção a uma ética mais ampla da abolição; mas, além disso, passei a abraçar a abolição do paradigma punitivo de governar – este é agora o meu horizonte." (HARCOURT, 2020, p. 554.)

modelo de contrainsurgência que alimenta sobretudo o sistema penal norte-americano, apelando por uma sociedade que opere mais em um paradigma educacional ou de bem-estar (HARCOURT, 2020, 554).

Não por outro motivo, no momento de escolher o tema ao qual seria dedicado seu famoso seminário 13/13 do ano letivo 2020/2021, o abolicionismo ganhou sua vez. Igualmente tomando como base a famosa obra de Du Bois e a história do movimento de abolição da escravidão negra, Harcourt decidiu explorar os diversos argumentos que corroboram para a abolição em muitas dimensões[6].

Portanto, o movimento abolicionista iniciado na década de 1970 parece ganhar novo fôlego no ano de 2020, sendo necessário que resgate seus escritos históricos e atualize suas análises. Uma coisa é certa: a despeito da já mencionada ausência de uniformidade nos argumentos e propostas, uma leitura dos principais nomes do abolicionismo penal remete a certas conclusões do que o movimento certamente não é.

O abolicionismo não é uma utopia inocente que crê no fim dos esforços pela segurança pública e no fim da responsabilização das condutas danosas. Daí parecem despontar os três maiores desafios que o ressurgimento do abolicionismo (na cena acadêmica e na cena militante) precisa enfrentar. É preciso provar que o formato penal não é o único possível, demonstrar que é possível construir novos instrumentos para atender melhor os anseios de paz e justiça.

3. Três desafios para o presente

É fundamental, portanto, apresentar argumentos convincentes sobre as possibilidades abolicionistas. Aproveitar a oportunidade que 2020 traz à tona demanda um tanto de esforço e um tanto de criatividade, por isso, devemos pautar alguns desafios que podem endereçar uma nova leva de pensadores críticos rumo a um modelo pós-penal.

Para a maioria das pessoas, até o presente momento, o abolicionismo penal parece ser um daqueles sonhos irrealizáveis. Muitos reconhecem a maravilha que seria um mundo sem prisões e polícias, entretanto, permanecem no pessimismo dos limites do mundo "real". É que o modelo penal não constitui puramente um conjunto de aparatos, instituições e agentes, ele é igualmente uma forma de enxergar o mundo e as relações. É um saber-poder (FOUCAULT, 2010b, p. 271).

6. Abolition democracy. Disponível em: [http://blogs.law.columbia.edu/abolition1313/]. Acesso em: 26.12.2020.

Tal ceticismo não é exclusividade do pensamento conservador; mesmo muitos autores da margem "crítica" não conseguem ver além do modelo penal. É curioso perceber como lados que se dizem tão opostos estão em consenso quando se trata do modelo penal, esquerda e direita demonstram grande insatisfação com a ineficiência do sistema, todavia, parecem não conseguir pedir algo além do que reformas penais. O formato é tido como pressuposto[7].

Ainda hoje, para uma boa parcela dos envolvidos com as ciências criminais, o abolicionismo é mais visto como uma espécie de militância do que como ciência. Há uma sensação de que os abolicionistas possuem uma "debilidade teórica", ou seja, que seriam meros "agitadores" com escassez de parâmetros técnicos[8].

Se é verdade que o caminho crítico deveria levar os estudiosos inequivocamente ao abolicionismo, para uma larga parte dos pesquisadores, o abolicionismo continua sendo desinteressante[9]. É evidente que tal estagnação decorre de um descrédito; isso parece ser resultado de um fatalismo que assola também parcela significativa dos progressistas. Então, como destravar o abolicionismo? Como retirá-lo da lista de utopias impossíveis? (SCOTT *et al.*, 2016, p. 11; SCOTT, 2013).

Em resposta a essas perguntas parecem surgir dois grandes desafios que os abolicionismos precisam enfrentar hoje, a fim de dar nova credibilidade ao movimento. Não basta criticar o *status quo*, é preciso vislumbrar formas novas de lidar com os problemas, soa essencial uma criatividade propositiva. Primeiro, precisamos invocar uma segurança pública sem os atuais problemas da violência policial. Segundo, cabe demonstrar que é possível se pensar em segurança pública mediante o uso de formas prioritariamente não punitivas de responsabilização.

Atendendo ao primeiro chamado, muitos autores têm debatido como é possível enfrentar com seriedade os problemas recorrentes da violência institucional.

7. "O que me impressionou não foi apenas o quão caro, ineficaz e racialmente preconceituoso ele é, mas como é difícil encontrar alguém, liberal ou conservador, que defenda o status quo. Mas também como nossa condição se tornou pressuposta." *The Marshall Project*. Disponível em: [www.themarshallproject.org/]. Acesso em: 05.01.2021.

8. "Apesar de sua suposta debilidade teórica, todos os criminólogos mundiais viram-se obrigados então a aceitar ou confrontar as ideias simples destes pensadores, que têm mais de agitadores culturais a partir de parâmetros morais, que de parâmetros técnicos." (ANITUA, 2012, p. 7.)

9. "Começamos o curso desses discursos lembrando, com Anitua, Zaffaroni e Foucault, o confisco do conflito, a Inquisição, a centralização da Igreja Católica e do Estado no processo que se instaurava de acumulação de capital. Quem percorreu esse caminho crítico, fatalmente será um abolicionista." (BATISTA, 2011, p. 111.)

Se o corpo de proteção ostensivo da sociedade foi idealizado como forma de fortalecer a segurança geral da população, também não foram poucos os registros da violência praticada pela própria instituição (ZACCONE, 2015).

Se o debate norte-americano tem focado na abolição policial[10], conforme já demonstrado no item 1, a discussão em outros países acabou ficando mais propriamente no campo da desmilitarização. É o que podemos ver com relação ao Brasil, país em que a segurança ostensiva é tradicionalmente papel das polícias estaduais militares (VIANNA; SILVEIRA, 2013; MILANEZ, 2014; SILVA *et al.*, 2016; FELITTE, 2017).

Um grande ponto para reativar o pensamento abolicionista hoje deve ser a elaboração de propostas para lidar com o problema policial. Enfim, é possível construir uma sociedade segura sem um corpo institucional de segurança? Sendo necessária uma instituição, é necessário que ela seja estatal ou ela pode ser gerida diretamente pela população? Esta instituição precisaria de que tipo de treinamento e aparatos? São perguntas como estas que demandam nossa criatividade no presente momento.

Mas não é só, o segundo grande desafio do abolicionismo parece ser uma séria reflexão sobre a real necessidade das punições e sobre a possibilidade da justiça se utilizar de outras ferramentas, sobretudo as de contenção direta e de reparação. Não basta criticar as punições, é preciso mostrar que há alternativas reais.

Nesse contexto, surgem autores questionando até que ponto já não temos uma boa solução numa velha conhecida: a justiça cível. Para alguns, o modelo de direito civil tem funcionado com eficácia e poderia tomar o lugar progressivamente, num processo de "civilização" da justiça penal (SWAANINGEN, 1986, p. 16-17; CORNWELL, 2013).

O questionamento seria: até que ponto as reparações já são suficientes para prevenir condutas indesejáveis e criar uma confiança na segurança social? Sendo robustos os indicativos da ineficiência das penas em alcançar o fim preventivo[11],

10. Para mais informações sobre abolicionismo policial, há uma boa coletânea de textos oferecido pelo *site The Marshall Project*. Disponível em: [www.themarshallproject.org/records/48-policing]. Acesso em: 04.01.2021. Vale também conferir o trabalho feito pelo coletivo Critical Resistance. Disponível em: [http://criticalresistance.org/cr_abolish-policing-toolkit_2020/]. Acesso em: 06.01.2021.

11. "Eu notei que existem vários motivos pelos quais é possível esperar que a punição alcance seu propósito – reabilitação, incapacitação e prevenção – mas eu também notei dois pontos adicionais: primeiro, que existe um número de razões para questionar quanto efetiva uma punição é ou pode ser em termos de reabilitação, incapacitação ou

há ainda que se considerar que as punições trazem inúmeros outros inconvenientes, decorrentes do fato de serem essencialmente formas de imposição de sofrimento (LEMOS, 2019, p. 127-170).

Um outro caminho propositivo contra as punições tem sido o apelo por resolução direta entre as partes. Suplantando o ímpeto tipicamente penal de substituir a voz das partes pela voz de um representante do Estado, muitas iniciativas têm acreditado num promissor retorno das mediações e do consenso.

Sem desconsiderar os riscos de uma gestão direta em meio a uma sociedade altamente permeada por punitivismos (BIANCHI, 1986), muitos têm acreditado na necessidade de incentivar resoluções não padronizadas pelo Estado, na busca por modelos nos quais a comunidade enfrente seus próprios problemas e encontre caminhos de pacificação que atendam melhor aos interesses das pessoas envolvidas.

Na linha de Williams (2006, p. 26-32), seria viável incentivar a criação de justiças comunitárias, com estruturas mais próximas dos conflitos, mais flexíveis e informais, focados em servir principalmente as vítimas, o agressor e seus familiares. Nestes sistemas, o fundamental é o engajamento da comunidade do entorno no processo decisório e no fornecimento de serviços, de maneira a favorecer a satisfação dos envolvidos com a resolução alcançada, fugindo da institucionalização e burocratização.

Entretanto, de todas as iniciativas surgidas tendo em vista um questionamento do modelo decisório punitivo, nenhuma outra tem alcançado tanta expressão como a justiça restaurativa. Muitos pesquisadores já têm demonstrado com grande qualidade as conquistas das primeiras iniciativas nesse sentido, indicando os benefícios de um modelo que presa pelo diálogo e busca de consenso na resolução de conflitos, seja de qual for a gravidade (GIAMBERARDINO, 2015; SICA, 2007; PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, BRAITHWAITE, 2002).

Esses estudos vêm endereçar perguntas tais como: realmente precisamos das punições para reduzir condutas indesejáveis? Um modelo de segurança público baseado nas punições não representa um sistema social baseado na ameaça e na dor? Os efeitos negativos das punições compensam os possíveis efeitos positivos? Os demais sistemas já existentes não seriam suficientes para auxiliar no processo de construção social da paz?

---

prevenção; segundo, que nenhuma destas formas de prevenir danos requer o uso da punição. Então uma questão que nós deveríamos agora revisitar é: podem esses meios de prevenção de dano ser utilizados tão efetivamente quanto o uso da punição? Se sim, então a tentativa de justificar a punição está destruída." (ZIMMERMAN, 2011, p. 166.)

Um importante âmbito propositivo abolicionista tem surgido das novas políticas concernentes às drogas, há marcantes mudanças internacionais recentes no sentido de superar modelos punitivos proibicionistas. São exemplos o uso lúdico da *cannabis* em vários estados americanos, país que é a fortaleza do proibicionismo, recentes avanços de clubes canábicos em vários países europeus, leis não punitivas do uso em Portugal, com a descriminalização de todas as drogas, e muitas outras alternativas que surgem nos diferentes quadrantes do mundo.

Uma mudança radical da estratégia proibicionista parece ser indispensável. Isso não significa uma renúncia a toda possibilidade de controle das drogas. Ao contrário, significa fazer com que o Estado Democrático de Direito possa exercer seu firme papel indutor para impedir que a saúde das pessoas seja prejudicada. A sociedade continuará a exercer sua função de controlar eficazmente a produção, o transporte, a comercialização e o uso das substâncias perigosas. Tal controle se faz com pleno respeito aos direitos individuais dos cidadãos, sua personalidade, bem como privacidade.

Isto pode se dar por uma liberalização progressiva que há de levar a uma superação da forma punitiva. Junto com imprescindíveis programas gerais de prevenção de riscos e danos, o sistema deve caminhar para um controle administrativo das drogas, como aquele que já existe com medicamentos. Um único regime jurídico pode ser implantado, sem se prescindir de medidas mais imediatas como a descriminalização de drogas leves. A esse processo, se dá o nome de *normalização* (DE LA CUESTA, 2003, p. 22; DE LA CUESTA, 2010, p. 226; SOTO, 2006, p. 162-163; ARANA, 2005, p. 131).

O complexo programa de normalização do sistema de drogas prevê políticas descriminalizadoras de todos os usuários, quando não descarcerizadoras ou despenalizadoras. Esse processo contempla, por exemplo, a retirada do processo judicial da esfera dos juízes. Por esse procedimento, chamado pela doutrina criminológica de *diversion*, um órgão encarregado fora do Poder Judiciário passa a aplicar medidas extrapenais para avaliação de condutas cuja repressão não é suficientemente grave para ser feita pelo sistema de controle judicial. Com isso, evitam-se um processo estigmatizante e as consequências secundárias inerentes ao processo criminal. Esse procedimento foi adotado por Portugal e transferiu a existência de uma via punitiva para um caminho alternativo não repressor, constituindo-se em grande exemplo de abolição penal.

Enfim, apresentados esses dois grandes desafios, é possível que o debate abolicionista ganhe volume se encará-los com seriedade. O processo de sensibilização sobre os inúmeros problemas penais deve vir sempre em compasso com uma preocupação de construir novas possibilidades, novas realidades, novos contextos.

Acima de tudo, os abolicionismos devem ser encarados não como uma meta final, mas como um caminho. O abolicionismo é meio, o abolicionismo não é fim[12]. Não podemos continuar esperando que as pessoas e o mundo se tornem perfeitos para que consigamos suplantar um modelo produtor de violência e segregação. A construção de um modelo pós-penal é propriamente um percurso para favorecer a formação de um novo tipo de sociedade.

Precisamos encarar o fato de que segurança social é o resultado de um processo histórico complexo, de maneira que qualquer tentativa isolada se transforma em fraca e incompleta. Não se trata, ao fim, de simplesmente substituir a justiça penal por uma outra que traga as mesmas pretensões, é preciso pensar a segurança como um processo que está conectado com saúde, transporte, alimentação, boas condições de vida, igualdade social, entre outros fatores.

Nas palavras de Angela Davis: "creio que estes ataques às estátuas representam uma tentativa de começar a pensar no que temos que fazer para derrubar as instituições e voltar a visualizá-las, reorganizá-las, criar instituições que possam atender as necessidades de todas as pessoas" (GOODMAN). Isso significa dizer: o processo abolicionista não pode ser uma bandeira isolada, ele representa um ideal coletivo que crê na capacidade humana de união e de pensar o novo, pensar e construir sociedades melhores superando violências (individuais e institucionais).

Por fim, vale indicar que os abolicionismos penais decorrem da capacidade humana de se reinventar e de encontrar soluções criativas para os problemas do convívio social. Divorciados das teorias políticas pessimistas, que querem nos fazer crer numa natureza humana eternamente violenta, os abolicionismos são rotas de fuga para a produção de uma nova aposta no social. Que este resgate crítico aquecido no ano dramático de 2020 possa representar uma nova onda, ainda mais efetiva, de modificações no cenário penal.

4. Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

12. "Em segundo lugar, a abolição do complexo industrial carcerário é mais propriamente pensada como uma metodologia do que como um destino, portanto, neste caso, a abolição seria o processo de se mover em uma direção ao invés do próprio mapa." Eis um trecho da entrevista concedida por Rachel Herzing (CINEAS).

ANITUA, Gabriel Ignacio. Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena. In: Maximiliano E. Postay (Org.). *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

ARANA, Xabier. Cannabis: normalización y legislación. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.*San Sebastián, n. 19, p. 121-138, 2005.

BAILEY, Holly. *Minneapolis City Council votes to cut millions from police budget amid record crime rates*. Disponível em: [www.washingtonpost.com/national/minneapolis-city-council- votes-to-cut-billions-from-police-budget-amid--record-crime-rates/2020/12/10/af3f14ee-3a8c-11eb-bc68-96af0daae728_story.html]. Acesso em: 27.12.2020.

BAKARE, Lanre. *Angela Davis: "We knew that the role of the police was to protect white supremacy"*. Disponível em: [www.theguardian.com/us-news/2020/jun/15/angela-davis-on-george-floyd-as-long-as-the-violence-of-racism-remains-no-one-is-safe]. Acesso em: 27.12.2020.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. *British Journal of Criminology*, v. 17(1), p. 1-15, 1977.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor*: o papel da punição na Política Criminal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CINEAS, Fabiola. *What the public is getting right – and wrong – about police abolition*. Disponível em: [www.vox.com/21529335/abolish-the-police-movement]. Acesso em: 30.12.2020.

CORNWELL, David. Justice and punishment: myths, mercy and anglo-saxon attitudes. In: CORNWELL, D.; BLAD, J.; WRIGHT, M. (Orgs.). *Civilising criminal justice*: an international restorative agenda for penal reform. UK: Waterside Press, 2013.

DAVIS, Angela. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.

DAVIS, Angela. *Abolition democracy*: beyond empire, prisons, and torture. New York: Seven Stories Press, 2005.

DAVIS, Angela. Racialized punishment and prison abolition. In: LOTT, Tommy L.; PITTMAN, John P. (Org.) *Blackwell Companions to Philosophy*: a companion to Africa-American philosophy. New York: Blackwell publishing Ltd., 2006.

DE FOLTER, Rolf S. Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: SCHEERER, Hulsman; STEINERT, Christie;

DE FOLTER, Mathiesen (Orgs.) *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

DE LA CUESTA, José Luis. ¿Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico-penal. In: *Drogas, Sociedad y Ley: avances en drogodependencias*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

DE LA CUESTA, José Luis. La "normalisation" des drogues dans un état social et démocratique de droit. In: CESONI, Maria Luisa; DEVRESSE, Marie-Sofhie (Orgs.) *La détention de stupéfiants entre criminalisation et décriminalisation*. Academic Press Fribourg, 2010.

FELITTE, Almir Valente. Desmilitarização das polícias: considerações sobre a PEC-51 e a reforma do sistema de segurança pública brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 130, p. 23-45, abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2010a.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010b.

HARCOURT, Bernard E. *Critique & Praxis* – A Critical Philosophy of Illusions, Values, and Action. New York: Columbia University Press, 2020.

GOODMAN, Amy. *Angela Davis: momento que vivemos com discussão racial nos EUA é "extraordinário"*. Disponível em: [https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/mundo/65611/angela-davis-momento-que-vivemos-com-discussao-racial-nos-eua-e-extraordinario]. Acesso em: 03.01.2021.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa*: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

KABA, Mariame. *Yes, We Mean Literally Abolish the Police*. Disponível em: [www.nytimes.com/2020/06/12/opinion/sunday/floyd-abolish-defund-police.html]. Acesso em: 23.12.2021.

LEMOS, Clécio. *Foucault e a Justiça pós-penal*: críticas e propostas abolicionistas. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

LUSSENHOP, Jessica. *George Floyd death: Why has a US city gone up in flames*. Disponível em: [www.bbc.com/news/world-us-canada-52854037]. Acesso em: 29.12.2020.

MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition revisited*. Londres: Routledge, 2015.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. A desmilitarização da polícia: elementos transdisciplinares para a afirmação de uma lógica policial constitucional. *Revista Justiça e Sistema Criminal*: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 143-160, 2014.

MILMAN, Oliver. *Minneapolis pledges to dismantle its police department – how will it work?* Disponível em: [www.theguardian.com/us-news/2020/jun/08/minneapolis-city-council-police-department-dismantle]. Acesso em: 28.12.2020.

OSTERWEIL, Vicky. *Burning Down the 3rd Police Precinct Changed Everything*. Disponível em: [www.thenation.com/article/activism/police-precinct-minneapolis/]. Acesso em: 20.12.2020.

PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PURNELL, Derecka. *How I Became a Police Abolitionist*. Disponível em: [www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/07/how-i-became-police-abolitionist/613540/]. Acesso em: 03.01.2021.

SCOTT, David. Visualising an Abolitionist Real Utopia: Principles, Policy and Praxis. In: Malloch et al. (Eds.). *Crime, Critique and Utopia*. Londres: Palgrave Macmillan, 2013.

SCOTT, David; BELL, Emma. Reawakening Our Radical Imaginations: Thinking realistically about utopias, dystopias and the non-penal. *Justice, Power and Resistance Foundation*, v., p. 11-32, sept. 2016.

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

SILVA, Gabriela Galiza e; GURGEL, Yara Maria Pereira. A polícia na Constituição Federal de 1988: apontamentos sobre a manutenção de um órgão militarizado de policiamento e a sua incompatibilidade com a ordem democrática vigente no Brasil. *Revista brasileira de segurança pública*, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 142-158, 2016.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Reflexões sobre a Desmilitarização e Unificação das Polícias Brasileiras. In: *IV Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUC-RS, 2013*. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUC/RS, 2013.

SOTO, Susana. Posibilidades legales con la actual legislación sobre cannabis: análisis de la situación actual y propuestas para su uso normalizado. In: *Cannabis*: salud, legislación y políticas de intervención. Madrid: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati/Dykinson, 2006.

SPERI, Alice; BROWN, Alleen; HVISTENDAHL, Mara. *The George Floyd killing in Minneapolis exposes the failures of police reform*. Disponível em: [https://theintercept.com/2020/05/29/george-floyd-minneapolis-police-reform/]. Acesso em: 28.12.2020.

SWAANINGEN, René van. What is abolitionism? An Introduction. In: BIANCHI, Herman; SWAANINGEN, René van. (Orgs.). *Abolitionism*: towards a non-repressive approach to crime. Amsterdam: Free university Press, 1986.

USHER, Barbara Plett. *George Floyd death: A city pledged to abolish its police. Then what?* Disponível em: [www.bbc.com/news/world-us-canada-54665665]. Acesso em: 28.12.2020.

VIANNA, Túlio. *Desmilitarizar e unificar a polícia*. Disponível em: [https://revistaforum.com.br/revista/desmilitarizar-e-unificar-a-policia/]. Acesso em: 02.01.2021.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZIMMERMAN, Michael. *The immorality of punishment*. Toronto: Broadview, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A perspectiva abolicionista, de Sebastian Scheerer – *RBCCrim* 160/407-430 (DTR\2019\40707);
- As plantas do jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário, de Luciano Oliveira – *RBCCrim* 129/285-320 (DTR\2017\384);
- Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa, de Ilton Garcia da Costa, Eluane de Lima Corrales e Gabriele Delsasso Lavorato Manfré – *RBCCrim* 170/143-162 (DTR\2020\8328); e
- Tutela (estrutural) do direito e o caso George Floyd: lições da corte constitucional colombiana, de Marcus Aurélio de Freitas Barros – *RDCI* 124/189-209 (DTR\2021\3447).

Comentário de Jurisprudência

O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal

Eyewitness identification based on HC 598,886/SC: an analysis of the legal consequences of not observing the due process

Luiz Antonio Borri

Mestre em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR. Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUC-PR – *Campus* Maringá. Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IGC-Coimbra e IBCCRIM. Graduação em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – *Campus* Londrina (2011). Professor de Direito Penal da Unicesumar (Londrina). Professor da Especialização em Direito Penal e Processo Penal Econômico da PUC-PR e da Especialização EAD em Direito Penal e Processo Penal da FACNOPAR. Advogado – Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-7649-1270]
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1414046440611495]
luiz@advocaciabittar.adv.br

Gustavo Noronha de Ávila

Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Unicesumar. Professor da PUC-PR (*Campus* Maringá). Bolsista Produtividade do ICETI.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7239-1456]
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4220998164028087]
gusnavila@gmail.com

Autores convidados

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de examinar o entendimento fixado pelo STJ no HC 598.886/SC. A decisão alterou a compreensão acerca do reconhecimento de pessoas realizado em descompasso com o art. 226 do CPP, passando a admitir a configuração de nulidade processual. No entanto, não restou assentada

Abstract: This paper aims to examine and understand the reasoning shown on the decision made by Brazilian's Federal Court on HC 598,886/SC. This precedent has changed the view on how eyewitness identification should be carried out in Brazil, establishing the annulment of the procedure if the rules expressed on the Article 226

Borri, Luiz Antonio; Ávila, Gustavo Noronha de. O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 179. ano 29. p. 331-352. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

se a nulidade é relativa ou absoluta. Por isso, pretende-se discutir (i) qual espécie de nulidade subsistiria pela violação ao art. 226 do CPP; (ii) a existência de ilicitude probatória pelo descumprimento de garantias processuais, mas especialmente pelas peculiaridades que circundam o meio de prova (dependente da memória).

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal – Nulidade – Ilicitude – Prova.

of Brazilian CPP are not observed. However, there are still serious doubts about the consequences of this interpretation. Therefore, it is intended to debut (i) what kind of nullity would persist due to the violation of art. 226, CPP; (ii) the existence of probative illegality due to non-compliance with procedural guarantees, but especially due to the peculiarities surrounding the evidence (dependent on memory).

Keywords: Eyewitness identification – Nullity – Illegality – Criminal evidence.

Sumário: 1. Contextualização do caso concreto. 2. Consequências do reconhecimento de pessoas realizado em descompasso com o art. 226 do CPP. 3. Sugestão para redução de dores: a declaração de ilicitude probatória. 4. Referências bibliográficas.

1. Contextualização do caso concreto

No dia 27.10.2020, ao julgar o HC 598.886/SC, a 6ª Turma do STJ, por unanimidade de votos, estabeleceu novos parâmetros para o reconhecimento de pessoas no Brasil, revisitando tema já consolidado no âmbito da jurisprudência da Corte que, até então, compreendia os procedimentos elencados no art. 226 do CPP como mera recomendação, cujo descumprimento não gerava consequências processuais.

Da análise dos autos, examinados mediante acesso à íntegra do processo virtual e ao acórdão disponibilizado no *website* do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que o caso concreto chegou ao Tribunal por petição elaborada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. No *habeas corpus,* pretendia-se o reconhecimento da absolvição de um dos pacientes e o reconhecimento da participação de menor importância em relação ao outro, os quais estavam condenados pelo crime de roubo (art. 157, § 2º, II, do CP) (e-STJ – fls. 03-28).

Os pacientes estavam condenados pelo Juízo de primeira instância a uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime semiaberto. Inconformados, manejaram recurso de apelação ao Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso. Contra esse acórdão, a Defensoria impetrou *habeas corpus*.

Essa constatação revela dois pontos interessantes e que, frequentemente, acabam esbarrando na denominada jurisprudência defensiva, mormente porque subsiste nos Tribunais compreensão de que é inviável a impetração de *habeas*

corpus em substituição ao recurso cabível[1] (na hipótese, seria adequada a interposição de recurso especial e/ou extraordinário).

O pleito de absolvição formulado no *writ* tinha por fundamento ser a condenação baseada exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado na fase extrajudicial e não confirmado em juízo. Afirmou-se, igualmente, descumprimento à normativa do art. 226 do CPP. Um ponto interessante trazido na impetração consistiu na afirmação de que duas vítimas admitiram que o autor do assalto teria 1,70 m de altura, enquanto o paciente possuía 1,95 m. Para ilustrar a divergência entre a narrativa da vítima e a estatura do paciente, o defensor público colacionou fotografia dos jogadores de futebol Lionel Messi (1,70 m) e Zlatan Ibrahimovic (1,95 m) na qual ambos se abraçavam durante uma partida, tornando mais nítida a divergência entre a pessoa relatada pelas vítimas e a estatura do paciente (e-STJ – fls. 08-09).

Essa afirmação das vítimas, na visão do impetrante, conduziria à fragilização do reconhecimento e da descrição do paciente. Em acréscimo, na petição, ressaltou-se haver disparidades entre detalhes do rosto captado pelas câmeras do local com o formato do nariz, queixo e cabelo e o perfil do paciente.

Ao enfrentar a matéria, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que a divergência entre a altura narrada pelas vítimas e o paciente "não afasta a credibilidade do reconhecimento feito no dia seguinte aos fatos, uma vez que as vítimas apontaram detalhes da face de Vânio, que estava com o rosto apenas parcialmente coberto"[2]. Ademais, a Corte Estadual ressaltou que "pequenas divergências nos relatos dos ofendidos em relação a detalhes da ação criminosa são perfeitamente compreensíveis, seja pelo período de tempo que transcorreu entre os fatos e a audiência, seja pelo trauma que esse tipo de crime causa nas vítimas"[3], referendando a condenação do juízo singular.

Na Corte Cidadã, o Ministério Público Federal lançou parecer pela denegação da ordem, sob o fundamento de que o reconhecimento pessoal, confirmado judicialmente, não constituía a única prova a sustentar a condenação, amparada

1. A divergência existente sobre o tema no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça foi consolidada no julgamento do HC 529.095/SC, pela 3ª Seção, no dia 28.10.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-out-29/stj-consolida-divergencia-inconciliavel-conhecimento-hc]. Acesso em: 01.11.2020.
2. TJSC, Apelação Criminal n. 0001199-22.2019.8.24.0075, de Tubarão, rel. Norival Acácio Engel, 2ª Câm. Crim., j. 02.06.2020.
3. TJSC, Apelação Criminal n. 0001199-22.2019.8.24.0075, de Tubarão, rel. Norival Acácio Engel, 2ª Câm. Crim., j. 02.06.2020.

também nas imagens das câmeras de segurança e, na visão do *Parquet,* nos depoimentos contraditórios e inconsistentes dos réus, os quais deixaram de produzir contraprova (e-STJ – fls. 650-660).

Como a impetração chegou à Corte no período do recesso e a Presidência do Tribunal não examinou a liminar, os autos foram encaminhados diretamente para parecer do Ministério Público Federal sem análise do requerimento de urgência. Por essa razão, posteriormente ao protocolo do parecer ministerial, a Defensoria Pública elaborou pedido de exame do pleito de liminar, apontando a iminência do início do cumprimento da pena pelo paciente (e-STJ – fls. 661-665).

A seguir, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz deferiu a liminar em relação ao paciente que questionava a fragilidade do reconhecimento realizado, justificando que "as instâncias ordinárias, ao que tudo indica, concluíram pela condenação do paciente Vânio com base, tão somente, em reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial e não corroboradas por outros elementos de provas" (e-STJ – fl. 672). O Julgador também acentuou que "as vítimas relataram que um dos autores do assalto teria altura de, aproximadamente, 1,70 m, sendo que, conforme documento constante dos autos, o paciente Vânio teria cerca de 1,95 m, discrepância que, ao menos *primo oculi*, reforça a fragilidade do reconhecimento fotográfico [...]" (e-STJ – fls. 672-673).

Em 21.10.2020, o *Innocence Project Brasil* formulou pedido de ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, tendo por objetivo contribuir para discussão e minimização de risco de condenações baseadas em reconhecimento equivocados, principal fonte de condenações errôneas, segundo informou no requerimento (e-STJ – fls. 695-699). No dia 26.10.2020, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa postulou seu ingresso no feito como *amicus curiae* (e-STJ – fls. 741-749), ressaltando possuir atuação com o escopo de contribuir para criar condições tendo em vista minimizar condenações arbitrárias, entre outras hipóteses, nos casos que versam sobre reconhecimento pessoal de suspeitos em desacordo com os ditames legais. Ambos os pleitos foram deferidos (e-STJ – fls. 730-731 e fls. 807-809).

Nesse contexto, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de *habeas corpus*, por unanimidade, absolvendo o paciente Vânio da Silva Gazola, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como reconheceu a participação de menor importância do segundo paciente, fazendo incidir causa de diminuição no patamar de 1/6. Ressalte-se que se busca examinar os fundamentos da decisão quanto ao paciente absolvido, considerando as fragilidades em torno do reconhecimento pessoal.

Do voto do Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, observa-se que a Corte assentou as seguintes conclusões: (i) o reconhecimento de pessoas deve observar o

procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; (ii) à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; (iii) pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; (iv) o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo[4].

Essas conclusões fixaram diretrizes gerais e apontam para importante mudança jurisprudencial no assunto, mas é relevante também apontar quais os fundamentos e elementos considerados pelo Ministro Relator para concluir pela viabilidade de concessão da ordem no caso concreto.

Em primeiro lugar, o julgador compreendeu ser nulo o elemento informativo consistente no reconhecimento formal do paciente, conduzindo à sua invalidade para sustentar a condenação[5]. Na sequência, assentou-se que, na jurisprudência da Corte, o reconhecimento produzido na fase inquisitorial exige a observância das formalidades legais e corroboração por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, com eventual admissão da imprestabilidade do meio de prova quando desrespeitada a exigência do art. 226 do CPP[6].

A seguir, o Ministro Relator passou a tecer considerações acerca da memória humana e sua relação com o processo penal, notadamente o tema das falsas memórias[7], admitindo que o reconhecimento "deve ser visto com muito cuidado, justamente em razão da sua alta suscetibilidade de falhas e distorções. Justamente por possuir, quase sempre, um alto grau de subjetividade e de falibilidade é que esse meio de prova deve ser visto com reserva"[8].

4. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 27.10.2020, *DJe* 18.12.2020.
5. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
6. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
7. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
8. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

Borri, Luiz Antonio; Ávila, Gustavo Noronha de. O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 179. ano 29. p. 331-352. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

O julgador examinou também as consequências do erro de reconhecimento, ressaltando que ele tem sido uma das principais fontes do erro judiciário, com a consequente prisão de inocentes, citando, inclusive, exemplos de casos nacionais[9]. Noutra passagem, cuidou-se do reconhecimento de pessoas e da seletividade do sistema penal. Nessa oportunidade, o Ministro mencionou relatório, de setembro de 2020, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que identificou a existência de 53 pessoas acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho nos últimos seis anos. Outro dado do relatório foi de que o perfil dos injustiçados, em sua grande maioria, é de pessoas negras, periféricas, pobres e de baixa escolaridade[10].

Feita essa análise envolvendo aspectos teóricos e casos nos quais o reconhecimento de pessoas foi fonte de injustiças e erro na realidade brasileira, o Ministro passou ao exame do caso concreto, salientando tratar-se de hipótese que se ajusta aos relatos de falhas e inconsistências no meio de prova[11]. No ponto, o Ministro salientou que "o paciente Vânio foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado e confirmado em juízo por somente uma das quatro vítimas acima referidas e sem que nenhuma outra prova (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) desse o mínimo amparo ao reconhecimento"[12].

Da mesma forma, observa-se que não houve clara delimitação pela autoridade policial dos critérios utilizados para chegar à fotografia do paciente, o que motivou a seguinte constatação do Ministro Relator:

> "na espécie, ainda que conste, dos autos, a informação de que foram examinadas as câmeras do estacionamento e perceberam que duas pessoas com vestimentas similares às dos assaltantes passaram no local horas antes, não há indicativo de que foi a partir dessas filmagens que se extraíram as fotografias que importaram no reconhecimento de um dos suspeitos, até porque estavam eles encapuzados, o que tornaria inócua ou, pelo menos, frágil a identificação de ambos apenas porque estavam com roupas parecidas – sequer descritas pela autoridade policial – com as dos autores do roubo."[13]

9. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
10. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
11. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
12. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
13. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

Ainda sobre esse tema, ao reproduzir excerto do depoimento de uma das vítimas, o Relator fez observações acerca da ausência de qualquer critério para alcançar-se à fotografia do paciente como possível autor do crime: "note-se que não se afirmou terem sido os réus reconhecidos pelo rosto, mas pela roupa". Tal circunstância "indica que as duas pessoas que estiveram antes seriam as mesmas a cometer o roubo, mas como se chegou à pessoa do primeiro paciente – o outro nem mesmo foi reconhecido – não houve a menor explicação"[14].

Na percepção do Ministro, foram relevantes para a fragilização do reconhecimento ao menos quatro circunstâncias: (i) os autores do crime estavam encapuzados; (ii) o assaltante reconhecido como sendo o paciente Vânio possuiria aproximadamente 1,70 m, enquanto o paciente tem 1,95 m de altura; (iii) os assaltantes teriam dito para as vítimas não olharem para eles; (iv) o reconhecimento fotográfico foi induzido, pois, diante das descrições das vítimas, os policiais militares simplesmente mostraram imagens do paciente, sem realizar qualquer formalidade do art. 226 do CPP[15].

Por seu turno, o Ministro abordou os requisitos mínimos para a validade do reconhecimento de pessoas, asserindo, ainda, que a jurisprudência da Corte, até então, vislumbrava na previsão do art. 226 do CPP simples recomendação legal, inexistindo nulidade por seu descumprimento, tornando necessário rever o entendimento consolidado[16]. Por último, afirmou a necessidade de adoção de novas rotinas pela Polícia Civil. Para tanto, ressaltou ser imperiosa a iniciativa das próprias Polícias e do Ministério Público para a devida conformidade da prova ao modelo legal, sinalizando para uma mudança jurisprudencial no sentido de evitar que situações similares àquela enfrentada no caso sejam reproduzidas em outros julgamentos penais[17].

2. Consequências do reconhecimento de pessoas realizado em descompasso com o art. 226 do CPP

O presente texto pretende discutir as consequências jurídicas decorrentes de um reconhecimento realizado em descompasso com a legislação processual penal. Para tanto, será examinada a compreensão firmada no julgado, bem como apresentada proposta para avanço sobre a matéria.

14. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
15. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
16. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
17. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

O estudo é feito reconhecendo íntima conexão entre os direitos de personalidade e o processo penal[18], seja porque se admite que tais direitos são uma categoria aberta[19], mas especialmente porque, conforme Gustavo Badaró "o processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; sacrifica os direitos da personalidade, atinge a intimidade do indivíduo e, frequentemente, a dignidade mesma."[20]

No item anterior, mencionaram-se as diretrizes fixadas pelo Ministro Rogerio Schietti, seguidas à unanimidade pela 6ª Turma, as quais apontavam para importante mudança jurisprudencial no assunto[21]. Mas é relevante também indicar quais os fundamentos e elementos considerados pelo Ministro Relator para concluir pela viabilidade de concessão da ordem no caso concreto.

Da análise do voto do Ministro Relator, é perceptível que houve distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, com uma diferença substancial entre as conse-

18. GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Da correlação entre os direitos da personalidade e o processo penal: um estudo introdutório *In:* CARVALHO, Gisele Mendes; ÁVILA, Gustavo Noronha de; MOREIRA, Camila Virissimo Rodrigues da Silva (Orgs). *Violência e Direitos da Personalidade*. Birigui: Editora Boreal/Unicesumar, 2020. p. 66.
19. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos de personalidade*. Disponível em [https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade]. Acesso em: 05.04.2021.
20. BADARÓ, Gustavo. A valoração probatória da colaboração premiada. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord). *Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 667.
21. Insta salientar que havia na 6ª Turma ao menos dois julgados sinalizando a necessidade de observância às regras do art. 226 do CPP cf. HC 232.960/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 15.10.2015, *DJe* 06.11.2015; HC 335.956/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 15.12.2015, *DJe* 02.02.2016. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, na qual o paciente foi absolvido porque a condenação estava lastreada apenas em reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial, registrando também problemas no procedimento empregado no aludido reconhecimento (i) mediante apresentação de fotografias de vários indivíduos que já haviam sido autuados e flagrante delito ou apenas indiciados pela prática de crimes patrimoniais; (ii) o paciente reconhecido como roubador, no entanto, não possuía registro de roubo em seus antecedentes; (iii) os ofendidos não reconheceram os réus; (iv) embora conste do auto de reconhecimento que as vítimas foram colocadas diante de diversas fotografias, em juízo, uma das vítimas admitiu que o reconhecimento se deu com base em fotos publicadas no *Facebook*. (HC 172.606/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31.07.2019).

quências do reconhecimento de uma ou outra. Aquela implicando a inadmissibilidade de ingresso no processo, enquanto estas serão consideradas nulas e, por essa razão, "não produzirão resultados no processo, o que, todavia, não impede que sejam refeitos os atos, em conformidade com a lei, de modo a possibilitar, assim, o aproveitamento da fonte de prova"[22]. Daí por que, enfrentando a questão do reconhecimento realizado em descompasso com os ditames legais o Ministro Relator afirma que "induz à nulidade de tal elemento informativo e, por conseguinte, de sua invalidade para amparar juízo de condenação"[23].

É preciso consignar que a despeito da unanimidade de votos, o Ministro Nefi Cordeiro salientou divergir do Relator quanto à tese de invalidade em decorrência de qualquer defeito na forma do reconhecimento, observando que essa consequência seria reservada "ao que considere o julgador como grave descumprimento de rito"[24]. De toda sorte, a Ministra Laurita Vaz consignou não vislumbrar a aventada divergência "com relação às conclusões do voto do Exmo. Ministro Rogerio Schietti Cruz, sendo certo que, no caso, houve um grave descumprimento ao disposto no art. 226 do CPP, por tratar-se de mero reconhecimento fotográfico"[25].

Diante disso, duas questões podem ser levantadas: (i) qual a espécie de nulidade estaria configurada pelo descumprimento do art. 226 do CPP? (ii) é possível refazer validamente o reconhecimento pessoal produzido anteriormente em descompasso com o art. 226 do CPP?

Para responder ao primeiro questionamento, sem descurar para as diversas críticas que circundam a matéria, mas considerando as premissas assentadas no voto, necessário buscar na doutrina a classificação das nulidades processuais. Segundo Gustavo Badaró, a nulidade absoluta visa à proteção de interesse processual de ordem pública, restando configurada sempre que for violada regra constitucional sobre o processo. Por isso, podem ser reconhecidas *ex officio* e são identificadas por exclusão. Assim, aquelas que não são sanáveis em decorrência da ausência de arguição tempestiva serão absolutas. Nessa linha, as nulidades absolutas estão previstas no art. 564, I, II, III, *a, b, c, d*, primeira parte, *e*, primeira e terceiras partes, *f, i, j, k, l, m, n, o* e *p*[26].

22. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
23. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
24. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
25. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.
26. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 793. Criticando essa posição e admitindo que o art. 564 do CPP é imprestável para qualquer tentativa de definir as invalidades

Por seu turno, as nulidades relativas decorrem da violação de norma que objetiva a proteção de um interesse privado, submetendo-se à preclusão e dependendo de provocação da parte para seu reconhecimento. Dessa forma, são relativas as nulidades vertidas no art. 564, III, *d* e *e*, segunda parte, *g* e *h*, IV[27].

Outra distinção estabelecida por parcela da doutrina diz respeito à necessidade de demonstração do prejuízo para a declaração de nulidade (*pas de nullité sans grief*)[28]. Assim, com base no art. 563 do CPP, sustenta-se ser a regra do prejuízo a "espinha dorsal" ou a "viga-mestra" que alicerça o capítulo das nulidades. Dessa forma, "se a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. A não ser que se trate de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido"[29].

Num viés crítico, Aury Lopes Junior rechaça o critério do prejuízo como adequado para distinguir nulidades absolutas e relativas, mormente pela indevida transmissão de categorias do processo civil ao processo penal[30], "desprezando-se que a violação da forma processual implica grave lesão ao princípio constitucional que ela tutela, constituindo um defeito processual insanável (ou uma nulidade absoluta, se preferirem)"[31].

Por outro lado, há quem admita que, independentemente da espécie de nulidade, impõe-se sempre a demonstração de prejuízo para a sua declaração: "excepcionalmente, mesmo em umas das hipóteses em que a lei considere que

processuais, além de incorrer em erro ao pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1014.

27. *Processo Penal,* p. 794. Distinguindo nulidade absoluta e relativa, respectivamente, em insanável e sanável cf. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 296.

28. Tramitou no STF a ADPF 612 a qual pretendia, entre outros requerimentos, reconhecer a não recepção parcial do art. 563 do CPP, na parte em que menciona a não declaração de nulidade sem prejuízo, todavia, a ação foi julgada extinta, sem resolução de mérito, por ausência de requisito legal. De toda sorte, no julgamento de agravo regimental interposto em face da decisão monocrática do relator, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin ressalvaram que o mérito da questão é relevante e deverá ser analisado pelo Plenário por meio da via adequada (ADPF 612 – AgRg, rel. Min. Ricardo Lewandowski, TP, j. 08.09.2020).

29. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 505.

30. *Direito Processual Penal,* p. 1017.

31. *Direito Processual Penal,* p. 1018.

haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido."[32]

A principal preocupação dessa perspectiva diz respeito à dificuldade de controlar e definir quando se está diante de um prejuízo e a quem incumbe a sua demonstração. Afinal, há prejuízo maior do que sofrer uma condenação criminal?

Nesse contexto, Gustavo Badaró defende que deve ocorrer uma inversão de sinais. Assim, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa, "a atipicidade do ato, em regra, prejudicará a sua finalidade [...] a parte que alega uma nulidade, e demonstra que o ato foi praticado de forma atípica, não terá que demonstrar ou 'provar' o prejuízo"[33].

Note-se que a jurisprudência tem exigido a demonstração de prejuízo em ambas as espécies de nulidades[34], contudo, "esse entendimento só se aplica quando é logicamente possível a prova do gravame". Por esse motivo, em alguns casos, "é muito difícil, senão impossível, a produção da prova do prejuízo. Pelo que o recebimento da denúncia e a condenação dos pacientes passam a operar como evidência de prejuízo à garantia da ampla defesa (HC 84.835, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence)"[35].

Diante das classificações apresentadas, a leitura proposta por Gustavo Badaró implica reconhecer que o descumprimento das formalidades do reconhecimento acarretaria nulidade relativa, uma vez que estaríamos diante da hipótese do art. 564, IV, do CPP.

Ademais, temática pertinente à luz das nulidades processuais consiste no entendimento jurisprudencial, ressaltando que as nulidades ocorridas no inquérito policial não repercutem na futura ação penal[36]. É verdade que esse

32. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal,* p. 795.

33. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, p. 795. Nessa mesma perspectiva, cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal,* p. 1019.

34. HC 191.613 – AgRg, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 20.10.2020; HC 615.607/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 17.11.2020, *DJe* 24.11.2020.

35. HC 103094, rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., j. 02.08.2011.

36. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma inviável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, pois as nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados na ação penal condenatória" (RHC 134.182, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 28.06.2016). E ainda "nos moldes do entendimento consolidado esta Corte, eventual irregularidade ocorrida na fase do inquérito policial não contamina a ação penal dele decorrente, quando as provas são renovadas em juízo, com a devida observância do

posicionamento tem sido excepcionado em alguns casos, especialmente quando se está diante do tema das ilicitudes havidas na fase de investigação[37]. De todo modo, é corriqueiro que o reconhecimento pessoal se concretize na fase investigatória, sendo, eventualmente, repetido em juízo.

Esse contexto indica que, a vingar a compreensão de que o reconhecimento realizado sem observar o art. 226 do CPP configura nulidade – como vimos, segundo a compreensão tradicional da doutrina, de cunho meramente relativo[38] –, sua formalização na fase investigatória sequer teria o condão de contaminar a futura ação penal, especialmente se o ato fosse refeito em juízo[39] (característica das nulidades é a possibilidade de refazer o ato anulado).

Para responder à segunda indagação, acerca da possibilidade de refazer o reconhecimento, é preciso discutir o tema das provas ilícitas. Partindo da doutrina de Nuvolone, diferenciam-se provas ilegítimas das provas ilícitas. Por seu turno, "a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material". Dentro do gênero provas ilegais, afirma-se que, "quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida"[40].

---

contraditório e da ampla defesa" (AgRg no HC 462.030/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 05.03.2020, *DJe* 13.03.2020).

37. "Ademais, a tese de que 'vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal' deve ser lida com ressalvas [...] Por outro, os elementos informativos produzidos no inquérito orientam a formação da *opinio delicti* pelo acusador público e também o juízo de admissibilidade da denúncia. Em certas situações, inclusive, há elementos irrepetíveis que continuaram no processo posterior e, eventualmente, poderiam embasar a sentença. Portanto, resta claro que deve haver um controle sobre irregularidades praticadas na fase de investigação preliminar." (HC 163.461, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 05.02.2019).

38. Deve-se admitir, no entanto, que no caso concreto julgado pelo STJ não houve determinação de refazimento do ato, chamando-se a atenção apenas para o fato de que os argumentos empregados podem conduzir à compreensão de existir nulidade relativa no reconhecimento realizado em descompasso com os ditames do art. 226 do CPP.

39. No HC 96.161, foi debatida a ilegalidade de condenação criminal que estava amparada em reconhecimento fotográfico realizado na fase investigatória rechaçando-se a sua configuração porque, na fase judicial, o Magistrado novamente realizou o reconhecimento pessoal (HC 96.161, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 09.12.2008).

40. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 131.

Acresce Luiz Francisco Torquato Avolio uma outra distinção, atinente ao momento da transgressão, de sorte que "enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este"[41].

Essa classificação tem repercussões práticas porque a prova ilegítima conduz à nulidade, enquanto a prova ilícita é inadmissível, inviabilizando sua própria juntada ao processo[42]. Mas deve-se observar que, examinando o art. 157 do CPP e as definições anteriormente apresentadas, o dispositivo legal "deixou de incluir qual tipo de norma violada gera a prova ilícita, ou seja, deixou de incluir-se se é caso de violação apenas do Direito Material ou também do Direito Processual"[43].

Com efeito, Gustavo Badaró reconhece a ausência de distinções entre prova ilícita e ilegítima no CPP, construindo um conceito de ilicitude probatória que abarca aquelas provas produzidas em violação a garantias constitucionais

41. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 50. Na doutrina, identificam-se dificuldades na distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, seja porque nem sempre a prova ilícita cuida de vícios incidentes fora do processo (exemplo disso seria um interrogatório judicial realizado mediante tortura), seja porque a nulidade pode ocorrer externamente ao processo; por existirem situações em que subsistem vícios de ordem material e procedimental, surgindo dúvidas se estaríamos diante de prova ilícita ou ilegítima, seja porque é questionável a diferenciação entre nulidade e ilicitude baseada na possibilidade de repetição do ato. Por conseguinte, afirma-se que, embora não seja viável um tratamento unitário entre ilicitude e nulidade, deve ser superado o entendimento que busca tratá-las como coisas absolutamente distintas cf. PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais*: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 302-312. Da mesma forma, identifica-se íntima conexão entre ilicitude e nulidade, como acontece, ilustrativamente, no efeito de contaminação das provas derivadas e no princípio da causalidade. Por isso, haveria uma relação de gênero (nulidade) e espécie (ilicitude) entre as categorias examinadas, de modo que a prova ilícita é uma modalidade de ato processual nulo cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal* – Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 436-451.
42. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 520-521.
43. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*, p. 522. É preciso salientar que, a despeito da constatação do autor quanto à ausência de distinção entre provas ilegítimas e ilícitas no art. 157 do CPP, ele adota a compreensão de que essas diferenciações são importantes e devem continuar a ser aplicadas.

que assegurem as liberdades públicas ou garantias processuais. Destarte, admite que "entre os direitos constitucionais cuja violação caracteriza uma prova ilícita, devem ser incluídos os direitos processuais, em especial as garantias constitucionais dos acusados, que integram o devido processo legal: juiz natural, contraditório, ampla defesa [...]"[44].

Trazendo-se a discussão para o tema do reconhecimento pessoal, é necessário ressaltar que depois da realização do reconhecimento mediante *show-up* (apresentação de um único suspeito para a testemunha ou vítima)[45] ou por álbum fotográfico de suspeitos[46], por exemplo, a memória humana não permanece indene[47]. Nesse contexto, "o contraditório constitucional, por exemplo, só faz sentido e produzirá os efeitos desejáveis em uma matriz dialética de processo, caso exista lembrança a ser evocada por vítima/testemunha"[48].

---

44. *Processo Penal*, p. 411.
45. "o show-up é um procedimento indutivo pois dadas as limitações da memória humana descritas na seção de variáveis de estimação, o suspeito inocente pode ser reconhecido simplesmente por ser semelhante ao criminoso." (CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 177. Doi: [http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471]).
46. "Se por um lado apresentar apenas um rosto pode ser indutivo, apresentar muitos rostos também pode ser prejudicial. Quando são apresentados um grande número de rostos, os processos cognitivos ficam sobrecarregados, devido às múltiplas comparações que devem ser feitas, e a capacidade de reconhecer corretamente o criminoso é dificultada." (CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 177.)
47. Destacando as contribuições da neurociência e da psicologia do testemunho na identificação de fatores que podem contribuir para um falso reconhecimento cf. VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: o que aprender com a reforma do código processual penal uruguaio. In: PAULA, Leonardo Costa de. *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay. Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil*. CEJA/Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 357-359, 2019. No mesmo sentido, cf. VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Abordando como a percepção, conhecimentos e crenças interferem nos processos de identificação cf. MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Trad. Amparo Moreno Hernández. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 53-57.
48. ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no "projeto de lei anticrime": suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 89, p. 129, 2019.

Com efeito, embora não se concorde com a proposta do Ministro Nefi Cordeiro de transferir ao julgador a análise do que seria ou não um vício grave capaz de acarretar invalidade processual, é coerente sua observação no sentido de que a realização posterior da prova em regra afaste eventual vício no ato anteriormente realizado; "no caso do reconhecimento isso não se pode permitir pelo natural vício da memória já identificadora de pessoa inicial com erro – a fixação da imagem do reconhecido tende a substituir aquela memória do dia do crime". Por esse motivo, "não serve como prova independente e idônea o reconhecimento posterior em juízo, após grave falha no reconhecimento inicial"[49].

O efeito preclusivo do reconhecimento (faz-se referência àquele realizado por fotografia) é sustentado por Giovanni Dean ao assinalar que:

> "sotto altro profilo, inoltre, non può trascurare l'effetto preclusivo che una ricognizione fotografica esercita su un successivo riconoscimento di persona, poiché, com´è stato efficacemente rilevato, 'tra la immagine originariamente ritenuta nella memoria e quella successivamente osservata si insinuerebbe l´elemento estraneo della visione fotografica, in grado di modificare sostancialmente il ricordo della prima imagine'."[50]

Em sentido semelhante, Flávio da Silva Andrade assere que a realização de oitivas de testemunhas e o reconhecimento de suspeitos ou acusados "precisam seguir determinados protocolos ditados pela lei e por modernas pesquisas em torno do assunto, justamente para se evitar injustiças decorrentes das distorções da memória humana"[51]. Por isso mesmo, William Weber Cecconello e Lilian Milnitsky Stein admitem que "os procedimentos utilizados pelo sistema de justiça também podem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento [...]"[52]. Além disso, o primeiro reconhecimento de um suspeito é o único livre de interferência[53], o que justifica máxima cautela na sua realização.

---

49. HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T.
50. In tema di "libertà" e "tassatività" delle forme nell´acquisizione probatoria (a proposito delle "ricognizione fotografica"). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, anno XXXII, p. 839, 1989.
51. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia*: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e comparticipação. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 98.
52. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 174.
53. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 178. O grau de confiança não

Logo, o reconhecimento realizado em descompasso com a legislação jamais poderá ser refeito regularmente, seja pelo decurso do tempo[54], seja pelas marcas que o primeiro reconhecimento deixou. Em realidade, é possível comparar a memória à cena de um crime[55]. Isto porque, no processo de recuperação da memória, é possível a inserção e o armazenamento de novos elementos com a memória original[56]. Vale dizer, uma vez acessada, alterada ou sugestionada a memória, é impossível saber quais informações foram inseridas posteriormente ao fato delituoso. Daí por que, de todo inútil, compreender caracterizada nulidade processual, com o consequente refazimento do reconhecimento, quando a memória já foi alterada.

necessariamente indica maior acurácia do reconhecimento, nessa perspectiva, reforçando a importância do primeiro reconhecimento, acentua-se que "*repetir varias veces la identificación mediante ruedas repetidas o sucesivas peticiones de que se indique cuál de las personas allí presentes es el culpable aumenta el nivel de confianza en la identificación, aunque esta sea equivocada*" (MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*, p. 59). Por conseguinte, "*Una primera identificación equivocada puede, pues, resultar fatal para un individuo inocente cuya fotografía sea elegida en una rueda mal realizada*" (MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio,* p. 60).

54. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova penal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 72; ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, p. 255-270, 2017; CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018; FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba en el processo penal*. Estado de México: Editorial Magister, 2017. p. 15; BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia Judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 61; SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e; JAEGER, Antonio. Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 171, ano 28, p. 281-312, set. 2020.

55. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília, DF, 2015, p. 31 Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 11.04.2020.

56. CECCONELLO, Willian Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 175.

3. Sugestão para redução de dores: a declaração de ilicitude probatória

A discussão estabelecida[57] no item anterior ganha relevo ainda maior em um sistema de valoração da prova como o brasileiro, que se alicerça no livre convencimento motivado do julgador, conforme preconiza o art. 155 do CPP. Isso ocorre porque, esse sistema tem conduzido à falta de controle dos atos jurisdicionais, frequentemente, admitindo decisões arbitrárias, de sorte que limitações de admissão da prova podem contribuir para evitar condenações de inocentes.

Ada Pellegrini Grinover reconhece que, no momento da valoração da prova, caberá ao juiz valorar todas as provas lícitas admitidas e produzidas. Ocorre que, nos sistemas de *civil law*, "houve uma profunda degeneração do livre convencimento", pois, embora historicamente ele tenha sido resgatado pela Revolução Francesa como uma forma de rechaçar o sistema de prova legal, "na cultura pós-iluminista se transformou, acriticamente, em um método discricionário de valoração da prova".[58]

Também numa perspectiva crítica, Lenio Streck sustenta que "livre convencimento, discricionariedade e ausência de fundamento jurídico para a decisão judicial podem ser lidos como sinônimos"[59]. Em sentido similar, Vinicius Vasconcellos salienta que a "adoção majoritária do 'livre convencimento motivado' tem acarretado leituras abusivas"[60]. Por sua vez, Gustavo Badaró identifica que a superação do sistema de prova legal pelo livre convencimento libertou o juiz de uma hierarquia probatória e, na cultura pós-iluminista, passou a ser compreendido como valoração livre, ou seja, "tornou-se um processo intelectivo e particular de cada julgador e, consequentemente, intransferível e incontrolável por outro sujeito"[61].

57. Cf. CHRISTIE, Nils. *Limites à dor – O Papel da Punição na Política Criminal*. Trad. Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
58. *O processo*: III série. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 254-255.
59. Exorcizando o livre convencimento! À guisa de prefácio. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (Orgs.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 7.
60. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise de possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV,* São Paulo, v. 16, n. 2, p. 5, 2020.
61. BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. MALAN, Diogo et al. (Coords.). *Processo Penal Humanista* – Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019. p. 75.

Nesse sentido, Giovanni Dean, em comentário à decisão judicial que reconheceu que o emprego do reconhecimento fotográfico, mesmo quando realizado na fase policial sem a observância de alguma formalidade, constitui fonte de convencimento para o juiz, desde que ofereça garantia de certeza e seja examinado com referência a outras provas, constata que a conclusão parte de duas premissas: (i) admissibilidade de meios de prova atípicos; e (ii) utilização de meios probatórios obtidos em violação às formalidades prescritas. Ocorre que, consoante registrado, a jurisprudência admite, com base no livre convencimento motivado, a utilização de qualquer meio de prova, condicionada apenas à inexistência de proibição legal[62].

Essa observação possibilita identificar correlação entre o livre convencimento e a liberdade de produção de meios de prova atípicos e mesmo irrituais, demonstrando a necessidade de estabelecer claras limitações à admissão e produção dos meios de prova no processo penal.

Em estudo empírico, Sabrina Schmidt, Júlia Schneider Krimberg e Lilian Stein constataram que o conhecimento de juristas sobre o relato de testemunhas tem se mostrado semelhante ao de pessoas leigas. Para tanto, examinaram o conhecimento dos magistrados brasileiros sobre o processo de memória envolvido no reconhecimento de pessoas e relatos de testemunhos, comparando com a literatura científica e com o conhecimento do público leigo. A pesquisa envolveu a participação de 119 juízes e 115 leigos. Entre o grupo de perguntas relativas ao reconhecimento de pessoas, 32% dos magistrados ofereceram respostas em consonância com a literatura e com a *expert* em Psicologia do Testemunho[63].

O estudo constatou, ainda, que 80% dos juízes admitiram ter algum conhecimento prévio sobre Psicologia do Testemunho. Entre eles 59% afirmaram que esse conhecimento tem origem na experiência profissional, contudo, quando comparados o tempo de experiência e o conteúdo das respostas apresentadas, refutou-se a existência dessa correlação. Diante dos dados obtidos, as autoras concluem que a discrepância entre conhecimento científico e as crenças dos juízes

62. In tema di "libertà" e "tassatività" delle forme nell´acquisizione probatoria (a proposito delle "ricognizione fotografica"), p. 826-827.

63. SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 173, ano 28, p. 201-243, nov. 2020.

pode acarretar erros e injustiças nos processos judiciais, salientando que os conhecimentos de juízes e de público leigos não são significativamente diferentes no que tange ao funcionamento da memória e a fatores que podem prejudicar a sua fidedignidade[64].

Os dados reportados na pesquisa indicam que, ao menos em relação ao reconhecimento de pessoas, ainda é muito incipiente o contato dos julgadores com o conhecimento proporcionado pela Psicologia do Testemunho. A preocupação é ainda maior quando se percebe que, à luz da dogmática processual, o livre convencimento pode propiciar que os julgadores profiram decisões incontroláveis do ponto de vista jurídico, valorando provas que, segundo os conhecimentos consolidados em outros ramos do saber, são imprestáveis.

Nessa perspectiva, como forma de potencializar a tutela das garantias constitucionais, inibir práticas violadoras da legislação processual penal e preservar as particularidades do meio de prova, deve-se reconhecer configurada ilicitude probatória quando realizado o reconhecimento pessoal em desobediência ao art. 226 do CPP, com o desentranhamento da prova ilícita e de todas as derivadas conforme preconiza o art. 157 do CPP. Justifica-se esse ponto de vista porque o contraditório, compreendido como conhecimento e possibilidade de reação, torna-se inócuo depois de a memória humana ser acessada e indevidamente sugestionada.

A jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores seria severamente impactada e os resultados práticos seriam promissores. Ainda que se saiba sobre a reversibilidade das argumentações jurídicas que visem à redução de dores/diminuição de privações de liberdades, é medida que pretende superar a dualidade "nulidade absoluta" x "nulidade relativa".

Finalmente, retomando os problemas de pesquisa formulados inicialmente, constata-se que, embora o acórdão do STJ não tenha admitido o refazimento do ato, as premissas nele assentadas conduzem ao reconhecimento de nulidade meramente relativa pelo descumprimento das formalidades do art. 226 do CPP. Nada obstante, consideradas as particularidades do meio de prova (dependente da memória), notadamente a impossibilidade de refazimento do ato, deve-se admitir a configuração de ilicitude probatória em tais circunstâncias.

64. SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 173, ano 28, p. 201-243, nov. 2020.

4. Referências bibliográficas

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, p. 255-270, 2017.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia*: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e comparticipação. Salvador: JusPodivm, 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova penal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no "projeto de lei anticrime": suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 89, p. 114-132, 2019.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo. A valoração probatória da colaboração premiada. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord). *Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal*. Salvador: *Jus*podivm, 2020. p. 649-677.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia Judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. In: MALAN, Diogo et al. (Coords.). *Processo Penal Humanista* – Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. Doi: [http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471].

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor – O Papel da Punição na Política Criminal*. Trad. Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DEAN, Giovanni. In tema di "libertà" e "tassatività" delle forme nell´acquisizione probatoria (a proposito delle "ricognizione fotografica"). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, anno XXXII, p. 826-842, 1989.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Estado de México: Editorial Magister, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal* – Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Da correlação entre os direitos da personalidade e o processo penal: um estudo introdutório *In:* CARVALHO, Gisele Mendes; ÁVILA, Gustavo Noronha de; MOREIRA, Camila Virissimo Rodrigues da Silva (Orgs). *Violência e Direitos da Personalidade*. Birigui: Editora Boreal/Unicesumar, 2020. p. 61-70.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*: III série. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Trad. Amparo Moreno Hernández. Madrid: Editorial Trotta, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos de personalidade*. Disponível em <https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade>. Acesso em 05 de abril de 2021.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais*: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 173, ano 28, p. 201-243, nov. 2020.

SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e; JAEGER, Antonio. Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 171, ano 28, p. 281-312, set. 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 11.04.2020.

STRECK, Lenio Luiz. Exorcizando o livre convencimento! À guisa de prefácio. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (Orgs.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise de possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV,* São Paulo, v. 16, n. 2, p. 1-26, 2020.

VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019.

VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: o que aprender com a reforma do código processual penal uruguaio. In: PAULA, Leonardo Costa de. *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay. Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil*. CEJA/Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 355-367, 2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aspectos fundamentais do habeas corpus e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira, de Helvécio Damis de Oliveira Cunha – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 10/1549-1582 (DTR\2015\11526); e
- *Habeas corpus* – atualização, de Alberto Silva Franco e Luiz Carlos Betanho – *RBCCrim* 15/427-441 (DTR\2011\2867).

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

A

ABRÃO, Guilherme Rodrigues
– A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining,* p. 177

ÁVILA, Gustavo Noronha de
– O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, p. 331

B

BATICH, Filipe Lovato
– O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos do Humanos, p. 197

BERALDO, Ana
– A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte, p. 225

BORRI, Luiz Antonio
– O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, p. 331

C

CAMARGO, Beatriz Corrêa
– Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

F

FAVETTI, Guilherme Moacir
– O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado, p. 135

L

LEMOS, Clécio
– 2020: uma chance abolicionista, p. 309

LUZ, Bernardo Araujo da
– O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia, p. 71

O

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de
– O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes, p. 105

R

RAFIH, Rhasmye El
– O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos do Humanos, p. 197

RIBEIRO, Raisa D.
– Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, p. 263

S

SABADELL, Ana Lucia
– Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, p. 263

SHECAIRA, Sérgio Salomão
– 2020: uma chance abolicionista, p. 309

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge
– Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

TEMAS

A

Abolicionismo – 2020: uma chance abolicionista, p. 309

Acordo de Não Persecução Penal – A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*, p. 177

Ativismo judicial – O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes, p. 105

B

Belo Horizonte – A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte, p. 225

***Bitcoin* –** Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

C

Cessão do corpo para a produção de prova – O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos do Humanos, p. 197

Consenso no processo penal – A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining,* p. 177

Corte Europeia de Direitos Humanos – O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos do Humanos, p. 197

Cotidiano – A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte, p. 225

Criminologia – 2020: uma chance abolicionista, p. 309

Criptoativos – Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

Criptomoedas – Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

D

Direito ao silêncio – O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos do Humanos, p. 197

Direitos políticos – O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado, p. 135

E

Efeitos da condenação – O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado, p. 135

Espaço de liberdade – O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia, p. 71

F

Favela – A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte, p. 225

Feminismo abolicionista – Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, p. 263

Feminismo pró-direitos – Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, p. 263

Fundamentos interpretativos – O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos do Humanos, p. 197

G

GAFI – Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

Gangues – A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte, p. 225

I

Ilicitude – O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, p. 331

J

Juiz das garantias – O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes, p. 105

Justiça

– 2020: uma chance abolicionista, p. 309

– O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia, p. 71

Justiça negociada – A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*, p. 177

L

Lavagem de dinheiro – Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

Lei 13.964/19 – O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes, p. 105

M

Mandado de Detenção Europeu – O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia, p. 71

Mandato eletivo – O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado, p. 135

Moedas virtuais – Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, p. 19

N

***Ne bis in idem* –** O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia, p. 71

Nulidade – O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, p. 331

O

Ordenamento criminal – A construção de ordenamento criminal quando o "mundo do crime" é fragmentado: notas sobre gangues e cotidiano em uma favela de Belo Horizonte, p. 225

P

Penal – 2020: uma chance abolicionista, p. 309

***Plea bargaining* –** A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*, p. 177

Polícia – 2020: uma chance abolicionista, p. 309

Pornografia – Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, p. 263

Princípio da não autoincriminação – O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos do Humanos, p. 197

Prova – O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, p. 331

R

Reconhecimento mútuo – O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia, p. 71

Reconhecimento pessoal – O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, p. 331

S

Segurança – O mandado de detenção europeu: a questão do *ne bis in idem* no espaço penal da União Europeia, p. 71

Separação de poderes – O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes, p. 105

Sistema acusatório – O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes, p. 105

Sistema Europeu de Direitos Humanos – Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, p. 263

Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, p. 263

Supremo Tribunal Federal – O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado, p. 135

Suspensão – O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado, p. 135

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: mensal
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial:

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade*.

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* – Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário http://bit.ly/30JjvSo. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando

necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

4. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

> Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). <u>As referências bibliográficas completas</u> deverão constar <u>apenas</u> da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé <u>não se inclui</u> referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

   – Citações diretas de <u>até três linhas</u> devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35)

descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

5. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua critica intelectual

importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf

5.2. Reponsabilidade editorial

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

5.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço.
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol.
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista.
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros.

- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review)*: Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avalição por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última

hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

8. DIREITOS AUTORAIS

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

9. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

10. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

10.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

10.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastra por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true.

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) Possui número de registro ORCID;

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao.

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc*,** tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: [https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies]. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível on-line.

subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

(III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? http://bit.ly/30JjvSo
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências**?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2021

IBCCRIM

Dossiê "Novas tecnologias e ciências criminais" – RBCCRIM nº 183 (Set/2021)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume **183 (Set/2021)**, sobre o tema: "**Novas tecnologias e ciências criminais**"

Editores-Associados:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

(Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e UNOESC-Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/5886777694278516

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR; Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR; Centro de Ensino Superior de Maringá, CESUMAR/PR.)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/4220998164028087

Dra. Carla Sofia Cardoso

Universidade do Porto, Portugal.

- **Ementa:** Novas tecnologias e ciências criminais; Novas tecnologias, investigação e formação de provas lícitas; Sistemas de predição criminal; Algoritmos, linguagem cibernética e teoria do crime; Inteligência artificial e ciências criminais; Impactos das novas tecnologias no Sistema de Justiça e na advocacia criminal; Controle e gestão democrática de novas tecnologias aplicadas ao Sistema de Justiça Criminal.
- **Prazo submissão:** **até 30 de março de 2021**
- **Período de avaliação:** 01 de abril a 15 de maio de 2021

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

Clique para acessar o edital nº 1 de chamada de artigos para dossiês da RBCCRIM em 2021: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

modelo

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

modelo