Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 177 • março/2021

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 29 • vol. 177 • março/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) – 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) – Cor-nelius 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) – 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) – 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 (Uni-versidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universi-dad 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) – 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) – Mauricio Martínez Sán-chez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila 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) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – 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)

Adriano Teixeira (Universidade Ludwig-Maximilian – Alemanha) – Ana Luiza Gonçalves dos Santos (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ) – Carlos Hélder C. Furtado Mendes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PU-CRS – Porto Alegre/RS) – Christiane Heloisa Kalb (Faculdade CESUSC – Florianópolis/SC) – Daniel Kessler de Oliveira (FE-EVALE – Novo Hamburgo/RS) – Danyelle Galvão (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Debora Regina Pas-tana (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG) – Elisa Leonesi Maluf (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Ellen Cristina Carmo Rodrigues (UFJF – Juiz de Fora/MG) – Emerson Oliveira do Nascimento (Universi-dade Federal de Alagoas – Maceió/AL) – Evandro Piza Duarte (UnB – Brasília/DF) – Fabiano da Silveira Pignata (CEUNIFA-METRO – Manaus/AM) – Humberto Soares de Souza Santos (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Izabele Guidoti Kasecker (Humboldt-Universität zu Berlin – Alemanha) – Juliana Vinuto (UFRJ – Rio de Janei-ro/RJ) – Luciana Marin Ribas (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelo-tas/RS) – Marcio Berti Ruiz Ritter (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Maria Eduarda Azambuja Amaral (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Ruiz Ritter (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Tainá Ferreira e Ferreira (Universidade Federal do Pará – UFPA – Be-lém/PA) – Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal) – Valcelir Borges da Silva (Universidade Federal do Tocantins – Palmas/TO) – Vicente de Azevedo Bastian Cortese (UFGRS – Porto Alegre/RS) – Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF) – Wandercairo Elias Júnior (Universidade de Rio Verde – Goiânia/GO).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alvaro Filipe Oxley da Rocha (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Porto Alegre/RS) – Anamaria Prates Barroso (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF) – Celso Costa Lima Verde Leal (Universidade de Coimbra – Portugal) – Crisna Maria Muller (Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – Ponta Grossa /PR) – Danler Garcia (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG) – Dirceia Moreira (Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – Ponta Grossa /PR) – Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra – Portugal) – Guilherme Francisco Ceolin (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Gustavo Noronha de Ávila (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR) – Humberto Barrionuevo Fabretti (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – João Vitor Rodrigues Loureiro (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF) – Júlio César de Oliveira Vellozo (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – Lilian Milnistky Stein (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ney Fayet de Souza Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Paulo Mario Canabarro Trois Neto (Unioeste – Francisco Beltrão/PR) – Salah Hassan Khaled Junior (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Porto Alegre/RS) – Tiago Lorenzini Cunha (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Vanessa Reichert (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF) – Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF) – Vivian Chieregati Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Wayne Joseph Morrison (University of London – Inglaterra) – William Weber Cecconello (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS).

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. 177 • março/2021

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

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. 177 • março/2021

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

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 e revista@ibccrim.org.br

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

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

Impresso no Brasil: [03-2021]
Profissional
Fechamento desta edição: [02.02.2021]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

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
CONVÊNIOS INTERNACIONAIS
Gustavo Brito
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL
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. 177 • março/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

Estagiárias: 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: Bianca Satie Abduch, 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

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no Código Penal brasileiro

Propositions for legal interpretation of the provisions on extended confiscation settled in Brazilian Penal Code

Paulo Mario Canabarro Trois Neto 19

Processo Penal

A boa-fé e o compartilhamento de provas obtidas por meio de acordo de colaboração premiada

The good faith and the evidence sharing in cooperation agreements

Anamaria Prates Barroso, Vanessa Reichert e Vinicius Gomes de Vasconcellos 47

O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia

The criminal procedure searches for truth, but not at any cost: the new paths for an ancient controversy

Felipe da Costa De-Lorenzi e Guilherme Francisco Ceolin 71

Do flagrante à sentença: dinâmicas e fluxos transversais da Justiça Criminal no Distrito Federal entre 2014 e 2018

From in flagrante delicto arrests to judicial sentences: dynamics and transversal flows of Criminal Justice in the Federal District between 2014 and 2018

João Vitor Rodrigues Loureiro 133

Crime e Sociedade

Síndrome da mulher agredida: uma abordagem comparada sobre sua utilização como excludente de responsabilidade criminal no Brasil

Battered woman syndrome: a comparative approach to its use as a criminal defense in Brazil

Celso Costa Lima Verde Leal e Francisco de Assis de França Júnior 161

Criminologia *queer* no Brasil: a violência homotransfóbica entre a heteronormatividade e interseccionalidades

Queer criminology in Brazil: the homotransphobic violence between the heteronormativity and intersectionalities

Danler Garcia 195

Socioeducação, a política pública do atendimento socioeducativo: um estudo de caso

Socio-education, the public policy on socio-educational service: a case study

Dirceia Moreira e Crisna Maria Muller 233

O abolicionismo prisional de Angela Davis

Angela Davis on abolishing imprisonment

Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena e Ney Fayet de Souza Júnior 271

O Código Criminal do Império do Brasil ante o espelho espanhol: um exercício de História comparada

The Criminal Code of the Empire of Brazil before the Spanish mirror: an exercise in comparative History

Vivian Chieregati Costa, Humberto Barrionuevo Fabretti e Júlio César de Oliveira Vellozo 297

Criminologia cultural, Clarice Lispector e a criminologia patrocinada pelo Estado: repensando o significado para além do mundo jurídico

Cultural criminology, Clarice Lispector and the state-sponsored criminology: rethinking the meaning beyond the legal world

Wayne Joseph Morrison, Salah Hassan Khaled Junior, Tiago Lorenzini Cunha e Alvaro Filipe Oxley da Rocha 329

Comentário de Jurisprudência

Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC

New directions for eyewitness identification in Brazil? Perspectives from Testimony Psychology regarding the HC 598.886-SC decision

William Weber Cecconello, Lilian Milnistky Stein e Gustavo Noronha de Ávila 359

Índice Alfabético-remissivo

Autores 371

Temas 373

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 377

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 389

Condições para Submissão (*Check List*) 395

Dossiê "Novas tecnologias e ciências criminais" – RBCCRIM nº 183 (SET/2021) 397

Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no Código Penal brasileiro

Propositions for legal interpretation of the provisions on extended confiscation settled in Brazilian Penal Code

Paulo Mario Canabarro Trois Neto

Mestre em Direito do Estado pela UFRGS (2009). Professor Assistente na Unioeste.
Juiz Federal em Francisco Beltrão/PR.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9050201908342058].
ORCID: 0000-0001-7179-6737
canabarrotrois@yahoo.com.br

Recebido em: 19.10.2020
Aprovado em: 04.12.2020
Última versão do autor: 28.12.2020

Áreas do Direito: Penal; Tributário

Resumo: Este artigo analisa as disposições estabelecidas pela Lei Anticrime sobre o confisco alargado, buscando contribuir para o debate sobre a aplicação desse instrumento normativo altamente controvertido. O presente estudo justifica-se pela importância e atualidade de propiciar uma interpretação constitucionalmente adequada ao texto da Lei Federal 13.964/2019. A hipótese da pesquisa é a de que o art. 91-A do Código Penal é constitucional, desde que corretamente compreendido. É usado método dedutivo, com exame de fontes normativas e bibliográficas. Sustenta-se neste artigo que a proporcionalidade entre o alcance da intervenção estatal e a danosidade social do locupletamento indevido deve ser considerada na aplicação do confisco alargado, de modo a evitar a sobreutilização estatal da medida. Em que pese seu inegável grau de artificialidade e indeterminação, o conceito legal que exclui da definição de "produto ou

Abstract: This article analyzes the provisions established by the Brazilian Anticrime Law on extended confiscation, seeking to contribute to the debate about the application of that highly controversial legal instrument. The present study is justified by the importance and topicality of setting proper interpretation to the legal text of Brazilian Federal Act 13,964/2019. The research hypothesis is that art. 91-A of the Brazilian Penal Code is constitutional as long as it is correctly understood. It is used deductive method, and legal and academic bibliographic sources are explored. I support in this article that the proportionality between the scope of forfeiture instruments and the social harm of unlawful benefits must be considered to enforce extended confiscation in order to avoid government overuse of that measure. Despite the undeniable degree of artificiality and indeterminacy, the legal definition that excludes from "proceeds or profit

proveito do crime" o valor dos bens do condenado compatíveis com o seu rendimento lícito viabiliza o desenvolvimento de pautas argumentativas que podem propiciar a efetividade ótima dos direitos individuais e coletivos em jogo. Também se sustenta que, ao estabelecer o quantum sobre o qual deve incidir o confisco alargado em casos concretos, deverá o juiz buscar a concordância prática entre o cumprimento da função restaurativa e a salvaguarda do legítimo direito de propriedade, mediante aplicação de critérios adequados, abertos à colaboração interdisciplinar e sob a fiscalização das partes e da dogmática jurídica.

Palavras-chave: Confisco alargado – Perda de bens e valores – Lei Anticrime – Efeito da condenação – Vantagens criminosas.

from crime" the value of the convicted person´s assets compatible with his or her lawful income enables the development of argumentative guidelines that shall provide optimal effectiveness of the individual and collective rights at stake. I also support that to set the quantum on which the extended confiscation applies in specific cases, a judge must seek practical agreement between the fulfillment of the restorative function and the safeguarding of the legitimate property right, with the application of appropriate criteria open to interdisciplinary collaboration, by supervision of the parties and legal doctrine.

Keywords: Extended confiscation – Deprivation of assets and values – Brazilian Anti-Crime Act – Effects of criminal conviction – Crime profits.

Sumário: 1. Introdução. 2. Que espécie de confisco é a medida introduzida no art. 91-A do Código Penal. 2.1. Um novo olhar sobre o confisco: da infâmia do passado ao centro da atual política criminal. 2.2. Critérios para a justificação constitucional do confisco alargado. 3. Em que casos se pode aplicar o confisco alargado no direito brasileiro. 3.1. Omissões a serem supridas: exigência de atividade criminosa não eventual e lucrativa. 3.2. Confusões a serem desfeitas: como deve ser interpretado o critério da gravidade mínima. 4. Sobre o que incide o confisco alargado. 4.1. A definição do valor confiscável: entre a proibição da insuficiência e a proibição do excesso. 4.2. Possibilidades e limites na apuração da incongruência patrimonial do criminoso. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Editada após um processo legislativo caracterizado por reviravoltas e polêmicas, a Lei 13.964/2019, que ficaria popularmente conhecida como Lei Anticrime, promoveu diversas alterações e inovações em matéria penal e processual penal. Entre suas disposições está a previsão da possibilidade de decretação do chamado confisco alargado na Parte Geral do Código Penal, de modo a estender para a criminalidade comum, com algumas mudanças de redação, a permissão para adoção desse instrumento estabelecido poucos meses antes na Lei de Drogas.

São muitas as questões que a introdução do confisco alargado no direito brasileiro suscita. O objeto deste estudo, porém, está limitado à análise dos requisitos para a sua decretação e do modo de dimensionamento do âmbito patrimonial que pode atingir, com o objetivo de examinar se e como pode ser reconhecida a

conformidade constitucional do novo instituto. Justifica-se a presente pesquisa pela atualidade e relevância do desafio de estabelecer balizas hermenêuticas para utilização constitucionalmente adequada desse instrumento. A hipótese a ser testada é a de que uma correta interpretação das disposições referentes ao seu cabimento e o desenvolvimento judicial de critérios justificáveis para apuração e quantificação do patrimônio ilícito do condenado permitem que a aplicação judicial do confisco alargado promova a concordância prática dos bens coletivos e individuais em tensão, de modo que se deve reconhecer a constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal, ainda que a matéria mereça aperfeiçoamentos legislativos futuros.

O método a ser utilizado será o dedutivo, a partir da leitura de textos normativos nacionais e internacionais e da revisão da bibliografia sobre o tema, que possibilitará contextualização, comparação e compreensão do conteúdo das disposições legais introduzidas.

Na Seção 1, após estudo do debate histórico sobre a confiscação e das respectivas espécies previstas no direito brasileiro, será analisada a exigência de critérios aplicativos compatíveis com a função institucional do confisco alargado. A Seção 2 será dedicada a contribuir para a interpretação das hipóteses legais de cabimento da medida, mediante investigação de lacunas a serem preenchidas e ambiguidades linguísticas a serem desfeitas. A Seção 3, por fim, trata do alcance do confisco alargado, com análise do conceito legal de valor confiscável e do espaço interpretativo dependente de valoração pelo juiz penal, sob as lentes do duplo dever estatal de neutralização dos benefícios do crime e de proteção do direito de propriedade.

2. Que espécie de confisco é a medida introduzida no art. 91-A do Código Penal

2.1. Um novo olhar sobre o confisco: da infâmia do passado ao centro da atual política criminal

Ao longo da história, a confiscação recebeu múltiplas formas de configuração e foi aplicada para variados fins. Seus abusos foram duramente criticados, levando a que a privação de bens praticada pelo Estado passasse a carregar o estigma de contrapor-se ao humanismo ou à doutrina liberal. Mesmo defensores de sua utilização, como Jeremy Bentham (1843, p. 320), que elogiava seu caráter igualitário e exemplar, reconhecia que a história da humanidade estava repleta de exemplos de imposição de confiscos como instrumento de perseguição social ou política. Cesare Beccaria (1998, p. 111-112), em uma postura muito à

frente do seu tempo, sustentou que "as confiscações põem a preço a cabeça dos fracos, fazem sofrer aos inocentes a pena do réu, e põem os próprios inocentes na desesperada necessidade de cometer os delitos". Às preocupações com uso revanchista e o caráter transcendente da punição, Francesco Carrara (1890, p. 79) acrescentou que a prática do confisco poderia ser uma negação à concepção da propriedade como direito natural, de modo a classificá-lo como impolítica, desumana e injusta.

Não por acaso, a forte tendência de abolição do confisco ocorrida entre fins do século XVIII e o início do século XIX teria servido para oferecer uma proteção adicional ao direito de propriedade, conforme as necessidades do capitalismo em sua fase de expansão (VELLOZO e ALMEIDA, 2019, p. 404). O advento do Estado Social fez reduzir a ferocidade das objeções contra o instituto, mas sua aplicação mereceu papel secundário ou até mesmo nulo. Na cultura jurídica brasileira, em especial, o eco da crueldade da sentença contra Tiradentes[1] pode ter contribuído para prolongar a resistência ao confisco. Não por acaso, Pontes de Miranda (1953, p. 419-420) estranhava que a Constituição de 1934 o tenha proibido, ao mesmo tempo em que admitia a pena de galés.

Mais recentemente, com a constatação do poderio econômico de organizações criminosas e da ameaça corrosiva da disponibilidade do capital criminoso para a integridade do tecido social e político, o debate sobre a confiscação revigorou-se mundialmente. Com o objetivo de punir, evitar ou inutilizar o enriquecimento decorrente de práticas ilícitas, diversos Estados passaram, na esteira de tratados internacionais e atos normativos de órgãos comunitários, a modificar sua legislação interna para promover importantes aprimoramentos na aplicação de confiscos penais e extrapenais, com ou sem a necessidade de condenação penal[2]. Essa ampla e disseminada ressignificação das medidas incidentes

1. Trecho do acórdão em Relação Extraordinária do Rio de Janeiro prolatado em 18 de abril de 1792 (mantida a grafia original): "ACCORDÃO em Relação os da Alçada etc. [...] declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Camara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu." (*apud* MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA, 1938, p. 193-194).
2. Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Palermo, 2000), a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida, 2003), a Convenção do Conselho da Europa Relativa

sobre o patrimônio de criminosos levou a que o tema migrasse definitivamente da periferia para o centro da política criminal[3]. Em um ambiente social marcado pela onipotência do dinheiro e dos privilégios de possuí-lo, parece cada vez mais aceitável que a confiscação, em suas diferentes formas de configuração normativa, possa cumprir adequadamente funções repressivas, preventivas e restaurativas.

Em relação à função repressiva, a utilização da imposição de perdas patrimoniais como sanção penal, além de constituir medida mais barata que o aumento de penas privativas de liberdade, parece mais resistente às técnicas de neutralização da criminalidade econômica[4]. Ademais, é sustentável que, diante da crise da pena privativa de liberdade em geral e do particular questionamento sobre a eficácia de sua aplicação a criminosos do colarinho branco ou socialmente favorecidos, a ampliação das hipóteses de confisco-pena, uma vez atendidos os princípios da culpabilidade, da proporcionalidade, da personalidade e da

ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Varsóvia, 2005), além de diversos atos normativos da União Europeia, como as Decisões-Quadro 2005/2012/JAI, 2006/783/JAI, 2007/845/JAI, 2008/841/JAI, a Diretiva 2014/42/UE e o Regulamento 2018/1805/UE.

3. Adriano Teixeira, (2020, p. 9) destaca: "Em 2002, em referência ao direito penal da *Common Law*, Peter Aldridge já apontava para o protagonismo da recuperação de ativos no âmbito do sistema criminal: *'both confiscation and forfeiture are moving from the wings of the criminal justice system to centre stage'* (ALDRIDGE, Peter. Smuggling, Consfiscation and Forfeiture, em: The Modern Law Review 65 (2002), p. 782)." Teresa Aguado Correa (2013, p. 452-453), por sua vez, ressalta o papel das medidas patrimoniais na política criminal da União Européia ao salientar a evolução da legislação e constantes menções ao tema em Comunicações da Comissão da União Européia ao Parlamento e ao Conselho, em que se afirma que "a confiscação de ganhos ilícitos deveria ser mais eficaz, e teria que se reforçar a cooperação entre os organismos de recuperação de ativos" (COM/2007/805) e que "lutar eficazmente contra o delito significa golpear os delinquentes onde mais lhes dói", de modo que se deveria reconhecer "a importância do confisco como um dos meios mais eficazes para lutar contra a delinquência organizada" (COM/2008/766).

4. Sobre essas técnicas de neutralização, conferir a ainda atual lição de García-Pablos de Molina (1983, p. 185): "Es interesante observar como precisamente en el ámbito económico y las finanzas se encuentran argumentos y lemas para propiciar una actitud pública de comprensión hacia el delincuente, desviando el interés colectivo hacia otros delitos 'prioritarios' y explotando su 'buena imagen'. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se argumenta que el ´supuesto crimen´ es tan solo una infracción 'administrativa' o 'fiscal', pero no penal; una mera 'irregularidad' forma; una conducta castigada por razones circunstanciales, cambiantes, pero no intrínsecamente mala."

individualização, pode desempenhar um importante papel na (re)legitimação do direito penal[5].

A prevenção especial da confiscação, por sua vez, pode ser obtida por meio da oposição de obstáculos ao refinanciamento da atividade criminosa decorrentes do "asfixiamento econômico do agente do crime" (SIMÕES e TRINDADE, 2009, p. 21). De fato, como lembra Sólon Linhares (2016, p. 69 e 80), citando trechos de votos da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha na AP 470/STF, se "o dinheiro é para o crime como o sangue é para a veia", é de se esperar que a adoção de medidas patrimoniais possa "funcionar como um torniquete capaz de parar a circulação deste sangue sujo, para que o coração da quadrilha deixe de bombear mais sangue para todo o organismo criminoso".

Já a prevenção geral tende a ser favorecida pelo caráter dissuasório que a percepção social da aplicação efetiva de perdas patrimoniais a criminosos pode acarretar. Não é absurdo cogitar que o perigo da confiscação possa ser mais suscetível de ser considerado por quem pretende atuar perseguindo o lucro (o que demanda também procurar antecipar riscos de prejuízo) do que a própria ameaça de prisão, possivelmente objeto de negação psicológica por quem se considera distante do estereótipo socialmente disseminado de um "delinquente". Se no mundo dos negócios, como diz a frase atribuída ao megainvestidor Warren Buffet, "a regra nº 1 é nunca perder dinheiro, e a regra nº 2 é nunca esquecer da regra nº 1", o risco de prejuízo econômico decorrente da existência de meios de privação patrimonial dotados de eficácia social relevante haveria de ser levado em conta para a decisão final do agente sobre se a prática delitiva seria o melhor curso de ação a tomar, ainda que se trate, evidentemente de uma racionalidade decisória sujeita a uma série de condicionamentos e vieses[6].

---

5. Comentando a permissão constitucional da pena de confisco, Luiz Flávio Gomes (1999, p. 137) assevera: "[C]uida-se de uma inovação legal auspiciosa, porque a perda de bens e valores tanto quanto às demais penas pecuniárias contam com 'alta taxa de graduabilidade', o que facilita sobremaneira sua individualização (exigida pelo texto constitucional). De outra parte, não se reveste da pecha de estigmatização social e é extremamente econômica (seja porque sua execução não custa muito, seja porque significa receita para o Funpen). Por último, há perfeita sintonia entre a 'sociedade do bem-estar', que valoriza o *homo economicus*, e a pena de perda de bens (que significa, em última instância, perda de *status*): a perda patrimonial pode configurar a forma mais contundente de sancionar o criminoso do colarinho branco não violento."
6. Embora controverso para explicar crimes cometidos sob forte tensão emocional ou mediante descontrole de desejos, é relativamente pacífica a adoção do modelo da escolha racional para crimes caracterizados por uma elevada cota de racionalidade

Por fim, o confisco também pode ser uma medida de repristinação econômica, de modo a cumprir uma função restaurativa. Ao fazer cessar a disponibilidade patrimonial alcançada por meios ilícitos, a atuação confiscatória do Estado promove a recomposição do estado de coisas anterior à atividade delituosa, frustrando o enriquecimento indevido do criminoso. É um imperativo de justiça que o proprietário ilegítimo seja privado dos benefícios de um estado de coisas constituído por meio de uma atuação contrária ao direito. Com isso, a ablação da propriedade criminosamente obtida ou acrescida tende a contribuir para realização prática do velho adágio de que "o crime não compensa" (*crime does not pay*).

2.2. Critérios para a justificação constitucional do confisco alargado

No Brasil, salvo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador (Leis 8.429/1992 e Lei 12.846/2013), não pode ser decretada a perda de bens por ação civil autônoma[7]. As confiscações previstas no direito brasileiro como respostas estatais à prática de ilícitos penais, com caráter de sanção ou efeito da condenação penal, devem ser conhecidas mediante instauração de processos criminais. O *confisco-pena*, embora expressamente previsto na Constituição (art. 5º, XLVI, *b*), tem sua utilização muito timidamente prescrita em lei, haja vista que pode ser aplicado apenas como sanção substitutiva à pena privativa de liberdade de até 4 (quatro) anos, em condenações por crimes praticados sem violência ou grave ameaça (CP, art. 43, II, c/c art. 44). Já o *confisco-efeito* tem antiga tradição no direito brasileiro[8], embora sua importância tenha sido subestimada até pouco tempo

instrumental, como sonegação fiscal, corrupção, tráfico de drogas e outros crimes motivados por ganhos econômicos (RODRIGUES, 2016, p. 212).

7. Registre-se a existência do Projeto de Lei 3.855/2019 (antigo PL 4.850/2016, conhecido como "Pacote das 10 Medidas contra a Corrupção"), que propõe a introdução da ação civil pública de perda civil de bens ou valores de qualquer natureza que procedam, estejam relacionados ou se destinem à prática de determinados crimes (arts 21 a 38). Entre as vantagens dessa modalidade confiscatória, prevista na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Palermo, 2000, art. 54.1) pode ser apontado o incremento de efetividade da recuperação de ativos, em especial "nos casos em que o sujeito está morto, tenha se evadido da jurisdição, é imune à investigação ou ao processo judicial, ou é demasiado poderoso para ser processado [criminalmente]" (AGUADO CORREA, 2013, p. 454).

8. O Código Penal de 1890 já previa a perda dos "instrumentos e resultados do crime", nos casos em que o ofendido não tivesse direito à restituição. O Código Penal de 1940 substituiu a expressão "resultados do crime" por "produto do crime ou de qualquer bem

atrás. São dessa última espécie o confisco clássico, o confisco por equivalente e o recentemente instituído confisco alargado.

O confisco clássico pode consistir na decretação da perda dos instrumentos ilícitos[9] usados para cometer o crime (CP, art. 91, II, *a*), caso em que a medida cumpre uma função preventiva, ao impedir que sejam novamente possuídos ou empregados indevidamente; e na do produto ou proveito auferido pelo agente com a prática criminosa (CP, art. 91, II, *b*), caso em que cumpre uma função restaurativa, ao restabelecer uma situação patrimonial anterior à prática delitiva. A introdução do confisco por equivalente, que permite a substituição do bem objeto do confisco clássico quando ele não for encontrado ou estiver no exterior (CP, art. 91, § 1º), embora tenha constituído um aprimoramento da busca por efetividade dos resultados dos mecanismos de recomposição econômica (PEZZOTI, 2019, p. 95), limitou-se a inserir a lógica da perda de valores como uma exceção dentro do modelo de perda de objeto, já que pode alcançar os bens equivalentes apenas após a identificação da relação causal entre o crime e o bem objeto originário do confisco clássico. Foi com a previsão do confisco alargado, objeto do presente estudo, que o instrumental à disposição do Estado para cumprimento da função restaurativa foi significativamente ampliado, porquanto pôde deslocar o foco da atuação estatal da apuração *individualizada* da obtenção de benefícios ilícitos isolados para a apuração *consolidada* da evolução patrimonial proporcionada pela atividade delitiva do agente. Observe-se como está redigido o art. 91-A, *caput*, do Código Penal, introduzido pela Lei Anticrime:

> "Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito."

---

ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (art. 74, II, *b*) e limitou os instrumentos confiscáveis àqueles "cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito" (74, II, *b*). Essa regulação do efeito confiscatório da sentença penal condenatória foi basicamente mantida na Reforma da Parte Geral de 1984, apenas deslocada para outro dispositivo (art. 91, II, *a* e *b*).

9. São exceções à exigência de ilicitude para confiscação de instrumentos as previsões de confiscação de "propriedades rurais e urbanas [...] onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo" (CF, art. 243) e de "veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza" utilizados para a prática dos crimes definidos na Lei de Drogas (Lei 10.343/2006, art. 61).

Pode-se cogitar que o confisco alargado, ao dispensar a comprovação de causa e efeito entre a prática criminosa e a obtenção de vantagens específicas dela decorrente, desvirtuaria o caráter de mero efeito restaurativo da sentença condenatória, de modo que a medida deveria ser considerada uma espécie de pena acessória (cumulativa). A discussão sobre sua natureza punitiva ou não punitiva não é meramente acadêmica, porquanto disso depende o reconhecimento da principiologia que informa a sua aplicação. Afirmar que o confisco alargado é uma pena, ou que deva ser tratado como tal, significa exigir que sua imposição se submeta aos princípios da culpabilidade, da irretroatividade e da tipicidade cerrada, entre outros. Como bem adverte Adriano Teixeira (2020, p. 13), "quanto mais o sistema de perda de bens se aproxima do penal, mais diversas e mais robustas se tornam (deveriam se tornar) as garantias em torno do atingido".

Contra essa objeção pode ser levantado que privar o condenado do valor correspondente ao acréscimo patrimonial constatado a partir do início da sua dedicação à prática de crimes, com o devido desconto dos valores licitamente obtidos, apenas torna prático e operacional um mecanismo atualizado de densificação da antijuridicidade do enriquecimento sem causa e da extração de benefícios da própria torpeza, sem caracterizar-se como sanção penal[10]. Ademais, que o confisco alargado possa contribuir para a prevenção especial, por obstar o financiamento de novos crimes do agente, ou para prevenção geral, pelo incremento dos riscos a serem considerados por potenciais criminosos, não necessariamente desvirtuaria sua finalidade precípua de recomposição do estado de coisas anterior à atividade delitiva.

De qualquer modo, ainda que reconhecida a função eminentemente restaurativa do confisco alargado, isso não haveria de conferir ao legislador um cheque em branco para intervenções excessivas. Note-se que o conceito de produto ou proveito de crime, ampliado especialmente para a decretação da medida do art. 91-A do Código Penal, tem uma estrutura própria das presunções absolutas. Embora a utilização dessa técnica seja permitida até mesmo na veiculação de disposições de direito penal material (BADARÓ, 2003, p. 270-271), as possíveis consequências da dispensa da relação de causalidade específica entre o crime e

10. Em semelhante sentido é a lição de João Conde Correia (2012, p. 168), para quem a perda alargada é "uma medida de caráter não penal que procura lograr uma ordem patrimonial conforme ao direito" de modo a "impedir a manutenção e a consolidação do patrimônio incongruente". Isidoro Blanco Cordero (2008, p. 69-106), em ampla análise de julgados, conclui que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos afasta a natureza penal do confisco ampliado.

suas respectivas vantagens para a fruição de situações e posições jurídicas individuais constitucionalmente protegidas não podem ser descartadas. Advirta-se, ademais, que o potencial "arrecadatório" da confiscação pode estimular tentações de índole argentária por parte do Estado, agravando o perigo de violações a direitos fundamentais.

É preciso, portanto, que a interpretação das hipóteses de cabimento do confisco alargado e a definição dos meios de aferir os valores nos quais a medida incide levem em consideração, por um lado, a proporcionalidade entre o grau de danosidade social esperado do locupletamento, conforme a espécie delitiva ou seu modo de execução, e os custos sociais, econômicos e de oportunidade da respectiva persecução patrimonial (tema objeto da Seção 2); e, por outro, compatibilização ótima entre a aplicabilidade funcional dos meios de restauração patrimonial e a proteção ao direito de propriedade relativo a bens e valores não decorrentes de atividade criminosa (tema objeto da Seção 3). É com base nesses parâmetros que serão defendidos os critérios aplicativos tratados neste estudo.

3. Em que casos se pode aplicar o confisco alargado no direito brasileiro

3.1. Omissões a serem supridas: exigência de atividade criminosa não eventual e lucrativa

É de se notar, primeiramente, que a lei brasileira não prescreveu uma lista taxativa de crimes em face dos quais o confisco alargado teria cabimento, limitando-se a exigir uma pluralidade de infrações e um patamar mínimo de gravidade. Não há na adoção de um modelo aberto, por si só, nenhuma inconstitucionalidade. O reconhecimento da proporcionalidade da medida, porém, requer uma interpretação sobre o seu âmbito de incidência que leve em conta os custos sociais e econômicos da própria persecução patrimonial e o grau de importância da recomposição do estado de coisas anterior à prática delituosa para uma promoção ótima do dever de justiça social. Não deve o Estado dirigir suas baterias contra o enriquecimento indevido, para promoção de medidas de restauração econômica, senão nas hipóteses em que há razoável expectativa de que a atuação dos órgãos persecutórios em questões patrimoniais, pelas consequências sociais especialmente deletérias do locupletamento criminoso, justifique o emprego de recursos materiais e humanos nessa recuperação, em vez de na ampliação da eficácia dos mecanismos tradicionais de enfrentamento da criminalidade.

Note-se que, diferentemente do que foi expressamente estabelecido na reforma da Lei de Drogas, que condicionou a decretação do confisco alargado às

hipóteses de "conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa" (art. 63-F, § 1º, introduzido pela Lei 13.886/2019), a previsão da medida no Código Penal silenciou sobre a exigência de um modo ou contexto de cometimento das infrações. O risco de uma sobreutilização do confisco alargado, sem contrapartida significativa no benefício social que se estima alcançar, parece desautorizar a interpretação *a contrario sensu*. Ademais, que as condições para a sua aplicação pudessem ser menos exigentes na legislação penal comum do que na Lei de Drogas causa perplexidade. Se para o enfrentamento do tráfico de drogas o direito brasileiro tradicionalmente dispõe de instrumentos mais severos, por aplicação de obrigações internacionais assumidas em razão de um amplo consenso sobre a gravidade do impacto social e econômico de tal atividade delituosa[11], não se concebe como possam ser instituídos requisitos mais lassos para a mesma medida interventiva prevista genericamente no Código Penal.

Não se está a defender aqui a revogação da lei específica pela lei geral, e sim uma adequada interpretação do art. 91-A do Código Penal, guiada pela coerência normativa, capaz de conferir compatibilidade sistêmica à definição do seu âmbito de incidência. Somente faz sentido instituir um conceito de produto ou proveito criminoso substancialmente mais amplo, que leva a uma intervenção estatal consideravelmente mais intensa na esfera patrimonial individual que a realizada no confisco clássico, se os requisitos para a sua aplicação forem também proporcionalmente mais exigentes. Em outras palavras, o que legitima o

11. Conferir o Preâmbulo da Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, promulgada no Brasil pelo Decreto 154/1991: "Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas de ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados; reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade; conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis; decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade; interessadas em eliminar as causas profundas do problema do uso indevido de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, compreendendo a demanda ilícita de tais drogas e substâncias e os enormes ganhos derivados do tráfico ilícito; [...] reconhecendo a necessidade de fortalecer e complementar as medidas previstas [...], a fim de enfrentar a magnitude e a expansão do tráfico ilícito e suas graves consequências [...]; convêm o que segue: [...]."

alargamento dos efeitos do confisco é o contrapeso de um *estreitamento* das suas hipóteses de aplicação. Não por acaso, a exigência de uma "carreira criminosa" ou "estilo de vida criminoso", está prevista na maioria das legislações estrangeiras de onde o legislador buscou inspiração para criação da medida[12]. Isso sinaliza a falta de vocação do confisco alargado para aplicação a crimes ocasionais, que não são praticados no contexto de atividades de organizações criminosas, nem um meio usual ou reiterado de enriquecimento para o criminoso. Parece correto aceitar a proporcionalidade dessa intervenção estatal, diante da ausência de um catálogo de delitos em que a medida teria cabimento, apenas nas situações em que a atividade delitiva se caracterizaria como uma fonte não extraordinária de obtenção de benefícios econômicos pelo criminoso, pois é essa "normalização" dos ganhos ilícitos que torna aceitável a expressiva ampliação do efeito confiscatório a ser tratada na Seção 3.

Conectado à exigência de que a atividade delituosa do agente seja um meio não eventual de obtenção de ganhos está um aspecto que a as obras doutrinárias já produzidas sobre a nova legislação parecem ter olvidado. O art. 91-A, *caput*, do Código Penal, diferentemente das disposições relativas ao confisco clássico, dispõe que o confisco alargado é aplicável em caso de "condenação por infrações", o que indica a necessidade de reconhecimento firme, mediante *standard* probatório próprio dos casos criminais, da prática de ao menos *duas* infrações penais. Além de o uso do plural situar-se no trecho que trata especificamente do seu cabimento, e não de seus efeitos[13], a exigência de pluralidade de crimes vai apoiada

12. No Reino Unido, conforme disciplinado pelo *Proceeds of Crime Act* (POCA), de 2002, reconhece-se a existência do estilo de vida criminoso (*criminal lifestyle*) do agente, para fins de decretação do confisco alargado (*extended forfeiture*), quando presente um dos seguintes requisitos alternativos: a) houver condenação por crimes como tráfico de drogas, pessoas e armas e direção de grupos terroristas; b) o crime for praticado no bojo de uma sequência de pelo menos três atividades criminosas (em um período de até seis anos) que tenham gerado, no mínimo, benefício de cinco mil libras; c) o crime for cometido durante pelo menos seis meses, e o condenado houver obtido um benefício não inferior a cinco mil libras. Em Portugal, apesar de a legislação não prever expressamente a exigência de um estilo de vida criminoso, a doutrina majoritária também o considera requisito implícito para a perda alargada instituída pela Lei 5/2002. (DUARTE, 2013, p. 22-24; CAEIRO, 2013, p. 494).

13. É bem verdade que logo depois de empregar a expressão "condenações" (no plural), ao tratar dos requisitos do confisco alargado, o legislador brasileiro usou a expressão "produto ou proveito do crime" (no singular e com artigo definido), ao tratar do objeto da medida. Conforme observação de Roberto D´Oliveira Vieira (2020), esse erro de redação foi o mesmo em que incorreu o legislador português, que posteriormente promoveu retificação no texto normativo para referir-se a "resultado de atividade delitiva".

pelo elemento sistemático, que impõe a restrição do confisco alargado às hipóteses de prática ao menos *reiterada* de fatos delituosos.

Poderia ser objetado que o entendimento aqui adotado não seja absolutamente fiel ao que originalmente o legislador histórico pretendia. A esse respeito deve ser lembrado, primeiramente, que o exame da intenção do legislador na interpretação jurídica não deve ser entendido como a vontade empírica de pessoas participantes do processo legislativo, e sim como o objetivo ou fim que corresponda à melhor justificação possível para o texto adotado, de acordo com uma presumida busca do autor da obra legislativa por adequação social disposições legais introduzidas[14]. Por isso, as simplificações e distorções argumentativas decorrentes do caráter imediatista de certas disputas políticas, manifestadas durante a tramitação do projeto que culminou na edição da Lei 13.964/2019 por meio da falsa dicotomia entre punitivismo radical ou tolerância excessiva com o crime, não devem ter peso na averiguação do significado normativo do respectivo texto legal. Em segundo lugar, frise-se que, embora ainda relevante para a interpretação jurídica, quando corretamente compreendido e dimensionado, o elemento subjetivo que demanda a consideração da intenção do legislador ainda precisa ser ponderado com um elemento objetivo, que exige do intérprete a delimitação de significados normativos dotados de coerência e correção quanto ao conteúdo[15]. Na presente questão, os argumentos contextuais, sistemáticos, isonômicos e comparativos pesam consideravelmente a favor da exigência de pluralidade de crimes e devem, portanto, prevalecer sobre os argumentos relativos à possível intenção original do legislador de estender a aplicabilidade do confisco alargado aos casos de condenação por crime isolado. Isso porque a previsão de declaração

14. Nesse sentido, deve ser lembrado que o conceito de "legislador" é juridicamente construído, devendo ser permeado pela sujeição do exercício do poder de representação política à justificabilidade. Nesse sentido, leciona Aleksander Pezcenik (2009, p. 285): "The power of the Parliament is not the same as the possibility of any parliamentary majority to immediately fulfil all its intentions. The transformation of these to statutes is regulated by legal norms whose justifiable ratio is to impose rational limitations upon the intentions. [...] Whereas the law is constructed according to the 'legislator´s will', the 'legislator' is constructed according to the law."

15. O reconhecimento da existência de primazias tão-somente relativas entre os elementos subjetivo e objetivo na interpretação jurídica possibilita a consecução ótima do dever de respeito à autoridade do legislador, imposto pelo regime democrático, e do dever de todos os órgãos estatais tratarem os assuntos públicos de modo racional e com pretensão de correção, exigido do Estado de Direito. Sobre o tema, conferir, por todos, Robert Alexy (2010, p. 61-76).

de perda patrimonial, sem qualquer limitação temporal previamente definida e independentemente de comprovação da relação de causa e efeito específica entre fato criminoso e enriquecimento, conforme previsto para essa modalidade confiscatória (conferir Seção 4, *infra*), parece justificar-se racionalmente apenas nos casos de prática delitiva, reiterada, continuada, profissional ou vinculada à atividade de organização criminosa.

Com a interpretação ora defendida, preserva-se a racionalidade aplicativa da intervenção patrimonial, afastando-se a possível estranheza em poder-se decretar a perda patrimonial, correspondente a uma prática delitiva *não ocasional*, se o réu foi condenado por apenas *um* fato criminoso. O que não raro pode acontecer, supõe-se desde já, é o primeiro delito já ter sido objeto de condenação anterior, em processo diverso, possivelmente proferida por outro juiz. A existência de duas condenações, em vez de uma, não parece fazer qualquer diferença prática substancial na proteção do indivíduo contra excessos do confisco alargado, levando a que o apego à literalidade da expressão "condenação" (no singular), nesse contexto, não receba apoio de razões intrassistemáticas. O que importa é que o réu tenha sido condenado por juiz penal, com observância do devido processo legal, por uma pluralidade de fatos criminosos que possa ser considerada atividade não ocasional desenvolvida pelo agente para obtenção de lucros indevidos.

Outra delimitação interpretativa necessária, pelo próprio reconhecimento do caráter legitimador da finalidade de neutralização de uma situação patrimonial antijurídica, deve ser a de restringir a incidência do confisco alargado aos chamados crimes reditícios, assim entendidos aqueles capazes de propiciar benefícios econômicos diretos ou indiretos, ainda que a obtenção de vantagem indevida não seja elemento normativo típico (CAEIRO, 2013, p. 18). Sem a consolidação de tal redução interpretativa, aumentam-se os riscos de que, em um ambiente social carregado de revolta contra a impunidade e a desigualdade econômica, problemas cujo enfrentamento demanda uma atuação institucional racional e sem demagogia, pressões de grupos sociais barulhentos possam intimidar o Ministério Público e o Poder Judiciário para que o confisco alargado tenha uma indevida expansão em sua aplicação.

3.2. Confusões a serem desfeitas: como deve ser interpretado o critério da gravidade mínima

Firmada a exigência de que a pluralidade de infrações objeto de condenação penal tenha aptidão para caracterizar a atividade delituosa do agente como um meio normalizado ou não eventual de obtenção de ganhos, cumpre analisar o

requisito da gravidade mínima (art. 91-A, *caput*). Sobre esse ponto, podem entrar em disputa duas teses rivais: a) a de que a exigência de pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão diz respeito à sanção prevista separadamente para cada infração; e b) a de que o referido patamar de gravidade mínima diz respeito às sanções máximas somadas ou unificadas dos crimes praticados em concurso ou de modo continuado.

A favor da posição pela qual se haveria de exigir pena máxima superior a 6 (seis) anos para cada infração isolada e abstratamente considerada (a), pode ser alegado que sua adequação decorreria da sua maior compatibilidade com o critério da sanção máxima legalmente prevista, em vez do da sanção efetivamente aplicada, para decretação do confisco alargado. O fundamento seria o de que, ao se falar em pena *cominada* se estaria fazendo referência à quantidade de pena estabelecida para a conduta na norma secundária de um tipo penal, e não na dosimetria definitiva operada na sentença, de modo que poderia se afigurar incoerente misturar um requisito relativo à gravidade abstrata, que é prevista individualmente para cada crime, interpretando-o como o resultado da soma de uma pluralidade de cominações de pena.

Em que pese a coerência argumentativa dessa primeira posição, não é de se esperar que ela resulte vencedora. A segunda possibilidade interpretativa (b), pela qual a previsão de pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão diz respeito ao patamar decorrente da soma ou unificação abstrata das sanções máximas de todos os crimes do agente, tem a seu favor o apoio nada desprezível da simplicidade e da familiaridade. A simplicidade repousa, sobretudo, no elemento gramatical: a redação do dispositivo fala em "infrações" (no plural) e em "pena máxima" (no singular). Fosse o caso de estabelecer o patamar de gravidade mínima de cada crime, poder-se-ia utilizar a expressão "penas máximas", de modo a deixar claro que a apuração do requisito da quantidade de pena haveria de ocorrer separadamente para ambas as infrações isoladamente consideradas. A familiaridade reside na força inercial de uma tradição interpretativa consolidada na jurisprudência, da qual se podem extrair argumentos analógicos, que exige a soma ou unificação de penas abstratas na avaliação dos requisitos objetivos para aplicação de medidas persecutórias, como a prisão preventiva (CPP, art. 313, I), ou para vedação à aplicação de benefícios, como a transação penal e a suspensão condicional do processo[16] (Lei 9.099/1995, arts. 61 e 89, respectivamente).

Ainda a respeito do requisito da gravidade mínima, convém gizar que, embora o legislador tenha se referido ao gênero "infrações", não é cabível a aplicação do

16. Conferir Súmulas 723 do STF e 243 do STJ.

confisco alargado a contravenções, puníveis no máximo com prisão simples, e a crimes para os quais a pena privativa de liberdade é a detenção, pois a lei expressamente exige condenação por infrações *sujeitas a pena de reclusão*. É indispensável, portanto, que o agente tenha sido condenado por no mínimo dois crimes puníveis com a mais grave espécie de pena. Embora haja entendimento consolidado na jurisprudência de que as penas de reclusão e detenção devem ser somadas para fixação do regime inicial de cumprimento de pena[17], não seria possível cumulá-las para fins de atingimento do patamar de pena máxima cominada (ANDRADE, 2020, p. 385), pois a exigência de *quantidade* da sanção máxima, acima de 6 (seis) anos, é complementada pela da respectiva *qualidade*, restrita às penas de reclusão e apenas abstratamente considerada. O regime inicial de cumprimento de pena efetivamente fixado em nada altera a espécie sancionatória cominada para o delito.

4. Sobre o que incide o confisco alargado

O confisco alargado pode incidir sobre os "bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito" (CP, art. 91-A, *caput*, segunda parte). Para tanto, entende-se como patrimônio do condenado o conjunto de bens "de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente" (inciso I); e os "transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal" (inciso II).

Em relação ao objeto da medida, a grande inovação, em comparação com o confisco clássico, é a de que se trata de *confisco de valor*, correspondente à incongruência patrimonial do condenado, sem necessidade de demonstração da causalidade direta entre a prática delitiva e o enriquecimento do criminoso. Todo bem tem um valor, todo valor pode ser expresso numa quantidade de dinheiro, e o dinheiro tem o apanágio da fungibilidade. O confisco alargado dispensa a individualização das diversas possíveis etapas pelas quais os ganhos ilícitos se "transformam" em acréscimo patrimonial, incidindo diretamente na consolidação final desse processo.

Objeções quanto à compatibilidade constitucional do instituto, por alegadamente exceder a sua função restaurativa, poderiam ser consideradas

17. Confiram-se, sobre a questão, os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça referentes ao AgRg no REsp 1.861.665/ES (5ª Turma) e ao AgRg no AREsp 1.619.879/MT (6ª Turma), ambos julgados em 05.05.2020.

procedentes se a definição do valor sobre o qual recai o confisco alargado não propiciar a devida proteção à parcela patrimonial legitimamente constituída pelo condenado. O caráter de mero efeito extrapenal da sentença condenatória não subsistiria se a medida puder alcançar também valores correspondentes ao acúmulo legítimo de riqueza. Cumpre, portanto, justificar se e como a apuração e a quantificação do valor confiscável devem ser realizadas para que a medida não se converta em instrumento propriamente punitivo, nem viole o direito de propriedade.

4.1. A definição do valor confiscável: entre a proibição da insuficiência e a proibição do excesso

Uma aproximação inicial ao problema da origem ilícita do patrimônio poderia partir da pré-compreensão de que a origem criminosa do capital usado para pagar parte do preço de um bem o torna contaminado de ilicitude apenas em grau proporcional à sua contribuição para a respectiva aquisição. Mas, um aprofundamento da análise leva à constatação de que, na prática, as coisas não são tão simples, e essa fronteira entre o lícito e o lícito muitas vezes não pode ser objetivamente delimitável. Alguns exemplos ajudam a visualizar o problema. O criminoso não ocasional que paga agiotas com os rendimentos havidos ilicitamente e, ao quitar suas dívidas, põe-se em condições de comprar uma cobertura mediante uso direto "tão-somente" de seus rendimentos lícitos, poderia ter seu imóvel de luxo, ou o respectivo valor do bem, resguardado do decreto confiscatório? Ou, como é mais comum, a falta de um documento de "registro de ingressos criminosos", e a consequente utilização de valores de origem lícita e ilícita, sem distinção, tanto no pagamento dos agiotas como na compra da cobertura, poderia legitimar a pretensão desse criminoso de que a determinação de confisco exclua, com absoluta precisão, a parcela exata dos valores de origem lícita que *ele próprio reuniu* aos de origem ilícita para formar seu patrimônio? E em caso de valorização da cobertura, decorrente tanto dos ventos favoráveis do mercado imobiliário como de benfeitorias parcialmente pagas com lucros de atividade delituosa, ou caso haja locação desse bem a terceiro, tornada possível porque ganhos lícitos e ilícitos permitiram a compra de outro imóvel para moradia própria, como separar a contribuição criminosa da contribuição não criminosa para o acréscimo patrimonial decorrente da valorização imobiliária ou da percepção de aluguéis?

Cumpre reconhecer que a mera disponibilidade de ganhos de origem ilícita, havidos de modo não extraordinário, com a consequente ampliação do quanto e do como o criminoso pode gastar e/ou investir, leva a um incremento das

oportunidades de negócios ao longo do tempo, tanto para manutenção de padrão de vida mais elevado como para acumulação de bens. Todo ingresso significativo de valores, máxime quando ocorre de modo não ocasional, conduz o respectivo beneficiário a uma posição mais privilegiada, como agente econômico, para empreender e barganhar, obter ganhos de escala, ter acesso a investimentos de maior retorno, poder dispensar empréstimos e conservar a titularidade de bens nas crises, entre outras conveniências. Isso leva a que, indiretamente, o proveito de uma atividade delitiva prolongada sempre interfira de modo a favorecer, em grau nem sempre mensurável aritmeticamente, a aumentar (ou evitar diminuir) o patrimônio total do agente. Logo, poderia haver cumprimento deficitário do dever de reposição ao estado de coisas anterior ao crime se simplesmente se fechassem os olhos para a projeção potencial dos ganhos ilícitos, além de seu mero valor nominal, nas condições para o criminoso acumular bens.

Na outra ponta, apesar do efeito contaminante da ilicitude e das vantagens posicionais que os ganhos ilícitos dão ao criminoso na sua gestão patrimonial, a concorrência de ganhos legitimamente obtidos na obtenção de bens não pode ser completamente desconsiderada. Como titular de direitos fundamentais, o condenado não pode ser tratado como um inimigo, de quem tudo pode ser tirado. O direito à propriedade privada, ainda que não mais seja compreendido à luz do liberalismo individualista do século XIX, impõe limites à ação confiscatória do Estado. A fixação de um âmbito demasiadamente amplo do confisco alargado, que determinasse o contágio de todo o patrimônio obtido com uso parcial de valores de origem ilícita e/ou mediante favorecimento decorrente da capitalização criminosa adicional, poderia levar a um excesso de intervenção estatal. É imperioso, em que pesem as dificuldades práticas, instituir salvaguardas à parte do patrimônio do condenado que possa, por aplicação de balizas legais razoáveis, considerar-se correspondente aos seus rendimentos lícitos. Então, por medida de política criminal, na delimitação do objeto do confisco alargado a legislação parte de uma concepção de produto ou proveito criminoso que potencialmente poderia abranger todo acréscimo no acervo de bens do agente ocorrido a partir da atuação delitiva, mas restringe o âmbito da intervenção patrimonial ao montante correspondente à "diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o rendimento lícito do condenado" (CP, art. 91-A, *caput*, segunda parte) no período em apuração.

A utilização da expressão "produto ou proveito do crime", que era tradicionalmente compreendida com referência à causalidade entre o fato criminoso e seus resultados, pode ser criticável à luz da técnica legislativa, mas ainda mais

criticável seria aceitar proposições dogmáticas que buscam "ontologizar" conceitos, como se sua construção não tivesse um caráter instrumental. Nessa linha, deve ser reconhecido que, diferentemente do que foi previsto na legislação de outros países[18], a aplicação do confisco alargado no direito brasileiro prescinde de qualquer inversão do ônus da prova. Para fixar o âmbito de apuração do valor confiscável, não há "inferir" a origem criminosa de bens a partir da incongruência patrimonial, e sim aplicar um conceito normativo, situado no plano do direito material, que define essa incongruência, aliada à prática não ocasional de crimes lucrativos dotados de uma certa gravidade, como *elemento do suporte fático* da medida.

Reconhece-se que o resultado dessa escolha legislativa tem um certo *artificialismo*, ao impor um limite inafastável à contaminação da ilicitude, e uma boa dose de *indeterminação*, haja vista a variedade dos possíveis critérios para qualificação de um dado acervo de bens como "compatível" a ganhos lícitos. Apesar disso, sem prejuízo de possível futura reforma legislativa que estabeleça balizas mais claras para a definição do valor confiscável, o conceito legal aparenta ser apto a cumprir seus objetivos. Em relação ao corte do efeito contaminante da origem criminosa, note-se que essa barreira já existia no confisco clássico para evitar que a medida atingisse os direitos de terceiros de boa-fé, de modo que seria sustentável reconhecê-la também para assegurar o respeito ao núcleo essencial do direito de propriedade do próprio criminoso e de sua família. Quanto ao modo de dimensionamento da (in)compatibilidade patrimonial, é dever do juiz, na falta de disposições legais sobre isso, utilizar critérios justificáveis, sujeitos a controle intersubjetivo, para determinação do valor sujeito a confisco. Embora seja conveniente sustentar, *de lege ferenda*, a instituição de critérios mínimos para essa aferição, não parece adequado que a lei venha a determinar antecipada e uniformemente todos os pormenores dos meios de dimensionar a incongruência patrimonial. Uma regulação abstrata com pretensões de completitude poderia criar uma padronização apuratória pouco flexível, criando obstáculos adicionais à busca por resultados justos em casos concretos.

18. Nos países europeus é comum a permissão legal para o uso de presunções no convencimento judicial sobre a origem ilícita de um determinado bem ou valor, com apoio na Diretiva 2014/42/UE. No Considerando nº 21 desse ato normativo, diz-se que podem os Estados-membros "estipular que seja suficiente que o órgão jurisdicional considere, levando em conta as distintas probabilidades, ou possa presumir razoavelmente, que é substancialmente mais provável que o bem tenha origem em atividades delitivas do que em outras atividades".

4.2. Possibilidades e limites na apuração da incongruência patrimonial do criminoso

O uso concorrente de ganhos lícitos e ilícitos pelo condenado impõe a necessidade de estimar a extensão da contribuição dos valores oriundos de ambas as fontes na sua evolução patrimonial, a fim de poder salvaguardar do confisco a parcela compatível com o seu rendimento lícito. A conexão entre prática de crimes e enriquecimento do agente pode ter diferentes graus, a depender da lucratividade e da duração da atividade delitiva, bem como, da medida em que vantagens criminosas são investidas nas fontes de rendimento lícito ou concorrem para sua obtenção. Pode-se dizer que, quanto maiores os laços entre as atividades legais e ilegais, tanto maior, *ceteris paribus*, será a contaminação da ilicitude nos bens ou rendimentos totais do agente. Esse efeito agravado de contágio pode ser ilustrado com o exemplo da sonegação fiscal que viabiliza um ganho de mercado mediante redução de preço ao consumidor; e o da corrupção passiva que, por influência do corruptor ligado a políticos poderosos, facilita ao servidor público corrupto acesso a promoções e gratificações mais elevadas. Para lograr uma restauração patrimonial conforme a ordem jurídica, os valores correspondentes ao aumento, respectivamente, dos lucros do empresário sonegador e dos vencimentos do servidor corrupto, apesar das fontes lícitas de onde provêm diretamente, poderiam ser também considerados de origem ilícita.

Também conviria reconhecer que, quanto mais lucrativa e duradoura a atividade delitiva, tanto melhores tendem a ser as oportunidades e condições do criminoso para fazer bons negócios e, consequentemente, tanto maior haverá de ser a importância relativa dos ganhos ilícitos na sua acumulação patrimonial. Como exemplo de um grau elevado desse tipo de favorecimento por posição econômica, imagine-se o caso do empresário que, pela injeção continuada de dinheiro de origem criminosa em sua empreiteira, independentemente da configuração de todos os elementos do crime de lavagem (Lei 9.613/1998, art. 1º), pode abrir mão de empréstimos para aumento do capital de giro, passa a conseguir maiores descontos de fornecedores na compra de máquinas e insumos e habilita-se a concorrer em licitações de obras de maior porte e mais lucrativas. Aparentemente, não bastaria, para evitar que o crime o compense, restringir o montante confiscável ao valor atualizado dos aportes de capital, ignorando as vantagens exponenciais proporcionada pela disponibilidade do dinheiro ilícito.

A consideração e a graduação desses fatores, contudo, está sujeita a variações significativas, pois as múltiplas possibilidades de configuração dos processos de acúmulo patrimonial podem levar a que sejam reforçados, atenuados ou mesmo afastados por completo. O peso definitivo de cada elemento usado na

determinação das parcelas a serem incluídas ou excluídas do valor confiscatório deve ser definido mediante justificação adequada, em atenção às características da obtenção e da destinação do capital ilícito e às circunstâncias da evolução patrimonial constatada.

Outra questão de relevo diz respeito a se e como devem ser levados em conta os gastos ordinários do criminoso com alimentação, vestuário e outros bens não duráveis no período da acumulação patrimonial. Não seria desarrazoado, na definição do valor sujeito a confisco, sustentar que os custos da manutenção do padrão de vida do criminoso, que pode incluir a compra de "experiências" como viagens, restaurantes e festas exclusivas, devam ser considerados suportados total ou parcialmente pelo rendimento lícito. Como a lei não estabelece qualquer parâmetro para a apuração dessa compatibilidade, também dependerá de preenchimento valorativo do julgador, de acordo com pautas propostas pela doutrina e paulatinamente consolidadas pela jurisprudência, a definição de critérios para a determinação de uma parcela do rendimento licitamente percebido que poderia *deixar de ser* excluída do valor objeto do confisco alargado.

Seria impróprio buscar defender de antemão um único critério que possa ser tido como acertado para estabelecer o grau de participação do rendimento regular em gastos com bens consumíveis e em investimentos em bens duráveis. Uma rigidez excessiva poderia omitir de forma injusta o cômputo de fatores, relativos ao indivíduo e ao seu meio, que levam a distintos padrões de consumo e poupança e que poderiam ter relevância para a fixação do valor objeto do confisco alargado. O que parece viável reconhecer, desde logo, é a evidente inadequação do *desconto integral* da soma atualizada dos ganhos obtidos de forma regular do aumento patrimonial constatado, pois não seria aceitável admitir que alguém possa viver apenas para poupar, sem utilização de nenhuma parcela de seu rendimento para o sustento próprio.

É claro que o conceito de rendimento lícito há de ser compreendido em sentido amplo, de modo a abranger não apenas o formalmente registrado, mas também os ganhos obtidos mediante trabalho ou empreendimento informal e os decorrentes de heranças e doações, ainda que ocasionais ou ocorridos uma única vez. Apenas o valor que não puder corresponder a qualquer forma de ganho lícito deverá ser considerado proveniente da atividade criminosa. O ônus da prova do montante do rendimento lícito é induvidosamente do órgão acusador, já que se trata de elemento do suporte fático da norma que autoriza o confisco alargado. Declarações de renda ou certidões fiscais de sua não apresentação no período da depuração patrimonial podem constituir prova suficiente para quantificação dos

ganhos lícitos, porém, na dialética do processo, a força probatória dessa documentação pode ser total ou parcialmente ilidida.

Com a introdução do confisco alargado no direito brasileiro, os operadores jurídicos da persecução penal assumem o desafio institucional de neutralizar os benefícios da atividade criminosa sem malferir direitos individuais. Para tanto, caberá ao juiz do caso, apreciando as manifestações das partes, com apoio em estudos desenvolvidos pela doutrina e colaboração interdisciplinar das ciências econômicas e sociais, ajustar a sintonia fina sobre como os valores de origem lícita e ilícita devem ser apurados e computados na definição do montante confiscável. A proporcionalidade da intervenção no direito de propriedade e o cumprimento adequado da função restauradora do confisco alargado dependerão, ao final, da aceitabilidade do critério de constatação e desconto do grau de contribuição dos ganhos não criminosos para o acervo patrimonial do condenado, de tal modo que o decreto confiscatório preserve o conjunto ou parcela de bens que sejam justificadamente compatíveis com a lídima aquisição e fruição da propriedade e com o caráter não punitivo da medida.

5. Conclusão

O confisco alargado é um mecanismo que proporciona a ampliação dos meios para restauração da situação patrimonial anterior à atividade criminosa, com o objetivo de tornar tão efetiva quanto possível, na realidade social, a expectativa de que o crime não deve compensar. Com previsão normativa desse novo instrumento, passa-se a permitir que a privação de bens como efeito não penal da sentença condenatória incida sobre o valor do patrimônio ilicitamente acumulado a partir do início da prática delitiva, sem necessidade de demonstrar a relação de causalidade específica entre os crimes os respectivos benefícios a cada vez obtidos. Para o reconhecimento da compatibilidade constitucional do confisco alargado é imperioso, contudo, que a interpretação das suas hipóteses de cabimento e da amplitude do seu objeto assegure a observância da proporcionalidade entre o alcance e a intensidade da medida e a gravidade do dano social do locupletamento indevido, bem como a promoção da concordância prática entre o cumprimento da função restaurativa da privação de bens do condenado e a salvaguarda do direito de propriedade dos bens e valores não obtidos por meios criminosos.

Apesar de a Lei Anticrime não ter estabelecido expressamente no Código Penal que a decretação do confisco alargado deva estar condicionada aos casos de "conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa", como disposto na Lei de Drogas, o dever de

coerência normativa impõe uma interpretação que também exige a não ocasionalidade da atividade delitiva para a aplicação do instrumento à criminalidade comum. O juízo sobre essa dedicação não contingente à prática de crimes requer a existência de condenação por duas ou mais infrações penais puníveis, isolada ou conjuntamente, à pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão. Também é necessário, pela própria legitimação da finalidade institucional de recomposição patrimonial do confisco alargado, que os delitos cometidos tenham aptidão para render benefícios econômicos, ainda que a obtenção de vantagem não seja elemento normativo dos respectivos tipos penais.

Em relação ao âmbito patrimonial no qual deve incidir o confisco alargado, poderia haver cumprimento deficitário do dever de reposição ao estado de coisas anterior ao crime se fossem completamente ignorados o caráter contaminante do uso de ganhos ilegais como parte do pagamento de bens ou custeio de investimentos e o favorecimento que a disponibilidade dessas vantagens ilícitas concede ao criminoso, como agente econômico, nas condições e oportunidades para poupar ou fazer negócios que propiciam aumento patrimonial. De outra ponta, poderia haver excessiva intervenção no direito de propriedade se esses efeitos de contágio e potencialização da ilicitude fossem levados a extremos, sem a instituição de uma razoável salvaguarda à parcela do patrimônio do condenado que poderia corresponder aos seus rendimentos regulares. O conceito legal que exclui a parcela patrimonial do condenado compatível com o seu rendimento lícito do alargamento da definição de "produto ou proveito do crime", em que pese seu caráter artificial e relativamente indeterminado, permite o desenvolvimento de pautas argumentativas que propiciam o controle da efetividade ótima dos direitos individuais e bens coletivos em jogo.

Devem ser excluídos da quantificação do valor confiscável o acréscimo patrimonial que possa ser considerado compatível com os rendimentos lícitos do condenado, assim entendidos os provenientes de trabalho ou empreendimento formal ou informal, além dos auferidos na informalidade ou recebidos como heranças e doações. Embora fosse bem-vindo um aperfeiçoamento legislativo que estabelecesse pautas mais claras para definição do *quantum* sujeito à declaração de perda, não seria viável estabelecer um único critério apriorístico para definir o grau de participação do rendimento regular do condenado para formação do seu acervo patrimonial, dado o risco de que essa rigidez leve à desconsideração de importantes características sobre o padrão de consumo e poupança, decorrentes de fatores individuais ou do meio social, que poderiam ser relevantes para a justa fixação do alcance confiscatório. Para dar conta do desafio institucional lançado pela criação do confisco alargado, deverá o juiz penal, após avaliação das

manifestações das partes, mediante abertura à colaboração interdisciplinar das ciências econômicas e sociais, e sempre sob a fiscalização da dogmática jurídica, justificar e aplicar critérios adequados para apuração e cômputo dos rendimentos lícitos e ilícitos na fixação do valor confiscável.

6. Referências bibliográficas

AGUADO CORREA, Teresa. Por uma política europeia de direito penal – Especial consideração do confisco dos produtos do delito. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ; Eduardo (Orgs.). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, Fernando Rocha. A persecução patrimonial e o confisco alargado. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Coords. e Orgs.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2020.

BADARÓ, Gustavo H. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 183801843. v. 1. Disponível em: [https://oll.libertyfund.org/titles/2009]. Acesso em: 07.09.2020.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: ABA, Luz Maria Puente; BARBEIRO, Mónica Zapico; MORO, Luiz Rodríguez. *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Albolote: Editorial Comares, 2008.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 453-501, jan.-fev. 2013. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=99294]. Acesso em: 15.09.2020.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*. Parte General – Tomo II. Trad. Octavio Béeche e Alberto Gallegos. San José: Tipografia Nacional, 1890.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal. Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Coimbra: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012.

DUARTE, Ana Patricia Cruz. O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei 5/2002 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do art. 7º e as suas implicações. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Problemas actuales de la Criminología*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

LINHARES, Sólon Cícero. *Confisco de bens: uma medida penal, com efeitos civis, contra a corrupção sistêmica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA. *Autos da devassa da Inconfidência Mineira*. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1938. v. VII.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

PECZENIK, Alexander. *On Law and Reason*. Breinigsville: Springer, 2009.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. Apontamentos sobre o confisco nos crimes de tráfico de entorpecentes e de lavagem de dinheiro. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 61-101, jan.-jun. 2019.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

SIMÕES, Euclides Damaso; TRINDADE, José Luís. Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves). *Revista Julgar online*. Disponível em: [http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf].

TEIXEIRA, Adriano. Apresentação. In: TEIXEIRA, Adriano (Coord.). *Perda das vantagens do crime no direito penal. Confisco alargado e confisco sem condenação*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

VELLOZO, Júlio Cesar de Oliveira; ALMEIDA, Silvio Luiz de. Constitucionalismo moderno, codificação e reprodução do capital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 162. ano 27, p. 383-408. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dezembro 2019.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Confisco alargado: aportes de direito comparado. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Coords. e Orgs.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aspectos tributários da lavagem de dinheiro e o projeto anticrime, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 1011/229-271 (DTR\2019\42250); e
- Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro, de Rodrigo Sánchez Rios e Luiz Gustavo Pujol – *RBCCrim* 118/123-158 (DTR\2016\671).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2020\331497 e JRP\2020\1033573.

A boa-fé e o compartilhamento de provas obtidas por meio de acordo de colaboração premiada

The good faith and the evidence sharing in cooperation agreements

Anamaria Prates Barroso

Doutoranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasília/DF. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) – Recife/PE. Advogada criminalista. Procuradora do Distrito Federal.
Lattes: [lattes.cnpq.br/0361092966695947].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-4308-1977].
anamaria@anamariaprates.com.br

Vanessa Reichert

Doutoranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasília/DF. Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – São Leopoldo/RS. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Canoas/RS. Advogada. Assessora Jurídica da Câmara Municipal de Vereadores de Salvador do Sul/RS e Professora do curso de Direito da FISUL – Garibaldi/RS.
Lattes: [lattes.cnpq.br/5633658377663778].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-3294-9806].
vanessa.reichert.adv@gmail.com

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutor em Direito pela USP, com período sanduíche na Universidad Complutense de Madrid (bolsa PDSE/CAPES) e de Pós-Doutoramento na UFRJ. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (Mestrado/Doutorado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da RBDPP. Assessor de Ministro no STF.
Lattes: [lattes.cnpq.br/9628659956663949].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-2020-5516].
vinicius.vasconcellos@ueg.br

Recebido em: 19.10.2019
Aprovado em: 07.06.2020
Última versão dos autores: 14.11.2020

Barroso, Anamaria Prates; Reichert, Vanessa; Vasconcellos, Vinicius Gomes de. A boa-fé e o compartilhamento de provas obtidas por meio de acordo de colaboração premiada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 177. ano 29. p. 47-69. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente estudo almeja analisar o problema do compartilhamento de provas obtidas por meio de colaboração premiada com outros órgãos estatais, no âmbito penal ou extrapenal, à luz da boa-fé objetiva. A partir de revisão bibliográfica e análise de casos recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o que se pretende responder é se as provas obtidas na colaboração premiada podem ser compartilhadas com outros órgãos estatais, a fim de instruir outros procedimentos e/ou processos em prejuízo ao colaborador. A boa-fé objetiva se aplica na hipótese de compartilhamento de provas? Se sim, não seria ela um princípio a ser balizado para impedir ou delimitar o compartilhamento de provas? Sustenta-se que a utilização de elementos probatórios produzidos pelo próprio colaborador em seu prejuízo, de modo distinto do firmado com a acusação e homologado pelo Poder Judiciário e fora de seus limites, é prática abusiva que viola a boa-fé objetiva, a qual deve reger o acordo de colaboração premiada.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Boa-fé objetiva – Compartilhamento de provas.

Abstract: The present study aims to examine the problem of evidence sharing of the cooperation agreements with other state agencies, in the criminal or extracriminal sphere in the light of objective good faith. With a bibliographical review and the analysis of new caselaw from the Brazilian Supreme Court, this paper answers whether the evidence obtained in the consensual mechanisms can be shared with other state sectors in order to instruct other procedures and/or processes to the detriment of the accused. Does objective good faith apply to the evidence sharing? If so, would not it be a principle to be considered to prevent or delimit the evidence sharing? It is argued that the use of evidence produced by the accused to his detriment in a manner different from that signed with the accusation and approved by the Judiciary is an abusive practice that violates the objective good faith that must determine the negotiation in criminal justice.

Keywords: Cooperation agreements – Objective good faith – Evidence sharing.

Sumário: 1. Introdução. 2. Colaboração premiada: negócio jurídico e o princípio da boa-fé. 3. A boa-fé além do direito privado. 4. Compartilhamento de provas e colaboração premiada. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

A colaboração premiada, regulamentada pela Lei 12.850/2013, tem sido intensamente estudada e debatida na doutrina e na jurisprudência. Isso porque o diploma legal, embora tenha aportado importantes avanços e mesmo com as recentes modificações da Lei 13.964/2019, deixou relevantes lacunas no regramento da temática, as quais, a cada dia que passa, causam não só dúvidas e controvérsias, mas, sobretudo, insegurança jurídica às partes que compõem o acordo de colaboração, quais sejam, o Ministério Público, ou a autoridade policial com a participação do MP, e o acusado assistido por seu defensor.

O acusado, em verdade, é a parte mais atingida pela insegurança jurídica do instituto, vez que, ao se obrigar a colaborar, renuncia a diversos direitos e se afasta de sua posição de resistência, contribuindo para a sua autoincriminação.[1] Aliás, é importante notar que acusação e defesa não estão em posição de igualdade nessa relação, já que o Ministério Público, em verdade, é representante estatal munido de todo o poder que lhe é inerente, e, ao colaborador que decide se autoincriminar e renunciar a direitos fundamentais, resta somente confiar no cumprimento da obrigação pela outra parte. Trata-se, sem dúvidas, de uma tendência internacional para ampliação dos espaços consensuais no processo penal, o que precisa ser analisado com cautelas.[2]

Um dos pontos de maior complexidade e de importante repercussão diz respeito ao compartilhamento de provas produzidas pelo colaborador para utilização em outras investigações ou processos, inclusive, em outras esferas do Direito. Tendo a legislação sido lacunosa ao não especificar os limites da prova emprestada, deve a interpretação jurisprudencial e doutrinária fixar os limites quanto à transferência dos elementos probatórios trazidos pelo colaborador, em seu prejuízo.

A partir de revisão bibliográfica e análise de casos recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o que se pretende responder neste artigo é se as provas obtidas na colaboração premiada podem ser compartilhadas com outros órgãos estatais a fim de instruir distintos procedimentos e/ou processos em prejuízo ao colaborador. A boa-fé objetiva se aplica na hipótese de compartilhamento de

1. Com pertinentes observações críticas aos mecanismos negociais, ver: AMARAL, Augusto J.; GLOECKNER, Ricardo J. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 25, v. 128, p. 65-89, fev. 2017; COUTINHO, Jacinto Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr.-jun. 2006; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant, 2019.
2. Sobre tal tendência internacional, remete-se a: GRANDE, Elisabetta. Comparative approaches to criminal procedure: transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. In: BROWN; TURNER; WEISSER. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 67-88; LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2020; VASCONCELLOS, Vinicius G. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais,* v. 19, n. 76, p. 153-173, jan./mar. 2020.

provas? Se sim, não seria ela um princípio a ser balizado para impedir ou delimitar o compartilhamento de provas? Sustenta-se que a utilização de elementos probatórios produzidos pelo próprio colaborador em seu prejuízo, de modo distinto do firmado com a acusação e homologado pelo Poder Judiciário e fora de seus limites, é prática abusiva que viola a boa-fé objetiva, a qual deve reger o acordo de colaboração premiada.

Embora existam justificadas problematizações à importação acrítica de categorias civis para o processo penal,[3] pensa-se que o estudo do compartilhamento de provas oriundas de colaboração premiada a partir da boa-fé objetiva justifica-se em uma perspectiva de limitação aos mecanismos negociais e à atuação dos atores envolvidos. Contudo, em uma postura prospectiva, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado a colaboração premiada a partir de categorias civilistas, como negócio jurídico, de modo que a premissa estabelecida neste artigo pode ser útil para restringir os seus efeitos e resguardar direitos fundamentais em uma lógica compatível com tal construção. Também vale destacar que a imposição de deveres de cooperação e de boa-fé podem ser problematizados se impostos ao acusado no processo penal, tendo em vista o direito a não autoincriminação, por exemplo. Contudo, trata-se de questão com problematizações particulares, as quais demandariam aprofundamentos em estudos específicos.

2. Colaboração premiada: negócio jurídico e o princípio da boa-fé

A Lei 12.850/2013 regulamentou aspectos importantes do instituto da colaboração premiada, por meio do qual, de um lado, o Ministério Público ou o Delegado de Polícia (com a participação do Ministério Público) e, de outro, o acusado (assistido por seu defensor) exteriorizam as respectivas vontades para celebrar o "acordo de colaboração", expressão empregada no próprio diploma legal.[4]

3. A importação indiscriminada de pensamentos civilistas ao processo penal é tema de pertinente e fundamentada crítica, sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 230-237, 2015; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma Crítica à Teoria Geral do Processo.* Porto Alegre: Magister, 2013. p. 11-18; ARMENTA DEU, Teresa (Coord.). *La convergencia entre proceso civil y penal.* ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013.

4. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan.-mar. 2017. p. 110.

Afirma-se que a colaboração premiada é negócio jurídico bilateral, pois é constituída pela exteriorização da vontade de duas partes, e de natureza mista, posto que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material.[5] Assim,

> "a natureza do acordo de colaboração premiada é de um negócio jurídico bilateral, que tem como causa, para a acusação, o fato de se tratar de um meio de obtenção de prova (e por meio do qual o imputado irá colaborar na obtenção de provas e evidências) e, para a defesa, de ser uma estratégia defensiva".[6]

Recentemente, a Lei 13.964/19 inseriu novo dispositivo na Lei 12.850/13, consolidando tal visão: "Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos".

Importa ressaltar que, embora haja controvérsias na doutrina sobre a base jurídica do que se constitui a colaboração premiada, o STF estabeleceu como

5. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 2, maio-ago., 2016. p. 187. Sobre isso: VALENTE, Victor A. E.; MARTINS, José E. O acordo de colaboração premiada na teoria dos negócios jurídicos: um diálogo entre o direito civil e o processo penal. In: GOMES; SILVA; MANDARINO (Orgs.). *Colaboração premiada.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 483-530; PINHO, Humberto Dalla B.; PORTO, José Roberto S. M. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? *In:* ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação Premiada.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016; SILVEIRA, Renato M. J. Colaboração premiada: os particulares contornos penais de um negócio jurídico. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André L. A. (Coords.). *Democracia e sistema de justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 511-524.

6. MENDONÇA, Andrey B. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coords.). *Colaboração premiada.* São Paulo: RT, 2017. p. 60. Conforme Marcos Paulo Santos: "A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são negócios jurídicos processuais despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a colaboração do maior número de agentes, inclusive do colaborador. Excepcionalmente, agracia-lhe com o perdão judicial, ou até, ministerial – § 4º da Lei 12.850/2013 [...]" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 29).

postura dominante a compreensão de que a colaboração premiada é negócio jurídico processual personalíssimo.[7] Nos termos assentados no HC 127.483:

> "[...] a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração".[8]

Releva-se pontuar que

> "negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica e estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação. A exteriorização da vontade do sujeito que implica o exercício de um poder de regular, em maior ou menor medida, o conteúdo de situações jurídicas processuais, significa a existência de um negócio jurídico processual".[9]

No caso da colaboração premiada, a vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo, dentro dos limites traçados. As partes negociam e definem a prestação de colaboração, que passa a ser devida, justamente, em razão do negócio. Há, assim, definição de consequência jurídica e do seu conteúdo.[10]

Em sendo negócio jurídico, não pode a colaboração premiada afastar-se dos deveres inerentes à boa-fé objetiva, "fonte autônoma de deveres jurídicos"[11] e que "implica a exigência nas relações jurídicas, do respeito e da lealdade com o

7. ROSA, Alexandre Morais da; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico*: a ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: Emais, 2019. p. 71.
8. STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffolli, j. 27.08.2015. p. 23-24.
9. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo* Horizonte, ano 17, n. 67, jan./mar. 2017. p. 106.
10. Ibidem, p. 111.
11. MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 134.

outro sujeito da relação impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro".[12]

Consoante ensina Karl Larenz, "o princípio da 'boa-fé' significa que cada um deve guardar 'fidelidade' à palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, uma vez que esta forma a base indispensável de todas as relações humanas".[13] Em verdade, a boa-fé é sempre um agir refletido no outro, que efetiva as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial.[14]

A "boa-fé objetiva é ética negocial"[15], que integra o princípio da confiança, que, por sua vez, é elemento do princípio da segurança jurídica. Inclusive, Menezes Cordeiro afirma que "a aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder", de modo que "a confiança constitui, para o ser, a base de um comportamento; quando não, haverá mera esperança."[16]

Também da obra de Karl Larenz se extrai que o princípio da confiança tem um elemento componente da ética jurídica e outro que se volta à segurança do tráfico obrigacional, de modo que um e outro não podem ser separados.[17] Assim:

> "[…] El componente de Etica Jurídica resuena sólo en la medida en que la creación de la aparencia jurídica tiene que ser imputable a aquel en cuya desventaja se produce la protección del que confió. En cambio, el componente ético-jurídico está en primer plano en el principio de buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es 'imputable' cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar. En esta medida es idéntico al principio de la confianza. Sin

12. Ibidem, p. 132.
13. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista Derecho Privado, 1958, t. I. p. 142.
14. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 43-44.
15. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35.
16. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1241-1242.
17. LARENZ, Karl. *Derecho Justo:* Fundamentos de Etica Juridica. Madri: Civitas, 1985. p. 95.

> embargo, lo sobrepasa y va más allá. Demanda también un respeto recíproco ante todo en aquellas relaciones jurídicas que requieren una larga y continuada colaboración, respeto al otro también en lo ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico."[18]

Em verdade, a boa-fé objetiva é uma norma jurídica que aponta, concomitantemente, a:

> "(*i*) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (*ii*) um *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (*standard* direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (*iii*) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um 'estado ideal de coisas')".[19]

Menezes Cordeiro aponta a boa-fé como conceito normativo e perceptivo que integra a linguagem jurídica específica e que pretende, de imediato, ordenar comportamentos.[20]

Embora tradicionalmente a boa-fé seja estudada e aplicada no âmbito do direito privado, o doutrinador alemão Karl Larenz, já em 1978, apontava que o princípio da boa-fé não rege somente as relações obrigacionais do direito privado, mas se aplica também às relações de direito público.[21]

A boa-fé é, portanto, ao lado de um *standard* jurídico, um princípio geral do Direito que se reveste de universalidade, estando presente, independentemente de sua recepção positiva, em todo o ordenamento jurídico, pois se constitui no eixo central da ideia mesma de Direito. Pode-se afirmar que não se trata, portanto, de um princípio exclusivo do Direito Civil.[22]

---

18. Ibidem, p. 95-96.
19. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 281-282.
20. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1190.
21. LARENZ, Karl. *Derecho Justo*: Fundamentos de Etica Juridica. Madri: Civitas, 1985. p. 96.
22. ZANELLATO, Marco Antonio. *Da boa fé no direito privado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 88.

3. A boa-fé além do direito privado

Como dito, apesar de tradicionalmente a boa-fé ser considerada como aplicável ao direito privado, ela vem como suporte, também, para o exercício de diversos direitos, irradiando sua influência para o campo das relações jurídicas-públicas[23]. No Brasil, tanto no campo doutrinário como na jurisprudência, a boa-fé objetiva tem sido assimilada como manifestação do Estado Democrático de Direito, incidindo sobre as relações jurídicas de direito público, evidenciando que os princípios da boa-fé, da confiança legítima e da segurança jurídica devem ser invocados perante todas as condutas estatais (legislativa, administrativa ou jurisdicional).[24]

Não é recente a preocupação do STF com a proteção da boa-fé fora das relações privadas. Já em 1977, antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988 e, evidentemente, do Código Civil de 2002, o Tribunal, preservando o corolário da boa-fé, se preocupava com as relações estabelecidas entre particular e poder público quanto aos efeitos de lei ainda não declarada inconstitucional.[25]

O STF continua se posicionando no sentido de que o princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica tem a presença de boa-fé

---

23. Nesse sentido é a lição de Amelia Gonzales Méndez: "Se ha visto como, aunque el principio de buena fe tiene un origen privado, ha irradiado su influencia al campo de las relaciones jurídicas-públicas. Se ha observado cómo, aunque encuentra una sede natural de desenvolvimiento en las relaciones contractuales, es también referido al ejercicio de cualquier derecho, y también, por extensión, al ejercicio de potestades. Y no se ve la razón por la cual el valor de confianza no sea amparable en un Estado social de Derecho a través de la invocación de la buena fe en cuya entraña se aloja desde su origen. Máxime cuando se señala que los casos en que es el ciudadano el que defrauda la confianza de la Administración juega la buena fe y no encuentra encaje el principio de confianza legitima" (GONZÁLEZ MÉNDEZ, Amelia. *Buena fe y derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2001 p. 62).

24. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Orgs.). *Direitos humanos, democracia e república*. Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 221.

25. "A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir prejudicando o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo" (STF, RE 79343, Rel. Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, j. 31.05.1977, DJ 02.09.1977).

como componente de ética jurídica, projetando-se também sobre as relações jurídicas de direito público.[26]

Apesar de o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 5º, contemplar expressamente a boa-fé objetiva como princípio a ser observado pelas partes, não se trata exatamente uma inovação, na medida em que a boa-fé objetiva sempre foi reconhecida no processo penal[27].

Nos sistemas das nulidades há vedação ao *venire contra factum proprium,* em adesão ao princípio da boa-fé[28], procurando-se afastar eventual torpeza das partes, não podendo quem deu causa ao prejuízo alegá-lo, em violação ao *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, corolário da boa-fé decorrente, inclusive, de interpretação do artigo 565 do Código de Processo Penal.

Não só no campo das nulidades, mas a boa-fé no direito processual penal tem sido invocada também: a) na impossibilidade de substituição extemporânea e injustificadamente de testemunhas pela acusação ou pela defesa, fora das hipóteses previstas no artigo 451 Código de Processo Civil, aplicado analogicamente[29]; b) na ausência de autorização judicial para adentrar em residência, não gerando nulidade das provas obtidas se o acusado franqueou a entrada de agentes policiais em seu domicílio, em razão do *venire contra factum proprium* derivado da boa-fé objetiva[30]; c) quando juiz de primeiro grau que, com atuação contraditória, induz a defesa a não interpor a apelação, ao afirmar que, quando do julgamento dos embargos de declaração por ela opostos à sentença, deixaria de conhecer do recurso por ausência de interesse, uma vez que seria reconhecida a prescrição[31]; d) nos casos de *habeas corpus* impetrado um ano após trânsito em julgado de acórdão de Tribunal que rejeitou a suspeição de magistrado, inclusive o magistrado realizando atos neste período, que não deve ser conhecido, em razão do *duty to mitigate the loss*, subprincípio da boa-fé objetiva[32].

---

26. STF, MS 24268, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.02.2004, DJ 17.09.2004.
27. "A boa-fé objetiva, prevista como norma fundamental no art. 5º do Código de Processo Civil, é também aplicável ao Processo Penal" (STF, HC 162194, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.09.2018, *DJe* 21.09.2018).
28. STF, HC 104.185/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 05.09.11.
29. AP 996 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 08.08.2017, *DJe* 28.08.2017.
30. STJ, HC 381.953/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j, 20.04.2017, *DJe* 28.04.2017.
31. STJ, REsp 1329048/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 16.05.2013, *DJe* 29.05.2013.

Não foge ao debate a aplicação da boa-fé ao instituto da colaboração premiada. Nesse caso, tal questão sobressai no que diz respeito às cláusulas acordadas entre o colaborador e o agente estatal. Nesse sentido, o STF assentou que, tendo o colaborador cumprido sua contraprestação, deve ser honrado o compromisso assumido no acordo de colaboração premiada, sendo concedidas as sanções premiais acordadas em respeito à segurança jurídica, a proteção da confiança e à boa-fé[33]. Ou seja, o reconhecimento da boa-fé na colaboração premiada tem sido vinculante para consideração das cláusulas negociadas em benefício do colaborador.

4. Compartilhamento de provas e colaboração premiada

O tema de compartilhamento de provas do processo penal para outros procedimentos é permeado por relevantes problemas e discussões. Costuma-se afirmar que o fundamento da prova emprestada está na eficiência e economia processual, entendendo-se que repetir prova já produzida traz prejuízos não só para a administração da justiça, mas também para as partes[34].

O compartilhamento ou empréstimo de provas possibilita a utilização de elementos produzidos em um determinado procedimento para formação de convicção em outro procedimento, sendo que, no processo em que a prova emprestada ou compartilhada for aproveitada, ela será sempre documental quanto à forma, mantendo, contudo, a natureza e a eficácia originárias[35]. Ou seja, "prova emprestada é aquela que, regularmente produzida em determinado processo, é transladada documentalmente a outro feito, a fim de neste ser valorada".[36]

32. STJ, HC 131.830/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 18.12.2012, *DJe* 01.02.2013.
33. STF, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27.08.2015, *DJe* 04.02.2016; STF, Pet 7074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 29.06.2017, *DJe* 03.05.2018. Sobre a possibilidade de concessão do benefício mesmo sem acordo previamente formalizado e homologado: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan.-abr. 2017.
34. ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Prova emprestada. *Revista de processo,* São Paulo, v. 202, dez. 2011, p. 408.
35. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, ago. 2016, p. 53.
36. GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out.-dez. 1993. p. 66.

Mesmo que se argumente que deve haver uma análise criteriosa do compartilhamento de provas[37] com observância da natureza do procedimento[38], da vinculação da prova à causa que foi produzida[39], do grau de participação do acusado, a jurisprudência tem admitido a prova emprestada com poucas restrições.

O STJ já sumulou no sentido de que "é permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa"[40], sendo que também não há impedimento que esse contraditório seja exercido posteriormente à produção da prova, mesmo que não tenha ocorrido em sua produção[41].

Diferente não tem sido o posicionamento do STF, que admite a prova emprestada, mas tem pautado suas decisões na necessidade de autorização judicial para a produção da prova para que ela possa ser compartilhada[42]. Assentou-se que

> "os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados".[43]

Em precedente firmado pelo Tribunal Pleno do STF na 2ª QO no Inq. 2.424, afirmou-se que

---

37. Sobre isso: CESCA, Brenno Gimenes. *Prova emprestada no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 54-76.
38. BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Rámon Areces, 2010. p. 265.
39. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 584; SILVA, Jardel Luís da; FELIX, Yuri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 111, nov./dez. 2014, p. 217.
40. STJ. Súmula 591, Primeira Seção, j. 13.09.2017, *DJe* 18.09.2017.
41. Alguns doutrinadores aceitam com menos rigor o princípio do contraditório na produção da prova, entendendo apenas necessário que a parte contra quem será utilizada a prova tenha sido parte no processo onde a prova foi produzida. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out.-dez. 1993.
42. O tema 990 (RE 1055941), com repercussão geral reconhecida, traz para o debate a possibilidade do compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.
43. STF, HC 102.293, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 24.05.2011, *DJe* 19.12.2011.

> "dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova".[44]

Não só no campo judicial, mas a CGU já tem posicionamento de que "as interceptações telefônicas judicialmente autorizadas podem ser utilizadas na instrução de procedimento correcional"[45] e no sentido de que "o compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça"[46].

Já quanto à possibilidade de compartilhamento de provas advindas da colaboração premiada, o cenário é ainda mais complexo e permeado de problemáticas. Pode-se afirmar que a justiça criminal negocial se caracteriza pelo oferecimento de benefícios ao imputado em troca de sua atuação no sentido de facilitar a persecução penal,[47] ou seja, a defesa se afasta de sua posição de resistência,[48] produzindo provas autoincriminatórias, tendo em vista a promessa de um tratamento mais benéfico.[49]

---

44. STF, Inq-QO-QO 2424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.06.2007, publ. 24.08.2007. Posição reiterada em: STF, QO AP 945/AP, 2ª turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.03.2017. Deve-se, contudo, citar posição mais restritiva adotada pelo Tribunal Pleno do STF em 2012: "Consoante dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, mostra-se inadequado o compartilhamento de prova que, no campo da exceção – afastamento da privacidade –, implicou interceptação telefônica determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal" (Inq 3.014 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.12.2012, *DJe* 20.09.2013).

45. Enunciado CGU 18 de 10 de outubro de 2017. Disponível em: [www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/enunciados-em-atividade-disciplinar/arquivos/em-prova-emprestada-enunciado-no-18.pdf]. Acesso em: 05.07.2019.

46. Enunciado CGU 20, de 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: [www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/enunciados-em-atividade-disciplinar/arquivos/exposicao_motivos_enunciado_20.pdf]. Acesso em: 05.07.2019.

47. Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018; AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017; BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan.-abr. 2017.

Na doutrina, discute-se a possibilidade de compartilhamento de provas de colaboração premiada. Em sentido positivo, Marcos Paulo Dutra afirma que

> "à semelhança da interceptação telefônica, há de ser genuinamente determinada para fins penais, mas, a partir daí, nada impede que o acervo probatório carreado seja compartilhado para fins não penais, desde que correlatos – ação civil pública, ação de improbidade administrativa, procedimento administrativo disciplinar etc.".[50]

Por outro lado, em visão restritiva, conforme Carla de Carli,

> "caso não seja possível envolver na negociação os membros do Ministério Público lotados nas outras jurisdições, ou algum juízo não homologue a colaboração, as provas de uma investigação que eventualmente estiver mais adiantada, em razão da colaboração, não deverão ser compartilhadas com o outro juízo".[51]

No âmbito da Operação Lava Jato, analisou-se a questão em um primeiro momento. Em 02.04.2018, nos autos do processo 5054741-77.2015.4.04.7000 – JFPR, foi proferida decisão para vedar

48. VASCONCELLOS, Vinicius G. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 119, abr.-jun. 2016. p. 187-188.

49. "[...] caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigi-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança" (STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 63). Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 112-116.

50. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 167. De modo semelhante: FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 192; DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo p. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 531.

51. DE CARLI, Carla V. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 122.

> "a utilização dos elementos informativos e provas cujo compartilhamento foi anteriormente autorizado por este Juízo contra pessoas que celebraram acordo de colaboração com o Ministério Público no âmbito da assim denominada Operação Lava Jato, bem como contra empresas que celebraram acordo de leniência".[52]

Tal decisão citou o direito estadunidense, em que a Regra 410 do *Federal Rules of Evidence (Pleas, Plea Discussions, and Related Statements)*[53] dispõe sobre a proibição da utilização da prova colhida no âmbito da justiça negocial contra quem colaborou[54]:

> "(a) Prohibited Uses. In a civil or criminal case, evidence of the following is not admissible against the defendant who made the plea or participated in the plea discussions:
>
> (1) a guilty plea that was later withdrawn;
>
> (2) a nolo contendere plea;
>
> (3) a statement made during a proceeding on either of those pleas under Federal Rule of Criminal Procedure 11 or a comparable state procedure; or
>
> (4) a statement made during plea discussions with an attorney for the prosecuting authority if the discussions did not result in a guilty plea or they resulted in a later-withdrawn guilty plea.
>
> (b) Exceptions. The court may admit a statement described in Rule 410(a)(3) or (4):
>
> (1) in any proceeding in which another statement made during the same plea or plea discussions has been introduced, if in fairness the statements ought to be considered together; or
>
> (2) in a criminal proceeding for perjury or false statement, if the defendant made the statement under oath, on the record, and with counsel present."

Em corroboração à decisão supra proferida, o MPF, por meio da Nota Técnica 2/2018 – 5ª CCR, entendeu que houve uma "limitação intrínseca e subjetiva de validade do uso da prova" onde as provas advindas do acordo não podem "ser utilizadas

52. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/moro-proibe-tcu-receita-usem-delacoes.pdf]. Acesso em: 04.08.2019.
53. Mencionada na decisão nos autos do processo 5054741-77.2015.4.04.7000 – JFPR (Operação Lava Jato) que não permitiu o compartilhamento de provas do acordo de colaboração premiada com o TCU.
54. Disponível em: [www.rulesofevidence.org/article-iv/rule-410/]. Acesso em: 04.08.2019.

contra os próprios colaboradores para produzir punições além daquelas pactuadas no acordo", não ocorrendo qualquer violação às atribuições de outros órgãos ou instituições de controle que continuam "com a prerrogativa plena de condução de seus processos ou procedimentos de índole sancionatória, com todos os instrumentos e meios processuais previstos em lei, para o seu regular desenvolvimento"[55].

Contudo, a referida decisão foi revista em 03.07.2018, quando acolheu os requerimentos do MPF e da Receita Federal, autorizando "a utilização da prova compartilhada, sem restrições, para lançamento e cobrança de tributos, incluindo as multas pertinentes, mesmo contra colaboradores ou empresas lenientes" [56].

Já em sede dos Tribunais Superiores, a 2ª turma do STF, em dois julgamentos em 2018, entendeu que, estando o pedido de compartilhamento de provas fundamentado, esse deve ser deferido, desde que respeitados os limites estabelecidos no acordo. No Agravo Regimental no Inquérito 4.420, assentou-se a seguinte ementa:

> "Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. 4. No caso em concreto, o inquérito civil investiga possível prática de ato que envolve imputado que não é abrangido pelo acordo de leniência em questão. 5. Contudo, deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas. 6. Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão impugnada e o compartilhamento de provas, observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes."[57]

Ao julgar o Agravo Regimental na Petição nº 7.065, a Segunda Turma do STF manteve o posicionamento anterior no sentido de que, "reconhecidas as delimitações consubstanciadas, no caso, pelo termo de depoimento, não há causa impeditiva ao compartilhamento requerido"[58]. Apesar de o Min. Edson Fachin

55. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%202_2018.pdf]. Acesso em: 05.07.2019.

56. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-jul-11/moro-permite-receita-cobrar-imposto-leniente-delator]. Acesso em: 04.08.2019.

57. STF, Inq 4420 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.08.2018, *DJe* 13.09.2018.

58. STF, PET 7.065-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 30.10.2018.

afirmar que "o pedido de compartilhamento não demanda cautelas específicas a pretexto de prevenir a inviolabilidade da autoincriminação", ele aderiu às ressalvas do Ministro Gilmar Mendes já estabelecidas no julgamento do Inq. 4420-AgRg.

Ainda, antes do posicionamento jurisprudencial do STF nesses dois julgamentos de 2018, o MPF, por meio da Nota Técnica 01/2017 e da Orientação Conjunta 01/2018, se manifestou claramente quanto à impossibilidade de compartilhamento de provas advindas da colaboração premiada e do acordo de leniência no sentido de prejudicar o colaborador:

> "Em razão da existência e da autonomia dos sistemas de responsabilização, o Poder Público apresenta-se fragmentado, com órgãos e entidades diversas, com atribuições constitucionais e legais diferenciadas, que detêm pretensões sancionadoras distintas em razão dos mesmos atos ilícitos. No entanto, em situação diversa, do ponto de vista da pessoa jurídica infratora a realidade infracional é unitária, ainda que sujeita aos diferentes canais estatais de responsabilização. De um lado, fragmentação sancionatória; de outro, unidade da personificação jurídica afetada pelas diversas consequências sancionatórias. Para compatibilizá-la com a aludida fragmentação organizacional do Estado, no intuito de assegurar efetivo equilíbrio às posições de cada parte, há de se interpretar as diversas regras do microssistema para respeitar o princípio de que a leniência deve beneficiar, mas não prejudicar o colaborador, quando se compara sua situação posterior à leniência com aquela em que estaria caso não tivesse optado pelo acordo (Nota Técnica 01/2017 – 5ª CCR)"[59].
>
> "39. As provas decorrentes do acordo de colaboração premiada poderão ser compartilhadas com outros órgãos e autoridades públicas nacionais, para fins cíveis, fiscais e administrativos, e com autoridades públicas estrangeiras, inclusive para fins criminais, com a ressalva de que tais provas não poderão ser utilizadas contra os próprios colaboradores para produzir punições além daquelas pactuadas no acordo. Esta ressalva deve ser expressamente comunicada ao destinatário da prova, com a informação de que se trata de uma limitação intrínseca e subjetiva de validade do uso da prova, nos termos da Nota Técnica nº 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Orientação Conjunta 01/2018 – 5ª CCR)"[60].

59. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf]. Acesso em: 04.08.2019.

60. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf]. Acesso em: 04.08.2019.

Partindo-se de tais considerações, deve-se ressaltar que a ideia de compartilhamento de provas deve se compatibilizar com a lógica da justiça negocial, em respeito à confiança, à previsibilidade e à segurança jurídica. Ou seja, nos termos anteriormente expostos, deve-se respeitar a boa-fé objetiva. Não se pode aceitar que o Estado incentive e prometa um determinado tratamento ao imputado com o objetivo de que ele produza provas contra si mesmo, e depois, em processo ou esfera distinta, promova um sancionamento mais gravoso, utilizando das próprias provas produzidas pelo colaborador.

Assim, conclui-se que há possibilidade de compartilhamento das provas com autoridades que não aderiram ao acordo, desde que sejam destinadas a investigações contra terceiros. Entretanto, em caso de não aderência, tais elementos não podem ser utilizados em prejuízo do colaborador, de modo que as provas produzidas pelo delator em razão do acordo não podem ser utilizadas para impor sanções mais gravosas em outros processos ou esferas do Direito, que não respeitem os termos do acordo homologado[61].

A possibilidade do compartilhamento irrestrito das provas produzidas nos acordos de colaboração premiada, além de colocar em risco a efetividade do acordo em si[62], e violar a não autoincriminação, afronta a boa-fé que deve permear toda relação negocial entre colaborador e o agente estatal.

Portanto, celebrada a colaboração premiada, não podem os demais órgãos de controle (Receita, Corregedoria, TCU, CADE) abrir procedimento contra o colaborador com base na prova produzida na colaboração premiada e, caso aberto, não podem utilizar-se de qualquer elemento produzido na colaboração premiada contra o colaborador, salvo se houver aderência e respeito aos limites impostos no acordo homologado judicial. Qualquer sanção que lhe seja imputada lhe será prejudicial e, evidentemente, ao aderir ao acordo, o colaborador se valeu da boa-fé do agente estatal de que as provas autoincriminatórias não sairiam da esfera do acordo, em seu prejuízo, se as demais autoridades estatais não tenham aderido ao acordo.

No que concerne à prova emprestada no âmbito das colaborações premiadas e dos acordos de leniência, o debate, ainda inaugural, não pode se pautar nas

61. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator. *Revista Direito Público,* Porto Alegre, v. 15, n. 87, maio-jun. 2019, p. 23.

62. LAMY, Anna Carolina. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 159-161.

mesmas motivações que permitem o compartilhamento de provas não advindas da justiça penal negocial. As provas provenientes dos acordos celebrados na justiça penal (colaboração premiada e acordo de leniência) devem ser contextualizadas dentro da confiança e da boa-fé que regeu as negociações. Aqui, o colaborador, em detrimento do direito à não autoincriminação, traz provas contra si e contra outros para que possa auferir vantagens sancionatórias.

5. Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se primeiramente que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual que deve ser pautado pela boa-fé objetiva. Esta, apesar de tradicionalmente ser considerada como aplicável ao direito privado, vem como suporte para o exercício de qualquer direito, pois, entendida como um princípio geral do Direito, irradia sua influência para o campo das relações jurídicas-públicas.

Em verdade, entende-se que, quando o colaborador renuncia ao seu direito ao silêncio e compromete-se a colaborar com a persecução penal, ele o faz apostando na boa-fé do Estado. Se o colaborador agiu de boa-fé, incriminando-se e trazendo provas que lhe deem suporte, ele espera também do Estado uma atitude de boa-fé. Assim, defende-se que o acesso a informações e documentos obtidos em colaboração premiada por outros órgãos públicos de fiscalização e controle, ou por terceiros interessados, depende da adesão aos termos negociados entre Estado e colaborador, não podendo se voltar contra o colaborador para qualquer tipo de punição, sob pena de violação da boa-fé objetiva.

Sustenta-se, deste modo, que a orientação da 5ª Câmara de Coordenação de Revisão do Ministério Público Federal, segundo a qual "a preservação da boa-fé e da confiança é necessária para garantir a previsibilidade das consequências decorrentes da celebração de acordo de leniência", deve ser aplicada também à colaboração premiada. Daí dizer-se que "só haverá segurança se houver também a certeza de que o acordo será integralmente respeitado e cumprido, seja pelos celebrantes, seja por terceiros que desejem dele beneficiar-se".

A utilização de elementos probatórios produzidos pelo próprio colaborador em seu prejuízo para aplicar sanções não ali previstas, de modo distinto do firmado com a acusação e homologado pelo Poder Judiciário, mesmo que por outros órgãos de controle, é prática abusiva que viola a boa-fé objetiva. Portanto, sob pena de descumprimento do acordo de colaboração premiada, há de se ter elevada cautela no compartilhamento de provas autoincriminatórias produzidas em mecanismos de justiça criminal negocial.

6. Referências

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan.-abr. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46].

AMARAL, Augusto J.; GLOECKNER, Ricardo J. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 25, v. 128, p. 65-89, fev. 2017.

ARMENTA DEU, Teresa (Coord.). *La convergencia entre proceso civil y penal*. ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Prova emprestada. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 202, dez. 2011.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Rámon Areces, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Orgs.). *Direitos humanos, democracia e república*. Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan.-abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CESCA, Brenno Gimenes. *Prova emprestada no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2016.

COUTINHO, Jacinto Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais,* São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr.-jun. 2006.

DE CARLI, Carla V. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coords.). *Colaboração premiada.* São Paulo: RT, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. http://doi.org/10.21056/aec.v17i67.475.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review,* v. 7, n. 2, p. 135-189, maio-ago. 2016.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um "novo" liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant, 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 122, p. 43-61, ago. 2016.

GONZÁLEZ MENDES, Amelia. *Buena fe y derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

GRANDE, Elisabetta. Comparative approaches to criminal procedure: transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. In: BROWN; TURNER; WEISSER. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 67-88.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out.-dez. 1993.

LAMY, Anna Carolina. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology,* 2020. https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Ed. Revista Derecho Privado, 1958, t. I.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo*: Fundamentos de Etica Juridica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 230-237, 2015. http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma Crítica à Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Magister, 2013.

PINHO, Humberto Dalla B.; PORTO, José Roberto S. M. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? *In:* ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da; SANT´ANA, Raquel Mazzuco. *Delação premiada como negócio jurídico:* a ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: Emais, 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan.-abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49.

SILVA, Jardel Luís da; FELIX, Yuri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 111, p. 209-226, nov./dez. 2014.

SILVEIRA, Renato M. J. Colaboração premiada: os particulares contornos penais de um negócio jurídico. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André L. A. (Coords.). *Democracia e sistema de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

VALENTE, Victor A. E.; MARTINS, José E. O acordo de colaboração premiada na teoria dos negócios jurídicos: um diálogo entre o direito civil e o processo penal. In: GOMES; SILVA; MANDARINO (Orgs.). *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 483-530.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, p. 165-199, abr./jun. 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator. *Revista Direito Público,* Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 9-24, maio-jun. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius G. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais,* v. 19, n. 76, p. 153-173, jan.-mar. 2020.

ZANELLATO, Marco Antonio. *Da boa fé no direito privado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime, de Frederico Valdez Pereira – *RBCCrim* 174/199-254 (DTR\2020\14446);
- A revisão do acordo de colaboração premiada e o aproveitamento da prova já produzida, de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Paulo Wunder – *RT* 987/289-316 (DTR\2017\7136); e
- O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma, de Rodrigo Sánchez Rios e Renata Amaral Farias – *RBCCrim* 148/319-347 (DTR\2018\19811).

O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia

The criminal procedure searches for truth, but not at any cost: the new paths for an ancient controversy

Felipe da Costa De-Lorenzi

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com estágio doutoral na *Humboldt-Universität zu Berlin*. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8132922711654157].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0003-4979-5644].
felipe.lorenzi91@gmail.com

Guilherme Francisco Ceolin

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com estágio doutoral na *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4899801073812309].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-4782-8652].
guilherme.f.ceolin@gmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: Há muito se discute sobre o que é a verdade e sobre sua relevância para o processo penal. Este artigo objetiva oferecer uma contribuição a essa discussão, defendendo que a busca da verdade é um dos fins do processo penal, mas limitado por outros valores conflitantes – máxime, a proteção de direitos fundamentais do réu. Ademais, demonstra existirem novos caminhos para o debate processual, com foco nos limites à busca da verdade, que fornecem maior grau de concretude às questões. O artigo inicia com a análise e refutação das principais críticas

Abstract: It has long been discussed what is the truth and its relevance to criminal procedure. This paper aims to offer a contribution to this debate, standing for the search of truth as one of the criminal procedure's functions, however limited by other values – mainly, the protection of fundamental rights of the defendant. Furthermore, the paper presents the new paths to this ancient debate, which focus on the limits of the truth-seeking and may provide more concrete approaches to the subject. First, the paper analyses and refutes the main criticisms on the search

De-Lorenzi, Felipe da Costa; Ceolin, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 177. ano 29. p. 71-132. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

dirigidas à busca da verdade pelo processo (críticas política, filosófica e pragmática). Posteriormente, são oferecidos argumentos intuitivos, racionais e de direito positivo em favor da importância da verdade. Aborda-se, então, a sobrevalorização pela doutrina das discussões sobre as teorias filosóficas da verdade. Na sequência, são indicadas pautas para a discussão de limites à verdade, os quais são divididos em epistemológicos, políticos e relativos ao papel dos atores processuais. Por fim, sugere-se uma valoração assimétrica da verdade no processo penal, com maior peso em favor do réu, a fim de evitar condenações injustas.

Palavras-chave: Verdade – Direito processual penal – Prova – Limites epistemológicos – Limites políticos.

for truth by the criminal process (the political, philosophical, and pragmatic criticisms). Subsequently, intuitive, rational, and statutory arguments are offered in favor of the importance of truth to criminal procedure. Then the overvaluation of the philosophical discussions on theories of truth by legal scholars is addressed. Next, the work indicates guidelines for the discussion on the limits of the search of truth, which are divided into epistemological, political, and relative to the role of procedural parties. Finally, it suggests an asymmetric value of truth in criminal procedure, with greater weight in favor of the defendant, in order to avoid wrongful convictions.

Keywords: Truth – Criminal procedure – Evidence – Epistemological limits – Political limits.

Sumário: 1. Introdução. 2. A verdade é o fim último ou preponderante do processo penal? Uma análise da crítica política. 3. É possível buscar a verdade no processo penal? Uma análise das críticas filosófica e pragmática. 3.1. Argumento filosófico: a impossibilidade da verdade. 3.2. Argumento pragmático: o processo não consegue alcançar a verdade. 4. Por que buscar a verdade no processo penal? Argumentos intuitivos, racionais e de direito positivo. 4.1. A verdade como pressuposto da justiça: um apelo à intuição. 4.2. Fundamentos racionais para a busca da verdade no processo penal. 4.3. Institutos cuja existência é relacionada à busca da verdade no processo penal. 5. Que verdade busca o processo penal? A sobrevalorização das discussões filosóficas acerca do conceito de verdade. 5.1. A confusa dicotomia entre verdade material e verdade formal. 6. Como e com que limites buscar a verdade? Os novos caminhos para a discussão. 6.1. Limites epistemológicos: os critérios de verdade no processo penal. 6.2. Limites políticos: direitos e interesses que se contrapõem à busca da verdade. 6.3. A quem cabe buscar a verdade no processo penal? O papel dos atores processuais. 7. Verdade como garantia? Uma assimetria na importância da verdade. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas. Agradecimentos.

1. Introdução

A verdade é um tema clássico de direito processual penal[1]. Já em 1903, *Beling* afirmava que, diferentemente do cientista, o juiz não é absolutamente livre

1. O título do artigo é inspirado em trecho da influente decisão do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof* – BGH, equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro), de 14 de junho de 1960, BGHSt 14, 358, 365: "*Es ist auch sonst kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte*".

e desvinculado para buscar a verdade[2], uma vez que, no processo penal, o interesse do Estado na busca da verdade encontra limites e é por vezes superado por outros interesses estatais, comunais e privados a ele contrapostos[3]. A respeito da solução desse conflito, asseverou à época, de forma quase profética, que "será preciso ainda muito trabalho científico até que sejam encontrados fundamentos gerais e sólidos, em vez de soluções casuísticas"[4]. Mais de 100 anos depois, esse trabalho ainda está em curso e soluções definitivas parecem distantes de serem encontradas.

No Brasil, a ideia de que o processo penal busca a verdade gera calorosas discussões. Parcela da doutrina, baseada em considerações oriundas da filosofia e tendo em vista o emprego do conceito de "verdade real" pelos tribunais tanto para desconsiderar nulidades e ilicitudes probatórias como para legitimar poderes instrutórios do juiz, afirma que a verdade não é e não pode ser um fim do processo penal. Outra parcela defende que a busca da verdade é um fim importante do direito processual penal, especialmente no que diz respeito ao direito probatório. Essa discussão recebeu importantes contributos recentemente[5].

Este artigo objetiva oferecer um aporte ao debate sobre a relevância da verdade e os limites de sua busca no processo penal, mediante a apresentação de um panorama dos principais argumentos da discussão, o esclarecimento de pontos de desencontro da controvérsia e a indicação de pautas mais concretas da problemática. Estruturalmente, em um primeiro momento, examinamos a crítica política, que aponta para o histórico de utilização da ideia de busca verdade como artifício discursivo para relativização de formas processuais e direitos dos réus, concluindo que ela não é suficiente para afastar a importância da verdade para o processo, mas apenas indica que esse fim não pode ser sobrevalorizado (*seção 2*). Em seguida, analisamos dois argumentos que se opõem à possibilidade de buscar

2. BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. 2. tir. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968 (1903). p. 1 e 32-3.
3. BELING, Ernst. *Die Beweisverbote*..., cit., p. 32-3.
4. BELING, Ernst. *Die Beweisverbote*..., cit., p. 33.
5. Nos últimos anos, o tema foi objeto de estudos monográficos: KHALED JÚNIOR, Salah. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020; BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019; TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. Também houve abordagens a problemas específicos, por exemplo: PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri*: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

a verdade no processo – um com base filosófica e outro com base pragmática –, e oferecemos contra-argumentos a ambos (*seção 3*). Buscamos, então, demonstrar, a partir de apelos à intuição, de indicação de fundamentos racionais e da análise de alguns institutos de direito positivo, a importância da verdade para o processo penal (*seção 4*). Na sequência, argumentamos que a discussão filosófica sobre o conceito de verdade é sobrevalorizada no âmbito do processo penal (*seção 4*). Adiante, indicamos, com base em propostas doutrinárias recentes, novos caminhos para a discussão da verdade, os quais não devem focar no debate sobre *se* ela é importante para o processo, mas em *como* buscá-la e quais os *limites* de sua busca (*seção 6*). Por fim, sugerimos uma consideração assimétrica da verdade no processo penal, com atribuição de um valor maior em favor do réu, a fim de evitar condenações injustas (*seção 7*).

Embora as críticas à busca da verdade no processo penal sejam acertadas em diversos pontos, nossa conclusão é de que, mais frutífera do que a questão sobre *o que é* a verdade e *se* ela é relevante para o processo penal, é a questão sobre *como* alcançar a verdade e quais os *limites normativos* à sua busca. Essa questão pode ser respondida a partir de pelo menos três caminhos analíticos distintos e complementares: (i) os critérios da verdade[6] no processo penal (limites epistemológicos), (ii) os direitos e interesses contrapostos à busca da verdade (limites

6. A distinção entre *conceito/definição* de verdade e *critérios* de verdade é explicada por Haack: "the idea is, roughly, that whereas a definition gives the meaning of the word 'true', a criterion gives a test by means of which to tell whether a sentence (or whatever) is true or false – as, for example, one might distinguish, on the one hand, fixing the meaning of 'feverish' as having a temperature higher than some given point and, on the other, specifying procedures for deciding whether someone is feverish." (HAACK, Susan. *Philosophy of logics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. p. 88.) Próxima é a distinção apresentada por *Moore* entre teorias da verdade, da justificação e da descoberta da verdade: "We should also distinguish theories of truth from theories of justification and of discovery. Both of these latter theories are epistemic theories, not metaphysical theories. A theory of justification tells us when it is rational to believe some proposition to be true; a theory of discovery tells us how to discover that some proposition is true. By contrast, a metaphysical theory of truth aims to tell us what it is for a proposition to be true, not how to discover that it is true and not when we would be rational to believe it to be true." (MOORE, Michael S. The plain truth about legal truth. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, p. 23-47, p. 42-43, 2003.) Aplicando a diferenciação no âmbito do direito processual penal, no Brasil, COSTA, Diogo Erthal Alves da. Justiça, verdade e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, n. 161, p. 194, 2019. Na Alemanha, WEßLAU, Edda. Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 11, p. 561-562, 2014.

políticos); e (iii) a função que é atribuída aos diversos atores processuais na busca da verdade (controvérsia acerca dos poderes instrutórios do juiz). Nosso objetivo não é oferecer respostas a esses problemas, mas apenas indicar discussões que podem ser realizadas nesses três âmbitos. Sugerimos que as investigações científicas, no cenário nacional, sejam redirecionadas e desmembradas em questões mais específicas, o que traria vantagens analíticas e de clareza ao debate, bem como tornaria mais concretos os problemas a serem debatidos e resolvidos.

Ainda, em sede preliminar, são necessários alguns esclarecimentos. No âmbito jurídico, o adjetivo "verdadeiro" pode ser destinado a questões jurídicas (*quaestio juris*) e a questões fáticas (*quaestio facti*). Abordaremos somente as últimas. Feito esse recorte, vale destacar que o adjetivo "verdadeiro" se refere não diretamente aos fatos, mas às proposições sobre os fatos: os fatos existem ou não existem; as proposições sobre os fatos podem ser verdadeiras ou falsas. Nesse contexto, trataremos em especial de proposições declarativas sobre fatos: aquelas que podem ser verdadeiras ou falsas e que têm como objeto fatos – empíricos ou socialmente construídos – externos ao processo[7]. Se, ao longo do texto, por vezes falamos que "fatos" são verdadeiros ou falsos, é apenas por simplificação da linguagem.

Outra questão fundamental diz respeito ao uso dos conceitos *acusatório* e *inquisitivo*, referindo-se a modelos de processo penal. Esses termos podem ser utilizados em sentidos muito variados, por vezes expressando juízos de valor[8]. Portanto, ao se empregar algum desses conceitos sem definir seu exato significado, é inevitável gerar confusão, a qual pode ser intensificada quando é inserido o termo *adversarial*, sem indicar se é ou não sinônimo de *acusatório*. Diante da polissemia dos termos e da impossibilidade de aprofundar a discussão a respeito do sentido em que devem ser empregados, optamos por evitar a utilização desses conceitos para fins classificatórios. Neste texto, eles serão utilizados sempre com referência aos processos penais de locais e épocas específicas (p. ex.: inquisitório

7. Cf. TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Revista Discusiones*, n. 3, p. 14, 2013. Mais detalhes em: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Barcelona, Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 19-27.

8. Como demonstrou Langer, os conceitos acusatório e inquisitivo podem ser utilizados em pelo menos cinco sentidos diferentes: como (i) tipos ideais-descritivos; (ii) sistemas históricos ou sociológicos concretos do presente ou do passado; (iii) interesses ou valores contrapostos e que existem em todos os processos penais particulares; (iv) distintas funções do processo penal; e, por fim, (v) distintos modelos normativos. LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 16-24, 2015.

medieval, acusatório estadunidense, inquisitório reformado alemão etc.). Ademais, aqui os conceitos não carregam nenhuma carga valorativa: dizer que um processo é acusatório ou inquisitivo não implica nenhum julgamento sobre eles.

Essa última consideração é importante porque, no Brasil, o termo inquisitivo é normalmente vinculado ao processo penal medieval[9] e algumas de suas características, como a legitimação da tortura, as provas tarifadas e o não reconhecimento do réu como sujeito de direitos e nem do direito à não autoincriminação, entre outras. Carrega consigo, portanto, uma enorme carga negativa. Referir-nos-emos a processos com essas características negativas como *processos autoritários*.

2. A verdade é o fim último ou preponderante do processo penal? Uma análise da crítica política

A busca da verdade tem sido utilizada, há muito tempo, como um artifício para legitimar abusos e violações de direitos fundamentais no processo penal. Por essa razão, muitos autores criticam que a verdade seja colocada como objetivo do processo, afirmando que ela representaria um fim a legitimar todos os meios que favorecessem sua obtenção, ainda que ilícitos; atuaria como um argumento genérico e retórico para justificar poderes instrutórios ilimitados do juiz; bem como serviria para convalidar violações claras a regras processuais[10]. Sustenta-se,

9. Fenômeno que não é exclusivo do Brasil, sendo também recorrente no direito internacional. Cf. LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 24, 2015.

10. Nesse sentido, afirma Gloeckner: "Em nome da verdade real e contanto que o ponto em discussão seja, mediata ou imediatamente a prova, tudo é possível. A verdade real opera como uma válvula de escape do sistema, servindo como standard justificatório: das ilimitações das atividades judiciais às validações *ex post* de elementos coletados em desobediência flagrante a dispositivos legais, tudo se torna da ordem do aceitável. [...] Este significante, que funciona como uma 'verdade verdadeira' pressupõe a atenção do julgador aos elementos do inquérito." (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal...*, p. 396, ver também p. 415 e ss.) Também Khaled Júnior fala de uma "ambição de verdade", definida como "uma busca deliberada pela confirmação de uma hipótese condenatória previamente eleita pelo magistrado. Essa busca não conhece quaisquer limites, motivo pelo qual o respeito pela forma é abandonado: o devido processo penal sucumbe diante do decisionismo arbitrário de um juiz que não conhece limites. E tudo em nome dela, a verdade, que assume a centralidade da arquitetura processual penal. A finalidade definida como sagrada justifica os meios empregados, mesmo que eles não se conformem aos limites da legalidade. Um processo penal movido por ambição de verdade é, por definição, um processo penal do inimigo. Nele, a verdade

assim, que a verdade como objetivo do processo seria reminiscência da justificação teórica de um modelo processual autoritário a ser superado[11].

A relação entre busca da verdade e abusos no processo penal, bem como sua vinculação a processos autoritários, é demonstrada por meio de uma análise histórica. Por exemplo, a busca da verdade era o princípio-reitor do processo inquisitório medieval, o qual legitimou práticas nefastas, como a tortura a fim de obter a confissão do réu[12]. É também um fato que ela é afeita a autoritarismos e ditaduras, tendo como exemplo, no Brasil, o Código de Processo Penal de 1941, de inspiração fascista, que tinha a busca da verdade real como principal

não exerce função de limite. Pelo contrário: é justificativa para práticas punitivas de verniz autoritário." (KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca da verdade...*, cit., p. 21.) Críticas próximas podem ser encontradas no direito alemão: "Damit ist deutlich, daß die 'materielle Wahrheit', die der deutsche Inquisitionsprozeß angeblich verbürgt, vor allem dazu dient, die Mißachtung von Rechten zu legitimieren. [...] Der vorgeblich hohe Wert der 'materiellen Wahrheit' legitimiert, so gering ihn auch die Justiz als Leitlinie eigener Tätigkeit schätzt, noch jede Beseitigung individueller Rechte im Strafverfahren und degradiert den Beschuldigten so zum Objekt staatlicher Verbrechens-verfolgung." (MÜLLER, Ingo. Der Wert der "materiellen Wahrheit". *Leviathan – Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, v. 5, n. 4, p. 533, 1977.) Próximo, Honert, a respeito do direito italiano: "*Hinzuweisen ist weiter auf die mit dem materiellen Wahrheitsbegriff verbundene Gefahr, daß die Prozeßlegalität dem Streben nach Wahrheit untergeordnet wird.*" (HONERT, Alessandro. Der italienische Strafprozeß: die Fortentwicklung einer Reform. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 106, n. 4, p. 445, 1994.) No mesmo sentido, TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 7.

11. De forma sintética, Lopes Jr.: "O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o 'interesse público' (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma 'verdade' a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor)." (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 371-372.) No mesmo sentido, Streck: "É evidente que o pano de fundo da 'questão da verdade' reside no modelo inquisitivo, que é um vício estrutural do Código de Processo Penal. Despiciendo lembrar que o inquisitivismo é sinônimo de autoritarismo, de não democracia." (STRECK, Lenio Luiz. O sentido comum teórico dos juristas e o "princípio" da "verdade real": o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n. 44, p. 131, 2012.)

12. Cf. KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca da verdade*..., cit., p. 55 e ss. Próximo, THAMAN. Stephen C. Wahrheit oder Rechtsstaatlichkeit? Die Verwertung von verfassungswidrig erlangten Beweisgegenständen im Strafverfahren. In: ARNOLD, Jörg, et al. *Menschengerechtes Strafrecht:* Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, 2005. p. 1041.

significante[13]. Impossível negar, portanto, que a experiência histórica marcada pela adoção da busca obsessiva da verdade dentro de certos processos inquisitórios impôs um "trauma mais do que compreensível em torno do peso excessivo da verdade no tecido processual penal"[14].

Portanto, têm razão os autores que criticam a busca da verdade ao visualizarem sua relação histórica com autoritarismos, abusos e violações a direitos fundamentais. Compreender a verdade como *fim último* ou *que prepondera diante de direitos fundamentais do acusado* legitimará no processo penal práticas que não têm lugar em um regime democrático, como a assunção das funções persecutórias pelo juiz e a utilização de provas produzidas mediante violação a direitos fundamentais do réu. Essa crítica pode ser mais bem entendida nos termos colocados por *Gloeckner*, que lhe atribui o papel de "significante reitor" ou "motivo

13. Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal...*, cit., p. 415-420, com referência a autores brasileiros que utilizaram o conceito de verdade real dessa forma. Críticas aproximadas também são encontradas na Alemanha: Thaman afirma que nas ditaduras fascistas, comunistas ou autoritárias da primeira metade do século XX, "o princípio da verdade material foi entronado" (THAMAN. Stephen C. Wahrheit oder Rechtsstaatlichkeit?..., cit., p. 1052). Nesse mesmo sentido, Müller demonstra que a busca pela "verdade material" foi reimplantada no processo penal alemão durante o nacional-socialismo. Contudo, complementa que, por trás desse discurso, inexistia a finalidade genuína de encontrar efetivamente a verdade por meio de uma análise precisa dos acontecimentos ou de uma reconstrução empírica dos fatos. Ao invés disso, tratava-se da defesa de uma concepção de "verdade" enviesada, pela qual o juiz deveria fazer juízos de valor que correspondessem à concepção de justiça do sistema jurídico nacional-socialista e à vontade do *Führer*. MÜLLER, Ingo. Der Wert der "materiellen Wahrheit"..., cit., p. 526-527.

14. Nestes termos, Martins, entendendo que "o problema basilar da verdade tem a ver com a desproporcionalidade do seu lugar canônico e não com a utilidade das competências que ela assegura". O autor propõe não a exclusão do valor da verdade, mas simplesmente a sua "banalização sistêmica", retirando-lhe o *status* de "bússola da dinâmica processual" e definindo seu lugar em moldes "profanos". (MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da "verdade". In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *Decisão Judicial*: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 76-77). Próximo, Khaled Jr., embora critique a centralidade da verdade na estrutura processual, não a nega completamente, afirmando que "uma verdade expulsa ou exilada pode reduzir o processo a jogos retóricos", e que ela "não pode ser deixada inteiramente de lado em relação ao processo, sob pena de outro tipo de excesso, dado pelo relativismo exacerbado" (KHALED JÚNIOR, Salah. *A busca da verdade...*, cit. p. 21-22 e 347, respectivamente.)

simbólico"[15], ou seja, tem de ser vista como um *argumento político*[16] contra o uso discursivo da "busca da verdade" a fim de legitimar práticas abusivas. Logo, a crítica é correta quando contextualizada no nível de análise de discurso. E é preciso que, na discussão sobre a verdade no processo penal, tenha-se sempre em mente essa questão, já que existe o risco permanente de ela ser utilizada como artifício retórico.

Contudo, essa constatação não tem o condão de justificar a expulsão definitiva da verdade do processo penal. Que o discurso sobre a busca da verdade esteja historicamente ligado a regimes autoritários e à legitimação de abusos não é suficiente para excluí-la como um dos objetivos do processo penal, mas apenas para retirar-lhe o aspecto de fim último ou preponderante, a justificar todos os meios[17]. A verdade cumpre uma miríade de relevantes papéis que não podem ser desprezados, não apenas contra, mas também em favor do réu. Por exemplo, a consciência das deficiências da memória pode conduzir ao aprimoramento dos métodos utilizados nos depoimentos das testemunhas, de modo que não sejam induzidas a favorecer certas versões falsas dos fatos. Da mesma forma, os riscos de erros em reconhecimentos de pessoas que não observem os requisitos legais devem conduzir à impossibilidade de sua valoração judicial. E essas preocupações estariam negligenciadas por aqueles que não reconhecessem a verdade como fim processual; afinal, para que buscar a melhoria dos métodos de reconstrução dos fatos se a verdade não importa? Veremos essas questões com mais detalhes posteriormente (*seção 6.1*).

Para melhor compreender a crítica política, é importante levar a cabo uma distinção analítica entre (i) o reconhecimento da verdade como objetivo do processo; (ii) a importância atribuída à busca da verdade no processo em comparação com outros direitos ou interesses concorrentes; e (iii) quem é responsável

15. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal...*, cit., p. 415.

16. Para evitar eventuais confusões, vale destacar que esse argumento tem afinidades, mas não é equivalente ao que Taruffo chama de argumento da "impossibilidade ideológica" da verdade no processo, que está baseado em uma decisão sobre qual deve ser o fim do processo civil. Quem defende que ele deve ser visto como instrumento de resolução de conflitos é ideologicamente contrário à busca da verdade. Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*… cit., p. 37-41. Em nosso caso, o "argumento político" tem base em uma constatação histórica de que a atribuição ao processo penal do fim de buscar a verdade conduziu a abusos.

17. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 380-1.

por essa busca na arquitetura processual, e em que medida[18]. A objeção anteriormente exposta dirige-se contra a "canonização", a "ambição" ou "obsessão pela verdade" no processo penal ou, em outras palavras, da colocação da verdade como fim último ou que prepondera diante de direitos fundamentais. Nesse sentido, diz respeito especialmente ao ponto (ii), relativo à importância atribuída à verdade no processo e aos valores concorrentes, que limitam essa busca. Além disso, os autores normalmente a relacionam também com o ponto (iii), afirmando que a colocação da verdade como fim do processo tem como efeito a concessão de poderes instrutórios amplos ao juiz. Tentaremos demonstrar, contudo, que (ii) e (iii) não são consequências necessárias da adoção de (i), embora (ii) e (iii) apresentem correlações entre si.

Primeiro, da (i) afirmação de que a verdade deve ser um dos objetivos do processo não se segue que (ii) ela será o seu objetivo primordial, com maior importância frente a outros diretos ou interesses concorrentes, o que permitiria uma relativização de direitos fundamentais do réu. A "canonização", a "ambição" ou a "obsessão pela verdade" no processo penal não decorrem necessariamente da admissão de que ela é um dos objetivos do processo, antes de decisões normativas sobre os limites de sua busca. Portanto, a adoção da verdade não significa necessariamente sua colocação como fim último ou preponderante do processo penal, visto que se pode reconhecer a existência de limitações políticas com fundamento em outros direitos e interesses concorrentes[19] (mais detalhes na *seção 6.2*).

Segundo, do (i) reconhecimento da verdade como um dos objetivos do processo não se segue que seja obrigatória adoção de um (iii) modelo processual que atribua poderes instrutórios amplos ao juiz. Isso porque nada obsta que se reconheça a verdade como um dos fins do processo e, simultaneamente, por razões

18. Distinguindo entre a verdade como objetivo do processo e quem é responsável por sua busca: GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 2015. p. 169, com mais referências.

19. Nesse sentido, estariam equivocadas a decisão STF, HC 69.385, rel. p/Acórdão Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 06.10.1992, na qual o Supremo Tribunal Federal afastou a nulidade da não intimação de defensor constituído acerca de remessa de carta precatória, sustentando que os "depoimentos tomados, no Juízo deprecado, não influíram na apuração da verdade real dos fatos delituosos", e que, por isso, não haveria prejuízo à defesa, de modo que não deveria ser declarada a nulidade, e também a decisão STF, RHC 70.030, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 06/04/1993, na qual essa corte afirmou que a busca da verdade real é o "objetivo final do processo", justificando reinterrogatório longo do réu e que se estendeu por várias sessões, aparentemente colocando-a em posição de prevalência sobre outros direitos e interesses.

normativas, atribua-se a produção de provas às partes, ficando o juiz com a função de controlar a legalidade do procedimento e de julgar com base nas evidências trazidas por aquelas.

Nesse sentido, vale destacar que também o modelo acusatório estadunidense não rejeita a verdade como um fim do processo[20], apenas confere maior relevância à resolução da disputa entre as partes[21]. A possibilidade dessa distinção significa que a verdade como objetivo do processo não é sinônimo necessário do que é comumente denominado "princípio de investigação" ou "princípio da verdade real", que confere poderes instrutórios *ex officio* ao juiz.

Isso mostra que a diferença dos modelos processuais em relação (iii) à atribuição de poderes instrutórios ao julgador não reside simplesmente no fato de (i) a verdade ser buscada, mas principalmente em decisões normativas acerca do papel dos atores processuais nessa tarefa e nos métodos para alcançá-la[22]. A decisão normativa de atribuir a gestão da prova às partes pode ser justificada pela proteção de outros valores relevantes no processo, como a preservação dos necessários distanciamento e imparcialidade do juiz para apreciar as provas e controlar os procedimentos ou, ainda, pela compreensão de que a disputa em contraditório é um melhor método de obter um esclarecimento amplo dos fatos (a respeito, ver *seção 6.3*).

Contudo, é de se reconhecer que de fato existe uma correlação entre (ii) o *grau de importância* atribuído à busca da verdade no processo e a (iii) medida dos poderes atribuídos ao julgador para que esse fim seja atingido. É tendencialmente mais coerente justificar um modelo de processo que concede poderes instrutórios amplos ao juiz quando é atribuída uma grande importância à obtenção da verdade. Por essa razão, por vezes, se sustenta que a defesa da busca da verdade

20. Por todos: LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KERR, Orin S. *Criminal Procedure*. 6. ed. Minnesota: West Publishing, 2017. p. 107 e ss. Próximo, a Suprema Corte estadunidense já decidiu que: "*the central purpose of a criminal trial is to decide the factual question of the defendant's guilt or innocence.*". *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673 (1986).

21. Com essa conclusão, depois de detalhados estudos comparativos, DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 124-125 e BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren*: Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 93 e ss.

22. Cf. BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters*…, cit., p. 97 e GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*…, cit., p. 183. A respeito da falta de correspondência entre negação da verdade e modelo dispositivo bem como de busca da verdade e modelo inquisitivo: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*… cit., p. 43-44.

acaba por legitimar uma ampliada atividade instrutória do juiz, bem como outras consequências, como a atribuição de um alto valor probatório aos elementos colhidos no inquérito e o repúdio a sistemas de controle sobre os meios probatórios, o que acabaria por fulminar a aplicação do *in dubio pro reo*[23]. Contudo, isso não é de todo correto, porque mesmo alguns processos que atribuem grande importância à busca da verdade, como o inquisitório reformado alemão, ao passo que conferem poderes instrutórios amplos ao juiz, também impõem limites à busca verdade com base em outros direitos e interesses, não permitindo a valoração de elementos produzidos na fase de investigação e limitando a admissão e valoração de provas com base na proteção de direitos fundamentais.[24] Não são permissivos, portanto, com abusos e violações a direitos fundamentais.

Logo, a existência de problemas relacionados aos elementos (ii) e (iii) não justificam o abandono da (i) ideia de verdade como um dos objetivos do processo. De todo modo, deve-se ter em mente o histórico de utilização da "verdade" como artifício retórico no processo penal, que evidencia a tensão entre a verdade e os seus limites, fundamental para estabelecer as barreiras à sua busca. Somente com o reconhecimento dessa tensão é que a doutrina e a jurisprudência poderão clara e efetivamente discutir de modo frutífero a respeito da resolução desses problemas.[25]

Em conclusão, deve-se compreender como adequada a crítica política quando direcionada à colocação da verdade como fim último ou que prepondera diante dos direitos fundamentais do acusado, o que conduzirá a abusos. Mas isso não está vinculado à *busca da verdade* por si só; antes, diz respeito à discussão acerca da *importância e dos limites à busca da verdade* e de *quem são os sujeitos processuais responsáveis por essa tarefa*. Em suma, é possível defender a verdade como um dos objetivos do processo e concomitantemente não lhe aceitar como um fim que justifique todos os meios.

3. É possível buscar a verdade no processo penal? Uma análise das críticas filosófica e pragmática

A diferenciação analítica proposta previamente e a demonstração de que o argumento político não é capaz de eliminar a verdade como um dos objetivos

23. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal...,* cit., p. 415-420.

24. Por exemplo: HASSEMER, Winfried. Human Dignity in Criminal Process: the example of truth-finding. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, p. 186 e ss., 2011.

25. Próximo: GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*…, cit., p. 179, defendendo o conceito de "verdade material".

do processo penal, porém, não resolve definitivamente a questão. Há dois relevantes argumentos que se dirigem contra a *possibilidade* de alcançar a verdade por meio do processo. Se esses argumentos forem corretos, então nem sequer será possível cogitar que ela deva ser buscada. Nossa primeira tarefa, por conseguinte, será examiná-los. O *primeiro argumento* tem foco no aspecto filosófico da verdade, sustentando que é impossível aos seres humanos alcançá-la; o *segundo argumento* tem foco na estrutura e nos limites do processo, afirmando que, por razões pragmáticas, é impossível alcançar a verdade por meio dele[26]. Na sequência, examinaremos ambos, buscando demonstrar que, embora parcialmente corretos, também não são capazes de justificar a exclusão da verdade como um dos fins do processo penal, eis que se dirigem a outras questões relativamente independentes.

3.1. Argumento filosófico: a impossibilidade da verdade

O primeiro argumento, de base filosófica, está fundado no ceticismo e compreende que a busca pela verdade é impossível, em virtude da limitada capacidade humana de compreensão da realidade ou mesmo da complexidade imanente à própria realidade, que não se deixaria desvelar nem ao mais capaz inquiridor[27]. Essa é, por exemplo, a clássica crítica de Carnelutti, bastante influente na discussão brasileira, ao afirmar que "a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o todo é demais para nós"[28]. Alcançar a verdade, em qualquer instância, pressuporia uma

26. Esses dois argumentos estão abarcados pelo que Taruffo chama, respectivamente, de argumentos da "impossibilidade teórica" e da "impossibilidade prática" da verdade no processo civil. Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*… cit., p. 28 e ss. e 45 e ss.

27. São várias as posturas céticas que podem ter influência na discussão processual penal, como o *ceticismo epistemológico*, que nega a possibilidade de qualquer conhecimento da realidade, o *ceticismo ético*, que nega a possibilidade de quaisquer julgamentos de valor objetivo, resumindo-os a questões de preferência subjetiva, e o *irracionalismo*, que se trata do ceticismo sobre todas as afirmações a respeito da possibilidade de um raciocínio objetivamente válido. Neste artigo, abordaremos somente o primeiro, pois é aparentemente o único invocado pela doutrina brasileira no âmbito de nossa discussão. Para essa classificação e uma abordagem abrangente das vertentes e dos problemas do ceticismo no âmbito do direito probatório, veja-se TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms. In: TWINING, William. *Rethinking Evidence*: Exploratory Essays. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 99-164.

28. CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, v. XX, p. 4-5, 1965, "*la verità è nel* tutto*, non nella* parte*; e il tutto è troppo per noi*". O autor afirma que para conhecer a verdade sobre o que uma coisa é, seria preciso conhecer também a

apreensão completa da realidade; portanto, buscá-la no processo seria ambicionar, em um procedimento epistemologicamente limitado, exceder as próprias possibilidades da compreensão humana ou dominar pela razão um mundo indomável.

O problema desse argumento diz respeito à *equiparação de dificuldades do conhecimento com a impossibilidade do conhecimento*. Isso porque o argumento cético propõe a formulação de um conceito metafísico, absoluto e extremamente exigente de verdade e, em seguida, afirma que, sendo ele inalcançável, logo nenhuma verdade pode ser buscada – "ou toda a Verdade, ou nada!"[29]. Em outras palavras, ou deveríamos ter a capacidade de conhecer a totalidade absoluta dos fatos por meio do processo, ou então a busca pela verdade não poderia jamais ser um dos objetivos processuais penais.

A esse argumento pode ser oposta a mesma objeção dirigida ao ceticismo filosófico radical (como expressado na chamada hipótese cética), do qual parece derivar. Esse grau de ceticismo eleva a impossibilidade de se ter certeza do que conhecemos a um ponto tão extremo que a única conclusão possível é de que não podemos acreditar em nenhuma representação da realidade, como na existência do nosso corpo, do mundo que nos rodeia ou de outras mentes[30]. Embora

---

verdade sobre tudo que essa coisa não é: "para conhecer verdadeiramente a rosa, ou seja, para apreender a verdade, tem-se de conhecer não apenas o que ela é, mas também o que ela não é" (*per conoscere veramente la rosa, cioè per affermare la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è*). No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 78-84, 2004; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? *Conjur*, 26 de junho de 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal]. Acesso em: 06.07.2020. Concordando com Carnelutti, pelos seus próprios argumentos, sobre a impossibilidade da verdade: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...*, cit., p. 374 e ss., embora posteriormente reconheça a descoberta da verdade como algo contingente no processo penal.

29. Twining chamou aquele que defende essa posição de "*Disappointed Perfectionist*" (TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms…, cit., p. 103. Também Taruffo fala em "*perfeccionistas desiludidos* [...] *quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional*" (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 30).

30. Paradigmaticamente: DESCARTES, René. First Meditation. Of those things that may be called into doubt. In: DESCARTES, René. *Meditations on First Philosophy*. Trad. Michael Moriarty. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 13-7.

filosoficamente defensável, essa postura é descolada do modo como experienciamos a realidade (ou, se preferirem: a realidade intersubjetivamente compartilhada) e guiamos nossas ações no dia a dia. Por exemplo, mesmo aqueles que concordarem que é possível cogitar a não existência de outras mentes, não poderão levar essa ideia a sério quando conversarem com outras pessoas – ou escreverem artigos como este, os quais devem ser lidos por essas outras mentes possivelmente inexistentes[31]. Ocorre que ninguém pode viver de acordo com esse grau de ceticismo, negando a possibilidade de qualquer representação da realidade. Quem nega tão radicalmente a possibilidade da verdade deveria rejeitar não apenas a possibilidade de existência do processo penal, mas de qualquer atividade de interação humana[32].

Em suma, a crítica filosófica cética à verdade como um dos fins do processo penal tem base na impossibilidade de alcançá-la em sentido absoluto. Porém, "no campo da prática social, a verdade não é uma questão de conhecimento filosófico último, mas de orientação no mundo da vida"[33]. A ideia de que o processo busca a verdade é bem mais singela: significa que a decisão deve estar de acordo

31. Uma crítica radical à hipótese cética foi levada a cabo por Moore, que pretendeu refutá-la argumentando com base no senso comum. Cf. MOORE, G. E. Proof of an external world. MOORE, G. E. *Philosophical papers*. New York: Routledge, 2013. p. 127 e ss. Essa crítica radical, no entanto, foi superada pela de Wittgenstein, que, analisando os argumentos de Moore, negou que eles constituam uma refutação do argumento cético. Demonstrou, contudo, que pragmaticamente a dúvida cética é insustentável, isto é, que ninguém pode viver de acordo com a hipótese cética, porque em nossa vida cotidiana temos que assumir certas proposições como isentas de dúvidas a fim de nos comunicarmos. Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *On Certainty*. Trad. Denis Paul e G. E. M. Anscombe. Oxford: Basil Blackwell, 1969. p. 7 e ss. Algumas reflexões sobre esse texto de Wittgenstein, explorando os limites da dúvida cética, podem ser encontradas em: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Sobre Ruth Gauer e a certeza. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila et al. *Memória e Ciências Criminais*: que aprendi com Ruth Gauer. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 306 e ss.

32. Nesse sentido, NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit und Recht. In: FISCHER, Thomas (Ed.). *Beweis*. Baden-Baden: Nomos, 2019, p. 29.

33. NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit und Recht..., cit., p. 29 (tradução livre). No mesmo sentido, Damaska, ao abordar as correntes pós-modernas que adotam esse ceticismo radical, alerta que "*while 'postmodern' thought may be usefully unsettling for some intellectual pursuits, it is of little use in evidence law. Profound skepticism cannot account for existing fact-finding arrangements, and it does not provide workable ideas for their transformation.*" (DAMASKA, Mirjan. Truth in Adjudication. *Hastings Law Journal,* v. 49, n. 2, p. 290, 1998.)

com nossos *critérios de verdade* e que, em hipótese alguma, pode estar baseada em uma versão *falsa* dos fatos. O conceito de verdade no processo é muito mais próximo daquele utilizado na linguagem cotidiana, quando uma pessoa pergunta: "é verdade que Pedro morreu no mês passado?", e outra responde "sim, é verdade" ou "Pedro? Não, ele está bem vivo! Vi ele ontem"[34]. De forma paralela, a acusação de que o réu matou uma pessoa *não é verdadeira* quando a suposta vítima aparece na sala de audiência durante o julgamento[35]. Seria absolutamente inaceitável, nesse contexto, uma condenação do réu. Essa simples constatação comprova que, estando o cético filosófico correto ou não, haverá sempre uma noção da verdade, ainda que imperfeita, a influenciar o processo penal como *ideal regulador*.

Seria possível cogitar, eventualmente, a substituição desse ideal regulador por um outro conceito, em vez de "verdade", tal como "verossimilhança", "probabilidade" ou "analogia", caso se quisesse desvincular o processo penal dessa palavra, a qual, para essa visão cética exigente, representa o todo inalcançável. Contudo, a par dessa discussão conceitual, o mais importante é que se mantenha clara a ideia de vinculação objetiva (intersubjetiva) entre a decisão judicial e os fatos externos ao processo. A substituição, por isso, não poderia apelar (i) a termos que expressem uma atitude meramente subjetiva: certeza, convencimento etc.; (ii) nem mesmo a termos que expressem uma simples relação formal: decisão conforme as regras, decisão firme etc. Estes não expressam corretamente a relação entre a decisão e os fatos, pois não permitem um controle objetivo/intersubjetivo e desvinculado dos parâmetros endoprocessuais.

É evidente que, no julgamento de casos penais, as coisas não são tão simples como nos exemplos citados, porque há uma reconstrução histórica dos fatos, a qual, pelas limitações estruturais naturais ao processo, dificilmente é tão clara. Por isso, não se justifica, em absoluto, a adoção de um realismo ingênuo[36], nem

34. Nesse sentido, Greco afirma que o direito deve se guiar pelo realismo cotidiano, com mais referências: GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*…, cit., p. 173-174. Próximo, a respeito da adoção do realismo cotidiano como compreensão adequada para a imputação subjetiva no direito penal: CEOLIN, Guilherme Francisco. *A Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro*: contribuição para sua compreensão dogmática com base no direito comparado. 2020. Tese de Doutorado (Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020.

35. NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit und Recht..., cit., p. 30-31.

36. Sobre o conceito de "realismo ingênuo" e sua apreciação crítica, por carecer de base racional, veja-se: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*…, cit., p. 57 e ss. Próximo, falando de um "realismo gnoseológico vulgar": FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 45-47.

que deixemos completamente de lado a análise filosófica (e algum grau ceticismo) e confiemos em meras intuições ou no senso comum. Isso porque também os *critérios de verdade* exigem uma justificação epistemológica, e as decisões jurídicas e a ciência do direito precisam estar baseadas em dados e métodos racionalmente justificáveis[37]. Sobretudo no processo penal, em razão de a intervenção penal ser particularmente severa sobre o indivíduo, os critérios de verdade devem ser ainda mais exigentes.

Portanto, a questão relevante envolvida nessa discussão diz respeito aos critérios que devem ser adotados para considerar uma proposição como verdadeira no contexto de um processo penal. Essa questão remete ao debate sobre a qualidade epistêmica da prova e os *standards* probatórios (veja-se a *seção 6.1*).

3.2. Argumento pragmático: o processo não consegue alcançar a verdade

O argumento pragmático não nega, necessariamente, a possibilidade de os seres humanos conhecerem a verdade. Sua crítica centra-se na afirmação de que, em razão de suas limitações estruturais (tempo, recursos, pessoal etc.) e normativas (regras probatórias, coisa julgada etc.), o processo penal não é um instrumento idôneo para alcançar a verdade[38]. Haveria, assim, muitos obstáculos e problemas para a reconstrução dos fatos pretéritos por meio do processo. Por exemplo, com base em estudos de outras áreas do conhecimento, como a psicologia, questiona-se a credibilidade da memória, colocando-se em xeque os relatos das testemunhas ou o reconhecimento de pessoas[39]. Essas dificuldades, quase insuperáveis, demonstrariam a incapacidade de o processo penal obter a verdade.

Essa constatação é correta. Contudo, apesar do acerto da crítica em relação às deficiências probatórias e às limitações do processo, em realidade, esse argumento não está a refutar a busca da verdade[40], mas em fortalecê-la. Isso porque ele expressa um desapontamento com a ineficácia epistêmica das técnicas empregadas

37. NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit und Recht..., cit., p. 29.

38. A respeito dessa crítica: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*..., cit., p. 45 e ss.

39. Exemplarmente, Di Gesu: "Em vista do complexo diagnóstico da prova testemunhal, sustentamos a inviabilidade de 'busca pela verdade' no processo, na tentativa de reconstrução dos fatos." (DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008).

40. Próximo: RADTKE, Henning. Wahrheitsermittlung im Strafverfahren: Leitprinzipien, Methoden und Grenzen. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 189, p. 192, 2012.

na reconstrução dos fatos, e não uma objeção à busca pela verdade em si. Tal desapontamento só é inteligível se o processo tiver como uma de suas funções a de obtenção de uma decisão em concordância com os fatos externos[41]. Se o processo estivesse preocupado apenas em estabelecer uma decisão firme ou conforme as regras ou, ainda, em convencer o juiz, tendo por base exclusivamente parâmetros endoprocessuais, as deficiências epistêmicas das provas não seriam um problema. A decisão estaria sempre em conformidade com tais parâmetros (a decisão seria firme, as regras teriam sido seguidas, o juiz estaria convencido). Não haveria razão, por exemplo, para desconstituir uma sentença transitada em julgado, ainda que baseada em uma versão falsa sobre os fatos (veja-se a *seção 4.3*).

As críticas às deficiências probatórias só fazem sentido quando há uma exigência de que a versão dos fatos que consta na decisão esteja de acordo com os fatos na forma em que ocorridos fora do processo[42]. Somente a aceitação da premissa de que existem razões válidas para considerar que no processo é *possível* determinar a verdade dos fatos e, mais, que tal tarefa deve ser realizada, pode justificar o desapontamento e a crítica à falta de fiabilidade das provas no processo penal. Nesse sentido, a superação da objeção não está em abandonar a verdade

41. Nesse sentido, NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit und Recht..., cit., p. 31-32 e HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*: Justice in the Search for Truth, Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 54.

42. A respeito das falsas memórias, veja-se ainda LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista Jurídica*, n. 364, p. 99-109, 2008, onde se afirma que o processo não deve buscar a verdade, mas somente o convencimento do julgador (p. 99-101). Contudo, são propostas medidas que visam reduzir a contaminação da prova testemunhal, sugerindo que haja colheita da prova em um prazo razoável, adoção de técnicas especiais de interrogatório, utilização da entrevista cognitiva e gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual, permitindo ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico destas, de modo a garantir a confiabilidade e a credibilidade dos testemunhos (p. 108-109). Ocorre que essas medidas só podem ser bem compreendidas se tiverem como objetivo melhorar a qualidade epistêmica da prova produzida, de forma que se aproximem em maior grau aos fatos ocorridos fora do processo. Portanto, pressupõem já um processo que busque a verdade e não somente a obediência a procedimentos que conduzam ao convencimento do julgador. Nesse sentido, veja-se MATIDA, Janaína; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY, Rachel. No processo penal, a verdade dos fatos é garantia. *Conjur*, 19 de junho de 2020, n.p.: "Essa preocupação com a verdade explica, por exemplo, os recentes esforços de aproximar o direito probatório das pesquisas realizadas pela psicologia cognitiva experimental. Nossa luta pela reforma das regras probatórias relativas às provas dependentes da memória só se explica com base numa preocupação epistêmica com a verdade."

como um dos objetivos do processo penal, mas, pelo contrário, em melhorar o quanto for possível e legítimo os métodos de obtenção e valoração de prova a fim de garantir uma melhor reconstrução dos fatos. Nas palavras de *Laudan*, "dizer que estamos comprometidos com a redução de erros em julgamentos é apenas outra forma de dizer que levamos a sério a busca da verdade"[43].

4. Por que buscar a verdade no processo penal? Argumentos intuitivos, racionais e de direito positivo

Enfrentadas as principais críticas à busca da verdade, pretendemos nesta seção evidenciar razões que a tornam inafastável do processo penal. Apresentaremos três sortes de argumentos: intuitivos, racionais e de direito positivo.

4.1. A verdade como pressuposto da justiça: um apelo à intuição

Consideremos os seguintes casos hipotéticos que apelam à intuição. Vale destacar, desde já, que argumentos intuitivos não são suficientes para justificar práticas jurídicas, as quais pressupõem, necessariamente, fundamentos racionais. Portanto, os casos a seguir e as conclusões deles derivadas são apenas um ponto de partida, que devem ser confirmados ou rejeitados por ulteriores argumentos debatidos no âmbito da razão pública[44].

Caso 1. Uma mulher é morta em local público. A perícia atesta a existência de cinco disparos de arma de fogo na região do tórax. Um homem é encontrado, próximo ao local, com uma arma de fogo em mãos. A perícia atesta a alta probabilidade de que os disparos tenham saído dessa arma. Testemunhas que estavam no local indicam terem visto tudo acontecer e afirmam que foi esse homem quem matou a mulher. Conhecidos do homem relatam que ele era sabidamente inimigo da vítima e que saiu de casa com uma arma dizendo que iria matá-la. Filmagens de câmeras de segurança mostram o homem efetuando os disparos. O homem confessa. A sentença o condena pela prática de homicídio doloso e transita em julgado.

43. LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law*: An Essay in Legal Epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 2 (tradução livre).

44. A respeito da insuficiência do recurso a concepções morais implícitas ou sentimentos coletivos de justiça sem o seu devido esclarecimento conceitual, especialmente se desacompanhados da comprovação empírica dessas preferências normativas no âmbito da práxis social, veja-se CEOLIN, Guilherme Francisco. *A Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro*…, cit.

Caso 2. Um homem é acusado da prática de homicídio qualificado. Ele nega a autoria. Algumas pessoas dizem que o réu estava em local diferente de onde ocorreu o crime. O promotor diz que mudará a tipificação para lesão corporal seguida de morte e requererá a pena no mínimo legal caso ele confesse. O réu aceita a proposta do promotor e confessa o crime de lesão corporal seguida de morte. Porém, diante do juiz e do público em geral, segue afirmando que não é autor do crime e que confessou apenas para receber uma pena mais branda. A sentença o condena pela prática de lesão corporal seguida de morte[45].

No primeiro caso, provavelmente, a grande maioria das pessoas entenderá que a decisão é justa. No segundo, a impressão será de que algo não está correto na forma como os fatos foram apurados. A sensação de justiça que temos no primeiro caso, e que falta no segundo, decorre de que naquele, mas não neste, a decisão parece corresponder ao que se tem provas de que realmente ocorreu. A versão dos fatos em que ela está baseada *parece verdadeira*. Contudo, isso necessariamente significa que, no primeiro caso, o réu é *realmente* culpado e que, no segundo, não é? A resposta é negativa. Cogitemos algumas hipóteses um tanto fantasiosas[46] em variantes dos casos 1 e 2:

Variação do caso 1. Depois de alguns anos, um homem idêntico ao que foi condenado pelo homicídio da mulher vai até a delegacia de polícia e narra a seguinte história: era ele o inimigo da mulher e foi ele quem, de fato, matou-a. O homem que foi condenado é seu irmão gêmeo univitelino, que decidiu assumir a autoria para livrá-lo do crime. São apresentadas provas em favor desse relato. Por meio de uma revisão criminal, a sentença condenatória anterior é desconstituída.

Variação do caso 2. Na tentativa de reverter a condenação, faz-se um exame de DNA no homem que estava preso, a partir de um fio de cabelo encontrado na cena do crime. O resultado indica que o cabelo era do homem condenado.

45. O caso, da forma como narrado, não poderia ocorrer no direito brasileiro, mas é ilustrativo para os propósitos da argumentação. Trata-se de exemplo inspirado no *Alford plea*, do direito estadunidense, assim denominado em razão de caso julgado pela Suprema Corte: *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 26-27 (1970). A respeito, veja-se BIBAS, Stephanos. Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas. *Cornell Law Review*. v. 88, p. 1372 e ss., jul. 2003.

46. A respeito do valor de experimentos mentais com casos hipotéticos para a confirmação ou refutação de teorias jurídico-penais: MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme Francisco. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da Tábua de Carnéades. *Revista de Estudos Criminais*, v. 18, n.72, p. 147-170, 2019.

Descobrem-se ainda filmagens que mostram o homem torturando e matando a vítima. Constata-se, por fim, que o réu pagou testemunhas para que mentissem que o viram em outro local no momento do crime.

Em relação ao *caso 1*, diante dos novos fatos, a maioria das pessoas não hesitaria em afirmar que a condenação anterior era injusta e que a nova decisão, absolutória, é justa. Em relação ao *caso 2*, a ideia que se impõe é a de que o réu, de fato, deveria ser condenado. Novamente, o que justifica essas posições é a ideia de que a decisão deve estar de acordo com o que está provado que ocorreu – em outras palavras: a ideia de *verdade*. Se houver algum protesto sobre a injustiça da decisão *no caso 2*, provavelmente será em relação à condenação à pena de lesão corporal seguida de morte, quando as novas provas demonstram que o réu cometeu um homicídio qualificado pela tortura. Também aqui o fundamento do protesto está na discrepância entre os fatos provados e a decisão.

O processo penal busca a solução *justa*, previsível e isonômica de casos concretos. Definir o que é justiça é uma questão filosófica milenar, sobre a qual não nos atreveremos sequer a esboçar uma resposta. Contudo, independentemente do que seja a justiça, no contexto específico do processo penal, é possível afirmar que, para uma decisão ser considerada justa, ela deve preencher pelo menos dois requisitos: (i) de um lado, deve ser resultado de um procedimento em conformidade com as regras e princípios processuais; (ii) de outro, deve estar baseada em fatos considerados "verdadeiros"[47]. Em outras palavras, *a verdade é uma condição necessária, mas não suficiente para a justiça de uma decisão*[48]. Evidente-

47. Esse entendimento é amplamente reconhecido. Para defesas recentes, veja-se, no *Civil Law*: THOMMEN, Marc. Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess. *Recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, v. 32, n. 6, p. 267, 2014, com mais referências; no *Common Law*: HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*..., cit., p. 80 e DUFF, Antony; et al. *The Trial on Trial*. Oxford: Hart Publishing, 2007. v. 3 – Towards a Normative Theory of the Criminal Trial, p. 90, "The trial is not a locus of 'pure procedural justice', in which the justice of the outcome depends entirely on the justice of the procedures through which it is reached; there is a criterion (truth) for the justice of the outcome that is independent of its procedures, and however just and appropriate the procedures are, they cannot guarantee the satisfaction of that criterion. [...] however, [...] the justice of the outcome is not wholly independent of the justice of the procedures."

48. . Nesses termos: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*..., cit., p. 64; BADARÓ. Gustavo H. *Epistemologia judiciária*..., cit., p. 19 e ss.; HASSEMER, Winfried. Human Dignity in Criminal Process..., cit., p. 186 e NEUMANN, Ulfrid. Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, v. 101, n. 1, p. 53, 1989: "*Ein gerechtes Urteil ist ohne genaue Ermittlung der*

mente, isso não quer dizer que as decisões judiciais sejam baseadas sempre em fatos verdadeiros. É certo, porém, que, independentemente do que seja ontologicamente a verdade, no momento em que tomamos conhecimento de que uma decisão está baseada em uma versão falsa dos fatos, consideramo-la *injusta*[49].

4.2. Fundamentos racionais para a busca da verdade no processo penal

Apresentamos argumentos intuitivos acerca da relevância da verdade. Contudo, como antecipado, meras intuições são insuficientes para justificar a busca de certo fim no processo penal. Na sequência, elencaremos argumentos racionais existentes na doutrina, que justificam a busca da verdade no processo penal. Uma primeira razão decorre da *teoria do direito*; as demais, de fundamentos *especificamente jurídico-penais*, e podem ser subdivididas em razões *coletivistas* e *individualistas*.

a) *Argumento da estrutura da norma jurídica*. Um argumento muito frequente, extraído da teoria do direito, é que o imperativo da busca da verdade resulta diretamente do mandado de aplicação da lei, o que alguns autores afirmam decorrer dos princípios do Estado de Direito e da Democracia (soberania do Parlamento)[50]. Isso se daria de acordo com a estrutura lógica da norma jurídica: "se F, então C"; em que F é um determinado fato e C é a consequência jurídica. Essa proposição condicional funciona como premissa maior de um silogismo (*modus*

entscheidungsrelevanten Tatsachen nicht denkbar; Wahrheit ist Voraussetzung der Gerechtigkeit." Próximos: TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*, cit., p. 15: "a verdade é não só uma condição inegociável à justiça da decisão como também um limite ao arbítrio estatal"; COSTA, Diogo Erthal Alves da. Justiça, verdade e prova penal…, cit., p. 191. "A verdade sobre a prática do ato criminoso é componente essencial da justiça da decisão"; RADTKE, Henning. Wahrheitsermittlung im Strafverfahren…, cit., p. 188: "*Die Ermittlung der materiellen Wahrheit ist notwendige Bedingung der materiell gerechten Entscheidung*"; BARBERÁ, Gabriel. Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad. *Isonomía*, n. 52, p. 13, 2020: "hay un vínculo conceptual entre justicia y verdad."

49. "[I]ndependientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos." (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*…, cit., p. 64.)

50. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 163, p. 695-699, 2016; MOORE, Michael S. The plain truth about legal truth..., cit., p. 24-6 e 30.

ponens). O processo penal busca estabelecer a premissa menor: a ocorrência de F. A aplicação da consequência jurídica C depende da determinação de que F ocorreu. Portanto, a aplicação da consequência jurídica depende do estabelecimento do pressuposto fático, o que implicaria que a necessidade de esclarecer a verdade é uma decorrência da estrutura da norma e um pressuposto necessário para sua aplicação[51].

b) *Argumentos jurídico-penais:*

b.1) *Coletivistas*. Uma primeira posição argumenta que o crime constitui uma violação da paz pública, de modo que o processo penal envolve um interesse da coletividade em vez da simples solução de um conflito entre partes privadas. Assim, haveria um *interesse público* em estabelecer a verdade no processo penal, a fim de que se possa chegar à correta resolução do caso[52]. Outros argumentos sustentam que a veracidade dos fatos que embasam sentenças penais é uma exigência de certos fins do direito penal. Por um lado, entende-se que a verificação dos fatos é uma condição necessária para a correta reafirmação da norma de conduta e, consequentemente, da tutela dos bens jurídicos por ela protegidos[53]. Posição semelhante afirma que a constatação dos fatos é necessária para reafirmar a

51. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*..., cit., p. 49 e 71-2; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*..., cit., p. 66-7; TARUFFO, Michele. La verdad en el proceso. *Derecho y Sociedad*, v. 40, p. 242-243, 2013. Disponível em: [http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804]. Acesso em: 28.11.2019; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 45-6; MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo (Org.). *Epistemologias críticas do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-239, esp. p. 213-214. Crítico, Duff entende que tal posição, por ele denominada "*simple instrumentalism*", é somente parcialmente correta, eis que "*fails to capture the intrinsic importance of the attempt to establish and declare the truth that a trial should involve; and it cannot explain a number of features of the trial that are normatively significant*" (DUFF, Antony; et al. *The Trial on Trial*..., cit., p. 64, sugerindo que a verdade tem igualmente valor expressivo para a comunidade.

52. WEIGEND, Thomas. Should We Search for the Truth, and Who Should Do it? *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 36, p. 389-415, 2010, p. 391.

53. SCHÜNEMANN, Bernd. *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*..., cit., p. 244. Próximo, com foco na reafirmação dos efeitos diretivos da norma de conduta: DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça penal negociada e fundamentos do direito penal*..., cit., p. 261-2.

ameaça de sanção a comportamentos verdadeiramente criminosos (prevenção geral negativa)[54].

b.2) *Individualistas*. Uma segunda posição extrai o fim de busca da verdade do princípio da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*). Este princípio impõe que só se pode punir alguém pela comprovada responsabilidade subjetiva pelo crime – *a pena pressupõe a culpabilidade* – e que a medida da pena tem como limite máximo o grau de reprovabilidade subjetiva do autor – *a culpabilidade é o limite da pena*. Assim, se somente quem é culpado pode ser punido e se a pena tem como limite máximo a culpabilidade, então é preciso verificar faticamente se o réu cometeu o crime e quais as exatas circunstâncias. Para tanto, é necessário, ao longo do processo, investigar a verdade acerca da culpa do réu[55]. De modo semelhante, sustenta-se que a busca da verdade protege a *dignidade humana* do acusado, pois apenas quando não há dúvidas razoáveis acerca de sua culpabilidade é que se pode afirmar que o processo tratou o imputado como um sujeito digno e não simplesmente como um meio para a obtenção de certos resultados úteis à coletividade[56].

---

54. Nesse sentido, NESSON, Charles. The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 7, p. 1360 e ss., 1985.

55. THOMMEN, Marc. Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess..., cit., p. 269; KREHL, Christoph. Schuld und Verfassung. In: FISCHER, Thomas; HOVEN, Elisa. *Schuld*. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 540; FRISCH, Wolfgang. Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 33. Jahrg., Heft 5, p. 249-304, mai. 2013, p. 250; FRISCH, Wolfgang. Schuldprinzip und Absprachen. In: SAFFERLING, Christoph et al. *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 2017. p. 687; RADTKE, Henning. Wahrheitsermittlung im Strafverfahren…, cit., p. 188-189. Assim também Greco, porém, defendendo que a busca da verdade no processo penal é resultado não apenas do princípio da culpabilidade, mas também da fundamentação da pena -- teoria da prevenção geral negativa. Cf. GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*…, cit., p. 182. Próximo, no Brasil: COSTA, Diogo Erthal Alves da. Justiça, verdade e prova penal…, cit., p. 191: "Os princípios da culpa e da necessidade da pena exigem que o pressuposto de fato da condenação seja verdadeiro." Relacionando a busca da verdade à culpabilidade em conexão com a teoria da retribuição e ao Estado de Direito: BARBERÁ, Gabriel. Prueba legítima y verdad en el proceso penal I…, cit., p. 10 e ss. Afirmando que o princípio da culpabilidade justifica uma busca unilateral da verdade, apenas em favor do réu: DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça penal negociada e fundamentos do direito penal*...., cit., p. 151 e ss. Crítico à culpabilidade como fundamento da busca pela verdade: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Schuldprinzip und Wahrheitserforschung…, cit., p. 692 e ss.

56. HASSEMER, Winfried. Human Dignity in Criminal Process…, cit., p. 187-8. No mesmo sentido, LIPPKE, Richard. Fundamental Values of Criminal Procedure. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva ; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019, p. 30 e ss.

Não tentaremos estabelecer aqui qual o fundamento correto para a busca da verdade no processo penal. Para nossos fins, basta a constatação de que todos os argumentos anteriormente apresentados oferecem justificativas razoáveis, e não necessariamente excludentes, para tanto. Vale destacar também que nenhum deles legitima, por si só, uma busca ilimitada da verdade, capaz de justificar violações de direitos e garantias individuais. Os argumentos individualistas, inclusive, destacam a importância da verdade como garantia do réu (veja-se a *seção 7)*.

4.3. Institutos cuja existência é relacionada à busca da verdade no processo penal

A relevância da verdade para o processo penal pode também ser demonstrada por meio da análise de pelo menos dois institutos processuais vigentes em nosso ordenamento jurídico. Primeiro, a *revisão criminal* (art. 621, I a III, do CPP), que é admitida quando a sentença condenatória "for contrária [...] à evidência dos autos", "se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos" ou "quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena". Segundo, a *apelação das decisões do Tribunal do Júri* (art. 593, III, *d*, do CPP) quando "for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos".

Nesses dois dispositivos, o Código de Processo Penal claramente reconhece a relevância de que o julgamento esteja em conformidade com a prova produzida nos autos, possibilitando sua desconstituição caso demonstrado que a versão dos fatos que serviu de base para a decisão *não é verdadeira*. Na revisão criminal, a sentença transitou em julgado (art. 5º, XXXVI, da CF); na apelação da decisão dos jurados, a decisão se dá sob a égide da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, *c*, da CF). Se o processo penal fosse apenas um procedimento regrado que objetiva uma decisão firme decorrente de um procedimento conforme as regras processuais – baseada na fixação formal dos fatos no interior do processo ou em alguma atitude subjetiva, como o convencimento ou a certeza do julgador[57] –,

57. Nesse sentido, Lopes Jr. sustenta que a decisão judicial é "um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a 'verdade', muito bem. Importa é considerar que a 'verdade' é contingencial, e não fundante. [...] O determinante é convencer o juiz segundo as regras do devido processo penal." (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*..., cit., p. 371 e ss.).

sem qualquer exigência de vinculação epistemológica com os fatos externos ao processo, não haveria razão para se permitir desconstituição da coisa julgada material e a superação da decisão soberana dos jurados[58]. Havendo sentença transitada em julgado ou soberana do Júri, as regras do jogo foram cumpridas, o julgador está convencido e os fatos foram formalmente fixados. Não haveria nenhuma razão para possibilitar a revisão dessas decisões.

A existência desses institutos só pode ser justificada pela função de garantir a concordância entre os fatos afirmados pela sentença e os fatos externos ao processo; ou seja, pelo valor da verdade. Parece-nos, portanto, que as concepções teóricas que defendem que a verdade não é um dos fins do processo penal teriam dificuldades em justificar ou, mais radicalmente, teriam de propor a abolição desses institutos.

5. Que verdade busca o processo penal? A sobrevalorização das discussões filosóficas acerca do conceito de verdade

No âmbito da filosofia e de sua recepção pela discussão processualista penal, são duas as principais teorias que disputam posição de privilégio: a da correspondência

Também Khaled Júnior e Divan defendem que "a veracidade ou falsidade dos dados em si mesmos é dada em função da convicção psicológica do julgador". (KHALED JÚNIOR, Salah H.; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, n. 156, p. 416-418, 2019). Ver também: KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca da verdade…,* cit., p. 350 e ss. Portanto, os autores, embora não rechacem a verdade por completo, entendem que a atividade probatória não está a ela dirigida, mas ao convencimento subjetivo do julgador.

58. Nesse sentido, Ferrer Beltrán critica as concepções de que a finalidade da prova são (a) a simples fixação formal dos fatos ou (b) a obtenção do convencimento ou da certeza do julgador sobre os fatos. No primeiro caso, a decisão sobre os fatos fica desvinculada de qualquer controle racional da prova, porque ela é legítima simplesmente por ser uma decisão judicial, independentemente de seu conteúdo; no segundo, há uma subjetivação do fim do processo, cuja realização depende apenas de uma atitude subjetiva do julgador. Argumenta o autor que, fosse este o objetivo do processo, não haveria razão para a existência de diversas instâncias que analisam fatos, pois a reapreciação seria a mera substituição de uma atitude subjetiva (convencimento/certeza) por outra hierarquicamente superior. Cf. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*…, cit., p. 64-68. Próximo, afirmando que "[o] fato de o juiz estar convencido é condição prática para a determinação da decisão, mas não é justificação legítima de seu conteúdo":

e a da coerência[59]. A *teoria da correspondência*, ao menos em sua versão clássica, pressupõe a existência de um mundo objetivo e a possibilidade de que os sujeitos tenham acesso a esse mundo, de modo que a verdade é a correspondência entre o pensamento do sujeito e o mundo objetivo (isomorfismo entre mente e mundo)[60]. A *teoria da coerência*, por sua vez, prescinde da ideia metafísica de que existe um mundo objetivo. Ela se baseia na intersubjetividade, entendendo a verdade como uma coerência entre crenças intersubjetivamente compartilhadas. Uma proposição verdadeira é aquela coerente com o conjunto de crenças que possuímos, e que não conflita com elas. Assim, não podemos aceitar que X matou Y com disparos de arma de fogo e, simultaneamente, que X estava conosco em outro local quando Y foi morto. Trata-se de crenças contraditórias, de modo que devemos negar uma delas para aceitar a outra[61].

Alguns autores procuram deduzir dessa discussão filosófica consequências concretas para o processo penal. De um lado, defensores da teoria da correspondência entendem que somente a sua adoção possibilita um sistema normativo atrelado aos fatos empíricos e às necessidades epistemológicas[62]; de outro, autores entendem que a adoção da teoria da verdade como correspondência deveria ser rejeitada no âmbito do processo, pois tem como consequência um processo penal inquisitorial e autoritário[63]. Analisemos um exemplo de cada uma dessas posições.

De acordo com Taruffo, a adoção da verdade como coerência poderia ter como consequência a aceitação de uma teoria retórica ou persuasiva da prova, pela

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. 5, maio-ago. 2020.

59. Embora existam diversas teorias da verdade, aqui abordaremos apenas essas duas, pois o exame delas será suficiente para demonstrar o ponto da sobrevalorização da discussão filosófica no processo penal.

60. HAACK, Susan. *Philosophy of logics*..., cit., p. 91-4. Para uma defesa atual da adoção da teoria da correspondência pelo direito processual penal tal como entendida no âmbito das práticas sociais cotidianas, a despeito das críticas filosóficas a ela dirigidas, veja-se: NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit und Recht..., cit., p. 30 e ss.; GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*…, cit., p. 168 e ss. e STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Schuldprinzip und Wahrheitserforschung..., cit., p. 700 e s.

61. HAACK, Susan. *Philosophy of logics*…, cit., p. 94-7.

62. TARUFFO, Michele. La verdad en el proceso…, cit., p. 243-5; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos*…, cit., p. 59 e ss.

63. KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca da verdade*…, cit., p. 19-20.

qual o processo seria visto como uma narrativa constituída pelos relatos das partes, de modo similar a um romance, e cujo único critério da credibilidade das proposições a respeito de fatos seria a análise de sua coerência no contexto endoprocessual (narrativas das partes)[64]. Contudo, embora de fato existam na doutrina posições que defendem tal postura[65], as teorias coerentistas da verdade não implicam necessariamente essa concepção da função da prova.

O problema dessa análise reside em sua errônea especificação do conjunto de proposições e crenças com as quais o enunciado deve ser coerente para ser considerado verdadeiro. Defensores da teoria da coerência, no âmbito da filosofia, não sustentam que a verdade de uma proposição consiste em sua coerência com qualquer conjunto de crenças e proposições escolhido e delimitado arbitrariamente. Em vez disso, entendem que ela depende de um conjunto de proposições e crenças tidas como verdadeiras em um sistema global[66]. Não há consenso a respeito da abrangência desse sistema, que pode variar entre: (i) em um extremo, o maior conjunto consistente de proposições tidas por verdadeiras por pessoas reais; (ii) intermediariamente, o conjunto das proposições que serão tidas como verdadeiras quando pessoas – com capacidades cognitivas finitas – atingirem algum limite máximo de investigação; e (iii) no outro extremo, o conjunto das proposições que um ser onisciente toma por verdadeiras[67]. De todo modo, nenhuma dessas concepções da verdade como coerência estabelece o conjunto de proposições e crenças no qual se julga a veracidade de um enunciado de forma tão restrita quanto Taruffo.

---

64. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons, 2008. p. 27 e ss.

65. Nesse sentido, afirma Lopes Jr. que: "situamos a discussão [sobre a função da prova] no terreno da semiótica e das narrativas do processo. A premissa fundamental é que o processo é uma situação [...] na qual se desenvolvem diálogos e se narram fatos. Essas narrativas e diálogos (melhor, discursos) têm relevância desde sua estrutura semiótica e linguística, não sendo relevante a relação entre narrativa e realidade empírica. [...] única função que pode ser imputada à prova é a de avalizar a narrativa desenvolvida por um dos personagens do diálogo, tornando-a idônea para ser assumida como própria por outro personagem, o juiz." (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*…, cit., p. 371 e ss.)

66. YOUNG, James O. The Coherence Theory of Truth, in: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* 2018, n.p. Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/truth-coherence/]. Acesso em: 11.12.2020. A crítica a essa postura é a de superfluidade, pois assim a teoria da coerência poderia ser assimilada pela da correspondência, dado que aceitaria uma variante da noção de "concordância com a realidade". A respeito: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos*…, cit., p. 53-54.

67. YOUNG, James O. The Coherence Theory of Truth… cit., n.p., com referências.

Aplicado ao processo, isso significa que a adoção dessa teoria da verdade não faz com que o juiz esteja limitado à coerência das narrativas e relatos endoprocessuais – ao "romance" – e que deva ignorar elementos empíricos externos. Em realidade, mesmo com a adoção da teoria da coerência, é possível defender que o juiz deve avaliar a coerência e a consistência das proposições fáticas endoprocessuais diante de um conjunto global de crenças a respeito do mundo e dos fatos externos ao processo, o que inclui também o "estoque de conhecimentos" de determinada sociedade, o qual abrange a ciência e suas descobertas e métodos de investigação empírica considerados intersubjetivamente válidos[68]. Caso contrário, lançando mão de uma redução ao absurdo, seríamos levados a crer que os teóricos da verdade como coerência concordariam que um juiz deve declarar como verdadeiro que o autor de um homicídio tenha sido um espírito maligno ou mesmo que a causa da morte tenha sido uma "maldição", caso todas as partes processuais assim tenham narrado. Isso, evidentemente, não é correto, e os efeitos da adoção da teoria da coerência no processo penal não podem ser entendidos dessa forma.

Poder-se-ia, igualmente, argumentar que a teoria da coerência conduziria à adoção de teorias persuasivas de prova na direção do convencimento do julgador – e a um consequente subjetivismo ou decisionismo. Essa compreensão também é equivocada, porque tal teoria afirma que uma proposição é verdadeira se ela está de acordo com um sistema de crenças intersubjetivamente compartilhado, e não com as crenças de um determinado sujeito (o juiz), permitindo controle por terceiros. Prova disso é que, no âmbito epistemológico, a coerência é geralmente interpretada como exigindo algo mais do que a simples consistência entre versões, e são oferecidos critérios mais ou menos rígidos de análise e controle, como a da "abrangência", da "consistência máxima", da "coerência explicativa", da "consistência probabilística"[69], entre outros.

Por outro lado, Khaled Jr. afirma que a adoção da verdade como correspondência tem como consequência um processo penal inquisitorial e autoritário,

68. Vale destacar que são apontados problemas nas teorias da coerência pelo fato de que elas não são capazes de justificar alguma preferência ao recurso das experiências empíricas perante crenças de outra natureza. Cf. HAACK, Susan. Coherence, Consistency, Cogency, Congruity, Cohesiveness, &c.: Remain Calm! Don't Go Overboard! *New Literary History*, v. 35, n. 2, p. 175, 2004. Para uma tentativa de correção dessa deficiência pelo recurso a virtudes, deveres e responsabilidades epistêmicas na justificação jurídica, veja-se: AMAYA, Amalia. *The Tapestry of Reason*: an inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 521 e ss.

69. Cf. HAACK, Susan. Coherence…, cit., p. 175, com referências.

relacionando essa teoria filosófica, que trata do *estatuto ontológico* da verdade, com as pautas e os limites normativos de sua busca. Contudo, essa argumentação pode ser objetada por duas razões. *Primeiro*, porque sustentar que a verdade consiste na correspondência entre uma proposição e o mundo objetivo é fazer uma afirmação sobre fatos, sobre como o mundo é, e não implica nenhuma espécie de dever de buscá-la, muito menos, a qualquer custo. De juízos sobre fatos não se pode deduzir juízos sobre valores sem recair na falácia naturalista (do *ser* não se segue nenhum *dever*).[70] Dito isto, é plenamente possível a coexistência entre a verdade como correspondência e a limitação à sua busca.

Segundo, na esteira dessa constatação, porque também outros conceitos de verdade não estabelecem, por si mesmos, os limites às suas buscas no processo. Por exemplo, ainda que se adote a concepção de *verdade como analogia*, proposta pelo autor, segundo a qual a verdade será "analogicamente produzida como um artefato narrativo elaborado pelo juiz, a partir de rastros do passado"[71], a possibilidade de se obter *mais desses rastros* para alcançar uma narrativa mais robusta poderia favorecer uma *maior similitude* ao fato histórico objeto do processo. Nesse sentido, é plenamente possível cogitar a existência de decisões que, amparadas nessa concepção de verdade, ou em qualquer outra, justifiquem a utilização de provas ilícitas contra o réu e cometam os mesmos abusos atribuídos pelo autor à adoção da teoria da correspondência. E isso porque os limites à busca da verdade não são e não podem ser oferecidos pelo conceito de verdade, antes dependem de decisões normativas. Qualquer que seja a teoria da verdade adotada, sempre será possível buscar se aproximar mais ou menos dela. Assim, a ambição irrestrita da verdade e a justificação de abusos na sua busca não são inadmissíveis porque algum conceito assim exige, mas porque o processo penal *deve* (juízo valorativo)

70. HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 1960 [1888]. p. 469-70.

71. O autor não exclui totalmente a verdade do processo penal, mas defende uma substituição do conceito de verdade como correspondência (seja em sua versão absoluta, seja em versões relativas ou aproximativas), por um conceito de verdade como analogia, fundado na ideia de que os rastros do passado não permitem que se chegue a um enunciado que *corresponda* ao ocorrido, mas apenas um que seja *análogo* a ele. Nas palavras do autor, com isso: "não expulsamos a verdade por completo, mas apenas a reposicionamos de forma a eliminar seu caráter canônico, pois a concepção da verdade sob o signo do *Análogo* expressa uma concepção dada a inspirar cuidados, em oposição à noção de correspondência do *Mesmo*, que resulta na assunção de onipotência persecutória movida por insaciável ambição de verdade." (KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca da verdade*..., cit., p. 524.)

respeitar outros valores e interesses, mais notadamente, direitos fundamentais, que limitam a busca da verdade – qualquer que seja seu conceito. Portanto, o autor está correto em criticar a "ambição de verdade" (veja-se a *seção 2*), contudo, esta não pode ser entendida como consequência necessária da adoção da teoria da correspondência.

Portanto, o debate acerca das teorias da verdade, as quais buscam estabelecer o seu *conceito* ou *estatuto ontológico* e têm grande repercussão na filosofia, não é decisivo para grande parte da controvérsia acerca de se e como o processo penal deve buscar a verdade. Em muitas situações, é indiferente se a verdade é uma proposição que corresponde a uma realidade objetiva ou se é uma coerência entre crenças compartilhadas intersubjetivamente, porque, na prática, o que importa são os critérios que assumimos para aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do processo. Nos casos narrados na *seção 4.1*, defensores da verdade como correspondência e como coerência provavelmente chegariam aos mesmos resultados.[72] Isso também ocorreria em relação ao exemplo, anteriormente citado, de uma suposta vítima de homicídio que aparece na sala de audiência. Isso é assim porque os *critérios de verdade*, que estabelecem o que é necessário para que aceitemos uma crença como verdadeira, são relativamente independentes dos *conceitos de verdade*, enquanto definições sobre o que é a verdade em sentido ontológico.[73]

Assim, parece-nos que há um superdimensionamento da discussão filosófica a respeito das teorias da verdade no âmbito do processo penal. Os conceitos de verdade e a conformação da melhor estrutura processual para alcançá-la, bem como seus limites, embora possam ter alguma relação contingencial, estão em planos distintos e independentes entre si. Assim, o conceito ontológico de verdade adotado *não é decisivo* para determinar a estrutura processual, os poderes atribuídos aos sujeitos processuais e se o processo permite ou não violações a direitos dos réus a fim de estabelecer os fatos;[74] isso depende essencialmente de decisões normativas, que serão abordadas na *seção 6*.

72. Próximo, HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*…, cit., p. 57.

73. Nesse sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos*…, cit., p. 65, com matização a respeito das teorias pragmatistas e de algumas concepções da teoria da coerência. Em sentido contrário, indicando haver um compromisso conceitual entre o conceito de verdade e os critérios da verdade: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Prueba legítima y verdad en el proceso penal I…, cit., p. 8-9.

74. Claramente nesse sentido: WEßLAU, Edda. Wahrheit und Legenden…, cit., p. 562: "*Tatsächlich ist die Annahme, das anglo-amerikanische Modell korrespondiere mit der*

5.1. A confusa dicotomia entre verdade material e verdade formal

É muito comum na discussão processualística uma distinção entre os conceitos de "verdade material" (ou "real", "substantiva", "objetiva" etc.) e "verdade formal" (ou "processual", "judicial", "forense" etc.). Tais conceitos são muito problemáticos e tendem a gerar diversos equívocos.

Primeiro, porque, ao adicionarem adjetivos ao substantivo "verdade", aparentam se referir a distintos *conceitos de verdade*. Contudo, não é disso que se trata. A distinção entre verdade material e formal se relaciona antes com os *limites normativos à sua busca*[75]. Quando parcela da doutrina afirma que um certo processo busca a verdade formal, porque admite presunções baseadas na não contestação dos fatos por algum dos polos processuais ou porque o juiz se limita a apreciar as provas trazidas pelas partes, quer dizer que há uma tomada de posição normativa no sentido de aceitar mais facilmente decisões judiciais baseadas em versões falsas dos fatos. Do mesmo modo, quando afirma que um processo busca a verdade material, porque não admite presunções ou permite ao juiz produzir provas, significa que há uma posição normativa no sentido de minimizar decisões judiciais baseadas em versões falsas dos fatos[76]. As razões para essas posições podem ser

---

Konsensustheorie der Wahrheit, und zwar auf der Grundlage der Diskurstheorie, ebenso falsch wie die Vermutung, mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit im inquisitorischen Modell sei eine Festlegung auf die Korrespondenztheorie bzw. auf einen ontologischen Wahrheitsbegriff verbunden. Beide Modelle sind im Hinblick auf die philosophische Kontroverse 'neutral'". Cf. ainda BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters*…, cit., p. 110-112, com mais referências. Próximo, WEIGEND, Thomas. Should We Search for the Truth, and Who Should Do it? …, cit., p. 398: "*The traditional associations of consensus theory with the adversarial process, and of correspondence theory with the inquisitorial model, capture indisputable affinities but do not reflect the diversity and differentiation of attitudes toward 'truth' in various present-day legal systems.*". A respeito da teoria racionalista da prova, confira ainda ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 79, n. 3: "philosophical debates about coherence and correspondence theories of truth are not crucially important in this context as the model is flexible enough to accommodate both kinds of theory."

75. Cf. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*: el juez y la construcción de los hechos. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 101: "*El problema* [da divisão entre verdade formal e material] *no se refiere entonces a la verdad, sino a los límites dentro de los cuales la regulación del proceso permite que sea determinada.*"

76. Por todos, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 88-90; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 51-63.

muitas: a (in)disponibilidade dos interesses, uma escolha acerca da prevalência da segurança jurídica ou da correção dos fatos que embasam a decisão, a proteção de direitos fundamentais de alguma das partes, a redução de custos, entre outras. De toda sorte, não se referem a conceitos distintos de verdade.

Segundo, e relacionado com o problema anterior, porque o conceito de "verdade formal" faz parecer que um juízo fático pode ser considerado verdadeiro simplesmente por ter sido afirmado em uma decisão judicial. Porém, que certos fatos tenham sido estabelecidos judicialmente, ainda que com trânsito em julgado, não significa que eles sejam verdadeiros[77], nem no processo civil, nem no processo penal. Em ambos, é possível que os fatos afirmados na sentença sejam falsos (em razão de presunções, erros etc.). Se, apesar de sabidamente falsos, o ordenamento não permite que sejam mais revisados, é porque outros valores e interesses indicam que se deve preferir uma decisão falsa, mas firme, do que uma verdadeira e insegura. Todavia, mesmo nesses casos, que coisa julgada e verdade não são equiparáveis é claramente demonstrado por ações que possibilitam desconstituir a coisa julgada material com base em novas provas que demonstram a falsidade do juízo fático[78] (art. 966, VI a VIII, do CPC, e art. 621, I a III, do CPP – veja-se a *seção 4.3*).

Terceiro, porque a ideia de que o processo deve buscar a "verdade material" parece indicar, segundo compreende parcela da doutrina, que esse objetivo tem de ser realizado de modo ilimitado. Porém, tanto no processo civil quanto no processo penal, existem justificadas e necessárias restrições empíricas e normativas à busca da verdade. Por isso, se, por verdade formal ou processual, se quer apenas indicar que a reconstrução dos fatos no processo é sempre limitada, então, de fato, todo processo (civil ou penal) pode alcançar apenas a verdade formal[79].

---

77. Nesse sentido, é a clássica afirmação de *Carnelutti* a respeito da *verdade formal*, para quem "*sin duda no se trata más que de una metáfora; en substancia, es bien fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad*". A partir desse raciocínio, defende que, no processo civil, não há busca da verdade, mas apenas uma determinação ou fixação formal dos fatos segundo normas jurídicas. (CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2ª ed. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 20-22.)

78. Cf. TARUFFO. Michele. *Simplemente la verdad*…, cit. p. 101-102.

79. Ferrajoli, por exemplo, utiliza os conceitos dessa forma, afirmando que "La verdad a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicomprensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio

A diferença estará somente nos específicos limites de cada um desses ramos e de cada ordenamento jurídico.

Quarto, porque as consequências extraídas da afirmação de que um processo busca a "verdade material" ou a "verdade formal" não são claras. É difícil saber se os conceitos dizem respeito à atribuição ou não de poderes instrutórios do juiz, à admissibilidade ou não de presunções, ao *standard* probatório utilizado, ao valor atribuído à coisa julgada etc. Todas elas são eventualmente mencionadas quando a doutrina aborda a distinção, o que dificulta a compreensão dos conceitos[80]. De modo semelhante, ocorre na jurisprudência. No Superior Tribunal de Justiça, já se relacionou a necessidade de apuração da verdade real com o recebimento da denúncia com base no *in dubio pro societate*[81] e ela é comumente utilizada como justificativa para a possibilidade de o juiz ordenar, de ofício, produção de provas a fim de formar seu livre convencimento[82].

Por conseguinte, *quinto*, porque as decisões a respeito de cada uma dessas questões não estão necessariamente relacionadas, de maneira que é preciso oferecer razões específicas sobre por que e em que medida: (i) atribui-se ou não poderes instrutórios ao juiz; (ii) admite-se ou não presunções; (iii) exige-se certo grau de justificação e controle sobre as decisões do julgador sobre a prova

---

más allá de rígidas reglas procedimentales. [...] A la inversa, la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa." (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, cit., p. 44-45.) No Brasil, vinculando o conceito de verdade material à ausência de limites, cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*..., cit., p. 371 e ss.; PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 255-256; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 70-71.

80. Abordando algumas ou todas essas questões ao tratar da dicotomia entre verdade formal e verdade material: NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 92-96; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 88-90; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., p. 51-63.

81. STJ, AgRg no REsp 1.861.537/RS, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 16.06.2020.

82. STJ, AgRg no AREsp 860.959/MS, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 13.11.2018; STJ, HC 242.412/DF, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 11/02/2014. Próximo: STJ, AgRg no REsp 1.573.829/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 09.04.2019; STJ, RHC 59.475/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 09.06.2015.

(*standard* probatório); (*iv*) confere-se valor à coisa julgada, entre outros. Além disso, as razões podem indicar um tratamento distinto dessas questões a depender do polo processual de que se fale – autor ou réu (veja-se a *seção 7*). De modo geral, em processos penais de países democráticos, são admitidas presunções de inocência, mas não de culpa. Ademais, no Brasil, como visto, a coisa julgada material pode ser revisada em favor do réu, mas não em seu prejuízo.

Portanto, a utilização dos conceitos de "verdade material" e "verdade formal" acaba por confundir e simplificar as discussões que precisam ser feitas em relação aos limites e às formas da busca da verdade. Tais problemas têm de ser abordados separadamente e nada impede que recebam respostas distintas. Por isso, entendemos que o melhor a fazer é abandonar esses conceitos[83] ou oferecer-lhes contornos mais claros. Em qualquer dos casos, o foco principal deve ser a discussão de cada uma das questões em suas particularidades.

6. Como e com que limites buscar a verdade? Os novos caminhos para a discussão

Assentada a importância da ideia de verdade para o processo penal, deve-se reafirmar que são fundadas algumas das críticas à sua busca. É absolutamente justificada a crítica política, que sustenta haver, muitas vezes, um uso deturpado do conceito de "verdade real" como artifício retórico para atribuir-lhe o papel de fim último ou preponderante do processo penal, que permitiria desconsiderar violações a regras processuais e a direitos fundamentais dos réus. Apesar de sua correção, o objeto do ataque não deve ser o conceito ontológico ou a importância da verdade para o processo penal, mas a violação dos limites à sua busca. O fundamental, portanto, é a discussão *normativa* sobre como e com que limites ela deve ser buscada.

Isso porque o fato de o processo penal buscar a verdade não significa que esse fim seja único nem *preponderante*[84]. A essa visão *monista* é possível opor uma visão *pluralista*, em que a verdade é apenas um entre os diversos valores e fins que orientam o processo penal. Conforme afirmado anteriormente, a justiça de uma decisão depende, por um lado, da verdade; por outro, do respeito a procedimentos e a princípios e valores tutelados pelo processo penal. Ou seja,

83. Defendendo o abandono: BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*, cit., p. 380. Classificando como uma distinção inútil e carente de fundamento: TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*…, cit. p. 100.

84. BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*, cit., p. 380-1.

a verdade não basta; ela é uma condição necessária, mas não suficiente à justiça da decisão.

Duas sortes de limites são extraídas dessa perspectiva. Em primeiro lugar, reconhecer a busca da verdade como fim do processo impõe *limites epistemológicos* à admissão, à valoração e à decisão acerca da prova, os quais são típicos da relação meio-fim, isto é, assumi-la como fim impõe que os instrumentos processuais devem ser idôneos à aproximação da verdade. Por outro lado, *limites políticos* à busca da verdade são impostos por outros valores e fins que com ela concorrem, os quais incluem, em uma posição de destaque, a proteção de direitos fundamentais do réu contra abusos do Estado[85].

85. Utilizando a classificação bipartida entre limites "epistemológicos" e "políticos": GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos*…, cit., p. 118. Próximo, Costa fala em "limitações de ordem epistemológica e institucional" (COSTA, Diogo Erthal Alves da. Justiça, verdade e prova penal…, cit., p. 202.) No *Common Law*, tal classificação é comumente englobada pelos termos "*intrinsic*" e "*extrinsic rules*", relacionadas, respectivamente, a "rules designed to improve fact finding accuracy" e "rules governed by considerations extraneous to truth-finding": DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, p. 514-525, 1973. Próximo, na doutrina nacional, Gomes Filho entende existirem fundamentos processuais e extraprocessuais para a proibição de provas, dividindo o primeiro grupo (processuais) em razões de ordem *lógica* e *epistemológica,* e o último (extraprocessuais) em razões de ordem política. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 93. Próximo, BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária...,* cit., p. 178 e ss.). Os autores sustentam que os limites *lógicos* são aqueles que determinam as exclusões de provas *impertinentes* e *irrelevantes*, sendo a prova pertinente "quando há conexão entre o meio de prova requerido e os fatos controvertidos; e relevante quando tem a aptidão para estabelecer a existência ou inexistência, a verdade ou a falsidade, de um outro fato", recorrendo aos conceitos de *materiality* e *relevancy* do *common law*, de modo a possibilitar um *juízo inferencial* – daí a natureza lógica dessa limitação (em detalhes: BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária...,* cit., p. 157; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova*…, cit., p. 131). Contudo, parece-nos que essas limitações não são derivadas de necessidades *lógicas*, mas de estratégias heurísticas – que podem utilizar raciocínios lógicos, mas com eles não se confundem e nem deles decorrem – derivadas de preocupações *políticas* e *epistemológicas*. Isso porque elas buscam tutelar o princípio da economia processual, direcionando os custos da investigação somente àqueles elementos probatórios que demonstrem, *prima facie*, algum grau de relevância e materialidade de acordo com as *regras gerais da experiência*. Trata-se, portanto, não de necessidade *lógica*, mas, em parte *epistemológica* (investigar a partir de regras gerais de experiência) e, em parte *política* (reduzir os custos da investigação e aumentar sua celeridade), que se *utilizam* de raciocínios lógicos (inferências). Interessante também

6.1. Limites epistemológicos: os critérios de verdade no processo penal

É por meio do processo penal que se obtém uma condenação criminal, a qual é pressuposto para a aplicação da sanção penal. A pena é a intervenção mais severa de que dispõe o Estado sobre os direitos fundamentais do indivíduo como resposta a um ilícito.[86] Por essa razão, os critérios para a decisão sobre a existência do crime são especialmente rigorosos quando em comparação com outros ramos do direito. Nesse ponto, a busca da verdade no processo penal adquire especial relevância. Visto de modo consequente, esse objetivo impõe efeitos sobre a admissão e a produção de provas, a valoração dessas provas e a decisão acerca delas. Trata-se de limitações da atividade probatória que visam otimizar a busca da verdade, estabelecendo parâmetros de confiabilidade a serem seguidos em detrimento de outros princípios, como o da sua livre apreciação.

Esse fim gera consequências como a adoção de métodos de produção de prova com base científica e com maior probabilidade de acurácia nos resultados, rejeitando meios de prova ou meios de obtenção de prova sem qualidade epistêmica, tais como aqueles com fundamento sobrenatural ou pseudocientífico.[87] Por isso, quem negar a verdade como fim do processo terá que extrair conse-

é a recente taxonomia elaborada por Nardelli, que divide as proibições de prova em: limitações probatórias fundadas no "repúdio a provas consideradas suspeitas", no "anseio de ordenar o desenvolvimento do processo" e "no intuito de preservação de direitos fundamentais". (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri*..., cit., p. 92 e ss.) Por fim, Duff propõe uma classificação quadripartida entre limites derivados de preocupações relacionadas (i) à eficiência da busca da verdade; (ii) a finalidades consequencialistas do processo diferentes da busca da verdade; (iii) a valores não consequencialistas que se opõem à busca da verdade e não têm conexão direta com o processo; e (iv) que derivam de uma concepção mais ampla da verdade como objetivo do processo e abrangem a dimensão comunicativa que é representada pelo fato dos cidadãos serem chamados a responder por acusações em processos públicos (DUFF, Antony; et al. *The Trial on Trial*..., cit., p. 109-110). Embora as classificações expostas acima possam trazer ganho analítico, é suficiente, para os fins desse artigo, a divisão genérica entre limites *epistemológicos* e *políticos*, a qual pode abarcá-las em sua integralidade.

86. A respeito, com referências: DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça penal negociada e fundamentos do direito penal*...., cit., p. 22 e ss.

87. Exemplo claro são as cartas psicografadas. A respeito: DIAS, Juliana Melo; HERDY, Rachel. Por falar em ciência: cartas psicografadas não são meio de prova. *Conjur*, 2020, n.p. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-abr-17/limite-penal-falar-ciencia-cartas-psicografadas-nao-sao-meio-prova#_ftnref1]. Acesso em: 27.07.2020.

quências também para toda a teoria da prova, propondo uma fundamentação alternativa.[88]

Em um primeiro momento, a busca da verdade pode conduzir a uma série de limitações probatórias, criando proibições de admissão ou de produção de provas com fundamento epistêmico.[89] Essas limitações não estão em uma relação de antagonismo ao objetivo de busca da verdade, antes pretendem efetivá-lo.[90] É nesse sentido o histórico argumento de Beccaria contra a tortura, que não a rejeita pela sua crueldade ou pela violação de direitos do acusado, mas pelo fato de que ela não é idônea para a obtenção da verdade, porque pode conduzir à confissão de inocentes incapazes de suportá-la e à absolvição de culpados mais resistentes à dor.[91]

---

88. Por exemplo, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*..., cit., p. 36 afirma que aquele que nega o fim de buscar a verdade deverá construir uma versão irracionalista ou idealista da prova, ou mesmo declarar que o conceito de prova carece de significado. De modo ainda mais crítico, afirma Badaró que "[s]e a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade, e se poderia continuar a decidir os processos por meio de ordálias, duelos, juramentos judiciários, lançando dados como fazia o juiz descrito por Rabelais, ou qualquer outro meio irracional. Tais métodos, embora irracionais, propiciam um resultado de modo mais rápido e menos custoso." (BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018, p. 46.)

89. Falando em "*Epistemisch begründete Beweiserhebungsverbote",* GRECO, Luís. Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots. in: STEIN, Ulrich, et al (Eds.) *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung:* Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, Duncker & Humblot: Berlin, 2018, pp. 485-515, p. 494 e ss. No Brasil, BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária*..., cit., p. 178 e ss. e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova*..., cit., p. 93. Aproximadamente, TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*..., cit., p. 82: "é preciso haver certeza sobre a fiabilidade de cada prova. Cabe ao Estado proteger a prova de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória. Uma prova pode ser tida como 'séria', 'crível', e "verdadeira' sempre que produzida e introduzida no processo de forma transparente e em atenção à normatividade.".

90. Nestes termos, rejeitando uma relação de necessário antagonismo entre as proibições de prova e a busca da verdade, EISENBERG, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*: Spezialkommentar. 10. ed. München: C. H. Neck, 2017, p. 139, nm. 329.

91. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Ed. Renato Fabietti. Milano: Mursia, 1973 [1764], p. 39-45. É importante notar que atualmente esse não é o único e nem o melhor argumento contrário à tortura, e que sua exclusão guarda maior afinidade com proibições morais e axiológicas relacionadas à proteção dos direitos fundamentais do que com a sua utilidade para a obtenção ou não da verdade.

Também nesse sentido são várias as proibições de provas do sistema de *common law*, inexistentes em nosso ordenamento e historicamente oriundas da preocupação com o correto veredito dos juízes leigos no Tribunal do Júri, como a inadmissibilidade do *hearsay testimony* (testemunha por ouvir dizer),[92] que proíbe a utilização do depoimento de uma testemunha que não tenha presenciado o fato diretamente, mas meramente obtido relatos de terceiros,[93] bem como a vedação de provas relacionadas ao caráter do acusado (como antecedentes criminais), por não poderem justificar uma inferência adequada sobre o cometimento do crime em julgamento. Essas regras implicam a não admissão de provas com fundamento em sua inidoneidade para o fim de estabelecer a verdade dos fatos.

Além disso, a busca da verdade pode oferecer limitações de fundo epistêmico para a atividade de valoração das provas. Exemplo disso é a exigência do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígio, que não pode ser suprido pela confissão do acusado (art. 158, do CPP). Tal dispositivo legal consiste em uma regra de valoração de provas que limita o livre convencimento do julgador.[94] Do mesmo modo, outros regramentos legais buscam estabelecer procedimentos

92. Embora inexista vedação legal no direito brasileiro à valoração das declarações de testemunhas que tenham conhecimento de meros relatos de terceiros sobre o fato, há crescente entendimento jurisprudencial no sentido da inaceitabilidade do *hearsay testimony* em nosso país: "[...] não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular." Cf. STJ, AgRg no REsp 1.838.513/RS, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 19.11.2019; STJ, REsp 1.373.356/BA, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 20.04.2017; STJ, REsp 1.674.198/MG, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 05.12.2017; STJ, REsp 1.444.372/RS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 16.02.2016. Aparentemente, trata-se de um movimento de vários países de *Civil Law*. Veja-se, por exemplo, a recente vedação deste tipo de testemunho nas legislações italiana e portuguesa e sua restrição no direito espanhol. Cf. GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure has Affected Continental Europe, *American Journal of Comparative Law*, v. 64, n. 3, p. 601 e ss., 2016, p. 601 e ss.

93. Outras razões são igualmente apontadas como justificativas da exclusão do *hearsay testimony*, tais como o fato de o relato original (ao qual a testemunha supostamente teve acesso) não ter sido feito sob juramento e de que não resta possibilitado o seu *cross-examination,* ante a ausência em juízo da testemunha original. Para uma análise aprofundada, entendendo haver justificações epistêmicas e normativas para essa exclusão, veja-se: HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*..., cit., p. 233 e ss. Para um breve levantamento das exceções a essa regra nos direitos estadunidense e inglês, veja-se BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*..., cit., p. 180-181.

94. BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária*..., cit., p. 211-212.

que garantam a fiabilidade das provas, como é o caso da necessidade de documentar e preservar a cadeia de custódia (arts. 158-A a 158-F do CPP), salvaguardando a qualidade epistêmica das informações a serem utilizadas na instrução probatória.[95] Também o procedimento legal que rege o reconhecimento de pessoas (art. 226 do CPP), especialmente quando dispõe que a pessoa a ser reconhecida deve ser colocada ao lado de outras que tenham semelhanças físicas, tem objetivo de evitar falsos positivos. Assegurar o cumprimento estrito desse procedimento é imprescindível para garantir o mínimo de qualidade da prova e reduzir a probabilidade de acusações e condenações de inocentes.[96]

Em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, contudo, essa racionalidade recebe tratamento díspar. De um lado, a busca da verdade é utilizada como argumento para possibilitar a produção antecipada de depoimentos, com contraditório diferido, de modo a dirimir o risco de a memória das testemunhas ser prejudicada pelo passar do tempo, impossibilitando uma fiel reconstituição dos fatos;[97] de outro, quando se trata do procedimento previsto no art. 226 do CPP para o reconhecimento de pessoas, prevalece o entendimento de que a inobservância das formalidades legais – voltadas a garantir a mesma fidelidade – não gera nulidade, pois tal procedimento constituiria "mera recomendação legal".[98] Há,

95. Não há consenso sobre se a violação das regras relacionadas à cadeia de custódia tem como consequência a inadmissibilidade das provas ou a proibição de sua valoração. Para uma visão do debate, cf. BADARÓ, Gustavo H. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.) *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 532 e ss.; e PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*... cit., p. 124 e ss., com posicionamentos distintos.

96. Os reconhecimentos errôneos são responsáveis por cerca de 69% das 375 condenações de inocentes revertidas nos Estados Unidos pelo *Innocence Project*, organização não governamental que busca reverter condenações injustas, especialmente por meio da utilização de exames de DNA. O projeto lista os problemas do reconhecimento tradicional (aplicáveis também ao Brasil) e sugere uma série de aprimoramentos que deveriam ser adotados a fim de tornar o procedimento mais confiável. Essas propostas de reforma foram incorporadas, em maior ou menor medida, por 24 estados estadunidenses. Cf. [www.innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/]. Recentemente, o projeto passou a atuar também no Brasil: [www.innocencebrasil.org/].

97. STJ, RHC 108.207/PR, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 19.03.2019; STJ, AgRg no RHC 114.245/SP, rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo, 5ª T., j. 01.10.2019.

98. Recentemente: STJ, RHC 108.498/MG, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., j. 19.03.2019; STJ, AgRg no AREsp 1.340.162/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 03.09.2019; STJ, AgRg no REsp 1.827.892/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 18.02.2020; STJ, AgRg no AREsp 1.534.916/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 06.02.2020.

contudo, recente precedente em sentido contrário, considerando ilícito o reconhecimento que não segue as diretrizes da lei.[99]

Por fim, a busca da verdade e a consciência da possibilidade de erros humanos conduzem também à necessidade de um controle racional (intersubjetivo) sobre a apreciação da prova pelo julgador, verificando a lógica dos raciocínios e oferecendo parâmetros de aceitabilidade para o juízo fático. Nesse contexto, ganha relevância a discussão epistemológica acerca dos *standards* probatórios, os quais estabelecem critérios para a decisão sobre os fatos e indicam a possível ocorrência de erros, arbitrariedades ou subjetivismos.[100] Diferentemente do processo civil, em que basta a confissão da parte contrária ou a ausência de controvérsia[101] e em que são admitidas presunções de culpa,[102] no processo penal, a gravidade da intervenção resultante da sentença condenatória e a vigência do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF) proíbem as presunções de culpabilidade[103] e exigem critérios rígidos para a fundamentação da decisão do julgador.

---

99. STJ, HC 598.886/SC, rel. Min. Rogério Schietti, 6ª T., j. 27.10.2020.

100. "[O]s *standards* podem colaborar na denúncia de desvios lógico-inferenciais, no sentido de *indiciar* a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do "como", do "por que meios", do "por que maneira" etc., atingiu-se uma certa convicção. [...] Na medida em que o próprio processo reconheça a chance de erro na apropriação do fato, esse elemento perturbador (a chance de erro) deve ser *incorporado* pelo sistema e, por ele, regulado. [...] os *standards jurídicos* ou *mecanismos de controle* na mais são do que a reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático." (KNIJNIK, Danilo. Os *standards* de convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, ano 97, v. 353, p. 30-31, jan.-fev. 2001.) No mesmo sentido: MATIDA, Janaína. *Standards* de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas p. Carapiá. *Arquivos da Resistência:* ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 95. KIRCHER, Luis Felipe Schneider. O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o tribunal penal internacional. *Revista Duc In Altum* –Cadernos de Direito, v. 10, n. 20, p. 190-191, jan./abr. 2018. PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Altos Estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 59 e ss.

101. Art. 374, II e III, do CPC.

102. Arts. 341, 344 e 374, V, do CPC.

103. Nesse sentido: "A previsão constante do art. 341 do Código de Processo Civil, que dita se presumirem verdadeiras as alegações de fato constantes da petição inicial, é incompatível com o ônus probatório e a verdade no processo penal, que somente

A manifestação mais conhecida dessa exigência é a necessidade de superação da dúvida razoável (*proof beyond reasonable doubt*), originária do *common law*, que objetiva aumentar o grau de aproximação da decisão à verdade e reduzir a possibilidade de erros judiciais (máxime, a condenação de inocentes).[104] Pode-se discutir se tal *standard* é adequado ao nosso direito processual penal ou se devemos desenvolver outros critérios para o controle da decisão sobre a prova.[105] De todo modo, é certo que a exigência de correção da verificação dos fatos nas decisões e a consciência da falibilidade do julgador exigem que haja regras para controle intersubjetivo do juízo fático.

Percebe-se, portanto, que, embora a busca pela verdade seja muitas vezes utilizada erroneamente para justificar a violação de direitos e garantias individuais; se bem compreendida, ela oferece argumentos capazes de fundamentar um sistema probatório racional e exigente, que, com base em critérios objetivos/intersubjetivos, diminui a possibilidade de decisões arbitrárias. Nesse sentido, mesmo princípios consagrados do processo penal podem ser, ao menos parcialmente, justificados com base na busca pela verdade, como é o caso do contraditório, o qual, além de garantia fundamental de participação efetiva das partes no processo e de influência sobre o conteúdo da decisão judicial, pode também ser fundamentado em seu valor heurístico para o esclarecimento dos fatos.[106] Por-

admite culpa e fatos processualmente demonstrados – jamais presumidos ou aceitos por não impugnação." (STJ, AgRg no RHC 102.220/SC, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 02.04.2019).

104. Próximo: MATIDA, Janaína. Standards de prova..., cit., p. 90-101.

105. Defendendo a incorporação do *standard* da prova para além da dúvida razoável ao direito processual penal brasileiro: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório..., cit., p. 13 e ss. Crítico à adoção no direito brasileiro e defendendo o desenvolvimento de *standards* adequados ao nosso sistema e às diferentes fases e decisões ao longo do processo, veja-se: LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, ano 27, p. 170 e ss., jun. 2019. Para uma discussão a respeito dos *standards* de prova no processo penal, veja-se BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*..., cit., p. 248 e ss. Sobre outros *standards* probatórios no direito estrangeiro, veja-se: KNIJNIK, Danilo. Os *standards* de convencimento judicial..., cit., p. 33 e ss.

106. Nesse sentido, afirma Badaró que o princípio do contraditório constitui, simultaneamente, um valor político e um valor heurístico. Enquanto valor político, estabelece a garantia às partes de efetivamente participarem da decisão judicial mediante manifestações sobre as provas e o direito aplicável. Enquanto valor heurístico, "[o] contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta

tanto, a tarefa árdua não é negar o valor da verdade, mas reconhecê-la como um dos fins do processo e com isso melhorar seus procedimentos.[107]

6.2. *Limites políticos: direitos e interesses que se contrapõem à busca da verdade*

Não é nenhuma surpresa a existência de limitações de ordem política à busca da verdade no processo penal. Esses limites estão presentes no desenho processual, que exige uma limitação temporal para a resolução jurídica (duração razoável do processo) e estabelece regras procedimentais de admissão e valoração de provas. Tais limites não decorrem de meros formalismos; são antes expressões positivas da proteção de direitos individuais e de interesses coletivos que preponderam sobre o interesse na busca da verdade[108]. A seguir, abordaremos alguns exemplares dessa racionalidade.

---

na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros" (BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*, cit., p. 50-51). No mesmo sentido, Tonini: "la verità si può accertare tanto meglio quanto più le funzioni processuali sono ripartite tra soggetti che hanno interessi antagonisti [...] Il contraddittorio adempie a due funzioni essenziali: tutela il diritti di ciascuna parte e costituisce una tecnica di accertamento dei fatti. Quanto maggiore è il contraddittorio tanto meglio potrà essere accertata la verità." (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*…, cit., p. 8-9. Próximo, GRECO, Luís. Warum gerade Beweisverbot?..., cit., p. 496 s., também levantando dúvidas sobre a capacidade de rendimento dessa compreensão).

107. Nesse sentido, por exemplo, o recente trabalho de Nardelli propõe uma série de aprimoramentos ao procedimento do Júri com base no reconhecimento da verdade como um dos fins do processo penal: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri*... cit., p. 455 e ss.

108. Próximo, já em 1903 Beling afirmava que as proibições de prova (*Beweisverboten*) não podiam ser entendidas como meros atos de capricho ou tirania que vedavam a valoração do juiz, mas que eram antes expressão de proteções jurídicas de diversos "interesses" estatais, coletivos e individuais: BELING, Ernst. Beweisverbote…, cit., p. 5-6. Próximo: AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. Política criminal, v. 4, n. 7, p. 3-8, jul. 2009. Disponível em: [www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A1.pdf]. Acesso em: 28.09.2020. Recentemente, Knickmeier, realizou levantamento empírico constituído de 14 entrevistas conduzidas entre 2015 e 2017 com *experts* de diferentes profissões

a) *A função de proteção de direitos fundamentais (individuais)*. Provavelmente, a função mais amplamente aceita para limitar a busca pela verdade esteja relacionada à proteção de direitos fundamentais[109]. O processo penal é projetado não apenas para estabelecer a verdade, mas também para proteger direitos fundamentais dos réus (e de vítimas e testemunhas), tais como a dignidade, a privacidade, a liberdade, a integridade física etc., o que inclui a inadmissibilidade de provas obtidas mediante tortura, coação e outros meios cruéis ou degradantes. Há ainda direitos fundamentais especificamente processuais, como aquele à não autoincriminação, que permite ao réu inclusive mentir no curso do processo[110]. Esses direitos individuais representam limitações rígidas à busca da verdade no processo penal[111].

---

jurídicas (advogados, juízes e promotores) de diferentes países (Alemanha, Singapura, Suíça e Taiwan), e chegou à seguinte conclusão: "*According to the experts, exclusionary rules protect the rights of the accused person and ensure a fair trial. Even if it is not the primary objective and maybe not suitable, the exclusion of illegally obtained evidence could help to discipline police officers and to demonstrate to investigative officers that information obtained illegally is useless.* [...] *Additionally, exclusionary rules uphold the rule of law, the principle of a fair trial, the integrity of the proceeding and the accused's rights.*" (KNICKMEIER, Susanne. Securing a Fair Trial Through Exclusionary Rules: Do Theory and Practice Form a Well-Balanced Whole? In: GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas (Eds.). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Tria*l? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, 2019. p. 329-347, esp. p. 335.)

109. Nesse sentido, TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*..., cit., p. 53: "A proibição de prova ou de sua própria valoração [...] está em consonância com a estrutura da ordem jurídica democrática, que tem como centro de sua proteção a pessoa humana e seus direitos fundamentais."

110. Acerca da "função garantidora dos direitos fundamentais no direito processual", veja-se: WOLTER, Jürgen. Dignidade humana e liberdade no processo penal. Trad. Alaor Leite. In: GRECO, Luís (Org.).. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 84 e ss. Nesse sentido, também: HASSEMER, Winfried. Human Dignity in Criminal Process..., cit., p. 188-9.

111. Uma concretização detalhada das consequências dos limites dos direitos fundamentais à busca da verdade, apresentada na forma de uma teoria das proibições de valoração de prova, pode ser encontrada em: WOLTER, Jürgen. Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento. Trad. Luís Greco. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável*..., cit., p. 109 e ss., 142 e ss. Também: AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán, cit., p. 5 e ss. Sobre o limitado alcance da proibição de provas com base na proteção de direitos individuais, veja-se GRECO, Luís. Warum gerade Beweisverbot?..., cit., p. 488.

b) *Interesses coletivos*:

b.1) *A função de manutenção da integridade ou do devido processo*. Afirma-se que existem igualmente regras processuais que se opõem à busca da verdade e que derivam de interesses coletivos, como a garantia do devido processo e a manutenção da *integridade* e da *legitimidade* do sistema de justiça[112]. Argumenta-se que os tribunais manchariam sua reputação e dignidade se baseassem suas decisões em provas obtidas mediante violações ao devido processo legal ou mesmo a parâmetros morais, de tal modo que deveriam excluir evidências obtidas por meio de má atuação dos órgãos de persecução (como a polícia ou o Ministério Público) a fim de demonstrar à sociedade que não toleram atos ilegais de agentes estatais e que se recusam a basear suas decisões naquilo que resulta de tais atos, reafirmando o devido processo, o Estado de Direito e a necessidade de obediência às regras procedimentais[113].

b.2) *A função de dissuasão*. Outra limitação derivada de interesses coletivos seria o fim de *dissuasão* de más práticas investigatórias pelos órgãos de persecução criminal pela exclusão das evidências obtidas ilegalmente. Ao excluir tais evidências, possivelmente reduzindo as chances de condenação, os tribunais instigariam os órgãos de persecução a cumprir a lei no futuro[114].

b.3) *Outros interesses individuais e coletivos*. Por fim, existem limitações que decorrem de outros interesses, tanto de indivíduos investigados como da comunidade no bom funcionamento de certas atividades. Por exemplo, o sigilo das

112. Nesse sentido, DUFF, Antony et al. *The Trial on Trial*…, cit., p. 102 e ss.

113. Exemplo do emprego desse argumento pode ser encontrado na section 78 do *Police and Criminal Evidence Act 1984* inglês: "(1) In any proceedings *the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.*" Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/78]. Acesso em 26.07.2020.

114. É esse o entendimento da Suprema Corte estadunidense. Cf. United States v. Leon, 468 US 897, 918 (1984); Hudson v. Michigan, 547 US 586, 591 (2006); Herring v. United States, 555 US 135 (2009). A respeito dessa racionalidade, veja-se TURNER, Jenia Iontcheva; WEIGEND, Thomas. The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview. In: GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas (Eds.). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial*? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, 2019. p. 255-282. Importante notar que a "*Exclusion for 'deterrence' purposes is based on the assumption that police officers, even if they are not at all times focused on respecting procedural safeguards, have a strong professional interest in seeing offenders convicted.*" (p. 259).

fontes jornalísticas e o sigilo profissional das relações entre médicos, psicólogos, advogados etc. com seus clientes, que são protegidos ainda quando resultem na não obtenção de informações relevantes ao esclarecimento do suposto crime[115].

Essas razões políticas não são isoladas nem excludentes, e cada uma delas molda de forma diversa o sistema de limitação à busca da verdade. Contudo, deve-se observar que as razões coletivistas são vistas por vezes como secundárias, isto é, como meios para fins, o que significa dizer que os argumentos da dissuasão e da integridade seriam formas eficientes de garantir a proteção de direitos fundamentais. Com efeito, não se poderia conceder primazia a tais argumentos coletivistas em relação aos direitos individuais. Isso porque a posição de prevalência do argumento da integridade, na medida em que este tem por foco principal a manutenção da imagem pública do sistema de justiça, poderia levar a que os tribunais decidissem pela desconsideração de ilicitudes probatórias em favor da busca da verdade em casos de crimes muito graves e de grande repercussão social, quando a exclusão de provas ilícitas e a consequente absolvição do acusado pudessem levar o público a perder a fé no bom funcionamento do sistema de justiça. Também a primazia do argumento da dissuasão poderia levar ao entendimento de que não haveria razões para se excluir provas ilícitas se as obtenções de provas por meio de violações de direitos individuais ocorressem de boa-fé por parte dos agentes do estado, eis que somente ações deliberadas ou conscientes podem ser efetivamente dissuadidas[116], ou que essa violação poderia ser compensada por outros meios, sendo mantidas as provas no processo[117].

---

115. HASSEMER, Winfried. Human Dignity in Criminal Process..., cit., p. 189.

116. Herring v. United States, 555 US 135, 144 (2009).

117. Nos Estados Unidos, país que adota essa perspectiva, defensores da primazia da determinação da verdade sobre os direitos fundamentais do réu com base no argumento da dissuasão (*deterrence*) propuseram variadas soluções compensatórias ao réu que possibilitariam o uso de provas obtidas ilicitamente, como: processos administrativos disciplinares em face do órgão de persecução estatal que obtém as provas de maneira ilícita (SLOBOGIN, Christopher. Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule, *University of Illinois Law Review*, v. 363, n. 2, p. 422 e ss., 1999; POSNER, Richard A. Rethinking the Fourth Amendment. *Supreme Court Review*, p. 53 e ss., 1981); processos cíveis contra esses órgãos (AMAR, Akhil Reed. Fourth Amendment First Principles. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 4, p. 816 e ss., 1994); ou até mesmo a responsabilização criminal dos agentes estatais responsáveis pela obtenção ilícita da prova; outras propostas incluem também a criação de uma causa de diminuição de pena ao réu como meio de compensá-lo pelo uso de provas obtidas ilicitamente (CALABRESI, Guido. The Exclusionary Rule. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, p. 115-116, 2003). Crítico, com mais referências: THAMAN. Stephen C. Wahrheit oder Rechtsstaatlichkeit? ..., cit., p. 1041-1055.

c) Ponderação entre direitos fundamentais do réu e a busca da verdade?

Um debate importante diz respeito à possibilidade de ponderação entre os direitos fundamentais do réu e a busca da verdade para fins de convalidação de provas ilícitas em favor da última. Contudo, isso não é possível no ordenamento brasileiro, por duas razões. *Primeiro*, porque a Constituição exclui de antemão a possibilidade dessa ponderação. Seguindo o caminho trilhado por outros países que recentemente saíram de regimes totalitários[118], ao abordar os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos, o art. 5º, LVI, prevê, como cláusula pétrea, a inadmissibilidade de provas obtidas por "meios ilícitos", de modo que a ponderação já foi feita a nível constitucional, com prevalência aos direitos individuais.[119] Aos legisladores, é possível regulamentar esses direitos, sempre observando os limites materiais impostos pela Constituição. Aos julgadores, por sua vez, não é permitido refazer essa ponderação, estando limitados pela reserva de lei formal.

Segundo, porque os direitos fundamentais do indivíduo em face do poder punitivo, ao menos em seu núcleo essencial, são restrições deontológicas, as quais são absolutas e, por isso, não podem ser relativizadas ou ponderadas. No conflito entre direitos individuais e interesses coletivos, os primeiros limitam a possibilidade de perseguir fins sociais[120]. Portanto, não é possível justificar, ao menos em prejuízo do réu, a superação de uma nulidade ou a valoração de uma prova ilícita por meio do apelo à ideia de busca da verdade. Os direitos fundamentais do réu são barreiras à realização desse fim.

No Brasil, rejeitando a possibilidade de atenuação da pena a fim de compensar a utilização de provas ilícitas e nulidades processuais: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Atenuante inominada e circunstâncias relevantes posteriores ao crime: critérios para a sua aplicação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 153-154, 2019.

118. Com exemplos, THAMAN, Stephen C. Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law,* Heidelberg: Springer 2013. p. 403-447.

119. No mesmo sentido, BADARÓ. Gustavo H. *Epistemologia judiciária*..., cit., p. 178.

120. "Restrições deontológicas" são regras fundamentais que põem limite a toda persecução legítima de fins pelo Estado e que, por isso, não admitem ponderação e nem se submetem à lógica da persecução de fins. Cf. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 122-124.

6.3. A quem cabe buscar a verdade no processo penal? O papel dos atores processuais

Uma última questão relevante diz respeito *a quem* cabe a busca da verdade no processo penal, ou seja, que sujeitos processuais são responsáveis por essa tarefa e em que medida. A distribuição dessa tarefa a diferentes atores processuais pode ser vista como um dos traços distintivos entre diferentes modelos de processo penal[121].

Por exemplo, alguns modelos inquisitórios reformados, como o alemão, estabelecem que o juiz é o responsável pela apuração da verdade no processo penal, atribuindo-lhe, embora com limitações, poderes instrutórios para esse fim[122]. Outros, de maneira diametralmente oposta, como o acusatório estadunidense, estabelecem a tarefa de esclarecer os fatos às partes, sobretudo à acusação, embora também prevejam algumas exceções[123]. Por fim, há regulações intermediárias, como as da Itália[124],

121. Por exemplo, muitas vezes a distinção entre a gestão da prova pelas partes e pelo juiz é entendida como caractere definitório dos sistemas acusatório e inquisitório, respectivamente. Cf. LOPES JR., *Direito Processual Penal...*, cit., p. 47-49.

122. StPO, § 244 (2): "*Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.*". A respeito, ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. Ein Studienbuch. 29. ed. Munique: Beck, 2017, p. 88, § 15, n.m. 3-5.

123. Na legislação federal, veja-se Federal Rules of Evidence, Rules 614.a e 706.a: 614.a: "Calling. The court may call a witness on its own or at a party's request. Each party is entitled to cross-examine the witness."; 706.a: "On a party's motion or on its own, the court may order the parties to show cause why expert witnesses should not be appointed and may ask the parties to submit nominations. The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. But the court may only appoint someone who consents to act." Na jurisprudência da Suprema Corte: "The dual aim of our criminal justice system is 'that guilt shall not escape or innocence suffer'[...]. To this end, we have placed our confidence in the adversary system, entrusting to it the primary responsibility for developing relevant facts on which a determination of guilt or innocence can be made. [...] While the adversary system depends primarily on the parties for the presentation and exploration of relevant facts, the judiciary is not limited to the role of a referee or supervisor. Its compulsory processes stand available to require the presentation of evidence in court or before a grand jury." [United States v. Nobles, 422 U.S. 225 (1975)].

124. CPP italiano, Art. 507, *comma* 1: "*Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove.*" A respeito, TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*..., cit., p. 36 e 751.

da Espanha[125] e de Portugal[126], nas quais a produção da prova está primariamente nas mãos das partes, mas concede-se ao juiz poderes instrutórios suplementares, a fim de formar seu convencimento. No Brasil, depois da reforma de 2008, o Código de Processo Penal parece ter adotado a terceira forma de regramento, atribuindo às partes a função primária de produção de provas e poderes instrutórios suplementares ao juiz[127]. Há, contudo, ampla discussão acerca da compatibilidade desse modelo com a Constituição brasileira[128]. Especialmente censurável é a possibilidade de o juiz ordenar, *ex officio,* a produção antecipada de provas mesmo antes do início da ação penal.[129]

Como já antecipado, essas diferenças entre os modelos processuais não são decididas pelo fato de a verdade ser ou não buscada pelo processo, mas antes pelo papel dos atores processuais nessa tarefa e nos métodos para alcançá-la[130]. A importância da verdade e de o juiz decidir em conformidade com ela é reconhecida

125. Art. 729 LECrim: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 1.º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. 2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. 3.º Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles." A respeito, GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 4. ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distância, 2014. p. 423.

126. CPP português, art. 540, 1: "O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa." A respeito, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 43.

127. Arts. 156, II; 212, parágrafo único; e 497, XI, do CPP. Nesse sentido, por exemplo: STF, RHC 154.680/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 05.10.2020.

128. Para citar apenas dois exemplos recentes: defendendo, embora de forma limitada, poderes instrutórios complementares do juiz: ZILLI, Marcos. *Non ducor duco.* Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: *IBCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: D'Plácido, p. 214 e ss., 2017. Opondo-se aos poderes instrutórios do juiz, ainda que de modo complementar à atividade das partes: LOPES JR.. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 49-51.

129. Art. 156, I, do CPP.

130. Cf. BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters*..., cit., p. 97 e GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*..., cit., p. 183.

em todos os modelos, de modo que a defesa de sua busca não implica uma decisão acerca deles e da atribuição de poderes para produzir provas ao juiz ou às partes. A decisão, novamente, pressupõe uma discussão normativa acerca de como compatibilizar, do melhor modo possível, a busca da verdade com outros valores. Especialmente relevantes nesse ponto são a garantia de imparcialidade do julgador e a preservação do *in dubio pro reo*.

Vale destacar, contudo, que, nos países estrangeiros citados, os juízes responsáveis pela instrução probatória – aos quais são atribuídos poderes instrutórios, prioritária ou suplementarmente – são distintos dos juízes responsáveis pelas decisões relativas à fase de investigação preliminar, de modo a evitar vieses cognitivos que possam comprometer tanto a sua imparcialidade quanto a sua capacidade de discernir corretamente os fatos em juízo, o que no Brasil busca-se realizar pela implementação do juiz de garantias.[131]

7. Verdade como garantia?[132] Uma assimetria na importância da verdade

A análise do instituto da revisão criminal demonstra ainda uma assimetria em relação ao valor da verdade no processo penal brasileiro. Diferentemente de outros ordenamentos, como o alemão, que reconhece a possibilidade de revisão até mesmo da sentença absolutória transitada em julgado, embora com requisitos mais rígidos do que a revisão da sentença condenatória[133], no Brasil, a ação de revisão criminal está disponível somente ao réu, em face da condenação. Portanto, a importância da verdade é reconhecida em nosso ordenamento de forma assimétrica: em favor do acusado, o valor da verdade prepondera sobre o da coisa julgada material; contra o acusado, a coisa julgada material prepondera sobre o valor

131. No direito brasileiro, o juiz de garantias foi regrado pela Lei 13.964/2019, o qual, entre outras competências, será responsável pelas decisões ao longo da investigação e pelo recebimento da denúncia (art. 3º-B, IV, do CP). Vale destacar, contudo, que a eficácia dos dispositivos que estabelecem o juiz de garantias está atualmente suspensa por decisão cautelar do Min. Luiz Fux, de 15.01.2020, nos autos das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, as quais estão ainda pendentes de julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

132. Essa pergunta é inspirada em: MATIDA, Janaína; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY, Rachel. No processo penal, a verdade dos fatos é garantia, cit., n.p.

133. O § 362 do *Strafprozessordnung* (Código de Processo Penal) regula os requisitos da "Revisão Criminal em prejuízo do acusado" (*Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten*).

da verdade. Pode-se falar, com base nisso, em uma assimetria do *direito à verdade*, que prepondera em favor do réu, mas não em seu prejuízo.

Essa concepção pode ser fundamentada na importância do princípio da culpabilidade para o direito penal, bem como em suas consequências para o processo penal. Tal princípio expressa uma concretização da dignidade humana, buscando proteger o indivíduo em face do exercício do poder punitivo estatal. Ele impõe que toda punição deve ter como pressuposto a responsabilidade subjetiva do indivíduo e que a pena não pode superar a medida dessa responsabilidade. Formulado negativamente, expressa uma *proibição* ao Estado de punir inocentes ou acima da medida da culpabilidade. Por se tratar de uma garantia individual, não impõe ao Estado um dever positivo de punir, sempre, todo infrator da lei penal e em medida proporcional à culpabilidade[134], pois entendê-lo dessa forma seria subverter seu conteúdo liberal. Com efeito, a justificação de um dever de punir dependerá de considerações acerca de interesses da coletividade no sancionamento de infrações, não podendo ser extraído do princípio da culpabilidade[135].

Apesar de ser um princípio de direito penal material, a culpabilidade também tem importantes manifestações sobre o direito processual, uma vez que é tarefa do processo efetivar seu conteúdo, sob pena de sua afirmação como fundamento do direito penal ficar relegada a uma mera declaração formal, sem efeitos práticos. Portanto, a projeção desse princípio sobre o processo, decorrente da necessidade de proteger o réu contra condenações injustas, tem como efeito uma especial valoração da verdade em seu favor[136]. Por essa razão, a demonstração da falsidade da decisão condenatória deve ser admitida mesmo depois da formação da coisa julgada material, mediante revisão criminal. Esse mesmo raciocínio também justifica o fato de que o réu, e somente ele, pode fazer uso de provas ilícitas em sua defesa[137], o que é absolutamente vedado à acusação.

---

134. Existem diversos institutos que isentam de pena réus culpados ou que mitigam a pena para aquém daquela proporcional à culpabilidade, como a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito nos crimes tributários e os benefícios da colaboração premiada. Tais institutos não violam o princípio da culpabilidade.

135. A respeito do conteúdo do princípio da culpabilidade e de seu fundamento individualista (concepção unilateral), com referências, cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça penal negociada e fundamentos do direito penal*..., cit., p. 203 e ss.

136. Sobre as consequências do princípio da culpabilidade para o processo penal, cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça penal negociada e fundamentos do direito penal*..., cit., p. 211 e ss.

137. Nesse sentido: STF, HC 74.678, rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., j. 10.06.1997.

A verdade, nesse contexto, serve prioritariamente como garantia do réu contra abusos no exercício do poder punitivo, pois o direito do réu ao esclarecimento de sua inocência se sobrepõe a outros interesses. E essa lógica de valoração assimétrica da verdade em favor do réu, com fundamento no princípio da culpabilidade, pode ser convertida em uma pauta normativa geral para orientar decisões em diversas outras situações.

8. Considerações finais

Este artigo busca contribuir para a discussão a respeito da busca pela verdade no processo penal. Em síntese, dos argumentos apresentados, é possível extrair as seguintes conclusões, correspondentes a cada uma das seções do artigo:

a) Uma busca irrefletida e ilimitada pela verdade pode conduzir a abusos e violações de direitos fundamentais, e existem boas razões históricas em favor dessa constatação. Por vezes, a busca pela verdade é utilizada como artifício retórico para legitimar práticas autoritárias, justificadas pelo fim maior de alcançá-la. O exemplo tradicional desse pensamento é a legitimação da tortura para extrair confissões dos réus. Versões atuais desse pensamento conduzem à convalidação de nulidades e à admissão de provas ilícitas. Essa constatação deve conduzir a um afastamento da busca da verdade como objetivo último e que prepondera sobre direitos fundamentais, contudo, não é suficiente para justificar a sua exclusão como um dos fins do processo penal.

b) As posições contrárias à busca da verdade como um dos fins do processo penal não são satisfatórias. O *ceticismo radical* em relação à busca da verdade não é sustentável em atividades práticas como o processo penal, no qual é inafastável a necessidade de esclarecer os fatos ocorridos. Embora seja trivial que não possamos alcançar a verdade de modo absoluto, é certo que temos critérios utilizados no cotidiano e desenvolvidos pela epistemologia para aferir satisfatoriamente a veracidade de proposições fáticas. Do mesmo modo, as *críticas de cunho pragmático* não afastam a ideia de busca da verdade pelo processo; em realidade, elas a pressupõem, apontando para a necessidade de métodos mais acurados para o esclarecimento dos fatos.

c) *Argumentos intuitivos* indicam que a verdade é uma condição necessária – mas não suficiente – para a justiça de uma decisão, ao lado da observância das regras e dos princípios processuais. É considerada injusta uma sentença que decide a respeito de proposições fáticas com base em uma versão *falsa* sobre elas. *Fundamentos racionais* dão suporte a essa conclusão, eis que a busca da verdade pode ser sustentada por argumentos extraídos da teoria do direito, como o princípio

da legalidade e a estrutura da norma, bem como por argumentos especificamente jurídico-penais (coletivistas e individualistas), *v.g.*, a natureza do interesse protegido no processo, os fins da pena, o princípio da culpabilidade e a dignidade humana. Há ainda *institutos de direito positivo* que demonstram a sua importância, como a revisão criminal e a possibilidade de apelação da decisão do Júri em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, os quais só se justificam quando a verdade é um ideal regulador da decisão.

d) O debate filosófico acerca do conceito de verdade é superdimensionado na discussão processual. As diversas teorias da verdade não necessariamente conduzem a uma consideração distinta dos fatos e nem determinam a estrutura processual. Mais importante do que os conceitos filosóficos de verdade, são os critérios que utilizamos para averiguar a veracidade das proposições fáticas no âmbito do processo penal e as decisões normativas sobre como e com que limites deve-se buscar a verdade. Além disso, os conceitos jurídicos de "verdade material" e "verdade formal" confundem e simplificam as discussões que precisam ser feitas em relação aos limites e às formas da busca da verdade, de modo que o melhor a fazer é abandoná-los ou oferecer-lhes contornos mais precisos.

e) A busca da verdade deve ser entendida como um dos fins do processo penal. Contudo, não se trata do fim único e nem *que prepondera* sobre direitos fundamentais, mas apenas de um dos valores que orientam o processo e que é limitado por outros (*visão pluralista*). Existem *limites epistemológicos*, que buscam otimizar a busca da verdade, característicos da relação meio-fim, e *limites políticos*, que representam direitos individuais e interesses coletivos contrapostos à busca da verdade. Por fim, há uma discussão relevante sobre *quais atores processuais* são responsáveis por essa busca no processo e em que medida. Esses três eixos oferecem caminhos com maior potencial analítico e resolutivo aos problemas conexos com o tema da busca da verdade no processo penal.

f) O princípio da culpabilidade, ao proibir condenações injustas (de inocentes ou com punições acima da medida da culpabilidade), veda condenações que não estejam baseadas na comprovação da culpa do réu. Como se trata de um princípio com fundamento individualista, ele implica uma assimetria na busca da verdade, que deve preponderar em favor do réu, mas não em seu prejuízo. São exemplos dessa racionalidade a revisão criminal e a admissão de provas ilícitas somente em favor do acusado.

A conclusão geral é de que a discussão sobre se o processo penal deve ou não buscar a verdade acaba por obscurecer outras questões que são, a nosso ver, mais relevantes e que podem oferecer parâmetros mais concretos para as decisões judiciais. Há, na doutrina, uma discussão acentuada sobre se a verdade é relevante

para o processo e sobre os *conceitos de verdade* (discussão ontológica), quando mais importantes são os *critérios de verdade* para fins do processo penal, os *limites à busca da verdade* e os *sujeitos processuais* responsáveis por essa busca (discussões normativas). A questão ontológica é mais abstrata e, por essa razão, afastada da discussão dos conflitos imediatos entre valores e fins do processo penal. As questões normativas, por sua vez, estão centradas em conflitos especificamente jurídicos, de modo que conduzem o debate a um nível de concreção maior e mais desejável. Portanto, é pertinente que o foco da discussão seja direcionado às últimas, as quais podem oferecer caminhos mais frutíferos.

9. Referências bibliográficas

AMAR, Akhil Reed. Fourth Amendment First Principles. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 4, p. 757-819, 1994.

AMAYA, Amalia. *The Tapestry of Reason*: an inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument. Oxford: Hart Publishing, 2015.

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. *Política criminal*, v. 4, n. 7, p. 1-56, jul. 2009. Disponível em: [www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A1.pdf]. Acesso em: 28.09.2020.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BADARÓ, Gustavo H. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES; Anderson Bezerra (orgs.) *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 517-538, 2017.

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

BADARÓ. Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Ed. Renato Fabietti. Mursia, 1973.

BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. 2. tir. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1968.

BIBAS, Stephanos. Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas. *Cornell Law Review*, v. 88, p. 1361-1411, jul. 2003.

BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren*: Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

CALABRESI, Guido. The Exclusionary Rule. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, p. 111-118, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, v. XX, p. 4-9, 1965.

CEOLIN, Guilherme Francisco. *A Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro*: contribuição para sua compreensão dogmática com base no direito comparado. 2020. Tese de Doutorado (Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA, Diogo Erthal Alves da. Justiça, verdade e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, n. 161, p. 187-225, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 77-94, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? *Conjur*, 26 de junho de 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal]. Acesso em: 06.07.2020.

DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, p. 506-589, 1973.

DAMASKA, Mirjan. Truth in Adjudication. *Hastings Law Journal,* v. 49, n. 2, p. 289-308, 1998.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. Atenuante inominada e circunstâncias relevantes posteriores ao crime: critérios para a sua aplicação. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 127-157, 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça penal negociada e fundamentos do direito penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil. 2020. Tese de Doutorado (Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. Sobre Ruth Gauer e a certeza. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila et al. *Memória e Ciências Criminais*: O que aprendi com Ruth Gauer. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

DESCARTES, Rene. First Meditation. Of those things that may be called into doubt. In: DESCARTES, René. *Meditations on First Philosophy*. Trad. Michael Moriarty. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

DIAS, Juliana Melo; HERDY, Rachel. Por falar em ciência: cartas psicografadas não são meio de prova. *Conjur*, 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-abr-17/limite-penal-falar-ciencia-cartas-psicografadas-nao-sao-meio-prova#_ftnref1]. Acesso em: 27.07.2020.

DUFF, Antony et al. *The Trial on Trial*. Oxford: Hart Publishing, 2007. v. 3 – Towards a Normative Theory of the Criminal Trial.

EISENBERG, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*: Spezialkommentar. 10. ed. München: C. H. Neck, 2017.

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

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Barcelona, Madrid: Marcial Pons, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

FRISCH, Wolfgang. Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 33. Jahrg, Heft 5, p. 249-304, maio 2013.

FRISCH, Wolfgang. Schuldprinzip und Absprachen. In: SAFFERLING, Christoph et al. *Festschrift für Franz Streng zum 70 Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 2017.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 4. ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, Ed. RT, 1997.

GRANDE, Elisabetta. Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure has Affected Continental Europe. *American Journal of Comparative Law*, v. 64, n. 3, p. 583-607, 2016.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Trad. Paola

Dropulich e José R. Béguelin. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 2015.

GRECO, Luís. Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots. In: STEIN, Ulrich et al. (Eds.). *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*: Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018. Berlin: Duncker & Humblot, 2018.

HAACK, Susan. Coherence, Consistency, Cogency, Congruity, Cohesiveness, &c.: Remain Calm! Don't Go Overboard! *New Literary History*, v. 35, n. 2, p. 167-183, 2004.

HAACK, Susan. *Philosophy of logics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

HASSEMER, Winfried. Human Dignity in Criminal Process: the example of truth-finding. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, p. 185-98, 2011.

HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*: Justice in the Search for Truth. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HONERT, Alessandro. Der italienische Strafprozeß: die Fortentwicklung einer Reform. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 106, n. 4, p. 428-447, 1994.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 1960 (1888).

KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

KHALED JÚNIOR, Salah H.; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, n. 156, p. 395-423, 2019.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o tribunal penal internacional. *Revista Duc In Altum* – Cadernos de Direito, v. 10, n. 20, p. 179-206, jan.-abr. 2018.

KNICKMEIER, Susanne. Securing a Fair Trial Through Exclusionary Rules: Do Theory and Practice Form a Well-Balanced Whole? In: GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas (Eds.). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?* A Comparative Perspective on Evidentiary Rules. Cham: Springer, 2019.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* de convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan.-fev. 2001.

KREHL, Christoph. Schuld und Verfassung. In: FISCHER, Thomas; HOVEN, Elisa. *Schuld*. Baden-Baden: Nomos, 2017.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KERR, Orin S. *Criminal Procedure*. 6. ed. Minnesota: West Publishing, 2017.

LANDAU, Herbert. Strafrecht nach Lissabon. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, v. 31, n. 10, p. 537-546, 2011.

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. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.2].

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law*: An Essay in Legal Epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIPPKE, Richard. Fundamental Values of Criminal Procedure. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva ; WEISSER, Bettina (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York: Oxford University Press, 2019.

LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista Jurídica*, n. 364, p. 99-109, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, ano 27, p. 165-188, jun. 2019.

MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da "verdade". In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *Decisão Judicial*: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MASCARENHAS, Michel. A admissão da psicografia como prova espírita no processo penal: sua base não científica e sua não compatibilidade com a ordem constitucional brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 375-398, jan.-jun. 2013. Disponível em: [www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/38/44]. Acesso em: 21.07.2020.

MATIDA, Janaína. *Standards* de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas p. Carapiá. *Arquivos da Resistência*: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo (Org.). *Epistemologias críticas do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MATIDA, Janaína; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY, Rachel. No processo penal, a verdade dos fatos é garantia. *Conjur*, 19 de junho de 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia]. Acesso em: 06.07.2020.

MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme Francisco. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da Tábua de Carnéades. *Revista de Estudos Criminais*, v. 18, n. 72, p. 147-170, 2019.

MOORE, G. E. Proof of an external world. In: MOORE, G. E. *Philosophical papers*. New York: Routledge, 2013.

MOORE, Michael S. The plain truth about legal truth. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, n. 1, p. 23-47, 2003.

MÜLLER, Ingo. Der Wert der "materiellen Wahrheit". *Leviathan – Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, v. 5, n. 4, p. 522-537, 1977.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri*: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

NESSON, Charles. The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 7, p. 1357-1392, 1985.

NEUMANN, Ulfrid. Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 101, n. 1, p. 52-74, 1989.

NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit und Recht. In: FISCHER, Thomas (Ed.). *Beweis*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA ARAÚJO, Dyellber Fernando de. O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 26. n. 26, p. 247-296, 2018.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Altos Estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad. *Isonomía*, n. 52, p. 5-29, 2020.

POSNER, Richard A. Rethinking the Fourth Amendment. *Supreme Court Review*, p. 49-80, 1981.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RADTKE, Henning. Wahrheitsermittlung im Strafverfahren: Leitprinzipien, Methoden und Grenzen. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 189, p. 187-201, 2012.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. Ein Studienbuch. 29ª ed. Munique: Beck, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. Trad. Danielle Soares Salgado Campos. In: GRECO, Luís (Coord.).

Estudos de direito penal, processo penal e filosofia do direito. Coord. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SLOBOGIN, Christopher. Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule. *University of Illinois Law Review*, v. 363, n. 2, p. 363-446, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. O sentido comum teórico dos juristas e o "princípio" da "verdade real": o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n. 44, p. 125-154, 2012.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 163, p. 689-701, 2016.

TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Revista Discusiones*, n. 3, p. 14-41, 2013.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. La verdad en el proceso. *Derecho y Sociedad*, v. 40, p. 239-248, 2013. Disponível em: [http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804]. Acesso em: 28.11.2019.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*: el juez y la construcción de los hechos. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

THAMAN, Stephen C. Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law,* Heidelberg: Springer, p. 403-447, 2013.

THAMAN. Stephen C. Wahrheit oder Rechtsstaatlichkeit? Die Verwertung von verfassungswidrig erlangten Beweisgegenständen im Strafverfahren. In: ARNOLD, Jörg et al. (Orgs.). *Menschengerechtes Strafrecht*: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, 2005.

THOMMEN, Marc. Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess. *Recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, v. 32, n. 6, p. 264-276, 2014.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

TURNER, Jenia Iontcheva; WEIGEND, Thomas. The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview. In: GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas (Eds.). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?* A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, 2019.

TWINING, William. Some Scepticism about Some Scepticisms. In: TWINING, William. *Rethinking Evidence*: Exploratory Essays. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e 1961. DOI: [http://dx.doi.org/10.1590/2317- 6172201961].

WEIGEND, Thomas. Should We Search for the Truth, and Who Should Do it? *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 36, p. 389-415, 2010.

WEßLAU, Edda. Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 11, p. 558-564, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *On Certainty*. Trad. Denis Paul e G. E. M. Anscombe. Oxford: Basil Blackwell, 1969.

WOLTER, Jürgen. Dignidade humana e liberdade no processo penal. Trad. Alaor Leite. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal. Org. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

WOLTER, Jürgen. Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento. Trad. Luís Greco. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal. Org. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

YOUNG, James O. The Coherence Theory of Truth. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* 2018. Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/truth-coherence/]. Acesso em: 11.12.2020.

ZILLI, Marcos. *Non ducor duco*. Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: *IBCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Agradecimentos

Durante o fechamento do texto, recebemos a triste notícia do falecimento de Michele Taruffo, cujas contribuições ao tema da verdade no processo são inestimáveis. Dedicamos esse artigo à sua memória. Pela revisão das versões preliminares deste artigo e pelas fundamentais críticas e contribuições para o texto final, agradecemos a Felipe O. de Sousa, Lucas Minorelli, Marcelo Butelli, Orlandino Gleizer, Rafael Vogelmann, Ronan Rocha e Vinícius Vasconcellos.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Estudo sobre a verdade no Processo Penal, de Denise Provasi Vaz – *RBCCrim* 83/163-183 (DTR\2010\294);
- Notas tempestivas sobre a verdade no Processo Penal, de Daniel Leonhardt dos Santos e Yuri Felix – *RTSP* 1/51-61 (DTR\2014\9402); e
- Um olhar para além dos sistemas processuais penais a look beyond the criminal procedural systems, de Clara Maria Roman Borges – *RBCCrim* 104/147-171 (DTR\2013\9093).

Do flagrante à sentença: dinâmicas e fluxos transversais da Justiça Criminal no Distrito Federal entre 2014 e 2018

From in flagrante delicto arrests to judicial sentences: dynamics and transversal flows of Criminal Justice in the Federal District between 2014 and 2018

João Vitor Rodrigues Loureiro

Doutorando em Sociologia pela Universidade de Brasília (início – 2019). Mestre em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade de Brasília, 2014. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, 2010. Professor voluntário de cursos de graduação da Universidade de Brasília. Principais atividades exercidas: Servidor da carreira de Desenvolvimento de Políticas Sociais, atualmente em exercício no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.
Lattes: [lattes.cnpq.br/1578196100490971].
ORCID: [orcid.org/0000-0001-9731-9728].
joaovloureiro@gmail.com

Recebido em: 02.07.2020
Aprovado em: 19.12.2020
Última versão do autor: 09.01.2021

Áreas do Direito: Processo; Penal

Resumo: A proposta deste artigo é identificar e sistematizar, em uma análise transversal, os principais dados, entre os anos de 2014 e 2018, da produção das agências que compõem o Sistema de Justiça Criminal do Distrito Federal (Polícia Militar, Polícia Civil, Ministério Público e Justiça Criminal de 1ª Instância). A partir desses dados, discutimos a organização do fluxo, dinâmicas e interações entre os atores que compõem esse sistema e questionamos também o caráter de ordem ou organização e o nível de articulação entre as agências desse mesmo sistema.

Palavras-chave: Sistema de Justiça Criminal – Fluxos – Distrito Federal – Prisões em flagrante – Inquéritos policiais.

Abstract: The purpose of this article is to identify and systematize, in a cross-sectional analysis, the main data, between 2014 and 2018, concerning the production of Federal District Criminal Justice System Agencies (Military Police, Civil Police, Public Prosecutor's Office and Criminal 1st level Criminal Judges). From these data, we discuss the flow organization, its dynamics and the interactions between the relevant agencies that compose this system. We also discuss the order, organization and articulation degrees between the agencies of this system.

Keywords: Criminal Justice System – Flows – Federal District – *In flagrante delicto* arrests – Police inquiries.

Sumário: 1. Introdução e discussão. 2. Metodologia. 3. As prisões em flagrante: principal porta de entrada no Sistema. 4. Os Inquéritos Criminais. 5. Do inquérito à denúncia. 6. Da denúncia à sentença. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução e discussão

Nos últimos anos, têm sido frequentes estudos dedicados a compreender os fluxos da Justiça Criminal, isto é, o encadeamento lógico e sequencial entre as atividades de agências de vigilância e repressão ao crime (controle e punição). A ideia de *fluxo* indica uma sequência lógica de ações com um resultado finalístico: uma resposta (sancionatória) dos órgãos estatais ao fenômeno criminal, ou a capacidade de identificar, processar e punir crimes e seus autores.

De maneira geral, tais estudos se orientam por uma percepção de hiatos ou gargalos entre normas e práticas de atores nas diversas instituições que compõem esse sistema: a produção de resultados estaria assim além ou aquém da cadeia lógico-sequencial das diretrizes legais, em razão dos processos de tomada de decisão dos atores que operam tais instituições. No Brasil, Edmundo Campos Coelho (1986) é quem inaugura uma análise aprofundada da hipótese de que os diferentes subsistemas que formam o sistema de justiça criminal (polícias, Ministério Público, Judiciário) estariam "frouxamente integrados", em estudo quantitativo debruçado sobre as correlações entre número de inquéritos e processos por crimes e contravenções no Rio de Janeiro.

Outros estudos posteriores reforçam esse argumento. É o caso do estudo de Adorno (1994), que trabalha com as dimensões específicas da investigação e responsabilização penal do crime de homicídio, e chama a atenção para o problema da impunidade desses crimes como resultado da baixa integração entre as agências do Sistema de Justiça Criminal. Seguindo essa esteira, Sapori (2007) conclui pela existência de uma espécie de "caos organizado" entre as organizações que compõem o Sistema de Justiça Criminal no Brasil, "ou seja, embora haja em suas rotinas e relações de poder algum grau de previsibilidade, as organizações caracterizam-se por vínculos frouxos entre as suas unidades, bem como entre a estrutura e as atividades práticas" (Sapori, 2007, p. 59). A conclusão principal desses estudos é de que os subsistemas da polícia, Ministério Público e varas criminais estariam frouxamente articulados em razão do quotidiano de atividades de seus operadores, pautado por lógicas diversas e conflitantes sobre a eficiência no controle do crime, e por interesses segmentados conforme agência de controle.

A frouxidão do Sistema é geralmente sustentada pela baixa efetividade na produção do resultado de resposta sancionatória, o que se nota por meio da preferência de estudos empíricos sobre homicídios, sobretudo dolosos, nas regiões metropolitanas brasileiras (Silva, 2010, Ribeiro, 2009; Andrade, 2011; Antunes, 2013; Silva, 2013; Porto, 2015). Em outras palavras, esses estudos revelam a frouxidão do sistema a partir de múltiplos fatores que, combinados, reforçam um cenário de conhecida impunidade, ou baixa produção de resultados (investigação e em última medida, punição) de homicídios.

Vargas e Rodrigues (2010) afirmam que os sistemas de justiça criminal modernos assumiram o mito da soberania estatal (e do uso monopólio da força): assim, ao mesmo tempo em que abraçaram a meta de controle do crime de maneira cerimonial (porque impossível), também se conformaram às demandas concretas do sistema. Isto é, as partes que integram esse sistema assumem sua disjunção para legitimar sua estrutura formal, na medida em que confiam umas nas outras porque acreditam no mesmo mito que as organiza, agindo de boa-fé para a produção de seus resultados. Para as autoras, no Brasil, ao Sistema de Justiça Criminal faltariam, no entanto, essa boa fé e relações de confiança entre seus operadores, o que o distanciaria de outros sistemas, na medida em que "prevalece a desconfiança entre os operadores responsáveis por administrar a justiça" (Vargas et. Rodrigues, 2010, p. 81).

Muitas são as razões apontadas para essa disfuncionalidade do sistema brasileiro: Machado et. Porto (2015) investigam o nível das representações dos sujeitos que operam o Sistema um reforço de sua disfuncionalidade: a partir de um estoque de conhecimentos de que dispõem, constroem um lugar comum sobre o próprio Sistema, o que, por sua vez, "remete ao 'nada funciona' que, ao fim e ao cabo, permite aos atores se justificarem pela impossibilidade de levarem adiante o trabalho" (Machado et. Porto, 2015, p. 322). Já Silva (2010) chama a atenção para o problema das tipologias de tratamento dos diversos tipos de homicídios pelo Ministério Público entre a denúncia e a sessão do júri, influenciando no tempo de processamento dos feitos. Soma-se a esse cenário, além das conhecidas racionalidades distintas entre as agências, disputas de natureza política, de interesse corporativo, conforme sustenta Adorno (2009, p. 13): "[...] é [...] complexa a rede de interesses, de atores e de agências que intervêm na disputa pela definição institucional das políticas de segurança e de justiça criminal na partilha de recursos previstos em orçamento."

A frouxidão do sistema pode, de fato, ser um argumento importante para compreender as lógicas de funcionamento do Sistema de Justiça Criminal. Sua baixa coesão e efetividade nos parecem, ainda, merecedoras de explorações empíricas

mais detalhadas, assim como os níveis de interações e convergências entre as agências que o compõe. Uma hipótese que tem constituído relevante agenda de pesquisa no Brasil diz respeito ao viés seletivo do Sistema de Justiça Criminal. Isso sugere que, para alguns tipos penais específicos e relativamente a alguns sujeitos preferenciais, especialmente da ação policial, tal Sistema poderia ser mais efetivo, se comparado aos crimes de homicídios (e possivelmente menos desarticulado), no sentido da deflagração, investigação, processamento e punição e, possivelmente, também do nível de articulação entre as agências que o constituem para a produção desses mesmos resultados. Em outras palavras, as peças desse sistema parecem funcionar mais bem articuladas, em alguma medida, para produzir resultados em face de grupos sociais e tipos penais preferenciais. Conforme sustentam Machado e Oliveira (2018, p. 803), "o dispositivo metodológico revela-se particularmente útil para categorizar a seletividade das organizações do SJC segundo o tipo penal, o lugar da infração, ou até mesmo o perfil do investigado".

Estudos sobre o fluxo de Sistema de Justiça que abordem diferentes técnicas e métodos podem ser valiosos para a compreensão de sua maior ou menor integração e efetividade. Diversas abordagens metodológicas podem contribuir para a formação desse campo de estudos. Conforme pontuam Machado e Oliveira (2018, p. 785):

> "A forma de organizar esses dados é tradicionalmente descrita em três métodos: 'longitudinal ortodoxo/prospectivo', 'longitudinal retrospectivo' e 'transversal'. O primeiro é aquele que seleciona ocorrências que entraram no sistema em determinado período e as acompanha em todas as suas fases até o final, estabelecendo taxas e identificando gargalos no processamento. Embora essa seja a forma mais indicada de reconstruir o fluxo, ela demanda tempo e recursos [...]. Assim, algumas pesquisas têm adotado o método 'retrospectivo', que seleciona casos já encerrados num determinado período e recupera a sua história partindo do fim até o começo. Dessa forma, é possível superar a dificuldade relacionada ao tempo, pois todo o material de análise já se encontra nos autos do processo. [...] Essa forma de observação acaba perdendo dados importantes referentes a casos que se encerraram antes de atingir a fase final do processamento, o que poderia alterar as conclusões da pesquisa."

Uma outra possibilidade desses estudos é a de natureza transversal, perpassando o conjunto de instituições que integram a justiça criminal, mediante levantamento de indicadores relevantes, como quantitativos de denúncias apresentadas, inquéritos instaurados, prisões em flagrante efetuadas e sentenças

proferidas. A avaliação do que é produzido/processado por cada instituição permitiria observar o grau de filtragem de cada uma delas. Entretanto, tal abordagem apresenta dificuldades, já que aponta para "a impossibilidade de saber quais casos registrados originalmente na polícia correspondem a que outros casos em cada uma das instituições subsequentes" (Ribeiro e Silva, 2010, p. 17). Apesar de permitir um estudo mais abrangente, as conclusões desses estudos são geralmente limitadas a uma análise sobre ritmos de funcionamento das agências, podendo abranger o conjunto universal de casos relativo a um determinado crime. Assim, o desenho transversal, embora permita conhecer o grau de filtragem entre as diversas agências e uma média do período de tramitação dos feitos de cada agência, "não permite concluir se todos se encaixam nesse período. Isso provoca uma perda de precisão" (Ribeiro e Silva, 2010, p. 17)

O estudo de fluxos parte também da noção central de sistema.

Um sistema pressupõe certa ordem entre diversos elementos, que passam a constituir um todo. Por Sistema de Justiça Criminal, entendemos compreender o conjunto de instituições, agentes, atividades e poderes que abrange três principais áreas de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal. Em suma, compreende a esfera de atuação do poder público desde a prevenção das infrações penais até a aplicação de penas aos infratores. Polícias Militares, Polícias Civis, Ministério Público estadual, Varas Criminais, Tribunais do Júri, Juizados e Câmaras Criminais da Justiça Estadual constituem (excetuadas as competências legais específicas de órgãos federais) as principais agências de repressão aos delitos comuns. Essas agências são caracterizadas por uma atuação tardia e por vezes reciprocamente declinante (pouco focada na prevenção e demasiado focada na repressão e que declina de competências de agir para outros sujeitos do sistema). É sobre elas, portanto, que este artigo versa.

As instituições no nível de estados e Distrito Federal respondem proporcionalmente à maioria dos crimes, no sentido de sua repressão, se comparadas com as instituições federais. A distinção de competências dificulta ainda mais uma abordagem sobre um mesmo sistema de justiça criminal, o qual não é homogêneo. Tal fato talvez explique a ausência de estudos nacionais sobre o fluxo da justiça criminal, organizada em sistemas tanto no nível subnacional (unidades da federação), quanto no nível federal (União).

Além disso, também integram a justiça criminal as administrações penitenciárias estaduais, última peça da cadeia de instituições que compõem esse sistema, sobre as quais não dedicaremos atenção neste artigo. Sobre as prisões estaduais, vale apenas observar a produção de impactos evidentes pelas demais agências do Sistema de Justiça Criminal: a maior parte da população prisional

brasileira, ou um total de 599.684 presos, havia sido processada ou respondia a processos em trâmite nas Justiças Estaduais em 6 de agosto de 2018, perfazendo um total 99,57% da população prisional brasileira (Conselho Nacional de Justiça, 2018).

As agências que antecedem a execução penal, em regra, seguem a lógica de operação posterior à ocorrência de um fato compreendido como crime, por meio da interpretação de definições legais e por uma série de mediações dos sujeitos que estabelecem as rotinas dessas agências. Essas mediações fazem parte dos argumentos elucidados por Porto (2015), em interessante estudo qualitativo sobre as representações sociais dos operadores do sistema de justiça criminal, no qual sustenta haver entre esses sujeitos não apenas uma "disputa por atribuições, mas também a afirmação, pelos operadores, de que o excesso de trabalho impede o funcionamento regular e o pingue-pongue é apenas uma estratégia de resposta às exigências" (p. 89).

A ordem desse sistema não significa uma correspondência uníssona sobre as decisões dos atores que o integram: nem toda prisão em flagrante efetuada pela polícia resulta em instauração de inquérito policial, nem todo inquérito policial resulta em denúncia pelo Ministério Público, nem toda denúncia apresentada pelo Ministério Público resulta em condenação criminal pelo Judiciário. A cadeia produtiva desse sistema, por assim dizer, dispõe de filtros, seleções e mediações.

As agências do sistema de justiça criminal brasileiro operam com considerável margem de autonomia e discricionariedade, o que lhes permite filtrar, avaliar e tomar decisões diárias sobre quem merece ser responsabilizado criminalmente – na maioria das vezes, com a pena de privação de liberdade. Se no nível de produção racional há uma sucessão de ações que produzem um resultado (punição), por outro lado, estudos como o de Machado (2014) apontam uma ausência de sintonia entre polícia, Ministério Público e Poder Judiciário. Em suma, a gestão diária sobre *quem* deve ser criminalizado (e punido), de *que maneira* e com *que intensidade* (a partir dos parâmetros legais) constitui o *métier* dessas agências, e as organiza enquanto sistema.

A classificação dessas instituições como parte de um Sistema parece coerente com a definição de *sistema social* proposta por Niklas Luhmann, conforme apontam Rodrigues e Neves (2012):

> "[...] sistemas sociais operam [...] fechados sobre sua própria *base operativa*, diferenciando-se de todo o resto e, portanto, *criando seu próprio limite de operação* [...], o *fechamento* é a condição da abertura do sistema ao ambiente: o

> sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa por meio das *operações que ele próprio desenvolveu*" (p. 79) (grifos nossos).

A criação de limites entre uma agência e outra – competências estabelecidas em lei e em acordos e práticas operacionais específicas, sejam elas expressas ou tácitas – de repressão ao crime imprime certa organização desses atores sobre uma mesma base operativa: o objetivo último de sancionar aqueles que violam a previsão da lei penal. Portanto, nos parece possível afirmar que tal sistema é responsivo ao ambiente, na medida em que responde, mediante uso de ferramentas de autolegitimação, a anseios mais gerais, de responsabilização criminal, por parcelas da população e da opinião pública, ao mesmo tempo em que dispõe de métricas de produtividade e alcance de resultados muito distintos entre si.

Desta maneira, resta saber como operam as diversas instituições – ainda que frouxamente articuladas (Machado, 2014) – desse sistema na produção de seus resultados. Indagamos o nível de afrouxamento ou coesão entre tais agências a partir do olhar da realidade específica do Distrito Federal. Escolhemos uma abordagem com foco na produção das instituições do Sistema de Justiça Criminal do Distrito Federal entre 2014 e 2018, com o objetivo de identificar os níveis de convergência e divergência entre esses atores institucionais na produção de seus resultados.

2. Metodologia

Para os fins desta pesquisa, foram aplicados questionários específicos direcionados, por intermédio da legislação de acesso à informação (Lei Federal 12.527, de 2011, e Lei Distrital 4.990, de 12 de dezembro de 2012), à Polícia Militar do Distrito Federal, à Polícia Civil, à Secretaria de Segurança Pública e ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Cada questionário indagou sobre o quantitativo de prisões, inquéritos, denúncias e sentenças de primeira instância desagregados por tipo penal, referindo-se à série histórica entre 2014 e 2018.

A coleta de dados foi parcialmente orientada pelo "*Surveys of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems*", questionário instituído pela Organização das Nações Unidas que, em síntese, busca orientar países a coletarem informações sobre:

> "a) número de crimes registrados em cada ano, b) número de processos iniciados por categoria criminal em cada ano, e, c) número de sentenças proferidas de acordo com o delito em cada ano" (Ribeiro e Silva: 2010, p. 17).

Entendemos necessário pontuar uma importante limitação do presente estudo: aqui, focamos essencialmente nos resultados de cada agência separadamente, e não especificamos tipos penais para um estudo focado. Tampouco procedemos a um estudo sistemático de fluxo que fosse capaz de acompanhar a conversão de cada prisão em flagrante em inquérito, em denúncia ou em sentença condenatória. Estudos dessa natureza são essenciais para traçar e delimitar os gargalos de funcionamento do Sistema de Justiça Criminal. Diante das dificuldades de campo empírico, como a desintegração dos sistemas de informação das agências do Sistema (polícias, Ministério Público, Judiciário) e as dificuldades de produção de indicadores desses sistemas de maneira agregada (em que a unidade pode ser "caso" ou fato criminal, ou ainda a pessoa acusada ou presa), optamos por produzir um estudo que sistematiza alguns indícios quanto ao ritmo da atuação dessas agências, cientes dessas limitações. Tais indícios sugerem o nível de interação, divergências e sinergia entre essas agências sem, no entanto, traduzirem de maneira sistemática sua efetiva articulação.

Procuramos, assim, traçar um desenho transversal mais genérico para a análise do funcionamento de cada uma dessas instituições, avaliando os resultados a partir da cadeia lógica que as organiza em um sistema. Entretanto, é preciso pontuar que, no que diz respeito a uma classificação de processos criminais sentenciados por tipo de crime, não existem dados disponíveis, o que dificultou uma análise completa do ciclo polícia-justiça-prisão. Também optamos por esgotar o estudo institucional na primeira instância da Justiça do Distrito Federal, em razão da disponibilidade de estatísticas mais abrangentes apenas para tal nível, apesar de reconhecermos a importância de um estudo mais aprofundado sobre os recursos e gargalos do funcionamento do Tribunal em sua 2ª Instância (Colegiado).

3. As prisões em flagrante: principal porta de entrada no Sistema

A Constituição de 1988 prevê, em seu art. 5º, inciso LXI, que qualquer prisão seja efetuada em flagrante ou mediante decisão judicial fundamentada por escrito. A prisão em flagrante, se em tese poderia ser efetuada por qualquer cidadão que tome conhecimento da prática de delito em situação de flagrância, na prática, é operacionalizada diariamente pela Polícia Militar, agência executora do chamado uso legítimo da força pelo Estado.

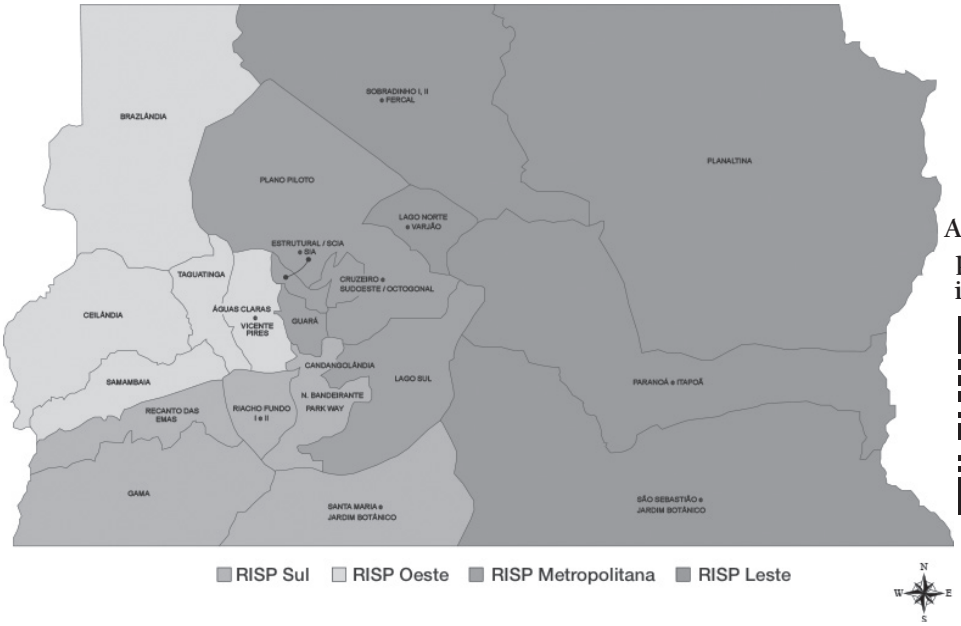
Conforme pontua Albernaz (2015) em seu estudo sobre a Polícia Militar do Rio de Janeiro, a gestão do poder no dia a dia das cidades (por mecanismos de distribuição, manutenção ou transferência) é, em grande medida, exercida pelas

polícias militares, instituições cujos membros, com certa margem discricionária, fazem o uso da força, e procedem a buscas, inspeções e controle sobre a ação de sujeitos em diversas regiões dos espaços urbanos.

Sua atuação, em grande medida, é a "porta de entrada" de diversas pessoas no sistema de justiça criminal, a qual conhecidamente emprega métodos de viés seletivo, não raro com recortes raciais expressivos, em prejuízo de segmentos pobres e negros das periferias urbanas brasileiras, tema que não constitui objeto de análise deste artigo. Em outras palavras, por se tratar da instância que opera diariamente na identificação e gestão de conflitos urbanos, a Polícia Militar, na maioria das vezes – e sobretudo quando aplica a lei em casos de flagrantes – desencadeia parte importante do funcionamento das demais agências do(s) Sistema(s) de Justiça Criminal brasileiro(s), que passam a responder efetivamente a essa atuação e avaliar sobre a necessidade de eventual instauração de inquérito, manutenção da prisão preventiva, condução de investigação criminal e processamento e aplicação de sanção penal.

No que tange à realidade do Distrito Federal, objeto de nosso estudo, a Polícia Militar possui base territorial e dinâmicas específicas, o que explica sua forma de atuação. O Distrito Federal é uma unidade federativa dividida em Regiões Administrativas (anteriormente denominadas "cidades-satélite") administradas por administradores regionais, nomeados pelo Governador do Distrito Federal. A gestão desses territórios não é autônoma e, no que diz respeito às atividades de segurança pública, observa a lógica de policiamento do governo distrital, definida pela Secretaria de Segurança Pública com o Comando da Polícia Militar, sendo responsável por todas essas regiões. No que diz respeito à Segurança Pública, em 2015 foi adotada uma política denominada *Viva Brasília* – que, entre outros pressupostos, dividiu o território do Distrito Federal em Áreas Integradas de Segurança Pública, conforme o mapa seguinte:

Figura 01 – Divisão territorial das regiões administrativas conforme Região Integrada de Segurança Pública, 2014-2018



Acesse o QR Code para visualizar a imagem colorida

Fonte: vivabrasilia.ssp.df.gov.br/#comofunciona]. Acesso em: 30.11.2019.

As atividades de policiamento ostensivo nessas regiões produziram uma distribuição variável de prisões em flagrante: a Região Integrada de Segurança Pública Oeste, composta pelas Regiões Administrativas de Ceilândia, Taguatinga, Águas Claras, Samambaia e Vicente Pires, foi a que respondeu, na série histórica considerada, proporcionalmente pelo maior número de prisões em flagrante (uma vez que também é a RISP numericamente mais populosa). A estimativa de distribuição das prisões em flagrante entre os anos de 2014 e 2018, seguindo a divisão retroproposta, foi a seguinte:

Tabela 01 – Distribuição percentual de flagrantes por RISP do DF, 2014-2018

Região Integrada de Segurança Pública (RISP)	2014	2015	2016	2017	2018
Oeste	35%	37%	41%	41%	38%
Metropolitana	18%	20%	15%	19%	18%
Sul	21%	21%	20%	20%	19%
Leste	21%	22%	20%	20%	22%

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos pela SSP/DF.

Os dados supra apresentados são estimados, uma vez que algumas RAs são divididas entre duas regiões integradas de Segurança Pública (como é o caso do Jardim Botânico). Ademais, há locais que apresentam registro de ocorrências que terminaram em prisões em flagrante, mas que expressavam menos de 1% do total, tendo sido desprezadas para o somatório final.

A dimensão territorial do fenômeno criminal pode ser relacionada com os fluxos e funcionamento do Ministério Público e da justiça penal no Distrito Federal. Na medida em que a distribuição do efetivo policial ostensivo incide com maior frequência na realização de prisões em flagrante em uma região ou outra, tal dinâmica reflete diretamente no fazer quotidiano da justiça penal, em razão da chamada competência de processamento e julgamento de crimes em razão do local de sua ocorrência, estabelecida pela legislação brasileira.

Em nosso levantamento, indagamos à Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal sobre quem é o responsável pela maior parte das ocorrências que resultaram em flagrante, tendo obtido a seguinte resposta: "Obs.: Em função da Natureza Ostensiva da PMDF, a grande maioria dos Flagrantes são efetuados pela PMDF". Não foi discriminado o quantitativo de prisões em flagrante realizadas por tipo de polícia.

No que diz respeito ao quantitativo de prisões em flagrante no Distrito Federal – majoritariamente efetuadas pela Polícia Militar (ainda que aqui não tenhamos disponíveis dados por qual polícia efetuou a prisão em flagrante) –, sua dinâmica nos últimos cinco anos pode ser descrita conforme o quadro seguinte:

Tabela 02 – Quantitativo de prisões em flagrante no Distrito Federal, 2014-2018

Ano	Total de prisões em flagrante efetuadas
2014	39.394
2015	47.235
2016	43.647
2017	43.946
2018	45.440

Fonte: formulado pelo autor a partir de dados fornecidos pela SSP/DF.

Apesar de números relativamente próximos, é possível perceber um aumento significativo de ocorrências no ano de 2015. Uma possível explicação para a inflexão no número de prisões em flagrante efetuadas pela Polícia Militar do

Distrito Federal nesse ano pode ser o aumento do efetivo nos batalhões, após a realização de curso de formação referente ao concurso realizado em 2014.

No que diz respeito aos tipos penais mais comuns, objetos dessas prisões, observamos a seguinte distribuição:

Tabela 03 – Percentual dos principais crimes que ensejaram a prisão em flagrante no DF, 2014-2018

Infração Criminal	Ano/Percentual do total de prisões em flagrante				
	2014	2015	2016	2017	2018
Uso e Porte de Drogas	12,4%	14,36%	13,06%	12,44%	11,80%
Ameaça	7,17%	8,53%	6,62%	6,89%	7,38%
Lesão Corporal Dolosa	6,03%	5,35%	5,16%	5,36%	5,29%
Tráfico de Drogas	6,00%	5,89%	5,03%	5,73%	6,04%
Lei Maria da Penha	5,13%	4,82%	4,38%	5,13%	6,40%

Fonte: formulado pelo autor a partir de dados fornecidos pela SSP/DF.

As ocorrências que mais resultaram em prisões relacionam-se à Lei de Drogas (proporcionalmente, em torno de 18% do total de prisões em flagrante da série histórica, se somados "Uso e Porte" e "Tráfico"). Além dos crimes anteriormente apontados, há um expressivo número de prisões efetuadas classificadas como "Crimes Diversos" pela Secretaria de Segurança Pública, agrupados em uma mesma categoria, que compreende tipos penais difusos da legislação penal (15,7% em 2014; 17,06% em 2015; 19,09% em 2016; 17,57% em 2017 e 18,58% em 2018).

Destacamos também o aumento expressivo que os crimes relacionados à violência contra a mulher (Lei 11.347, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha) apresentaram no ano de 2018. Optamos por inserir tais dados na série histórica, ainda que outros tipos penais tenham sido mais frequentes nas prisões em flagrante até 2017: injúria, desacato, roubo a transeunte e receptação, segundo os dados apresentados pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal. Em 2018, a Violência doméstica contra a mulher assume o 5º lugar no *ranking* de prisões em flagrante mais frequentes no Distrito Federal (excetuada a categoria "Crimes Diversos").

A atuação em termos territoriais da Polícia Militar do Distrito Federal, somada às tipologias comumente autuadas em estado de flagrante que justificam a prisão, sugerem uma maior produção em regiões fora da área do Plano Piloto (região

central do Distrito Federal, com maior renda média *per capita*) e uma tendência de autuar autores de crimes cujos vestígios materiais sejam facilmente identificáveis (excetuada a ameaça). Também verificamos que, excetuados os crimes relacionados a drogas no total de prisões efetuadas, há uma preferência pela prisão de autores de crimes que supõem algum tipo de violência efetiva ou ameaça de violência.

Após a prisão em flagrante, a cadeia sequencial dos agentes do Sistema de Justiça Criminal está na Polícia Civil, responsável por conduzir o inquérito Policial.

4. Os Inquéritos Criminais

A atuação da Polícia Civil nos Inquéritos Criminais ganhou expressão significativa no estudo seminal de Roberto Kant de Lima, para quem o inquérito policial brasileiro seria uma "atividade administrativa, na qual a polícia tem discricionariedade para apurar a verdade dos fatos [...] e não está, teoricamente, submetida à letra da lei" (Kant de Lima, 1989, 70).

A Polícia Civil, para o autor, atuaria sobre o comportamento potencial, virtual de indivíduos e grupos, arbitrando sobre o que pode romper a ordem jurídica (periculosidade), além de agir no sentido de punir indivíduos (extrapolando suas competências legais), no exercício de função preventiva e repressiva (a qual caberia apenas ao judiciário), no uso de métodos e princípios, segundo o autor, de natureza inquisitorial.

Passadas três décadas da publicação desse estudo, outros autores vêm se debruçando sobre a análise de inquéritos policiais como instrumentos do funcionamento dos fluxos do sistema de justiça criminal. As avaliações reforçam o argumento de que boa parte dos inquéritos tramitam sem solução entre polícia e varas criminais, passando pelo Ministério Público, em um verdadeiro vaivém de processos. Conforme pontua Michel Misse (2010, p. 37),

> "No Brasil, essa separação [...] manteve no delegado de polícia, através do inquérito policial, não só a função de investigar como a maior parte das funções de 'formação da culpa'. O Ministério Público fica na posição de apenas encampar o inquérito ou reenviá-lo ao delegado por considerar que as provas são insuficientes, dando-lhe novos prazos. Nesse caso, o inquérito vai e vem, sem saber onde repousar ou ganhar o mérito de se transformar em denúncia. [...] É o chamado 'pingue-pongue', o vaivém do inquérito policial entre a delegacia e o MP – um modo de o inquérito não ficar em lugar nenhum, até que – passados meses e, em não poucos casos, anos – ele venha a ser arquivado."

No Distrito Federal, os dados de instauração e arquivamento de inquéritos pela Polícia Civil entre 2014 e 2018 podem ser observados no quadro seguinte:

Tabela 04 – Quantitativo de inquéritos policiais instaurados e arquivados pela PCDF, 2014-2018

Ano	Inquéritos instaurados	Inquéritos arquivados sem indiciamento	TOTAL
2014	34.818	6.168	40.986
2015	33.801	6.333	40.134
2016	33.853	6.377	40.230
2017	35.238	6.425	41.663
2018	37.067	6.020	43.087

Fonte: elaborado pelo autor a partir dos dados fornecidos pela PCDF.

Apesar de o quantitativo de Inquéritos não corresponder exatamente ao total de prisões em flagrante, os números apresentados na *Tabela 04* são bastante próximos aos números de prisões em flagrante constantes da *Tabela 02*.

Considerando que os dados levantados por ambas as instituições estão corretos, resta indagar as possíveis razões de o total de inquéritos instaurados/arquivados ser inferior ao total de prisões em flagrante, excetuado o ano de 2014. Afinal, o fato de o total de inquéritos ser maior que o total de prisões em flagrante é compreensível, dado que os inquéritos policiais podem ser instaurados não apenas a partir da ciência do flagrante, de ofício pela autoridade policial (delegado), mas também a partir da ciência de fato potencialmente criminoso, por denúncia de terceiro ou mediante requisição de juiz ou do Ministério Público.

Já para o caso de um total de inquéritos instaurados/arquivados ser inferior ao total de prisões em flagrante, uma possível explicação é o fato de o delegado de polícia poder determinar a assinatura de termo circunstanciado, dispensando a instauração de inquérito policial, nos casos de infrações de menor potencial ofensivo (aquelas com penas máximas aplicáveis de até dois anos, cumuláveis ou não com pena de multa). Isso sugere um quantitativo pequeno, porém não desprezível, de casos de pessoas levadas à prisão em flagrante e posteriormente dispensadas de qualquer investigação criminal. Tal medida seria possível, por exemplo, em casos de flagrantes pelo crime de ameaça, punível pela lei com detenção de um a seis meses, ou multa. Outra razão para um número de inquéritos menor que o quantitativo de prisões em flagrante é a margem discricionária de que dispõem os delegados de polícia para instaurar a investigação.

Os tipos penais mais frequentes que justificaram a instauração de inquéritos pela Polícia Civil do Distrito Federal podem ser sintetizados na seguinte tabela, ainda que não especificados, pela Polícia Civil do Distrito Federal, quanto à taxa de frequência, tampouco quanto a seu total em números absolutos:

Tabela 05 – Relação de tipos penais mais frequentes nos inquéritos policiais instaurados pela PCDF, 2014-2018

Ano				
2014	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**
Violência Doméstica contra a Mulher Roubo qualificado (art. 129, § 2º, I e II) Lei de Drogas ("Tráfico")	Violência Doméstica contra a Mulher Roubo qualificado (art. 129, § 2º, I e II) Lei de Drogas ("Tráfico")	Violência Doméstica contra a Mulher Roubo qualificado (art. 129, § 2º, I e II) Lei de Drogas ("Tráfico")	Violência Doméstica contra a Mulher Roubo qualificado (art. 129, § 2º, I e II) Lei de Drogas ("Tráfico")	Violência Doméstica contra a Mulher Roubo qualificado (art. 129, § 2º, I e II) Lei de Drogas ("Tráfico") Receptação

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos pela PCDF.

Conforme se observa do quadro acima, apesar de não haver sido fornecida a informação exata de frequência dos crimes relativamente ao total de inquéritos – mesmo porque há inquéritos instaurados relativamente a uma conduta classificável em mais de um tipo penal –, é possível inferir também relevante coincidência das tipologias criminais constantes da *Tabela 05* com as que constam da *Tabela 02*. Tal evidência parece indicar certa coerência entre as prioridades policiais (do fazer da Polícia Militar e da Polícia Civil): seja na identificação de ocorrências em flagrante que necessitam de prisão, seja daquelas que, a partir da prisão, necessitam ser investigadas mais a fundo e, eventualmente, constituir objeto de denúncia por parte do Ministério Público.

A partir dos dados apresentados nesta seção, podemos observar que parte da produção quotidiana da Polícia Militar do Distrito Federal – prisões em flagrante – não é objeto de instauração de investigação criminal pela Polícia Judiciária (Civil). Observamos uma dedicação a ocorrências de menor apelo social ou lesividade (como injúria ou ameaça) que constituem parte das rotinas da Polícia Militar, apesar de confirmadas as tendências a investigar determinados crimes com maior frequência, como o de violência doméstica contra a mulher e tráfico de drogas.

Esse descompasso entre a ação da polícia militar (responsável pela maior parte das prisões em flagrante) e a ação da polícia civil, ainda que percentualmente pouco expressivo, nos revela o que seria a primeira fase da "peneira" do sistema de seleções operado pelo ciclo de justiça criminal. Seguimos, na próxima seção, a uma breve análise da fase (e do ator seguinte) do ciclo da Justiça Criminal: a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

5. Do inquérito à denúncia

A fase seguinte do ciclo polícia-Justiça-punição é a Denúncia. Nela, o membro do Ministério Público, de posse tanto de um inquérito Policial quanto de um Termo Circunstanciado, pode manifestar-se por dar baixa ou arquivar o feito, ou oferecer denúncia à Justiça.

Entre 2014 e 2018, a relação entre Inquéritos Policiais recebidos e Denúncias oferecidas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, foi a seguinte:

Tabela 06 – Relação de inquéritos recebidos, com manifestação e denúncias oferecidas, 2018-2014

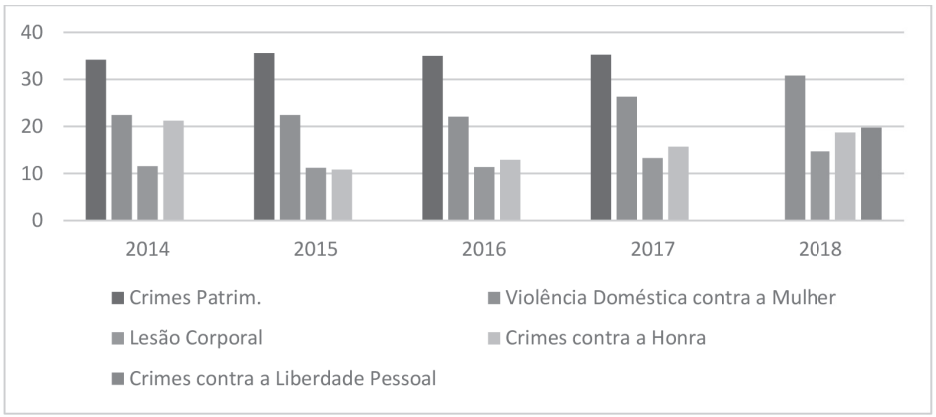
Ano	Inquéritos recebidos	Inquéritos devolvidos	Inquéritos em que houve manifestação do MPDFT	Denúncias oferecidas
2014	138.959	139.405	38.006	20.316
2015	124.199	124.616	38.398	19.539
2016	126.085	125.814	39.609	23.134
2017	127.257	126.451	39.046	18.785
2018	135.524	124.616	40.215	20.164

Fonte: elaborado pelo autor a partir dos dados disponíveis em: [www.mpdft.mp.br/portal/index.php/estatísticas].

Cabe destacar que o total de inquéritos instaurados pela Polícia Civil do Distrito Federal não corresponde ao total de Inquéritos recebidos anualmente pelo MPDFT. O total de inquéritos recebidos pelo MPDFT reforça o argumento da literatura de que o Inquérito segue um vaivém entre instituições policiais e de justiça já mencionado (Misse, 2010).

De todo modo, é possível perceber apenas um quantitativo expressivamente menor de denúncias oferecidas, comparadas aos inquéritos policiais instaurados, o que denota, além do tempo despendido para sua elaboração e produção de provas que sustentem a denúncia, uma filtragem de casos de interesse e relevância, conforme o olhar dos operadores da instituição, que merecem a persecução criminal. Os tipos criminais de preferência do MPDFT em suas denúncias podem ser observados no gráfico a seguir:

Figura 02 – Distribuição percentual de crimes mais frequentemente denunciados pelo Ministério Público do Distrito Federal ao Poder Judiciário, 2014-2018



Acesse o QR Code para visualizar a imagem colorida

Fonte: elaborado pelo autor a partir dos dados disponíveis em: [https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/estatisticas].

Para o caso do Ministério Público, além dos dados supra, dois outros elementos chamam bastante a atenção. O primeiro diz respeito à taxa de retorno de inquéritos dos crimes relacionados com a Lei de Drogas: nas infrações de menor potencial ofensivo (com penas máximas aplicáveis de até 2 anos), o delegado de polícia poderá sugerir a assinatura de termo circunstanciado. Ocorre que, no caso de crimes de tráfico e uso ilícito de drogas, em que houve tal assinatura, os inquéritos remetidos ao Ministério Público acabaram por se converter em denúncias, conforme o quadro seguinte:

Tabela 07 – Percentual de conversão de termos circunstanciados em denúncias pelo MPDFT em casos relacionados a crimes previstos pela Lei de Drogas

Ano	2014	2015	2016	2017	2018
Percentual de Conversão	17,60%	19,32%	24,34%	19,01%	17,99%

Fonte: elaborado pelo autor a partir dos dados disponíveis em: [www.mpdft.mp.br/portal/index.php /estatisticas].

Apesar da existência de tipos penais que abrangem diversas condutas, como o definido pelo art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (o qual elenca 18 verbos para as ações criminalizáveis relacionadas a drogas), é perceptível uma tendência ao oferecimento de denúncia (criminalização) mesmo em casos com penas aplicáveis menos significativas. Uma média de 19,65% (percentual semelhante aos flagrantes relacionados a essas tipologias penais pela Polícia Militar) das denúncias oferecidas a partir de Termos Circunstanciados referem-se a crimes relacionados a drogas. Nesse quesito, percebe-se certo reforço – mesmo nos casos de "liberação" circunstanciada pela Polícia Civil – por parte do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios de uma política criminalizante de condutas relacionadas à Lei de Drogas, ainda que a taxa de oferecimento de denúncias proporcionalmente ao de inquéritos e termos circunstanciados seja pequena.

6. Da denúncia à sentença

A Justiça de primeiro grau do Distrito Federal e Territórios se faz presente em diversas Regiões Administrativas do Distrito Federal, perfazendo um total 17 Circunscrições Judiciárias. Ocorre que, até a data de elaboração deste artigo, nem todas as Regiões Administrativas do Distrito Federal dispõem de um Fórum de Justiça. Isso implica uma acumulação de competências para processar e julgar ações originárias de regiões vizinhas, e a existência de Fóruns com sobrecarga de juízes em exercício (quando há Varas de Juízes de outras Regiões Administrativas).

O Código de Processo Penal estabelece a chamada competência territorial como regra de processamento da ação penal: o juiz criminal responsável por julgar os casos criminais é aquele do local onde a infração ocorreu (local do último ato praticado que deu causa ao crime, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal).

O quadro a seguir condensa o quantitativo de órgãos da Justiça Criminal de Primeira Instância por Circunscrição Judiciária:

Tabela 08 – Relação de órgãos criminais de primeira instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT

Circunscrição	Número de órgãos (varas criminais, do Júri, Juizados Especiais Criminais, de Violência contra a Mulher e varas de entorpecentes)
Circunscrição Judiciária de Brasília	20 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de Taguatinga	7 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de Ceilândia	8 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária do Gama	6 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária do Paranoá	4 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de Samambaia	9 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de Sobradinho	4 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de Brazlândia	2 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de Planaltina	6 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de Santa Maria	5 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária de São Sebastião	3 órgãos da Justiça Criminal
Circunscrição Judiciária do Núcleo Bandeirante	6 órgãos da Justiça Criminal

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/institucional/composicao/1a-instancia/juizes-de-direito-titulares-por-nome].

Conforme se observa, Circunscrições que correspondem a Regiões Administrativas com maiores números de flagrantes policiais (como Ceilândia e Taguatinga) não dispõem de maior número de órgãos de jurisdição criminal de primeira instância. Essa condição possivelmente explica, ainda que de forma parcial, dificuldades de desafogamento de processos na Justiça criminal desses órgãos estabelecidos com competência sobre esse território.

Para o período sob nossa análise, é possível observar que a Justiça em Primeira Instância do Distrito Federal e Territórios emitiu o seguinte número de decisões, e iniciou os seguintes processos:

Tabela 09 – Relação de sentenças criminais em primeira instância proferidas pelos órgãos do TJDFT, 2014-2018

Total de sentenças de natureza criminal						
Competência	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**Total Geral**
Tribunal do Júri	1.982	1.915	2.085	2.054	1.987	**10.023**
Juizados Criminais	27.469	27.890	25.753	22.753	25.414	**129.279**
Juizados de Violência Doméstica	10.455	11.108	12.789	12.559	12.698	**59.609**
Varas Criminais	12.767	14.951	18.388	18.632	18.237	**82.975**
Varas de Entorpecentes	1.445	1.572	1.891	1.722	1.802	**8.432**
Geral	**54.118**	**57.436**	**60.906**	**57.720**	**60.138**	**290.318**

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos pelo TJDFT.

Tabela 10 – Novos casos recebidos pelos órgãos criminais da primeira instância do TJDFT

Total de casos novos de natureza criminal						
Competência	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**Total Geral**
Tribunal do Júri	2.804	2.520	1.476	1.952	2.117	**10.869**
Juizados Criminais	35.082	35.511	26.533	31.871	34.771	**163.768**
Juizados de Violência Doméstica	22.000	23.800	24.366	26.433	27.196	**123.795**
Varas Criminais	23.331	26.289	23.470	23.992	24.007	**121.089**
Varas de Entorpecentes	2.737	3.111	2.479	2.799	3.182	**14.308**
Total Geral	**85.954**	**91.231**	**78.324**	**87.047**	**91.273**	**433.829**

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos pelo TJDFT.

Curioso notar que, mesmo representando um total que aproxima-se de 20% do total de prisões em flagrantes efetuadas, conforme apresentado na Tabela 03, os juízes responsáveis pelas Varas de Entorpecentes (quatro, que possuem

jurisdição sobre todo o território do Distrito Federal), emitiram apenas 2,9% do total de sentenças criminais no período, o que indica certo descompasso entre a atividade policial – que comumente aplica prisões em flagrante mediante apreensão imediata de vestígios materiais evidentes. Para o caso das drogas, tais vestígios podem ser facilmente apreendidos mediante inspeções corporais. Tal materialidade, no entanto, se faz parte das rotinas de ocorrências das cidades grandes, por se tratar de quadro mais fácil e imediatamente identificável de flagrante pela autoridade policial, é posteriormente dissolvida, desconstituída pela liberação do preso e, no caso da atividade do Judiciário, por seu não sentenciamento.

Confrontando as informações constantes das Tabelas 9 e 10, percebe-se uma pequena proporção (3,29% do total) de novos casos (processos iniciados com a denúncia do Ministério Público), o que indica um pequeno número de prisões em flagrante que se tornam denúncia por crime relacionado na Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, ainda que perceptível a apresentação de denúncias mesmo em casos de assinatura de termos circunstanciados ("liberação").

Em outras palavras, é possível inferir uma significativa ocupação das rotinas policiais militares com prisões em flagrante por crimes relacionados pela Lei 11.343, de 2006, em visível descompasso com o restante da cadeia do Sistema de Justiça Criminal (Ministério Público e Juízes Criminais) que, respectivamente, oferecem pequeno número de denúncias e aplicam poucas sentenças proporcionalmente ao quantitativo de flagrantes por esse motivo.

Nesse sentido, parece haver certa quebra de expectativas sobre cada sujeito desse sistema: no senso comum, policiais militares frequentemente se queixam de estarem "enxugando gelo". Por outro lado, mesmo diante da existência de garantias legais de não apresentação de denúncia (como no caso do art. 54, I, da Lei 11.343, de 2006), elas permanecem como faculdade do MPDFT em sua política criminal.

Também é possível observar um descompasso entre o ritmo de decisões em 1ª instância e os novos casos que chegam à apreciação judicial, o que sugere a criação de um passivo relevante de processos não julgados.

Outro ponto que merece destaque são as chamadas audiências de custódia, isto é, a análise judicial de uma prisão em flagrante. O TJDFT instalou, em 14 de outubro de 2015, um núcleo de audiências de custódia, responsável por analisar a legalidade das prisões em flagrante efetuadas pela Polícia Militar e liberar a pessoa para responder a eventual processo em liberdade, ou autorizar sua prisão preventiva. Entre essa data e 2017, ao Núcleo de Audiências de Custódia foram apresentadas 24.765 pessoas, das quais 12.386 tiveram a liberdade provisória concedida e 12.379 tiveram decretada a prisão preventiva (cerca de 50%)

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2018). Chama a atenção o fato de o número apresentado pelo TJDFT ser bastante inferior ao total de prisões em flagrante efetuadas no mesmo período, pela Polícia Militar (apenas no ano de 2016 foram 43.647 ocorrências que resultaram em prisão em flagrante), o que sugere que a política de condução a audiências de custódia não esteja funcionando em todos os casos de prisões em flagrante, que exista algum tipo de precariedade ou defasagem no registro dessas audiências (ou mesmo das prisões), ou ainda que boa parte dos flagrantes possa se referir a pessoas já submetidas a algum tipo de controle (cautelar ou processual) por parte do Sistema de Justiça Criminal (como medidas protetivas, monitoração eletrônica, livramento condicional, entre outros). Não dispusemos de maiores elementos sobre as razões da divergência dos dados apresentados pela Secretaria de Segurança e o Tribunal de Justiça.

Esses números revelam certa tendência de balanceamento da ação policial militar pelo Poder Judiciário, o que, com frequência, é questionado por atores e sensos comuns, de que a "polícia prende" e a "justiça solta". Tal raciocínio reforça a ideia de que ao liberar pessoas ainda não julgadas, o Judiciário seria leniente com a criminalidade e sua impunidade, o que não pode ser constatado dos dados obtidos. A soltura de pessoas presas em flagrante ou o resultado de um processo criminal com absolvição ou extinção sem julgamento do mérito nem sempre significa impunidade ou falha no sistema, mas observa as lógicas inerentes de garantias e do funcionamento do processo penal em seus ritos sequenciais, significativamente distantes das ações policiais mais imediatas (e discricionárias) de "prender" ou "abrir inquérito".

Como não pudemos ter acesso aos tipos penais objeto das estatísticas do Tribunal de Justiça, as conclusões ficam limitadas aos ritmos de recebimento de novos casos e sentenciamento, apesar das inferências possíveis sobre os crimes relacionados à Lei de Drogas. Nesse sentido, verificamos uma tendência ao crescimento do passivo da justiça criminal no Distrito Federal, conforme a *Tabela 10*. Na medida em que sua ação é pautada pela denúncia oferecida pelo MP – e pela defesa apresentada pelo acusado –, o Judiciário possui um ritmo próprio, ditado pelos tempos dos procedimentos e ritos judiciais.

7. Conclusão

A análise transversal dos dados do sistema de justiça criminal no Distrito Federal aponta para uma confirmação sobre a fraca articulação entre os diferentes atores que o compõem. Tal análise, como afirmamos anteriormente, padece de

importante medida sobre o efetivo fluxo e encadeamento lógico de cada caso processado como crime na cadeia de agências que integram o ciclo polícia-justiça. Nossa abordagem, aqui, focou na apresentação de tendências observáveis quanto ao ritmo de produção dessas agências, e alguns indícios que permitem analisar certas convergências e divergências no funcionamento do Sistema de Justiça Criminal no Distrito Federal.

Apesar de ser possível identificar uma tendência de aproximação de ritmos entre prisões provisórias e aberturas de inquéritos pela Polícia Civil, e entre os tipos penais mais frequentes da ação policial persecutória, há um evidente descompasso no que tange aos quantitativos da série histórica apresentada. Tal divergência pôde ser constatada entre o número de inquéritos abertos e recebidos pelo Ministério Público, entre inquéritos recebidos e convertidos em denúncia pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e ainda, entre denúncias apresentadas e o ritmo de sentenciamento pela justiça criminal de primeira instância.

Os dados, conforme apontamos anteriormente, constituem apenas indícios sobre os ritmos de funcionamento das agências do Sistema de Justiça Criminal do Distrito Federal, apontando para sinergias e dissonâncias existentes entre as agências que o compõem. Tais ritmos podem e devem ser explorados em investigações detalhadas sobre o fluxo desse sistema e sua capacidade de oferecer resposta ao fenômeno criminal. Para além do nível de fraca articulação entre as peças desse *sistema frouxamente articulado*, também é possível inferir uma predileção das agências que o integram em criminalizar determinados tipos de condutas. A expressividade que o crime de violência doméstica contra a mulher ganhou nos últimos anos indica uma tendência de crescimento da responsabilização criminal de autores desse tipo de crime do Distrito Federal, o que sugere também uma sintonia das agências de repressão ao crime em se mobilizar pela sanção a esse tipo de conduta.

Também pudemos perceber certa filtragem do sistema de punição de crimes relacionados na Lei de Drogas: enquanto uma boa parte do trabalho da Polícia Militar (cerca de 20%) ocupa-se com ocorrências relacionada a crimes previstos nessa legislação, uma pequena quantidade do total de sentenças judiciais de primeira instância (cerca de 3%) refere-se a essas tipologias de crimes. O descompasso entre o que parece crime e o que é julgado como crime reflete desníveis de expectativas entre os operadores do sistema de polícia e justiça, e talvez mereça maior atenção de políticas públicas orientadas para esse fim, qualificando tanto as ocorrências e atuação policial, quanto as decisões judiciais em primeira instância.

Nossa análise ocupou-se de sequenciar os atos de cada instituição em uma cadeia lógica, com o resultado da punição de crimes. A finalidade que organiza essa cadeia de agências pode ser questionável, do ponto de vista da existência de dissonâncias variadas, percebidas ao longo dessa pesquisa que confirmam o argumento apresentado por Porto e Machado (2016), sobre a existência de "conflitos e [...] disputas entre as organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal" (p. 218). O quadro geral de análise sugere indícios importantes de descompasso entre essas agências, cujas razões e dinâmicas merecem ser estudas mais detidamente em estudos sobre o grau de interações entre os sujeitos que compõem essas agências, e sobre o fluxo longitudinal dos diversos crimes no âmbito do ciclo polícia – justiça-prisão.

Na medida em que cada instância desse sistema frouxamente articulado possui métricas próprias de produtividade (que nem sempre conferem racionalidade, integração e plena coerência a esse sistema), além de tais agências atuarem com relativa autonomia em seus atos e operações, as dinâmicas e fluxos do sistema de justiça criminal do Distrito Federal reforçam certas semelhanças com outras unidades federativas brasileiras, fartamente exploradas pela literatura, conforme apontamos ao longo deste artigo.

Pudemos explorar certas dissonâncias e incongruências entre os dados de produção das agências do sistema de justiça criminal do Distrito Federal, ao mesmo tempo em que também verificamos tendências de maior coerência entre os fazeres cotidianos das polícias. A distância entre saberes e fazeres das polícias e os saberes e fazeres das peças "judiciais" desse sistema (Ministério Público e Juízes) revela a autonomização de campos ora divergentes, ora confluentes no cenário brasileiro: o de Segurança Pública, de um lado, e o de Justiça Criminal, de outro. Mesmo que distintos em seus fazeres e em seus tempos de ação, tais campos estão reciprocamente implicados, e seu funcionamento regular depende de esforços comuns, de uma política criminal que minimize desperdícios não apenas no combate ao crime, mas também em sua prevenção.

A importância de estudos mais abrangentes e análises longitudinais sobre diversos outros tipos penais (sobretudo dos mais frequentemente objeto da atuação de polícias, do Ministério Público e dos juízes criminais), bem como de análises que se debrucem sobre dados de sentenças criminais de primeira instância desagregados por tipos criminais (atualmente não produzidos), e sobre as dinâmicas recursais no âmbito do TJDFT, poderiam oferecer novos elementos sobre o funcionamento do fluxo do sistema e o nível de interação entre as peças que o compõem, além da real dimensão sobre temas como seu mau funcionamento, impunidade e inefetividade, tão presentes nas discussões contemporâneas sobre a segurança pública no Brasil.

8. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. *Cidadania e administração da Justiça Criminal*. O Brasil no rastro da crise. São Paulo: ANPOCS/Ipea/Hucitec, 1994.

ADORNO, Sérgio. Políticas públicas de segurança e justiça penal. *Cadernos Adenauer*, v. 4, n. IX, p. 9-27, 2009.

ALBERNAZ, Elizabete. Sobre legitimidade, produtividade e imprevisibilidade: seletividade policial e a reprodução da ordem social no plano de uma certa política do cotidiano. *Confluências*: Revista interdisciplinar de sociologia e direito, v. 17, n. 2, p. 86-99, 2015.

ANDRADE, Rayane. *Da criminação à incriminação*: O fluxo e o tempo do homicídio doloso no sistema de justiça criminal de Pernambuco. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

ANTUNES, Gilson. *O processo de construção da verdade no tribunal do júri de Recife (2009-2010)*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. *Cadastro Nacional de Presos*. Recuperado em 29 novembro, 2019 Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf]. Acesso em: 29.11.2019.

COELHO, Edmundo. *A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro*: *1942-1967*. *Dados*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, p. 61-81, 1986.

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOCS, 4 (10), 65-84, 1989.

MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal*: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. Barcelona/São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Bruno Amaral et. PORTO, Maria Stella Grossi. Violência e justiça criminal na Área Metropolitana de Brasília: dinâmicas organizacionais e representações sociais. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, n. 28, v. 3, p. 217-242, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral et. OLIVEIRA, Marcus Vinícius Berno Nunes de. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa no campo da segurança pública. *Revista Direito & Práxis*, v. 9 (2), p. 781-809, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Mapas das Estatísticas Anuais do MPDFT (2014-2018)*. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/portal/ index.php/estatisticas]. Acesso em: 02.12.2019.

MISSE, Michel O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 3, nº 7, jan.-mar., p. 35-50, 2010.

PORTO, Maria Stella Grossi. Fluxos e dinâmicas do sistema de justiça criminal nas representações sociais dos operadores envolvidos. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 9(1), p. 82-100, 2015.

RIBEIRO, Ludmila. *Administração da justiça criminal na cidade do Rio de Janeiro*: uma análise dos casos de homicídios. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2009.

RIBEIRO, Ludmila et. SILVA, Klarissa. Fluxo do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: um balanço de literatura. *Cadernos de Segurança Pública*, v. 2, n. 1, p. 14-27, 2010.

RODRIGUES, Leo; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann*: a sociedade como sistema. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

SAPORI, Luis Flavio. *Segurança Pública no Brasil*: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Klarissa. O papel dos tipos de homicídios dolosos na construção social da incriminação dos sujeitos pelos promotores de justiça: Belo Horizonte, processos com andamento entre 2007 e 2009. *DILEMAS*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. v. 3, n. 8, p. 101-123, 2010.

SILVA, Klarissa. *A construção social e institucional do homicídio*: da perícia em local de morte à sentença condenatória. Tese (Doutorado em Ciências Humanas), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TJDFT. Estrutura e funcionamento. Disponível em: [www.tjdft. jus.br/publicacoes/edicoes/manuais-e-cartilhas/conhecendo_justica.pdf]. Acesso em: 01.12.2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Relatório da gestão 2016-2018*. Núcleo de Audiência de Custódia – NAC. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/institucional/governanca-e-gestao-estrategica/produtividade/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/ano-2018/RelatrioNACgesto2016_2018_web.pdf/@@download/file/Relat%C3%B3rio%20NAC%20gest%C3%A3o%202016-2018_web.pdf]. Acesso em: 01.12.2019.

VARGAS, Joana Domingues et. RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. *Revista Sociedade e Estado*, volume 26, número 1, p. 77-96, janeiro/abril de 2011.

VARGAS, Joana. Fluxo do Sistema de justiça criminal. In: LIMA, R.; RATTON, J.; AZEVEDO, R. *Crime, Justiça e Polícia no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- As decisões processuais penais análise crítica do sistema atual e tendências da legislação projetada, de Éric Alexandre Lavoura Lima – *RBCCrim* 90/245-287 (DTR\2011\1583).

Síndrome da mulher agredida: uma abordagem comparada sobre sua utilização como excludente de responsabilidade criminal no Brasil

Battered woman syndrome: a comparative approach to its use as a criminal defense in Brazil

Celso Costa Lima Verde Leal

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Amapá. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Procurador da República.
ORCID: [orcid.org/0000-0002-8196-5810].
celsolimaverde@hotmail.com

Francisco de Assis de França Júnior

Doutorando e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Pesquisador visitante no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, em Freiburg (Alemanha). Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL). Advogado.
ORCID: [orcid.org/0000-0002-6958-920X].
fafjunior2016@gmail.com

Recebido em: 08.06.2019
Aprovado em: 30.12.2020
Última versão dos autores: 09.01.2021

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente estudo tem como objetivo principal analisar criticamente a utilização da síndrome da mulher agredida na defesa de mulheres que matam seus agressores. A partir da metodologia do direito comparado, somada à revisão da literatura médico-psiquiátrica especializada, constatam-se algumas das inúmeras controvérsias existentes sobre a sua utilização como hipótese plausível de exclusão da responsabilidade penal. Concluímos, assim, que a

Abstract: The main objective of this study is to analyze critically the use of the battered woman syndrome in the defense of women who kill their aggressors. Based on the methodology of comparative law, together with the review of the specialized medical-psychiatric literature, we can see some of the numerous controversies about its use as a plausible hypothesis of exclusion of criminal responsibility. We conclude, therefore, that the mentioned syndrome, having fulfilled

Leal, Celso Costa Lima Verde; França Júnior, Francisco de Assis de. Síndrome da mulher agredida: uma abordagem comparada sobre sua utilização como excludente de responsabilidade criminal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 177. ano 29. p. 161-193. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

mencionada síndrome, preenchidos alguns critérios legais e/ou dogmáticos, pode ser utilizada como argumento válido de defesa no âmbito de institutos como a legítima defesa, o estado de necessidade, a inimputabilidade e a inexigibilidade de conduta diversa.

Palavras-chave: Síndrome da mulher agredida – Direito comparado – Defesa penal – Possibilidades de exclusão da responsabilidade penal.

some legal and/or dogmatic criteria, can be used as a valid argument for defense within institutes such as self-defense, necessity defense, Inimputability and exigibility of diverse conduct.

Keywords: Battered woman syndrome – Comparative law – Criminal defense – Possibilities of exclusion of criminal responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. A síndrome da mulher agredida (*battered woman syndrome*). 2.1. Compreendendo e delimitando o problema. 2.2. Suas consequências psicológicas. 2.3. Seus principais estágios. 2.4. Por que as vítimas não fogem e, por vezes, matam seus agressores?. 2.5. Em termos conclusivos. 3. A defesa penal baseada na síndrome da mulher agredida: o estado da arte no estrangeiro. 3.1. Modelos de defesa no ordenamento estrangeiro. 3.1.1. Estado Unidos da América. 3.1.2. Reino Unido. 3.1.3. Canadá. 4. A defesa penal baseada na síndrome da mulher agredida: apontamentos sobre as possibilidades existentes no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Mudanças de paradigmas na abordagem da violência doméstica desencadearam uma série de reformas legais. No Brasil, por exemplo, quase todas elas direcionadas ao amparo às vítimas mulheres. Da criação das delegacias especializadas, em meados dos anos oitenta, até a vigência da Lei Maria da Penha (11.340/2006), muitas foram as movimentações sociopolíticas por respeito e igualdade entre os gêneros no país.[1]

Embora tenhamos avançado nesse aspecto, será necessário percebermos melhor os contextos em que as mulheres respondem às agressões de seus parceiros em ambiente cuja influência do patriarcado (sistema social cujos paradigmas foram formalmente substituídos) ainda se faz presente.[2] Em diversas oportunidades a reação feminina não se restringe às circunstâncias da agressão, mas ao histórico de submissão e opressão que lhe é imposto pelo parceiro.

1. SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 89, p. 153-170, jun., 2010.
2. SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

Essa problemática nos permitirá avaliar teses defensivas diante de mulheres que provocaram a morte de seus parceiros depois de agredidas. Preocupação que se justifica se considerarmos o número relevante de presas por homicídio nessas circunstâncias[3]. Apesar de inexplorado pela doutrina brasileira, uma consulta em serviço de buscas pela internet, com as expressões "mulher mata marido após ser agredida"[4], apresentou-nos 1.050.000 de resultados.

Daí por que nosso principal interesse residirá na síndrome da mulher agredida, cujas possíveis consequências jurídicas serão sucintamente esquadrinhadas adiante. Afinal, como seria possível enquadrá-la nos termos da legislação brasileira e da dogmática jurídico-penal? Serão possíveis algumas das excludentes de responsabilidade penal, como no caso da legítima defesa, do estado de necessidade, da inimputabilidade e da inexigibilidade de conduta diversa? Quais os critérios que precisam ser levados em consideração para que se reconheça algum eventual benefício legal às mulheres no contexto enfocado?

Por fim, é certo que as questões propostas – pelas complexidades e interdisciplinaridade que carregam consigo – têm seus mais variados desdobramentos, o que, pela natureza da presente investigação, não nos será possível explorar com a profundidade desejada. Nosso foco principal, portanto, será constituir uma espécie de inventário crítico-comparativo para que se estimule a doutrina brasileira a enxergar a importância de nos debruçarmos sobre o tema.

2. A síndrome da mulher agredida (*battered woman syndrome*)

2.1. Compreendendo e delimitando o problema

O termo *battered woman syndrome*[5] foi utilizado pela primeira vez no ano de 1977 como título do subsídio de pesquisa financiado pelo Instituto Nacional de Saúde Mental dos Estados Unidos, sendo, posteriormente, adotado na categoria

3. BASS, Alison. Women Far Less Likely to Kill Than Men – no one sure Why. *The Boston Globe*, Boston, 24.02.1992.
4. Pesquisa realizada no *Google*, com os termos em língua portuguesa, em 10.06.2019.
5. A tradução é livre. Embora pudéssemos ter optado pela expressão *espancada*, como tem sido traduzida em alguns veículos de comunicação no Brasil, preferimos utilizar o termo *agredida*, uma vez que nos parece mais ampla e condizente com o problema enfocado. Entendemos, portanto, que o termo *espancada* poderia induzir à exclusividade de violências mais intensas e diretas, como no caso das agressões físicas, o que, como veremos, não se exige.

de "transtorno por estresse pós-traumático" pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da Associação Americana de Psiquiatria[6].

Nesta pesquisa, Lenore Walker conduziu entrevistas com 435 vítimas de violência doméstica durante o período de julho de 1978 a junho de 1981, no Estado do Colorado (EUA), com o objetivo de testar duas teorias específicas sobre mulheres agredidas: uma sobre a teoria do ciclo de agressão e outra relacionada com a teoria do desamparo de Maier e Seligman[7], sendo os resultados apresentados nas quatro edições da obra "The battered woman syndrome"[8].

A base teórica sobre a qual a síndrome da mulher agredida foi desenvolvida é semelhante ao que mais tarde ficou conhecido como transtorno de estresse pós-traumático. Desde então, a síndrome da mulher agredida tem sido usada na literatura psicológica como uma subcategoria do transtorno de estresse pós-traumático, ainda que os estudos de pesquisa sobre a síndrome nunca tenham empiricamente demonstrado que tivessem o mesmo critério ou critério similar[9].

Perceba-se que Walker, por meio da síndrome da mulher agredida, buscou explicar o padrão de violência em relacionamentos abusivos e o impacto psicológico que isso tem sobre uma mulher[10]. O termo denota um conjunto de sintomas psicológicos e comportamentais distintos que resultam da exposição prolongada à violência praticada pelo parceiro íntimo[11]. O autor observou ainda, na versão original de sua obra, que os abusos geralmente ocorriam em ciclos marcados por

6. American Psychiatric Association (APA). DSM-III. 3. ed. 1980. Os nomes das referidas instituições foram traduzidos livremente.
7. MAIER, Steven F.; SELIGMAN, Martin E. Learned helplessness: theory and evidence. *Journal of experimental psychology*: general, v. 105, n. 1, 1976. p. 10.
8. WALKER, Lenore E. *The battered woman syndrome*. Nova York: Springer publishing company, 2016. E ainda: WALKER, Lenore E. *Terrifying love* – why battered women kill and how society responds. New York: Harper & Row, 1989.
9. WALKER, Lenore EA. *The battered woman syndrome*. Nova York: Springer publishing company, 2016. p. 49.
10. SCHULLER, Regina; WELLS, Elisabeth; RZEPA, Sara; KLIPPENSTINE, Marc A. Rethinking battered woman syndrome evidence: The impact of alternative forms of expert testimony on mock jurors' decisions. *Canadian Journal of Behavioural Science,* v. 36, n. 2, 2004. p. 127.
11. NIGAM, Shalu. *Battered Women Syndrome*: Applying this Legal Doctrine in the Indian Context. 2016. p. 2. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2819322]. Acesso em: 02.01.2019.

três fases, com variado grau de violência (acúmulo de tensão, incidente agudo de agressão, contrição amorosa) que são, inclusive, previsíveis para a vítima[12].

A primeira fase (acúmulo de tensão) é tipicamente a mais longa. Durante essa fase o agressor pode começar com pequenos episódios de violência física ou verbal, enquanto a vítima tenta manter a paz e evitar/conter o aumento da violência. Eventualmente, exausta pelo estresse constante, a vítima tenta evitar o agressor, temendo desencadear uma explosão inadvertida[13].

No entanto, uma abordagem passiva da mulher agredida acaba por reforçar no agressor a ampliação de suas tendências violentas, até culminar na segunda fase, encarada como "incidente agudo de agressão", caracterizada pelo espancamento severo e abuso verbal.

Embora se constate que a gravidade da violência nessa fase tenda a variar, é nesse momento que o sentimento de medo e que as ameaças estão no auge, pois envolve o risco de morte ou de ferimentos graves[14]. Essa, aliás, é a fase mais curta do ciclo e, normalmente, dura entre duas e 24 horas. Nessa fase, o objetivo da vítima não é escapar, mas sobreviver. Essa fase tende a terminar abruptamente, geralmente trazendo com sua cessação uma redução fisiológica acentuada na tensão[15].

Tal descarga de tensão na segunda fase, de acordo com Walker, invariavelmente deve levar a uma terceira fase de "contrição amorosa" ou fase de "lua de mel", quando o agressor exibe comportamentos conciliatórios e pode tentar convencer a vítima de que ele está cheio de remorso e arrependimento. Nessa fase o agressor assegura à mulher que o espancamento será interrompido. Em muitos casos, o abusador dá presentes para sua vítima como uma maneira de fazer as pazes. Essa fase traz um apego emocional ao agressor que ajuda a explicar por que as vítimas não abandonam o relacionamento violento[16].

---

12. DUTTON, Donald G.; PAINTER, Susan. The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 63, n. 4, 1993. p. 614.
13. APPEL, Susan D. Beyond Self-Defense: The Use of Battered Woman Syndrome in Duress Defenses. *University of Illinois Law Review*, 1994. p. 960.
14. NIGAM, Shalu. *Battered Women Syndrome*: Applying this Legal Doctrine in the Indian Context. 2016. p. 2. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2819322]. Acesso em: 02.01.2019.
15. APPEL, Susan D. Beyond Self-Defense: The Use of Battered Woman Syndrome in Duress Defenses. *University of Illinois Law Review,* 1994. p. 960.
16. APPEL, Susan D. Op. cit., p. 971.

Embora essa fase tenda a durar vários meses, o ciclo recomeça e, muitas vezes, torna-se mais curto e menos complacente, enquanto a fase de construção de tensão se tornará dominante[17].

O fato é que esse comportamento conciliador do agressor e de certa aceitação da vítima são as condições que permitem se obter a paz e a tranquilidade necessárias para a manutenção do relacionamento[18]. No entanto, este é um período crítico e pode acabar em acúmulo de tensão e levar a nova agressão no caso de a vítima permanecer próxima. O ciclo se repete e o nível de violência infligida tende a aumentar[19].

Nessa dinâmica agressiva, percebe-se que o tratamento negativo normalmente precede o positivo. O que é essencial para gerar apego é o extremismo do bom tratamento e da agressividade, e a justaposição temporal de um extremo com o outro (geralmente maus-tratos seguidos imediatamente por um bom tratamento). Muito embora o início do tratamento negativo possa ser previsível, essa previsibilidade pode não estar relacionada à extremidade ou à justaposição temporal. Dutton e Painter, por exemplo, afirmaram que a intermitência (ou periodicidade), e não a previsibilidade, foi a principal variável para a síndrome da mulher agredida e para o apego traumático[20].

Uma vítima pode passar por um ou vários ciclos antes de cair no padrão de comportamento conhecido como "desamparo aprendido", como proposto por Seligman[21]. Descobriu-se que, quando um cão engaiolado era incapaz de escapar de choques elétricos, o cão acabava desistindo de tentar escapar, mesmo que tivesse a oportunidade. Fazendo um paralelo com o estudo, a vítima acredita que o abusador "é mais poderoso do que [o abusador] realmente é" e a vítima teme retaliação se ela tentar obter ajuda.

---

17. APPEL, Susan D. Op. cit., p. 961.
18. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Battered woman syndrome: its repercussions and implications on women of the present era. *International journal of clinical and experimental medical sciences*, v. 1, n. 2, 2015. p. 7.
19. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 3.
20. DUTTON, Donald G.; PAINTER, Susan. The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 63, n. 4, 1993. p. 615.
21. FAIR, Katie. Battered Spouse Syndrome: A Comparative Regional Look at Domestic Abuse and Self-Defense in Criminal Courts. *Lincoln Memmorial University Law Review*, v. 5, 2017. p. 6, aponta que Seligman descobriu que, quando um cão engaiolado era incapaz de escapar de choques elétricos, o cão acabava desistindo de tentar escapar, mesmo que tivesse a oportunidade. No caso de um espancamento, a vítima acredita que o abusador "é mais poderoso do que [o abusador] realmente é" e a vítima teme retaliação se ele ou ela tentar obter ajuda.

Contudo, Walker explica que o conceito de desamparo aprendido retrata a capacidade das pessoas reagirem ou responderem em uma situação particular e facilitarem os jurados a entender a situação em que uma mulher agredida usou força letal contra seu espancador em legítima defesa[22].

2.2. Suas consequências psicológicas

Segundo pesquisa feita por Walker, constante da última edição de sua obra[23], ficou demonstrado que a síndrome da mulher agredida possui sete grupos de sintomas que foram testados cientificamente e que identificam a síndrome. Os quatro primeiros são os mesmos que os critérios do DSM-5[24] para o transtorno por estresse pós-traumático, já os três grupos adicionais de critérios estão presentes em vítimas de violência por parceiro íntimo (VPI)[25]:

1. Recordações intrusivas do(s) evento(s) do trauma;
2. Resposta de luta ou fuga (*hyperarousal*) e altos níveis de ansiedade;
3. Comportamento de evitar e entorpecimento emocional usualmente expressos como depressão, dissociação, minimização, repressão e negação;
4. Alterações negativas no humor e na cognição;
5. Relacionamentos interpessoais desorganizados do poder e das medidas de controle do agressor;
6. Distorção da imagem corporal e /ou queixas somáticas ou físicas;
7. Complicações em questões de intimidade sexual.

Quanto ao primeiro sintoma, a vítima tende a reviver os eventos traumáticos de várias maneiras, incluindo memórias intrusivas, pesadelos, terrores noturnos, sonhos diários, *flashbacks* e reações fisiológicas, com ou sem exposição aos mesmos estímulos.

No segundo, a vítima tem uma resposta hiperativa que inclui reações de ansiedade, choro, sono ou problemas alimentares, hipervigilância para causar mais danos, resposta de sobressalto exagerada e outras respostas com medo.

22. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 6.
23. WALKER, Lenore EA. *The battered woman syndrome*. Nova York: Springer publishing company, 2016. p. 50.
24. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. DSM. 3. ed. Washington D/C, 1980.
25. WALKER, Lenore EA. Op. cit., p. 50.

Já o terceiro sintoma impõe à vítima um entorpecimento de emoções e, sempre que possível, a prática de atos objetivando evitar o agravamento dos sintomas. Essas respostas de evitação podem assumir a forma de depressão, dissociação, negação, minimização de medo ou dano, diminuição de atividades, isolamento das pessoas ou outras indicações de que suas vidas estão sendo controladas por outra pessoa.

Quanto ao quarto e último sintoma, comum com o estresse pós-traumático, a mulher agredida tem alterações negativas no humor e nas cognições, incluindo a incapacidade de lembrar alguns aspectos do(s) evento(s) do trauma, a autoestima negativa e as expectativas dos outros e do mundo, muitas vezes em um estado mental negativo, com dificuldades de experimentar emoções positivas, distorcer a autoculpa, não se interessando por atividades como as desenvolvidas antes e tendo sentimentos de distanciamento dos outros[26].

Além das consequências/sintomas específicos da síndrome da mulher agredida apontados por Walker, a literatura expõe outros.

Dutton e Painter, por exemplo, dispõem que os sintomas da síndrome incluem ansiedade, dissociação, depressão e distúrbios do sono aumentados. Afirmam que quase metade da variação desses sintomas foi atribuída a variáveis de relacionamento, ou seja, a gravidade e intermitência do abuso psicológico, dominação e espancamento no relacionamento[27].

Além disso, Douglas concorda com Walker no sentido de que os efeitos da síndrome da mulher agredida são semelhantes ou idênticos aos do transtorno de estresse pós-traumático, mas descreve um complexo secundário de sequelas de abuso que incluiu a idealização do agressor, a negação do perigo e a supressão da raiva da própria vítima. Por fim, aponta que duas respostas emocionais aparentemente opostas são comuns: entorpecimento psíquico, ou responsividade reduzida ao mundo, e hiperestimulação generalizada (como respostas de sobressalto exageradas)[28]. Acredita-se que essas respostas estejam relacionadas à exposição cumulativa ao estressor de abuso[29].

---

26. WALKER, Lenore EA. Op. cit., p. 53.
27. DUTTON, Donald G.; PAINTER, Susan. The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 63, n. 4, 1993. p. 619.
28. DOUGLAS, Mary Ann. The battered woman syndrome. *Domestic violence on trial*, 1987. p. 40.
29. DUTTON, Donald G.; PAINTER, Susan. The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 63, n. 4, 1993. p. 614.

Em alguns casos, as mulheres não sentem a extensão total do medo, até mais tarde, mesmo após o término do relacionamento, vindo a sentir o medo em toda sua extensão posteriormente. Esse tipo de postergação do medo é semelhante ao transtorno por estresse pós-traumático tardio que pode ser visto em soldados que não desenvolvem sintomas até que outro incidente ocorra, desencadeando a lembrança do mesmo medo que eles podem ter reprimido quando o primeiro trauma ocorreu. Esse tipo de efeito também é comum em vítimas de abuso sexual infantil que sabiam o que estava acontecendo com eles, mas que somente posteriormente apresentaram todos os sintomas do transtorno por estresse pós-traumático[30].

2.3. Seus principais estágios

A síndrome da mulher agredida também desencadeia certos estágios psicológicos que precisam ser mais bem conhecidos. Khanna e Sachdeve explicam que essa síndrome possui quatro estágios psicológicos[31].

O principal deles é o da "negação", quando a mulher se recusa a admitir, mesmo para si, que foi agredida ou mesmo que haja crime em sua relação com o agressor. Nesse estágio, as agressões são compreendidas como "acidentes". A mulher agredida sempre encontra uma desculpa pela agressão sofrida e acredita firmemente que isso não voltará a acontecer[32].

Na sequência, o segundo estágio, é denominado de "fase da culpa". Nessa etapa, a mulher já reconhece a existência de um problema, entretanto, ela se considera responsável pelas agressões sofridas, tendo a convicção de que de alguma formar "merece" a agressão sofrida, na medida em que possui defeitos e porque não corresponderia às expectativas do parceiro[33].

O terceiro estágio é conhecido como de "iluminação", onde a mulher não mais assume responsabilidade pelo tratamento abusivo do agressor, passando a reconhecer que não merece ser agredida. Entretanto, por ainda se dedicar à relação/casamento, ela se mantém na esperança de que as coisas melhorem[34].

30. WALKER, Lenore EA. Op. cit., p. 53.
31. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Battered woman syndrome: its repercussions and implications on women of the present era. *International journal of clinical and experimental medical sciences*, v. 1, n. 2, 2015. p. 8.
32. Idem.
33. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Op. cit., p. 8.
34. Idem.

Por fim, o quarto e último estágio é o da "responsabilidade, onde a mulher agredida aceita o fato de que o parceiro agressor não abandonará seu comportamento agressivo e decide que não mais se submeterá às agressões e que iniciará uma nova vida[35].

Nesse processo, as mulheres agredidas podem dar inúmeros passos para aliviar o revés, que podem consistir no seguinte: (1) entrar em contato com a polícia; (2) aproximar-se do abrigo de uma mulher agredida; (3) obter aconselhamento legal; (4) separar a associação eternamente e obter anulação; (5) convencer a agredida a impedir seu comportamento violento por si mesma ou com a ajuda de outros; e (6) combater o agressor[36].

Contudo, a prática tem demonstrado que na maior parte das vezes as mulheres não seguem todas essas etapas, ou quando chegam à quarta etapa já é tarde demais. Nesse sentido, faz-se necessário entender por que as mulheres não abandonam seus relacionamentos abusivos.

2.4. Por que as vítimas não fogem e, por vezes, matam seus agressores?

A principal crítica dos que advogam contrariamente à utilização da síndrome da mulher agredida como instrumento de defesa válido consiste no argumento de que as mulheres deveriam fugir da situação de agressão, evitando não matar o seu agressor. Entretanto, fugir nem sempre é "possível" num contexto de agressão por diversos motivos, sendo bem documentados na literatura os porquês de as vítimas não fugirem do contexto de agressão.

Sobre o tema, Walker[37] explica que quando os eventos de violência doméstica ocorrem e reaparecem, a mulher consegue reconhecer a crescente raiva do homem e ela fica fisiologicamente numa espécie de excitação com o medo, o que ativa o sistema nervoso autônomo para liberar seus neurotransmissores e hormônios para produzir uma resposta hiperativa, momento em que avalia a ameaça e decide se vai lidar com o problema ou fugir.

Nesses casos, fugir pode significar uma fuga física ou psicológica. As mulheres vítimas de abusos repetidamente aprendem a desenvolver boas estratégias de enfrentamento que geralmente ocorrem como uma troca para escapar da situação. Portanto, a resposta típica do medo ou do trauma da mulher agredida faz com que ela fique hiperativa e então escape psicologicamente usando uma

35. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Op. cit., p. 8.

36. Idem.

37. WALKER, Lenore EA. Op. cit., p. 51.

variedade de métodos, incluindo a minimização ou a negação do perigo do incidente particular, depressão, dissociação ou mesmo repressão e esquecimento. A falta de crença na capacidade de escapar é parte da resposta do "desamparo aprendido", fazendo com que a mulher permaneça na relação abusiva[38].

Outro fator que impede a vítima de fugir é a identificação com o agressor. Dever e Pintor apontam esta como uma das explicações de como mulheres agredidas lidam com um relacionamento potencial letal de longo prazo, estando a idealização do abusador relacionada com a força do apego contínuo a ele, mesmo após o término do relacionamento[39].

Além disso, uma mulher agredida pode, passivamente, optar por não sair da situação de agressão por não conseguir perceber a agressão como um padrão de comportamento e, em vez disso, assume que é devido a sua própria sua culpa que ela está sendo agredida[40]. Esse comportamento, apesar de parecer estranho, decorre do papel desenhado para mulher na nossa sociedade paternalista, onde, em última análise, espera-se que as mulheres sejam submissas, extremamente agradáveis, e não se aborreçam, mesmo em circunstâncias exageradas. Assim, espera-se que as mulheres em associação com os homens sejam cuidadoras fiéis e leais, e só precisam ter em mente que nada deve ser mais significativo em sua vida do que as necessidades de seus homens[41].

Também é teorizado que uma mulher que tenha sido severa e continuamente abusada durante um período prolongado desenvolva uma condição física e psicológica mais grave do que a depressão usual ou transtorno de estresse pós-traumático. Essa condição resulta em acumular o efeito de terror e colocar a vítima em constante estado de medo. Dessa forma, em decorrência da violência física ou ameaça de tal violência, uma mulher agredida não poderia pensar em tomar qualquer ação independente que lhe permitisse escapar do abuso. A vítima tenta evitar o impacto psicológico da agressão evitando atividades, pessoas e emoções que possam desencadear agressões. Como consequência, torna-se hipervigilante, desenvolve relacionamentos interpessoais interrompidos, podendo desenvolver

38. WALKER, Lenore EA. Op. cit., p 52.
39. DUTTON, Donald G.; PAINTER, Susan. The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 63, n. 4, 1993. p. 614.
40. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 3.
41. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Battered woman syndrome: its repercussions and implications on women of the present era. *International journal of clinical and experimental medical sciences*, v. 1, n. 2, 2015. p. 8.

um medo por sua vida ou pela vida de pessoas próximas, incluindo crianças ou parentes. Por consequência, em vez de procurar opções para escapar da violência, ela é atraída a ficar em um relacionamento tão violento na esperança de que a situação mude[42].

Além da violência física e da coerção sexual, um agressor usa muitas formas de manipulação, incluindo isolamento, sendo essa uma das principais consequências sofridas por mulheres que possuem a síndrome, o que incluiu ser tratada como uma coisa, ser controlada sobre quando pode ter contato com família, amigos, ser acompanhada para o trabalho e para outras atividades externas, com restrição do tempo nas situações em que é autorizada a sair[43]. Nesse sentido, o isolamento em muito contribui para a manutenção da mulher numa relação de agressão, por limitar suas possibilidades de fuga.

Fatores sociais também contribuem para a manutenção da mulher numa relação abusiva. Nesse sentido, a ideia de desistir do *status* de esposa e assumir o *status* ainda um tanto estigmatizado de uma divorciada e aprender a viver sozinha e independentemente pode sacudir qualquer mulher e deixá-la em um estado de espírito paralisado. O *status* da esposa tem sido uma fonte de orgulho para muitas mulheres e nossa sociedade ainda encoraja que as mulheres sejam esposas dedicadas e mães. Para uma mulher que foi dominada, controlada e amedrontada por anos, perdera uma grande dose de autoconfiança e de autoestima, a perspectiva de morar sozinha, de deixar aquele *status*, é, de fato, aterrorizante e essa apreensão serve como um obstáculo aditivo à partida. Separar-se e ficar longe de um casamento, mesmo desagradável, são uma das circunstâncias mais difíceis na vida de mulheres agredidas[44].

Também é importante notar o fato de que deixar um parceiro abusivo é extremamente perigoso para uma mulher agredida, na medida em que tem uma chance maior de ser morta pelo agressor quando tenta ou quando deixa o agressor[45], sendo um fator vital a ser apresentado aos tribunais, cujos depoimentos focados na síndrome podem não ser suficientemente explicados.

---

42. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 3.
43. WALKER, Lenore EA. Op. cit., p. 70.
44. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Battered woman syndrome: its repercussions and implications on women of the present era. *International journal of clinical and experimental medical sciences*, v. 1, n. 2, 2015. p. 8.
45. HEMPHILL, Angel L. Spousal murder: A look at available defenses and their application from a feminist perspective. *Chitty's Law Journal and Family Lar Review*, v. 46, 1998. p. 4.

Restrições externas à síndrome também limitam as opções e a capacidade das mulheres de deixar seus parceiros abusivamente, como dificuldades em encontrar moradia segura e acessível, restrições financeiras, medo de perder a custódia dos filhos, preocupações com a segurança das crianças, preocupações com a segurança de outros membros da família e amigos, e as preocupações de desafiar expectativas e valores culturais e/ou religiosos[46].

Reconhecer esses fatores é crucial para uma compreensão completa das razões pelas quais as mulheres permanecem em relacionamentos abusivos[47].

Como não conseguem abandonar a situação de abuso, as vítimas continuam expostas à repetida e severa violência. Assim, as mulheres geralmente perdem a determinação de responder a situações prejudiciais e acabam presas no ciclo interminável de agressão[48]. Por consequência, diante da crescente violência, a crença da mulher tende a passar a ser a de que a única maneira de se proteger e de proteger seus filhos é eliminar o abusador quando ele estiver vulnerável e sem condições de reagir quando for atacado. De acordo com essa doutrina, uma mulher é obrigada a dar esse passo porque sofre muito e por causa de sua situação de desamparo aprendido, que ocorre devido ao descontrole do espancamento pelo parceiro agressor, ela perdeu o controle sobre si mesma e sobre o seu entorno[49].

É uma forma de múltiplas vitimizações em camadas profundas, onde uma mulher não poderia pensar em outra opção para escapar da violência que não atacar o seu agressor[50].

2.5. Em termos conclusivos

A síndrome da mulher agredida, quando concebida, consistia no padrão dos sinais e sintomas que ocorreram após uma mulher ter sofrido abuso físico, sexual e/ou psicológico em um relacionamento íntimo, ou seja, quando o parceiro

46. SHAFFER, Martha. The battered woman syndrome revisited: Some complicating thoughts five years after R. v. Lavallee. *The University of Toronto Law Journal*, v. 47, n. 1, 1997. p. 5.
47. ONO, Erika. Reformulating the use of battered woman syndrome testimonies in Canadian law: implications for social work practice. *Affilia*, v. 32, n. 1, 2017. p. 31.
48. NIGAM, Shalu. *Battered Women Syndrome*: Applying this Legal Doctrine in the Indian Context. 2016. p. 3. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2819322]. Acesso em: 02.01.2019.
49. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 4.
50. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 2.

exercia poder e controle sobre a mulher para coagi-la a fazer o que quisesse, sem considerar seus direitos ou sentimentos[51].

Douglas[52] definiu a síndrome da mulher agredida como uma coleção de características específicas e efeitos do abuso na mulher agredida e subdividiu-a em três categorias principais: os efeitos traumáticos da vitimização pela violência; déficits de desamparo aprendidos resultante da violência e das reações dos outros e respostas autodestrutivas de enfrentamento à violência.

Nesse sentido, a síndrome da mulher agredida descreve o padrão de abuso em ciclos e de que forma esse padrão de abuso resulta numa situação psicológica de medo e incerteza da vítima que pode levá-la a se entregar a comportamentos autodestrutivos, comportamento esse que pode configurar um ato de resistência e rebelião contra a dinâmica de poder[53].

A influência da síndrome da mulher agredida sobre a mulher vítima, conforme visto, resulta em graves mudanças psicológicas de longo prazo que devem ser consideradas no âmbito penal em casos em que essas vítimas agridem ou matam seus agressores, ainda que a situação não se enquadre expressamente nas hipóteses de excludentes de ilicitude previstas no Código Penal Brasileiro.

Entretanto, antes da propositura de formas de aplicação de uma defesa técnica decorrente da síndrome da mulher agredida em território brasileiro, convém articular uma sucinta análise do instituto no direito comparado, destacando-se, no entanto, ser nossa principal intenção apenas deixar à mostra, sem propriamente esgotar o assunto, nem recorrer às minúcias – sobretudo por conta das particularidades presentes em cada uma das culturas jurídicas apresentadas –[54], uma espécie de pano de fundo teórico de como a síndrome pode vir ser utilizada como instrumento de defesa técnica em determinados tribunais no exterior.

---

51. WALKER, Lenore EA. Op. cit., p. 49.
52. DOUGLAS, Mary Ann. The battered woman syndrome. *Domestic violence on trial*, 1987, p. 40.
53. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 2.
54. Não negamos o fato de que cada uma das possíveis excludentes de responsabilidade (como a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito etc.), que podem ser articuladas com a síndrome enfocada, tende a possuir especificidades próprias do sistema jurídico em que são moldadas. Sofrem, portanto, as influências da cultura jurídica em que estão imersos. Entretanto, tentar explicar cada uma delas, com os pormenores legislativos de cada região mencionada, exigiria um trabalho mais extenso, dedicado à contextualização e aprofundado – como é, por exemplo, próprio de uma tese de mestrado ou doutorado –, escapando, portanto, dos objetivos aqui nutridos.

Evidentemente que, no caso de sua utilização no Brasil, ainda escassa (tanto na doutrina quanto nos tribunais), nosso esforço argumentativo, embora também não se proponha a fechar definitivamente a questão sobre sua classificação dogmática, por exemplo, apresenta-se mais conectado com as previsões legais.

3. A defesa penal baseada na síndrome da mulher agredida: o estado da arte no estrangeiro

Apesar da síndrome da mulher agredida ter surgido como termo psicológico para descrever uma subcategoria de transtorno por estresse pós-traumático, o debate sobre o termo avançou e agora tem sido reconhecido também no âmbito legal, onde a síndrome da mulher agredida tem sido geralmente vista como uma espécie de extensão da legítima defesa em casos de homicídio, quando a morte do agressor normalmente ocorre em situações em que este não estava, naquelas exatas circunstâncias, representando uma iminência de agressão contra a mulher[55].

Em boa medida, nos EUA a síndrome da mulher agredida não constitui uma defesa própria, mas justificativa para uma defesa por legítima defesa. Nesse sentido, a prova da síndrome pode permitir que os jurados entendam dois elementos da alegação de legítima defesa da vítima: "(1) o medo subjetivo da ré de ferimento grave ou morte; e (2) a razoabilidade dessa crença".

Sendo assim, um especialista pode reconhecer que, como uma vítima já está sintonizada com o padrão de ataques do seu agressor, ela aprende a reconhecer gestos ou ameaças sutis que distinguem a gravidade dos ataques e levam a mesma a acreditar que uma agressão em particular ameaça sua sobrevivência.[56]

Embora um abusador adormecido ou em repouso possa não parecer uma ameaça séria para a pessoa qualquer, as circunstâncias podem mostrar que a vítima que usou essa oportunidade para matar (por exemplo) o agressor pode ter acreditado que ela estava realmente em perigo[57].

Nesse sentido, o júri ou tribunal, ao analisar o caso, não vai olhar objetivamente para a situação para determinar se o perigo era plausível, mas vai determinar se, dadas as circunstâncias como a vítima as percebeu, a crença era razoável

55. WRIGHT, Nancy. The Voice for the Voiceless: The Case for Adopting the Domestic Abuse Syndrome for Self Defence Purposes for All Victims of Domestic Violence Who Kill Their Abusers. *American University Criminal Law Brief*, v. 4, 2009. p. 76.

56. Legal responses to domestic violence. *Harvard Law Review*, v. 106, 1993. p. 1582.

57. Idem.

de que o perigo era real. Embora a crença subjetiva de perigo não dê imunidade *a priori* à vítima, ela permite uma presunção inicial de que a vítima agiu razoavelmente. A acusação pode então refutar a presunção mostrando que o grau de força usado não era razoável.

Perceba-se que a prova da síndrome da mulher agredida é normalmente trazida por meio de depoimentos especializados. Entretanto, a admissão do testemunho técnico no julgamento varia nos diversos estados americanos. Alguns exigem diferentes níveis de "evidência factual física ou comprobatória de uma história de abuso" antes de permitir que o depoimento de um especialista seja admitido como prova. Alguns tribunais exigem prova de que a vítima passou por dois ciclos completos de abuso, como descrito anteriormente, antes de admitir evidências da síndrome. Outros tribunais admitem evidências se houver apenas um ciclo, mas deve haver prova de cada uma das três fases. Há ainda um tribunal nos Estados Unidos que admite um testemunho de especialista de que a vítima "sofre de distúrbio de estresse pós-traumático e exibe traços consistentes com a síndrome da mulher agredida"[58].

O fato é que, desde a descrição inicial feita por Walker, a síndrome da mulher agredida tem sido amplamente estudada e discutida, assim como sua utilização como fundamento para defesa em casos em que mulheres agredidas matam ou tentam matar seus abusadores[59].

Ainda que não tenhamos conhecimento da utilização recorrente da tese no judiciário brasileiro, os tribunais da Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos têm aceitado que as mulheres agredidas e que tenham a síndrome possam usar a mesma como matéria de defesa, no sentido de que matam seus agressores por causa da situação de abuso e perigo de morte em que elas se encontravam, agindo com a firme convicção de que não havia outro modo de se preservar a não ser matando o próprio agressor[60]. A matéria foi, inclusive, legislada em alguns locais.

Nesse sentido, repise-se, a síndrome tem sido utilizada como fundamento para uma variedade de defesas técnicas, inclusive com os tribunais reconhecendo

58. FAIR, Katie. Battered Spouse Syndrome: A Comparative Regional Look at Domestic Abuse and Self-Defense in Criminal Courts. *Lincoln Memmorial University Law Review*, v. 5, 2017. p. 9.

59. DUTTON, Donald G.; PAINTER, Susan. The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 63, n. 4, 1993. p. 620.

60. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 4.

essa doutrina em casos de provocação e diminuição de responsabilidade[61]. É nesse sentido que, na sequência, passaremos em revista algumas experiências estrangeiras no uso desse tipo argumento defensivo.

3.1. Modelos de defesa no ordenamento estrangeiro

3.1.1. Estado Unidos da América

Em boa medida, repise-se, nos EUA a síndrome da mulher agredida não constitui uma defesa própria, mas apenas pode justificar uma tese de legítima defesa. Nesse sentido, não custa insistir, a prova da síndrome pode permitir que os jurados entendam dois elementos da alegação de legítima defesa da vítima: a) o medo subjetivo da ré de ferimento grave ou morte; e b) a razoabilidade dessa crença.

Atualmente, todos os 50 estados americanos, em maior ou menor grau, permitem a utilização da síndrome da mulher agredida como um argumento viável em julgamentos de assassinato, inclusive aplicando-se retroativamente para pessoas condenadas, que podem tentar provar que teriam sido absolvidas se uma tese de abuso fosse admitida como prova durante o julgamento[62].

Entretanto, diante da diversidade de sistemas processuais penais existentes nos EUA, optaremos por analisar a jurisprudência de apenas alguns deles, aqueles em que as discussões nos parecem mais desenvolvidas tecnicamente, buscando-se demonstrar a maior diversidade possível de experiências. Nesse sentido, a seguir serão analisados alguns dos casos mais destacados, citando-se a regulamentação específica do estado em questão quando possível.

3.1.1.1. Maryland

A Seção 10-916 do Código de Procedimentos Judiciais de Maryland, sancionada em 1991[63], estabelece o estatuto da síndrome da mulher agredida, dispondo que, quando apesar das evidências de que a ré foi a primeira agressora, usou força excessiva ou não recuou no momento da suposta ofensa, caso a ré argumente que estava, no momento da suposta ofensa, sofrendo da síndrome da mulher agredida provocada pela vítima do crime pelo qual a ré é acusada, o

61. Idem.

62. CHAMPAIGN, Lauren. Criminal Law Chapter: Battered Woman Syndrome. *Georgetown Jpurnal of Gender and The Law*, v. 11, 2010. p. 59.

63. MARYLAND COURTS AND JUDICIAL PROCEEDINGS. *Section 10-916*. Disponível: [law.justia.com/codes/maryland/2005/gcj/10-916.html]. Acesso em: 14.05.2019.

Tribunal pode admitir, com o propósito de explicar o motivo da ré ou seu estado de espírito, ou ambos, no momento do delito alegado: a) evidência de repetidos abusos físicos e psicológicos da ré perpetrado pela vítima do crime pelo qual a ré foi acusada; b) testemunho de especialista sobre a síndrome da mulher agredida[64].

Banks v. State[65] foi o primeiro caso a tratar da previsão da Seção 10-916 e ficou esclarecido que a previsão não configura uma nova forma de defesa, mas que a síndrome da mulher agredida serve para provar a honestidade e a razoabilidade da crença da ré de que estava realmente em perigo no momento do delito[66].

Por sua vez, no caso State v. Smullen[67], o Tribunal de Recursos de Maryland esclareceu que à luz do padrão de abuso sofrido, a ré poderia honestamente e, talvez razoavelmente, perceber uma ameaça iminente de agressão. Sendo assim, o estatuto prevê um olhar mais cuidadoso e sofisticado sobre a noção de agressão iminente e reconhece que determinada conduta que pode não ser considerada iminentemente agressiva pelo público em geral pode fazer com que alguém que sofra da síndrome acredite honestamente na existência do perigo, mesmo que isso seja irrazoável para alguém que não sofra da síndrome[68]. Entretanto, o Tribunal esclareceu que a síndrome não se destina a se tornar uma defesa independente para casos de assassinato[69].

Por fim, no caso Porter v. State[70], o Tribunal de Apelações de Maryland considerou que uma mulher que apresentou evidências de que sofria de síndrome de mulher agredida tinha direito a uma instrução do júri por legítima defesa chamada

64. DODGE, Joy. Porter v. State: Appropriately Pushing the Limits of the Battered Spouse Syndrome Statute. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, Maryland, v. 18, n. 1, 2018. p. 241.
65. COURT OF SPECIAL APPEALS OF MARYLAND. *Caso Banks v. State, n. 608 A.2d 1249*, de 06.07.1992. Disponível: [www.courtlistener.com/opinion/1901976/banks-v-state/]. Acesso em: 14.05.2019.
66. DODGE, Joy. Op. cit., p. 242.
67. COURT OF SPECIAL APPEALS OF MARYLAND. *Caso State v. Smullen, n. 844 A.2d 429*, de 12.03.2004. Disponível: [www.leagle.com/decision/20041273844a2d42911267/]. Acesso em: 14.05.2019.
68. DODGE, Joy. Op. cit., p 242.
69. DODGE, Joy. Op. cit., p. 243.
70. COURT OF APPEALS OF MARYLAND. *Porter v. State*, n. 166 A.3d 1044, de 07.08.2017. Disponível em: [www.leagle.com/decision/inmdco20170807246/]. Acesso em: 25.05.2019.

de imperfeita, embora tenha contratado um homem para matar seu marido. Com essa decisão, a Corte harmonizou as pesquisas em ciências sociais, a história legislativa da Seção 10-916, a jurisprudência e a lei de legítima defesa de Maryland de forma coerente, evitando, ao mesmo tempo, criar uma defesa para assassinato. O caso Porter expandiu a Seção 10-916 do precedente para permitir que evidências da síndrome da mulher agredida fossem usadas para explicar o medo de uma iminente agressão em autodefesa imperfeita, mesmo quando a mulher contratou um matador de aluguel[71].

3.1.1.2. Tennessee

O Tennessee, estado americano com maior índice de violência doméstica, não possui um estatuto do tipo codificado para a síndrome da mulher agredida, mas possui farta jurisprudência desde 1988[72].

No julgamento do caso State v. Leaphart[73], o Tribunal de Apelações Criminais decidiu que a ré não tinha direito a uma instrução do júri por legítima defesa, na medida em que ela não podia provar o medo da agressão iminente no momento do assassinato. O Tribunal fundamentou-se na lei estadual que define o medo de agressão iminente como o medo "no momento do assassinato".[74]

Em 1989, em State v. Fredd[75], o mesmo Tribunal de Apelações Criminais declarou que a ré não apresentava evidência corroboradora adequada de que ela era uma esposa agredida que pensou que matar a vítima era necessário para permanecer segura, na medida em que a alegação de que sofria da síndrome teria que ser apoiada por evidências de um curso de negociação durante um período anterior ao delito, por mais breve que seja esse período[76].

71. DODGE, Joy. Op. cit., p. 249.
72. FAIR, Katie. Op. cit., p. 10.
73. COURT OF CRIMINAL APPEALS OF TENNESSEE. *Caso State v. Leaphart*, n. 673 S. W.2d 870, de 20.12.1983. Disponível em: [law.justia.com/cases/tennessee/court-of-criminal-appeals/1983/673-s-w-2d-870-0.html]. Acesso em: 27.05.2019.
74. FAIR, Katie. Op. cit., p. 11.
75. COURT OF CRIMINAL APPEALS OF TENNESSEE. *Caso State v. Fredd*, n. 3377, de 07.02.1989. Disponível em: [tncourts.gov/sites/default/files/smith_fredopn.pdf]. Acesso em: 27.05.2019.
76. FAIR, Katie. Battered Spouse Syndrome: A Comparative Regional Look at Domestic Abuse and Self-Defense in Criminal Courts. *Lincoln Memmorial University Law Review*, v. 5, 2017. p. 11.

No caso State v. Gurley[77], a mesma corte enumerou que a ré teria de demonstrar que, no momento do assassinato, estava agindo com base no temor da morte ou grande dano corporal e que as ações tomadas eram necessárias em legítima defesa. Nesse sentido, a mera existência da síndrome da mulher agredida não significa que a ré será automaticamente absolvida. Como a defesa é factual, o júri pode aceitar ou rejeitar a tese após ouvir os fatos, as opiniões psicológicas e a lei aplicável[78].

3.1.1.3. Colorado

Em People vs. Yaklich[79], o Tribunal de Apelações do Colorado sustentou que uma instrução de legítima defesa não está disponível em uma situação de contrato de aluguel, mesmo que a acusada apresente evidências confiáveis de que é alguém com síndrome da mulher agredida. O tribunal baseou sua decisão no fato de que, no Colorado, a síndrome da mulher agredida não é uma defesa própria para o assassinato, mas apenas pode ser considerada no contexto da legítima defesa[80].

Sendo assim, como a ré não provou a iminência da agressão, não teve direito a uma instrução por legítima defesa. Para a Corte, permitir que a síndrome da mulher agredida se torne uma defesa específica para casos de assassinato por encomenda minaria a lei da legítima defesa e contrariaria a política pública na medida em a vítima agredida escaparia da punição, mas deixaria o assassino contratado para enfrentar uma acusação por assassinato[81].

3.1.1.4. Missouri

No Estado do Missouri, a legislação exige que, para ter direito a uma instrução por legítima defesa no júri com base na síndrome da mulher agredida, é

77. COURT OF CRIMINAL APPEALS TENNESSEE. *Caso State v. Gurley*, n. 919 S.W.2d 635, de 20 de setembro de 1995. Disponível em: [tncourts.gov/sites/default/files/OPINIONS/tcca/PDF/953/GURLEY.pdf/]. Acesso em: 14.05.2019.

78. FAIR, Katie. Op. cit., p. 11.

79. COURT OF CRIMINAL APPEALS OF COLORADO. *Caso People vs. Yaklich*, N. 833 P.2d 758, de 21.11.1991. Disponível em: [www.leagle.com/decision/19911591833p2d75811580/]. Acesso em: 14.05.2019.

80. DODGE, Joy. Porter v. State: Appropriately Pushing the Limits of the Battered Spouse Syndrome Statute. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*. Maryland: v. 18, n. 1, 2018, p. 244.

81. DODGE, Joy. Op. cit., p. 245.

preciso que a legítima defesa já esteja estabelecida independentemente no caso, mesmo antes de admitir evidências da síndrome. Sendo assim, não sendo possível provar o medo de agressão iminente, não será possível arguir a tese no júri. Diante dessa norma, no caso Estado v. Anderson[82], o Tribunal de Apelações entendeu correta a decisão do Tribunal de primeira instância que indeferiu a instrução por legítima defesa, na medida em que o crime foi planejado três meses antes da execução[83].

3.1.1.5. Califórnia

Apesar de a Califórnia estar um pouco abaixo da média nacional de violência doméstica, 11,8% de todos os homicídios no Estado decorrem de violência doméstica[84], o Código de Evidência da Califórnia declara que, numa ação criminal, o depoimento de um especialista é admissível tanto pela acusação quanto pela defesa em relação à agressão por parceiro íntimo e seus efeitos, incluindo o efeito sobre o emocional, nas crenças, percepções ou comportamentos de vítimas de violência doméstica. Sendo uma regra de prova única, cabe ao júri decidir se foi razoável o comportamento da ré que alegue a influência da síndrome e que acreditou na necessidade de matar para evitar danos iminentes[85], como decidido em State v. Humphrey[86].

Por sua vez, no caso State v. Humphrey, o Tribunal concluiu que o testemunho de especialista era relevante tanto para a prova da razoabilidade quanto para a credibilidade da ré.[87]

---

82. COURT OF CRIMINAL APPEALS MISSOURI. *Caso State v. Anderson*, N. 785 S.W.2d 596, de 16.01.1990. Disponível em: [www.courtlistener.com/opinion/1726235/state-v-anderson/]. Acesso em: 14.05.2019.
83. DODGE, Joy. Op. cit., p. 245.
84. FAIR, Katie. Battered Spouse Syndrome: A Comparative Regional Look at Domestic Abuse and Self-Defense in Criminal Courts. *Lincoln Memmorial University Law Review*, v. 5, 2017. p. 14.
85. Idem.
86. SUPREME COURT OF CALIFORNIA. *Caso People v. Humphrey*, n. S045985, de 29.08.1996. Disponível em: [law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/13/1073.html/]. Acesso em: 14.05.2019.
87. SUPREME COURT OF CALIFORNIA. *Caso People v. Brown*, n. S087243, de 12.07.2004. Disponível em: [caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1010198.html/]. Acesso em: 14.05.2019.

Os Tribunais da Califórnia também sustentaram que a síndrome da mulher agredida era aplicável apenas às vítimas que são abusadas física e psicologicamente por um longo período, assim, um único incidente violento, sem evidência de outro abuso físico ou psicológico, não seria suficiente para estabelecer que a mulher sofre da síndrome.[88]

3.1.2. Reino Unido

A primeira tentativa de utilização da síndrome da mulher agredida como tese de defesa no Reino Unido ocorreu no Caso Revina v. Kiranjit Ahluwalia[89], que tratava de mulher que, após ser regularmente agredida por seu marido, matou-o. Na apelação, a defesa argumentou que o juiz deveria ter orientado o júri a considerar o padrão de pessoa que sofria de "síndrome da mulher agredida". Tendo considerado novas provas médicas, o Tribunal de Recurso ordenou um novo julgamento com base no que as novas evidências mostraram, ou seja, que a ré sofria da síndrome da mulher agredida.

Esta decisão foi importante para a defesa das mulheres agredidas devido ao seu impacto no requisito de razoabilidade. Usando a doutrina parcial de provocação, o Tribunal considerou que as características psicológicas de uma mulher agredida poderiam ser úteis para o júri ao considerar os requisitos de legítima defesa e provocação. Ele permite que o júri considere os efeitos do abuso de longo prazo[90].

Já no caso Regina v. Charlton[91], a ré, após ameaças de abuso sexual e violência contra ela e sua filha praticadas por seu companheiro, matou-o enquanto estava algemado, vendado e amordaçado como parte de sua atividade sexual regular. Inicialmente foi condenada a cinco anos de prisão, sendo a pena reduzida para três anos e meio por causa das aterrorizantes ameaças feitas por seu companheiro. O Tribunal considerou que as ameaças criavam um medo genuíno para a segurança de si e para sua filha. Isso fez com que a ré perdesse o controle e fizesse o ataque feroz[92].

88. FAIR, Katie. Op. cit., p. 14.

89. ENGLAND AND WALES COURT OF APPEALS. *Caso Regina v. Ahluwalia*, n. 96 Cr App R 133, de 18.12.2008. Disponível em: [www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87a60d03e7f57ec1193/]. Acesso em: 14.05.2019.

90. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 7.

91. ENGLAND AND WALES COURT OF APPEALS. *Caso Regina v. Charlton*, n. EWCA Crime 415, de 02.03.1999. Disponível: [www.casemine.com/judgement/uk/5a938b3c60d03e5f6b82b901/]. Acesso em: 14.05.2019.

92. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 7.

3.1.3. Canadá

Um dos mais relevantes casos julgados no Canadá sobre o tema e que teve grande repercussão foi o Regina v. Lavalle[93]. A ré confessa foi processada por ter assassinato seu marido com um tiro atrás da cabeça. Sua defesa foi baseada na legítima defesa prevista na Seção 34 (2) do Código Penal do Canadá. No julgamento, o psiquiatra Dr. Fred Shane, ouvido como testemunha técnica da defesa, forneceu ao júri informações sobre os efeitos do abuso prolongado sobre as mulheres.[94] Neste julgamento, Lavallee foi absolvida. Entretanto, o julgamento foi anulado pelo Tribunal de Recurso de Manitoba, sob argumento de que o testemunho do Dr. Shane não deveria ter sido admitido. Na sequência a Suprema Corte do Canadá restaurou a absolvição de Lavallee, afirmando que o juiz de primeira instância havia admitido corretamente a evidência do Dr. Shane. A importância dessa decisão decorre de ter sido a primeira vez que um tribunal canadense autorizou a utilização de testemunho sobre a síndrome da mulher agredida como fundamento para legítima defesa por matar o parceiro agressor[95]. Aspecto importante da decisão foi a suspensão do requisito legal de iminência, não obrigando as mulheres esperarem a proximidade da agressão para que atuem em legítima defesa.[96]

Outro caso canadense de grande relevância é Regina v. Thornton[97]. Sara Thornton, vítima agredida pelo companheiro, teria sofrido ameaça dele no sentido de que a mataria enquanto dormisse. Psicologicamente abalada, supondo que seu parceiro poderia matá-la a qualquer momento, terminou por esfaqueá-lo. No julgamento terminou sendo condenada por assassinato, tendo o Tribunal rejeitado seu pedido sem considerar o argumento de que ela matou o companheiro

93. SUPREME COURT. *Caso Regina v. Lavallee*, n. 1 SCR 852, de 03.05.1990. Disponível em: [scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/599/index.do/]. Acesso em: 14.05.2019.
94. SHAFFER, Martha. The battered woman syndrome revisited: Some complicating thoughts five years after R. v. Lavallee. *The University of Toronto Law Journal*, v. 47, n. 1, 1997. p. 20.
95. TANG, Kwong-leung. Battered woman syndrome testimony in Canada: its development and lingering issues. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, v. 47, n. 6, 2003. p. 625.
96. ONO, Erika. Reformulating the use of battered woman syndrome testimonies in Canadian law: implications for social work practice. *Affilia*, v. 32, n. 1, 2017. p. 26.
97. COURT OF APPEAL FOR ONTARIO. *Caso Regina v. Thornton*, n. 1 WLR 1174, de 04.06.1993. Disponível em: [scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1012/index.do/]. Acesso em: 14.05.2019.

para se defender psicologicamente. No julgamento do recurso, mesmo sem apresentar novas evidências de que teria distúrbio de personalidade, o Tribunal de Recursos determinou um novo julgamento, considerando o fato de que, se a tese de defesa fosse baseada na síndrome da mulher agredida, disponível ao júri no julgamento original, o júri poderia ter chegado a uma decisão diferente[98].

Em R. v Margaret[99], a ré foi processada por homicídio em primeiro grau do marido. No julgamento, o testemunho técnico foi no sentido de que Malott sofria da síndrome da mulher agredida. Apesar disso, o júri considerou-a culpada de assassinato em segundo grau, mas recomendaram que ela recebesse a pena mínima devido à gravidade da síndrome[100]. Da condenação, Malott recorreu ao Tribunal de Recurso de Ontário e depois à Suprema Corte do Canadá, que negou provimento ao recurso, sendo, por fim, condenada à pena perpétua. Para Ono, a Suprema Corte perdeu a oportunidade, em R. v. Malott, de progredir na justificação dos atos de violência defensiva das mulheres agredidas, dadas as suas situações únicas e complexas. Em vez disso, a Corte perpetuou a natureza preconceituosa de gênero da lei.[101]

O julgamento em R. v. Ryan[102] envolvia acusação contra Nicole Doucet Ryan por ter negociado com um policial disfarçado para matar seu marido abusivo. O tribunal de primeira instância adotou uma visão mais ampla da defesa da coação (definida como pressão pela violência ou ameaça de violência exercida sobre uma pessoa para coagi-la a realizar um ato que de outra forma não realizaria)[103], tornando-a disponível para uma acusada quando sua conduta era moralmente involuntária. O Tribunal de Apelação da Nova Escócia confirmou a absolvição. Esta foi uma importante vitória legal no Canadá, pois a decisão estendeu os limites dos atos autodefensivos usando o testemunho técnico da síndrome da mulher agredida numa maneira que nunca havia sido reconhecida na jurisprudência

98. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 7.

99. SUPREME COURT. *Caso Regina v. Malott*, n. 25613, de 12.02.2012. Disponível: [scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1589/index.do/]. Acesso em: 14.05.2019.

100. ONO, Erika. Reformulating the use of battered woman syndrome testimonies in Canadian law: implications for social work practice. *Affilia*, v. 32, n. 1, 2017. p. 27.

101. ONO, Erika. Reformulating the use of battered woman syndrome testimonies in Canadian law: implications for social work practice. *Affilia*, v. 32, n. 1, 2017. p. 26.

102. SUPREME COURT. *Caso Regina v. Ryan*, n. 2013 SCC 3, de 18.01.2013. Disponível: [scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/12807/index.do/]. Acesso em: 14.05.2019.

103. WESTEN, Peter; MANGIAFICO, James. The criminal defense of duress: A justification, not an excuse–and why it matters. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 6, n. 2, 2003. p. 835.

canadense. O julgamento do tribunal baseou-se na decisão de R. v. Lavallee[104]. Entretanto, a promotoria recorreu ao *Standards Council of Canada* (SCC)[105], que entendeu não ser possível expandir a doutrina restritiva da defesa da coação, já que essa só estaria disponível em circunstâncias em que o acusado está diretamente ameaçado com o objetivo de forçar a prática de uma infração específica. Entretanto, entendeu que não seria justo submeter a ré a outro julgamento. Para Ono, a decisão do SCC foi um passo para trás ao restringir a utilização da coação como defesa em caso de síndrome da mulher agredida. Fica evidente que a decisão do SCC reforça o argumento de que o uso de evidências da síndrome da mulher agredida em sua forma atual precisa ser reformulado, pois é restritivo.[106]

4. A defesa penal baseada na síndrome da mulher agredida: apontamentos sobre as possibilidades existentes no Brasil

Como visto, o tema pesquisado é prática e academicamente inexplorado no Brasil. Não obstante a escassez de material para uma melhor articulação crítica, a legislação brasileira nos oferece uma série de oportunidades para que o debate se volte à síndrome da mulher agredida como tese defensiva plausível de excludente de responsabilidade em termos criminais no país. Na dogmática jurídico-penal, as circunstâncias nos levam a discutir questões relacionadas às causas de justificação da ilicitude, como a legítima defesa, sendo essa uma das mais lembradas, e o estado de necessidade, bem como também aquelas relativas à culpabilidade, como a inimputabilidade e a inexigibilidade de conduta diversa.

Ocorre que, em quaisquer das situações possíveis, as dificuldades de enquadramento no Código Penal têm sido imensas, sobretudo quando a conclusão a que se quer chegar é a de não responsabilização da mulher quando movida pela síndrome aqui enfocada, senão vejamos:

Se nos voltarmos à legítima defesa (art. 25), o problema residirá basicamente na interpretação sobre a atualidade da agressão. A maior parte dos casos, como dissemos, ocorre em situações em que os companheiros não estão realizando (ou na iminência de realizar) as agressões, o que aparentemente dificulta o enquadramento da ideia de que a mulher estaria reagindo a uma injusta agressão, atual ou iminente, ao seu direito à integridade física e psicológica.

104. ONO, Erika. Op. cit., p. 25.

105. O Conselho de Normas do Canadá é uma corporação federal da Coroa com o mandato de promover a padronização voluntária no Canadá, onde a padronização não é expressamente prevista por lei.

106. ONO, Erika. Op. cit., p. 25.

Entretanto, nesse contexto, não percamos de vista a perspectiva de Américo Taipa de Carvalho[107], de que "a delimitação do âmbito do conceito de actualidade da agressão depende, essencialmente, do fundamento e função da legítima defesa e do papel que a esta causa de justificação deve ser atribuído no quadro comparativo dos direitos de necessidade e/ou defesa". O autor alerta para o fato de que, "embora o problema da actualidade da agressão pareça não conter especiais dificuldades, a verdade, porém, é bem diferente". O termo, portanto, tem seu grau elevado de potencial controvérsia. Claus Roxin[108], por sua vez, chega a afirmar que a questão não é debatida, havendo pouca clareza sobre esse tema na atualidade.

O problema seria, portanto, sabermos quando exatamente começa a agressão e quando ela termina, para só então identificarmos se a mulher estaria atuando no âmbito desse intervalo, o que obviamente é problemático pelo fato de estarmos diante de situações em que, geralmente, como antevisto, a agressão sofrida pela mulher é repetida cotidianamente, normalmente sem hora certa para acontecer, muitas vezes dependente do estado de espírito do agressor.

Desse modo, o que mais tem atraído a atenção doutrinária nos casos em que a síndrome pode ser ventilada é o argumento da atualidade/iminência da agressão injustamente sofrida pela mulher, razão pela qual surgem também questionamentos sobre a viabilidade de uma legítima defesa antecipada, postergada ou até mesmo encarada como preventiva. Embora escasso, no debate preocupado em não se ater apenas ao teor literal da lei, há quem se aprofunde.

Se por um lado temos o próprio Américo Taipa de Carvalho[109], e com ele a maior parte da doutrina, posicionando-se contrariamente à admissão das mencionadas modalidades (incomuns, digamos) de legítima defesa, para quem, aliás, "a legítima defesa não poderá ser exercida antes de a agressão ser actual ou rigorosamente iminente"; por outro, é possível destacarmos Hartmut Suppert[110] e

107. TAIPA DE CARVALHO, Américo. *A legítima defesa* – da fundamentação teorético-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 266-268.

108. ROXIN, Claus. Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus? *GS-Zong Uk Tjong*, Tokio, Seibundo, 1985. p. 148.

109. TAIPA DE CARVALHO, Américo. *A legítima defesa* – da fundamentação teorético-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 269-270.

110. SUPPERT, Hartmut. *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*. Bonn: Röhrscheid, 1973. p. 356 e ss.

Hans-Ludwig Günther[111], ambos lembrados pelo mencionado autor português, para os quais as hipóteses ventiladas, de certa maneira, podem sim ser aceitáveis.

O fato é que, diante desse contexto de margem para interpretação do dispositivo legal em comento – isso porque focamos em uma única expressão indicativa da "atualidade" da agressão que se pretende repelir –, o instituto da legítima defesa, nos casos de argumentação com base na síndrome da mulher agredida, não pode (e nem deve) ser automaticamente descartado, como se de um absurdo dogmático se tratasse. Tal argumentação técnica, portanto, como se percebe, está muito longe de ser encarada como um absurdo. Não obstante, é evidente que esse tipo de interpretação, em que se permite um certo afastamento da literalidade do texto (o que não é propriamente raro), deve ocorrer com cautela para que não proliferem exageros.[112]

Além disso, também aqui pode ser aventada a possibilidade de utilização do estado de necessidade (art. 24), devendo-se impedir o seu descarte puro e simples em situações envolvendo a síndrome. Ainda que majoritariamente não se tenha admitido uma legítima defesa por conta de uma agressão futura (ainda que muitas outras tenham sido perpetradas pelo companheiro no passado recente, tornando-se uma rotina para a mulher), como colocado por Juarez Tavares,[113] é bem possível que "nesse caso, porém, dentro dos limites, poderá ser admitido um *estado de necessidade* justificante ou exculpante, porque se inexiste uma agressão atual ou iminente, isso não impede a existência de uma situação de necessidade" (g.n.).

Ora, dessa maneira, ainda com Juarez Tavares[114], "o que importa para caracterizar uma situação de necessidade é a existência de um perigo atual ao bem

111. GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß* – Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1983. p. 341 e ss.

112. Nesse sentido, aliás, sobre a possibilidade de certa antecipação exagerada da legítima defesa, alargando-se a ideia de atualidade/iminência da agressão, ainda que em outro contexto, recomenda-se: FROTA, Hidemberg Alves da. Análise dialética da legítima defesa antecipatória: o contraste entre a doutrina Bush e o direito internacional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 15, p. 11-31, abr./jun. 2005.

113. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 334.

114. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 334.

jurídico", atualidade essa assim considerada quando a "probabilidade de dano está presente", não havendo necessidade de uma efetiva agressão. Digamos, então, que o companheiro costume bater na mulher em dias de jogos do seu time preferido, e um desses dias se aproxima, sendo um jogo importante, de decisão de campeonato, por exemplo, em que certamente o companheiro será mais intenso no que costuma fazer, ou seja, agredir a mulher, levando-a a se antecipar à agressão.

Já no caso da inimputabilidade (art. 26), o problema é compartilhado mais estreitamente com a literatura que nos serviu de base para a construção dos capítulos anteriores. A síndrome não necessariamente retira por completo a capacidade de discernimento da mulher – embora sua influência, nesses casos, sirva como mecanismo de redução da pena –, no entanto, como consequência da ansiedade, dissociação, depressão e distúrbios do sono aumentados que lhes são gerados, que são sintomas comuns nesses casos (veja-se o que dissemos no item 2.2.), pode sim o seu estado emocional evoluir para uma situação que faça com que sua capacidade esteja completamente comprometida, impondo-se sua não responsabilização.

Por fim, no tocante à inexigibilidade de conduta diversa, embora não prevista textualmente de maneira mais ampla no Código Penal (art. 22), como circunstância vastamente admitida na doutrina, também é viável a sua utilização para o efeito da não responsabilização da mulher no contexto enfocado. Nesses casos, aliás, ainda com base em Juarez Tavares[115], diante da atmosfera de "tirania doméstica" criada pelo agressor, a possibilidade de não responsabilização poderia ter justificativa "a permanência do perigo e de uma situação antijurídica persistente".

O fato é que, embora existam controvérsias doutrinais a respeito, a questão aqui proposta sempre foi a de avaliar como racionalmente admissíveis (não descartáveis prontamente), especialmente em termos dogmáticos, os argumentos defensivos anteriormente expostos nos casos relacionados à síndrome enfocada. A resposta só pode ser positiva, uma vez que o que há de ser levado em consideração é a elasticidade dos termos utilizados pelo legislador (agressão, perigo, atualidade, iminência, enfim). Temos, portanto, instrumentos de não responsabilização, ou seja, de manutenção da liberdade e que otimizam a dignidade humana, sobretudo de mulheres em situações de vulnerabilidade não raramente

115. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 335. O autor faz menção à doutrina de Bernd Heinrich, que pode ser encontrada em: HEINRICH, Bernd. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 3. Aulf. Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

construída e mantida por seus próprios companheiros. Tais instrumentos, em ambiente que se pretende democrático, podem e devem ser utilizados para tais finalidades diante de circunstâncias que os justifiquem. Logo, se há alguma exigência de maior esforço argumentativo, esse, portanto, deveria partir de quem não quer permitir a utilização da síndrome da mulher agredida em uma eventual absolvição.

5. Considerações finais

Difícil não reconhecermos que a violência doméstica, sobretudo aquela contra as mulheres, não seja culturalmente difundida em diversas partes do mundo, em especial aqui no Brasil. Mesmo com um processo crescente de conscientização, os relatos dos casos que chegam ao aparelho de justiça criminal continuam nos impressionando. Embora sobrevivam, muitas delas não raramente experimentam um declínio nas habilidades que são extremamente necessárias para conquistar sua independência na comunidade.[116]

O fato é que, quanto mais tempo a mulher ficar em um relacionamento abusivo, maior será o preço físico e emocional que ela terá que pagar: depressão, ansiedade, desconfiança da capacidade de cuidar de si mesma, especulação sobre se o abuso é consequência de seu comportamento, enfim, ela, com frequência, sofre com o desamparo e se vê paralisada. Essas mulheres, subjugadas e torturadas, por vezes, supõem que devem matar ou ser mortas.[117]

Nesse contexto, como antevisto, a síndrome da mulher agredida é uma condição física e psicológica de uma mulher que sofreu abuso emocional, físico e/ou sexual de uma contraparte. Entender suas causas e consequências pode nos ajudar a compreender melhor e, muito especialmente, ajudar muitas mulheres a se protegerem de acusações criminais propostas diante de uma tentativa de escapar de uma relação abusiva.[118]

A doutrina e, muito especialmente, os tribunais precisam se debruçar sobre esse tema resistindo às influências patriarcais. O maquinário judicial é ainda baseado em conceitos que não refletem as experiências vividas de todas as pessoas,

116. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Battered woman syndrome: its repercussions and implications on women of the present era. *International journal of clinical and experimental medical sciences*, v. 1, n. 2, 2015. p. 7.

117. Idem.

118. KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Op. cit., p. 7.

como no caso das mulheres em relacionamentos abusivos[119]. Assim, para que um sistema legal represente todas as pessoas, incluindo todos os gêneros, é necessário que haja mudança legislativa que ainda se faz baseada no patriarcado e que estigmatiza as avaliações psicológicas da traumatização[120].

Entretanto, o reconhecimento da aplicação das excludentes que enumeramos (legítima defesa, estado de necessidade, inimputabilidade e inexigibilidade de conduta diversa) com base na síndrome não há de ser gracioso e, portanto, deve pressupor determinados requisitos. Para que sua utilização como instrumento legítimo e eficiente de defesa seja adequada, deve-se levar em consideração, tanto a situação psicológica da mulher agredida, quanto as suas circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas em que a violência vinha ocorrendo.

E, por fim, é preciso considerar ainda a situação da mulher agredida em uma sociedade patriarcal que, por vezes machista, e, como é evidente, precisa ser urgentemente reformulada.[121] É assombroso constatarmos, por exemplo, que na Inglaterra, não faz muito tempo, a lei tradicional encarava a mulher como uma propriedade pessoal do marido, sendo obstada responsabilização deste nos casos de agressão contra aquela.[122]

Desse modo, o que nos propusemos a fazer com a presente pesquisa foi analisar criticamente a incidência da síndrome da mulher agredida em diversas regiões do mundo, sobretudo para que se consiga compreender melhor suas consequências, além de passar sucintamente em revista alguns dos instrumentos de defesa técnica cuja natureza é basicamente remediativa, não resolvendo em definitivo o problema da violência contra as mulheres, mas nos permitindo perceber que existem razões dogmáticas plausíveis para que, sobretudo no território brasileiro, essas mulheres consigam se defender da maneira mais justa possível, não sendo vitimizadas novamente com a exclusão (como se de um absurdo se tratasse) de suas teses pela não responsabilização criminal por conta da síndrome da mulher agredida.

---

119. TANG, Kwong-leung. Battered woman syndrome testimony in Canada: its development and lingering issues. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, v. 47, n. 6, 2003, p. 620.

120. STARK, Evan. Re-presenting woman battering: From battered woman syndrome to coercive control. *Albany Law Review*, v. 58, n. 4, 1995. p. 978.

121. NIGAM, Shalu. Op. cit., p. 12.

122. WRIGHT, Nancy. The Voice for the Voiceless: The Case for Adopting the Domestic Abuse Syndrome for Self Defence Purposes for All Victims of Domestic Violence Who Kill Their Abusers. *American University Criminal Law Brief*, v. 4, 2009. p. 78.

6. Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. DSM. 3 ed. Washington D/C, 1980.

APPEL, Susan D. Beyond Self-Defense: The Use of Battered Woman Syndrome in Duress Defenses. *University of Illinois Law Review*, p. 955-980, 1994.

BASS, Alison. Women Far Less Likely to Kill Than Men; No One Sure Why. *The Boston Globe*, Boston, 24.02.1992.

CHAMPAIGN, Lauren. Criminal Law Chapter: Battered Woman Syndrome. *Georgetown Jpurnal of Gender and The Law*, v. 11, p. 59-60, 2010.

DODGE, Joy. Porter v. State: Appropriately Pushing the Limits of the Battered Spouse Syndrome Statute. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, Maryland, v. 18, n. 1, p. 235-254, 2018.

DOUGLAS, Mary Ann. The battered woman syndrome. In: *Domestic violence on trial*, 1987. p. 39-54.

DUTTON, Donald G.; PAINTER, Susan. The battered woman syndrome: Effects of severity and intermittency of abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 63, n. 4, p. 614-622, 1993.

FAIR, Katie. Battered Spouse Syndrome: A Comparative Regional Look at Domestic Abuse and Self-Defense in Criminal Courts. *Lincoln Memmorial University Law Review*, v. 5, p. 1-19, 2017.

FROTA, Hidemberg Alves da. Análise dialética da legítima defesa antecipatória: o contraste entre a doutrina Bush e o direito internacional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 15, p. 11-31, abr./jun. 2005.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß* – Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1983.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 3. Aulf. Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

HEMPHILL, Angel L. Spousal murder: A look at available defenses and their application from a feminist perspective. *Chitty's Law Journal and Family Lar Review*, v. 46, p. 1-8, 1998.

KHANNA, Disha; SACHDEVA, Ankush. Battered woman syndrome: its repercussions and implications on women of the present era. *International journal of clinical and experimental medical sciences*, v. 1, n. 2, p. 7-10, 2015.

MAIER, Steven F.; SELIGMAN, Martin E. Learned helplessness: theory and evidence. *Journal of experimental psychology*: general, v. 105, n. 1, p. 3-46, 1976.

NIGAM, Shalu. *Battered Women Syndrome*: Applying this Legal Doctrine in the Indian Context, 2016. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2819322]. Acesso em: 02.01.2019.

ONO, Erika. Reformulating the use of battered woman syndrome testimonies in Canadian law: implications for social work practice. *Affilia*, v. 32, n. 1, p. 24-36, 2017.

ROXIN, Claus. Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus? *GS-Zong Uk Tjong*, Tokio, Seibundo, 1985.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 89, p. 153-170, 2010.

SCHULLER, Regina; WELLS, Elisabeth; RZEPA, Sara; KLIPPENSTINE, Marc A. Rethinking battered woman syndrome evidence: The impact of alternative forms of expert testimony on mock jurors' decisions. *Canadian Journal of Behavioural Science,* v. 36, n. 2, p. 127-136, 2004.

SHAFFER, Martha. The battered woman syndrome revisited: Some complicating thoughts five years after R. v. Lavallee. *The University of Toronto Law Journal*, v. 47, n. 1, p. 1-33, 1997.

STARK, Evan. Re-presenting woman battering: From battered woman syndrome to coercive control. *Albany Law Review*, v. 58, n. 4, p. 973-1026, 1995.

SUPPERT, Hartmut. *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*. Bon: Röhrscheid, 1973.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *A legítima defesa* – da fundamentação teorético-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra, 1995.

TANG, Kwong-leung. Battered woman syndrome testimony in Canada: its development and lingering issues. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, v. 47, n. 6, p. 618-629, 2003.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

DIFELICE, Mary S. Legal responses to domestic violence. *Harvard Law Review*, v. 106, p. 1498-1620, 1993.

WALKER, Lenore EA. *The battered woman syndrome*. Nova York: Springer publishing company, 2016.

WALKER, Lenore E. *Terrifying love* – why battered women kill and how society responds. New York: Harper & Row, 1989.

WESTEN, Peter; MANGIAFICO, James. The criminal defense of duress: A justification, not an excuse–and why it matters. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 6, n. 2, p. 833-950, 2003.

WRIGHT, Nancy. The Voice for the Voiceless: The Case for Adopting the Domestic Abuse Syndrome for Self Defence Purposes for All Victims of Domestic Violence Who Kill Their Abusers. *American University Criminal Law Brief*, v. 4, p. 76-103, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher à luz da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, de Carla Fernanda de Marco – *RDCI* 44/62-73 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1109-1122 (DTR\2003\356);
- Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Fabiano Porto Francisco – *RT* 999/369-404 (DTR\2018\22792);
- 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); e
- Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? eis uma questão, de Wânia Pasinato Izumino – *RBCCrim* 70/321-360 e *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 1/777-809 (DTR\2008\732).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- *RT* 949/205 (JRP\2012\47666).

Criminologia *queer* no Brasil: a violência homotransfóbica entre a heteronormatividade e interseccionalidades

Queer criminology in Brazil: the homotransphobic violence between the heteronormativity and intersectionalities

Danler Garcia

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde foi bolsista FAPEMIG. Graduado em Direito pela mesma instituição, onde foi bolsista CNPq de iniciação científica por três anos.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6134828496489776].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0746-8805].
danler.garcia@hotmail.com

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Recebido em: 27.05.2020
Aprovado em: 30.11.2020
Última versão do autor: 03.12.2020

Áreas do Direito: Penal; Constitucional; Internacional

Resumo: O objetivo deste trabalho é refletir e ponderar acerca de uma criminologia *queer*, enquanto nova abordagem criminológica do século XXI, para o Brasil. Compreendendo que a criminologia *queer* é oriunda dos países da América do Norte, Europa e Austrália, isto é, países ocidentais, e em contrariedade a uma transportação acrítica e simplista de teorias, este trabalho entrelaça os estudos *queer* aos estudos do pós-colonialismo e da interseccionalidade/articulação para que tal criminologia *queer* seja viável e coerente com o histórico e a realidade nacional brasileira. Este trabalho, de cariz teórico e que se ancorou em pesquisa bibliográfica em estudos nacionais e estrangeiros, ao investigar a violência homotransfóbica, objeto de investigação elementar da criminologia *queer*, entende que tal violência no Brasil atrela-se a outras violências, como o preconceito de classe, o racismo e a

Abstract: The objective of this work is to reflect and ponder about queer criminology, as a new 21st century criminological approach, for Brazil. Understanding that queer criminology comes from the countries of North America, Europe and Australia, that is, western countries, and contrary to an uncritical and simplistic transportation of theories, this work interweaves queer studies with the studies of post-colonialism and the intersectionality/articulation for such queer criminology to be viable and coherent with the Brazilian national history and reality. This work, of a theoretical nature and which was based on bibliographic research in national and foreign studies, when investigating homotransphobic violence, an object of elementary investigation of *queer* criminology, understand that such violence in Brazil is linked to other violence, such as the prejudice of class, racism and misogyny,

misoginia, por exemplo. Assim, compreende-se que uma criminologia *queer* brasileira só será viável e coerente se contemplar o histórico e a realidade nacional, de modo que o entrelaçamento entre marcadores sociais da diferença de orientação sexual, identidade de gênero, raça, etnia, classe, entre outros, reverbera e materializa, diferencialmente, as vivências e experiências dos sujeitos em relação à vitimização e a seus vínculos com as instituições do sistema de justiça criminal no Brasil.

Palavras-chave: Teoria *queer* – Criminologia *queer* – Violência homotransfóbica – Pós-colonialismo – Interseccionalidade.

for instance. Thus, it is understood that a Brazilian queer criminology will only be viable and coherent if it contemplates the national history and reality, so that the intertwining of social markers of the difference in sexual orientation, gender identity, race, ethnicity, class, among others, differently reverberates and materializes the experiences of the subjects concerning victimization and their links with the institutions of the criminal justice system in Brazil.

Keywords: Queer theory – Queer criminology – Homotransphobic violence – Postcolonialism – Intersectionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria *queer*. 2.1. Criminologia *queer*. 2.2. *Queer* no Brasil: entre pós-colonialismos e interseccionalidades/articulações. 3. Violência homotransfóbica: para além da fobia, abjeção e ódio. 3.1. Violência homotransfóbica no Brasil: entre a violência pós-colonial e a violência interseccional/articulatória. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Emergente no século XXI, a criminologia *queer* aflora para, por intermédio das críticas arquitetadas pela teoria *queer*, evidenciar as vivências e experiências que *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais possuem quanto à violência *lato sensu* e aos seus vínculos com as instituições do sistema de justiça criminal. Assim, a criminologia *queer* investiga as instituições do sistema de justiça criminal por meio de um prisma crítico, verificando como essas instituições retroalimentam as violências que alvejam a vida daqueles que possuem orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas.

Não obstante ser uma abordagem criminológica oriunda dos países da América do Norte, Europa e Austrália – países ocidentais –, a criminologia *queer* aparenta originar fascínio às pesquisas brasileiras, a despeito dos ainda parcos e diminutos estudos teóricos e empíricos nacionais acerca dessa nova abordagem do universo da criminologia.

Haja vista que a criminologia *queer* é originária de países ocidentais, sua transportação, bem como importação, para o campo de estudos brasileiros reivindica reflexões e ponderações críticas que estejam em concordância com o histórico e a realidade nacional brasileira. A gênese e a história do Brasil

são singulares em virtude de sua colonização, escravidão e subsequente racismo, autoritarismos, subdesenvolvimento econômico e, contemporaneamente, um neoliberalismo e um neoconservadorismo que se atrelam e reverberam em hostilizações e violências. Assim, como seria viável uma criminologia *queer* brasileira? Compreende-se que o entrelaçamento de prismas teóricos é imprescindível para que uma criminologia *queer* brasileira seja viável e, por conseguinte, seja também viável e coerente o empreendimento de pesquisas acerca das vivências e experiências que *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais possuem no que concerne à violência, ao crime e às instituições do sistema de justiça criminal no Brasil.

O objetivo deste trabalho é arquitetar inspirações, reflexões e ponderações acerca dessa nova abordagem criminológica, isto é, a criminologia *queer*; contudo, em contrariedade a uma transportação acrítica e simplista de teorias, objetiva-se arquitetar reflexões acerca de uma criminologia *queer* em terrenos nacionais. Destarte, para alicerçar essa criminologia *queer* brasileira, este trabalho entrelaça os estudos *queer* aos estudos do pós-colonialismo e da interseccionalidade/articulação para que tal criminologia *queer* seja viável e coerente com o histórico e a realidade nacional.

Em vista disso, por compreender que a violência homotransfóbica é um objeto de investigação elementar para a criminologia *queer*, o presente trabalho empreende ponderações acerca da violência homotransfóbica, isto é, a violência contrária a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, violência contrária às orientações sexuais e às identidades de gênero não hegemônicas – orientações sexuais não heterossexuais e identidades de gênero não cisgêneros. Todavia, entende-se que essa violência homotransfóbica no Brasil, em razão do histórico nacional, atrela-se a outras violências, como o preconceito de classe, o racismo e a misoginia, por exemplo.

Concernente à metodologia, este trabalho, de cariz teórico, ancorou-se em pesquisa bibliográfica que recorreu a estudos críticos da criminologia, da sociologia, da antropologia e do direito acerca da problemática aqui contemplada, quer em estudos nacionais, quer em estudos estrangeiros. Enfim, no que diz respeito à estrutura, este trabalho se fragmenta em duas seções de desenvolvimento para além da introdução e conclusão. A segunda seção versa acerca dos estudos *queer*, aludindo à teoria *queer*, à criminologia *queer*, assim como aos estudos do pós-colonialismo e da interseccionalidade/articulação. A terceira seção versa acerca da violência homotransfóbica, refletindo e ponderando sobre as idiossincrasias de tal violência, assim como essa violência se materializa e se singulariza no Brasil.

2. Teoria *queer*

O que se compreende por *queer* emergiu como crítica à ordem sexual hegemônica e como corolário dos movimentos sociais norte-americanos da década de 1960, tais como o movimento negro, o movimento feminista de segunda onda e o movimento *gay*. Esses movimentos sociais são significativos por emergirem posteriormente ao movimento operário, bem como por contemplarem temáticas e problemáticas para além da desigualdade material e redistribuição econômica (MISKOLCI, 2017).

Ante a conjuntura norte-americana, na década de 1960, o vocábulo *gay* tornou-se uma preferência em confrontação com o vocábulo "homossexual", uma vez que *gays* e lésbicas se orgulhavam de suas orientações sexuais. Na década de 1970, a política de *gays* e lésbicas perfilhou uma política identitária, vale dizer, *gays* e lésbicas singularizavam-se como uma coletividade minoritária, mas que desejava lograr igualdade de direitos. A asserção dessa identidade pleiteava a delimitação de fronteiras sexuais, isto é, a asserção de uma identidade *gay* e lésbica era substancial para a coletividade, o que reverberou na imprescindibilidade de esses sujeitos "saírem do armário" (LOURO, 2018; SPARGO, 2017).

Todavia, a datar da década de 1980, a coletividade de *gays* e lésbicas tornou-se depreciada por privilegiar e representar os valores da classe média branca. Por conseguinte, travestis, transexuais, *gays* efeminados, lésbicas masculinizadas, sadomasoquistas, assim como todos os que não se portavam de maneira conservadoramente civilizada, estorvavam o cariz assimilacionista da política identitária. Se *gays* e lésbicas almejassem viver em igualdade em uma ordem social heteronormativa, esses mesmos sujeitos deveriam tornar-se iguais aos "normais", uma vez que seria supérfluo ostentar desejos e idiossincrasias transgressoras ante o *status quo*. Assim, à proporção que a política *gay* e lésbica lograva para si, vagarosamente, notoriedade e respeitabilidade, o ideal da identidade coletiva desmantelava-se mediante as disparidades intrínsecas da coletividade (SPARGO, 2017).

Com a emergência da Aids na década de 1980, a homofobia tornou-se mais violenta. À conjuntura norte-americana, houve uma negação estatal em reconhecer a emergência do fenômeno como temática de saúde pública. Por seu turno, a coletividade de *gays* e lésbicas, já fragilizada e fragmentada, estava ante uma nova problemática, visto que os discursos que deturpavam a Aids, evidenciando-a como "câncer *gay*", reverberavam em uma expansão da homofobia, o que tornou imprescindível reexaminar a política identitária. Dessa forma, engendraram-se novas coalizões entre *gays* e lésbicas, não mais alicerçadas na identidade, mas na transgressão, subversão e resistência às representações hostis que custavam a vida dos que tinham Aids (SPARGO, 2017).

A política identitária de *gays* e lésbicas, alicerçada na normatização e igualação aos valores heterossexuais, reverberava em um disciplinamento dos que não possuíam sexualidades hegemônicas. Uma vez que o intento dessa política era a extensão de direitos de igualdade e reconhecimento aos homossexuais, essa mesma política negligenciava a crítica a instituições, normas e leis perpetuadoras da homofobia. A política identitária retroalimentava as desigualdades que *gays* e lésbicas padeciam. Por conseguinte, esse paradigma político, para além de não complexificar a heterossexualidade, conferia a ela um *locus* cômodo e conveniente em que era a genuína e fidedigna sexualidade assente pela natureza e por Deus.

À vista disso, novas críticas emergiam. Se, na década de 1970, "sair do armário" era imprescindível para a coletividade de *gays* e lésbicas, a datar da década de 1990, tal política revelou seus equívocos. "Sair do armário" evidenciou-se não uma proclamação individual, mas um privilégio daqueles que possuíam capital material e simbólico para tanto, diferentemente dos que viviam em conjunturas mais austeras e violentas (MISKOLCI, 2011).

Em concordância com a teórica *queer* Eve Kosofsky Sedgwick (2007), o "armário", por ser onipresente, onisciente e onipotente na vida de *gays* e lésbicas, é um dispositivo heteronormativo de regulamentação e controle da vida desses sujeitos, uma vez que orquestra, normativamente, as fronteiras da sexualidade. É no ínterim do armário que há o robustecimento da heteronormatividade, visto que *gays* e lésbicas normatizados tornam a corporificar e performatizar o arquétipo heterossexual, o que reverbera na hostilização de travestis, transexuais, *gays* efeminados e lésbicas masculinizadas até mesmo pelos próprios homossexuais. Outrossim, a retórica de "sair do armário" possui armadilhas, pois estar fora do armário pode ser libertador, mas demanda o reconhecimento da centralidade da heterossexualidade como orientação sexual legítima. À vista disso, perpetua-se a marginalidade dos que ainda estão no armário, a violência contrária aos sujeitos não normatizados, assim como a hegemonia da heteronormatividade (JUNQUEIRA, 2012; MISKOLCI; PELÚCIO, 2012; SPARGO, 2017).

Para além desses empecilhos, a política identitária revelou-se um instrumento de ascensão de novos artifícios de controle social, quer pelo Estado, quer pelo mercado. Nesse sentido, em razão das representações socioculturais ideais de *gays* e lésbicas, empreendeu-se uma distintiva segmentação mercadológica em que "ser *gay* é consumir" (MISKOLCI, 2011).

Dessa maneira, valeria a pena tornar-se partícipe dos artifícios empreendedores e legitimadores de hostilização e violência? É sob esse prisma que o *queer* floresce em toda a sua robustez.

Queer, para o vernáculo inglês, é um xingamento, um insulto, como excêntrico e bizarro. A expressão foi apoderada e instrumentalizada pelo movimento *queer* norte-americano como resistência à "abjeção". Assim, movimento *queer* não é sinônimo de movimento homossexual, uma vez que ser *queer* é ser contrário à normatização, até mesmo à normatização empreendida pelo movimento *gay* e lésbico. *Queer* é a diferença que não almeja ser assimilada, visto que é transgressora (LOURO, 2018).

Enquanto política, o *queer* é contrário às reivindicações identitárias e assimilacionistas de *gays* e lésbicas, pois essas políticas, ao pleitearem uma identidade homossexual, reverberam em normatizações e essencialismos. Visto que para o *queer* nenhuma identidade é fixa, a política *queer* repreende as estratégias dos movimentos identitários que corroboram com as relações de poder empreendedoras de regulamentação e controle social. A política *queer* deseja desmantelar as identidades fixas de *gays* e lésbicas, uma vez que é uma política pós-identitária que almeja lograr liberdade e reconhecimento sem assimilação. Desse modo, em razão de sua potencialidade crítica e radical, a política *queer* interpela e renuncia todos os discursos normativos e identitários que delineiam arquétipos ideais de se viver.

À proporção que o movimento homossexual deseja inserir *gays* e lésbicas aos valores hegemônicos da ordem social, o movimento *queer* deseja defrontar e desmantelar esses mesmos valores. À medida que o movimento homossexual se alicerça na diversidade, compreendendo as relações de poder de maneira horizontal e se esquivando do conflito, o movimento *queer* alicerça-se na diferença e enfrenta essas mesmas relações de poder, compreendendo que o conflito é substancial em uma democracia. O movimento homossexual reivindica a diversidade e a tolerância; todavia, tolerar é diferente de reconhecer e respeitar o outro em sua totalidade, valorizando-o em sua singularidade. À vista disso, o movimento *queer* é contrário à retórica da diversidade, da tolerância e do multiculturalismo, uma vez que instrumentaliza a retórica da diferença para transmutar a ordem sexual hegemônica (MISKOLCI, 2017).

Enquanto teoria, o *queer* alicerça-se nos estudos críticos norte-americanos da década de 1990 que estão em contrariedade aos estudos de gênero e sexualidade que compreendem a homossexualidade como uma minoria sexual. Assim, teóricos *queer* interpelam o entendimento de que a maioria dos sujeitos são heterossexuais, pois, para a teoria *queer*, tanto a heterossexualidade quanto a homossexualidade são empreendimentos arquitetados por intermédio de relações de poder (MISKOLCI, 2017).

Os estudos chancelados sob a rubrica do *queer*, ainda que não corporifiquem ortodoxamente uma teoria, visto que não possuem um *corpus* sistematizado de

investigação, alicerçam-se em alguns juízos, tais como: 1) crítica à heteronormatividade; 2) crítica às identidades fixas; 3) crítica aos binarismos sexuais (heterossexual *versus* homossexual) e de gênero (masculino *versus* feminino); 4) crítica às normas e aos saberes que naturalizam e normatizam sexo, gênero e sexualidade; 5) crítica à condenação, à criminalização e à patologização das orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas; 6) notoriedade às múltiplas orientações sexuais e identidades de gênero; 7) notoriedade aos discursos de saber e poder; 8) notoriedade à diferença como princípio estruturante das subjetividades e vínculos sociais.

Concernente à heteronormatividade, Miskolci (2017) atesta a elementaridade de três categorias para os estudos *queer*, vale dizer, "heterossexismo", "heterossexualidade compulsória" e "heteronormatividade".

> "Heterossexismo é a pressuposição de que todos são, ou deveriam ser, heterossexuais. [...] A heterossexualidade compulsória é a imposição como modelo dessas relações amorosas ou sexuais entre pessoas do sexo oposto. [...] A heteronormatividade é a ordem sexual do presente, fundada no modelo heterossexual, familiar e reprodutivo. Ela se impõe por meio de violências simbólicas e físicas dirigidas principalmente a quem rompe normas de gênero. Em outras palavras, heterossexismo, heterossexualidade compulsória e heteronormatividade são três coisas diferentes, conceitos importantes que nos auxiliam a compreender a hegemonia cultural hétero em diferentes dimensões." (MISKOLCI, 2017, p. 47-48)

A heteronormatividade é a estrutura empreendedora e perpetuadora da ordem sexual hegemônica em que todos os sujeitos são arquitetados para serem heterossexuais, ou, ainda que sejam *gays* ou lésbicas, possuam o arquétipo da heterossexualidade em suas vidas. Os dispositivos heteronormativos – discursos, saberes e poderes –, para além de estruturarem as instituições, estruturam as subjetividades e os vínculos sociais. Destarte, *gays* e lésbicas normatizados também podem retroalimentar a heteronormatividade e a subsequente homotransfobia. Ora, a violência homotransfóbica não alveja igualmente todos os *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, uma vez que essa violência possui singularidades e hierarquias, hostilizando de maneira mais austera aqueles que não estão em conformidade com o ideal heteronormativo.

É sob esse prisma que a heteronormatividade empreende violências várias, tais como a violência interpessoal, a violência institucional e a violência simbólica. A violência interpessoal é arquitetada por intermédio de uma homotransfobia individual em que se deseja aniquilar a diferença de orientação sexual e identidade de gênero mediante atos de violência. Já a violência institucional é

arquitetada por intermédio de uma homotransfobia de Estado em que se deseja criminalizar a diferença, quer mediante a elaboração, interpretação e aplicação de normativas e legislações, quer mediante práxis violentas das instituições do sistema de justiça criminal. A violência simbólica, por sua vez, é arquitetada por intermédio de uma homotransfobia cultural em que se deseja corporificar discursos hostilizadores da diferença mediante uma gramática heteronormativa (CARVALHO, 2017b).

Outrossim, a teoria *queer* interpela os binarismos sexuais – heterossexual *versus* homossexual – e de gênero – masculino *versus* feminino – como estruturas estanques e reducionistas das orientações sexuais e identidades de gênero. A teoria *queer* compreende que os sujeitos estão para além dos binarismos "hétero-homo" ou "homem-mulher", uma vez que a subjetividade humana não é fixa e coerente, mas multiforme e enigmática, podendo transitar entre tais binarismos e para além destes. Visto que o *queer* objetiva contemplar viabilidades múltiplas de vivências e experiências no que concerne às orientações sexuais e identidades de gênero, desmantelam-se todas as identidades, binarismos e hierarquias empreendedoras de normatização e violência. Em contrariedade à fixidez, a fluidez torna-se uma idiossincrasia fulcral para o *queer*.

Por conseguinte, a teoria *queer* instrumentaliza as teorias e as abordagens pós-estruturalistas, entre elas a teoria do discurso, saber e poder de Michel Foucault. A tese de Foucault (2017) está ancorada no entendimento de que o sexo e a sexualidade são dimensões arquitetadas por meio de discursos. Para o autor, a datar do século XIX, não houve uma proibição de discursar acerca do sexo e da sexualidade, mas uma notória multiplicidade de discursos que instigaram o empreendimento de um saber acerca deles. A religião, o direito e a psiquiatria expandiram, reciprocamente, a condenação, a criminalização e a patologização das sexualidades não hegemônicas. Assim, mediante esses discursos que empreenderam saberes e, por conseguinte, poderes, intentou-se compreender, identificar, categorizar, hierarquizar, disciplinar e hostilizar os homossexuais. Isso posto, para Foucault, o homossexual e a homossexualidade são invenções do século XIX, ainda que esses sujeitos e essas práxis existam há milênios.

> "Por essa razão, o sexo e a sexualidade não são os efeitos das proibições repressivas que obstaculizariam o pleno desenvolvimento de nossos desejos mais íntimos, e sim o resultado de um conjunto de tecnologias produtivas (e não simplesmente repressivas). A forma mais potente de controle da sexualidade não é, logo, a proibição de determinadas práticas, mas a produção de diferentes desejos e prazeres que parecem derivar de predisposições naturais (homem/mulher, heterossexual/homossexual etc.), e que serão finalmente reificadas e

> objetivadas como 'identidades sexuais'. As técnicas disciplinadoras da sexualidade não são um mecanismo repressivo, e sim estruturas reprodutoras, assim como técnicas de desejo e de saber que geram as diferentes posições de sujeito de saber-prazer." (PRECIADO, 2017, p. 156)

Foucault (2017) assevera que os discursos acerca do sexo e da sexualidade integram-se aos corpos, reverberando na tese elementar da teoria *queer* de que o sexo e a sexualidade não são dimensões naturais ou biológicas da vida humana, mas dimensões que são arquitetadas por intermédio de relações de poder e que possuem gêneses históricas. Nessa perspectiva, não se intenta negar a materialidade ou as elementares naturais e biológicas do corpo, mas conferir notoriedade aos discursos e às instituições que corporificam o sexo e a sexualidade.

Dessa maneira, as políticas identitárias de *gays* e lésbicas que evidenciam e glorificam a dimensão da sexualidade são equivocadas, uma vez que a sexualidade não alude a nenhum estado de liberdade. A sexualidade é, verdadeiramente, um dispositivo histórico de poder que atua inserindo em cada sujeito uma identidade controlada pelo Estado e manejada pelo mercado. Logo, a desconstrução do sujeito e da sua identidade não reverbera em sua destruição, mas em sua libertação e emancipação dos discursos normatizadores que empreendem e perpetuam a sua subalternidade (MARIANO, 2005; MISKOLCI, 2011).

Outrossim, a tese de Foucault (2017) assevera a subsistência de um "discurso reverso", pois foi a partir desse discurso que se empreendeu as políticas identitárias. Os sujeitos que foram historicamente reputados como homossexuais e, por conseguinte, anormais, transmutaram essa anormalidade em discurso afirmativo identitário. Daí por que *gay* tornou-se uma preferência ao "homossexual" para o movimento *gay* e lésbico norte-americano da década de 1960, visto que a anormalidade historicamente conferida aos sujeitos homossexuais por intermédio de discursos, saberes e poderes foi evidenciada, por esses mesmos sujeitos, como orgulho e resistência *gay* (SPARGO, 2017).

Por seu turno, Judith Butler, a *queen queer*, é quem arquiteta uma teoria *queer* para o sexo, o gênero e a sexualidade. Na década de 1960, "gênero" era compreendido como uma dimensão social e cultural que se conferia ao "sexo", sendo este uma dimensão natural e biológica que, por seu turno, fundamentaria o gênero. Todavia, Butler (2016b) assevera que o binarismo sexo/natureza *versus* gênero/cultura é descabido, uma vez que não há sexo predecessor ao gênero. Portanto, não há disparidade entre sexo, gênero e sexualidade.

> "Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado 'sexo' seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez

> o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nula. Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido com a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos." (BUTLER, 2016b, p. 27)

Para Butler (2016b), visto que o corpo, outrora compreendido como natureza biológica fixa, é uma dimensão que se torna sexuada e generificada por intermédio de práxis discursivas, o gênero e a sexualidade não são mais compreendidos como extensões e prolongamentos da materialidade de um sexo natural/biológico. Fundamentando-se em Foucault, Butler argumenta que sexo, gênero e sexualidade são vetores de poder arquitetados mediante relações de poder, discursos normatizadores e artifícios simbólicos alicerçados em torno da heteronormatividade como norma hegemônica (MARIANO, 2005).

> "O corpo só ganha significado no discurso no contexto das relações de poder. A sexualidade é uma organização historicamente específica do poder, do discurso, dos corpos e da afetividade. Como tal, Foucault compreende que a sexualidade produz o 'sexo' como um conceito artificial que efetivamente amplia e mascara as relações de poder responsáveis por sua gênese." (BUTLER, 2016b, p. 162)

Assim que, ao nascer um sujeito, o médico atesta "é um menino" ou "é uma menina", empreende-se um ato fundacional. Esse ato não é tão somente descritivo, mas prescritivo, vale dizer, esse ato origina corpos, sexos, gêneros e sexualidades hegemônicas heteronormativas. Todavia, esse ato fundacional não está para todo o sempre consagrado, uma vez que essa nomeação demanda ser citada, recitada e reiterada incomensuráveis vezes e em conjunturas várias, ainda que inconscientemente, para que a materialização, a corporificação e a cristalização dessas normas arrematem-se. A esse procedimento de citação ininterrupta de discursos normatizadores nomencla-se "performatividade" (BENTO, 2017; LOURO, 2018). "[...] é a própria nomeação de um corpo, sua designação como macho ou como fêmea, como masculino ou feminino, que 'faz' esse corpo. O gênero é efeito de discursos. O gênero é performativo" (LOURO, 2016, p. 13).

> "[...] as normas regulatórias do 'sexo' trabalham de uma forma performativa para constituir a materialidade dos corpos e, mais especificamente, para materializar o sexo do corpo, para materializar a diferença sexual a serviço da consolidação do imperativo heterossexual. Nesse sentido, o que constitui a

> fixidez do corpo, seus contornos, seus movimentos, será plenamente material, mas a materialidade será repensada como o efeito do poder, como o efeito mais produtivo do poder. Não se pode, de forma alguma, conceber o gênero como um construto cultural que é simplesmente imposto sobre a superfície da matéria – quer se entenda essa como o 'corpo', quer como um suposto sexo. Em vez disso, uma vez que o próprio 'sexo' seja compreendido em sua normatividade, a materialidade do corpo não pode ser pensada separadamente da materialização daquela norma regulatória. O 'sexo' é, pois, não simplesmente aquilo que alguém tem ou uma descrição estática daquilo que alguém é: ele é uma das normas pelas quais o 'alguém' simplesmente se torna viável, é aquilo que qualifica um corpo para a vida no interior do domínio da inteligibilidade cultural." (BUTLER, 2018, p. 195-196)

Contudo, uma vez que o domínio do sexo, do gênero e da sexualidade é contingencial e dotado de ambivalência e volatilidade, citações e reiterações descontextualizadas da conjuntura hegemônica heteronormativa são viáveis. Essa fenda no procedimento hegemônico de empreendimento de sujeitos viabiliza agências, transgressões, subversões e ressignificações das normas hegemônicas de sexo, gênero e sexualidade. Destarte, o procedimento "malsucedido" empreendido por sujeitos que transgridem a lógica (hétero)normativa sexo-gênero-sexualidade, concomitantemente engendra performatividades *queer*, confere a esses mesmos sujeitos o cariz de seres "abjetos".

> "Ainda acompanhando Butler, nas reflexões sobre sexo, gênero e sexualidade, os sujeitos abjetos, ou seja, aqueles que não se enquadram nas categorias conhecidas, não seguem aquilo que a autora chama de 'gêneros inteligíveis', que 'são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo'. Assim, os 'gêneros inteligíveis', que funcionam predominantemente ainda hoje, se organizam segundo a lógica do 'tem pênis, logo é homem, masculino e deve sentir atração afetivo-sexual por mulheres (é heterossexual)', e 'tem vagina, logo é mulher, feminina e deve sentir atração afetivo-sexual por homens'. Nesse campo, tanto pessoas homossexuais, bissexuais, quanto intersexuais, travestis, transexuais e todas aquelas que quebram essa pressuposta continuidade podem ser consideradas abjetas. Creio que considerar essas pessoas como abjetas só seja possível quando o termo 'abjeto', como já dito anteriormente, é usado como sinônimo de desprezível, repulsivo, vil, horrível, incompreensível." (LEITE JÚNIOR, 2012, p. 561)

A multiplicidade de orientações sexuais e identidades de gênero desmantela o dogma sexual. Não há identidades fixas ou binarismos sexuais e de gênero, mas

uma variabilidade de subjetividades, o que reverbera na imprescindibilidade da não categorização e compartimentação de sujeitos. Não há uma natureza homem, mulher, heterossexual, homossexual, cisgênero ou transgênero, mas sujeitos sociais contextuados e contingenciais. "Essa plasticidade, a possibilidade de fazer gênero, de mudar a *performance* de acordo com os espaços sociais seria a própria 'essência' do gênero" (BENTO, 2011, p. 97, grifo do original).

Sob esse prisma, a teoria de Butler é, como a teoria *queer*, uma teoria pós-identitária.

> "Assim como a análise de Foucault sobre a implicação recíproca entre saber e poder na produção das posições do sujeito, a performatividade de gênero literalmente destrói a base dos movimentos políticos cujo objetivo é a libertação de naturezas reprimidas ou oprimidas, tanto de gênero quanto sexual, porém revela possibilidades de resistência e subversão encobertas pela política identitária." (SPARGO, 2017, p. 43-44)

À vista disso, ainda que não seja um *corpus* teórico ortodoxo, para a teoria *queer* alguns alicerces são substancias. A crítica e o subsequente desmantelamento da heteronormatividade, das identidades fixas, dos binarismos sexuais e de gênero, das normas e dos saberes que, para além de naturalizarem e normatizarem sexo, gênero e sexualidade, condenam, criminalizam e patologizam as diferenças são elementares. Por conseguinte, os estudos *queer* não investigam o porquê de os sujeitos transgredirem a ordem sexual hegemônica, mas os enquadramentos e os arranjos que normatizam, hierarquizam, controlam, hostilizam e violentam aqueles que possuem orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas, os seres abjetos. Portanto, ao investigar as estruturas e as instituições, a teoria *queer* evidencia as relações de poder, os discursos normatizadores, os artifícios simbólicos e os dispositivos históricos que materializam e corporificam o sujeito. Todavia, para além de desejar e reivindicar um ícone identitário, a teoria *queer* assevera, propositadamente, seu cariz sempre inconcluso.

2.1. Criminologia queer

Em concordância com Jordan Blair Woods (2014a, 2014b) e sua "teoria do homossexual desviante", a criminologia *queer* pode ser compreendida por intermédio de duas referências, vale dizer, a referência da delinquência e a referência da (in)visibilidade.

Mediante a referência da delinquência, a orientação sexual e a identidade de gênero foram investigadas pela criminologia até a década de 1970, em que a

homossexualidade – instrumentalizada tanto para orientação sexual quanto para identidade de gênero – era contemplada como desvio, sobretudo pela criminologia positivista e pela criminologia da reação social. Por conseguinte, mediante a referência da (in)visibilidade, a orientação sexual e a identidade de gênero foram invisibilizadas pela criminologia após a década de 1970, sobretudo pela criminologia crítica. Assim, a criminologia tem empreendido e perpetuado um *continuum* de abjeção acerca dos sujeitos que não possuem orientações sexuais e identidades de gênero hegemônicas (WOODS, 2014a, 2014b).

Groombridge (1999) e Sorainen (2003) entendem que a criminologia positivista compreendia o homossexual como pervertido sexual, criminoso; adiante, a criminologia da reação social compreendia o homossexual como desviante, *outsider*; ulteriormente, a criminologia crítica sequer compreendia esse sujeito. Sob esse prisma, Carvalho (2017b) atesta que o empreendimento científico da criminologia é ele mesmo homo[trans]fóbico.

Por seu turno, Cesare Lombroso – expoente da criminologia positivista –, em sua obra *O homem delinquente* (2016), assevera que os dementes morais, como delinquentes natos, poderiam possuir, entre outras idiossincrasias, perversões sexuais.

> "Os pederastas frequentemente de elevada cultura e talento (funcionários, mestres) [...] têm uma estranha necessidade de associar-se no delito e formar verdadeira congregação, que se reconhece, num olhar, ainda que viajando em país estrangeiro. [...] Menos estranho é ver como esses delinquentes, se forem de classes elevadas, amam os trabalhos e as roupas femininas. Os uniformes e a postura ornada de bijuterias, com os ombros descobertos e com cabelos encaracolados, se ligam aos maus hábitos. Também gestos esquisitos pela arte fazem recolher quadros, flores, estátuas, perfumes, quase extraindo por atavismo, junto com vícios e gostos da antiga Grécia. São muitas vezes honestos ao menos, e cônscios de serem culpados até ante si mesmos, lutam longamente com infames inclinações, lamentam-nas, deploram-nas e as escondem. Os de classe inferior amam a vida de baixo nível, preferem odores fortes, adotam nomes femininos e são o instrumento dos furtos mais vulgares, mais atrozes assassinatos e chantagens." (LOMBROSO, 2016, p. 140-141)

Outrossim, Lombroso (LOMBROSO; FERRERO, 2004), ao tratar da mulher delinquente, compreende as mulheres lésbicas como pervertidas sexuais, de maneira que as mulheres lésbicas seriam lésbicas tendo em vista as suas patologias biológicas – o hermafroditismo, que as impeliria ao comportamento masculino – e/ou patologias sociais – a prostituição, que as impeliria ao comportamento viril do criminoso e da prostituta.

> "Há evidentemente casos de hermafroditismo feminino em que, embora os órgãos sejam essencialmente femininos, há uma tendência congênita ao masculino. Tais casos constituem o núcleo do grupo de lésbicas. No entanto, o fato de podermos coletar apenas alguns desses casos em comparação às centenas de casos masculinos mostra que, entre as mulheres, até as tendências eróticas são menos acentuadas e demonstra novamente a escassez entre as mulheres de psicopatias sexuais. Além disso, explica por que entre as mulheres há uma menor variação: seu centro cortical tem muito menos influência no erotismo, dando-lhes menos oportunidades de ficar excitadas e, portanto, pervertidas. Por outro lado, circunstâncias como a prostituição incentivam o lesbianismo entre as mulheres mais do que a pederastia entre os homens. A maioria das lésbicas não são lésbicas nascidas, mas sim lésbicas ocasionais que tomam emprestadas as características viris do criminoso e da prostituta. Isso explica por que as lésbicas ocasionais são capazes de aturar, simular e inspirar o amor dos homens, tornando-a sua profissão exclusiva. Seria impossível para a verdadeira lésbica nata fazer isso, pois ela tem nojo de homens, assim como o pederasta tem nojo de mulheres." (LOMBROSO; FERRERO, 2004, p. 179-181, tradução livre)

Howard Becker – expoente da criminologia da reação social empreendedora da teoria do etiquetamento, *labelling approach*, que, alicerçando-se no internacionalismo simbólico enquanto teoria (micro)sociológica do século XX, empreendeu uma revolução paradigmática da ciência criminológica por desmantelar a sua ortodoxia –, em sua obra *Outsiders* (2008), assevera que os homossexuais são sujeitos desviantes.

> "O ingresso num grupo organizado tem várias consequências para a carreira do desviante. Antes de mais nada, os grupos desviantes tendem, mais que indivíduos desviantes, a racionalizar sua posição. Num extremo, eles desenvolvem uma justificativa histórica, legal e psicológica muito complicada para a atividade desviante. A comunidade homossexual é um bom exemplo. Revistas e livros publicados por homossexuais para homossexuais incluem artigos sobre homossexuais famosos na histórica. Contêm artigos sobre biologia e a fisiologia do sexo, destinados a mostrar que a homossexualidade é uma resposta sexual 'normal'. Incluem artigos jurídicos, reivindicando liberdades civis para os homossexuais. Tomado em conjunto, esse material fornece uma filosofia operacional para o homossexual, explicando-lhe por que ele é como é, que outras pessoas também foram assim, e por que está certo ser assim. A maior parte dos grupos desviantes tem uma fundamentação autojustificadora (ou 'ideologia'), embora raramente tão bem-elaborada quanto a dos homossexuais." (BECKER, 2008, p. 48)

Por conseguinte, a criminologia crítica de matriz romano-germânica, arquitetada por criminólogos como Alessandro Baratta (2011), por exemplo, instrumentalizava tão somente o marcador social da diferença de classe mediante um prisma marxista detentor de uma metodologia materialista. O prisma marxista e a metodologia materialista compreendiam as instituições do sistema de justiça criminal como instituições que retroalimentavam as desigualdades socioeconômicas, empreendendo, portanto, violência e seletividade institucionais. Dessa forma, não obstante sua notoriedade, a criminologia crítica negligenciava múltiplos marcadores sociais da diferença para além da classe, como raça, etnia, nacionalidade e, outrossim, gênero e sexualidade. À vista disso, ao fim do século XX e início do século XXI, emergem novas problemáticas e novas criminologias, como a criminologia *queer*.

Uma das viáveis razões pela qual o homossexual e a homossexualidade não foram mais contemplados pela criminologia a datar da década de 1970 é porquanto a homossexualidade, em 1973, deixou de ser compreendida como transtorno mental pelo DSM – *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* – da Associação Americana de Psiquiatria.

Por seu turno, a criminologia *queer* emerge a datar dos anos 2000 e se estabiliza de maneira mais categórica a datar dos anos 2010, mormente no ano de 2014 por intermédio de duas obras, o volume especial 22 da revista internacional *Critical Criminology*, editado por Matthew Ball, Carrie L. Buist e Jordan Blair Woods (2014), e o *Handbook of LGBT communities, crime, and justice*, editado por Dana Peterson e Vanessa R. Panfil (2014).

A criminologia *queer* pode ser entendida como uma abordagem criminológica que objetiva evidenciar as vivências e experiências que *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais possuem no que concerne à violência *lato sensu* e a seus vínculos com as instituições do sistema de justiça criminal. Assim, almeja-se transportar os holofotes e conferir luz aos que outrora foram compreendidos como desviantes e, ulteriormente, foram invisibilizados pela criminologia.

Alicerçando-se na teoria *queer*, a criminologia *queer* investiga as instituições do sistema de justiça criminal por meio de um prisma crítico, verificando a heteronormatividade, as identidades fixas e os binarismos sexuais e de gênero intrínsecos a essas instituições. Uma vez que as instituições do sistema de justiça criminal instrumentalizam dispositivos de regulamentação e controle das diferenças sexuais e de gênero mediante uma violência institucional homotransfóbica, a criminologia *queer* não intenta reestruturar essas instituições, mas desmantelá-las (BUIST; LENNING, 2015; BUIST; LENNING; BALL, 2018).

> "[...] criminologia *queer* é mais do que simplesmente adicionar sexualidade ou identidade de gênero como variáveis independentes para pesquisa [...] sexualidade e gênero são usados como armas do Estado para controlar o comportamento daqueles que não se enquadram na norma social." (BUIST; LENNING, 2015, não paginado, tradução livre)

A criminologia *queer*, mais do que tão somente inserir *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais à investigação criminológica, enfrenta as normatizações intrínsecas às instituições do sistema de justiça criminal. Ao investigar esses sujeitos, complexifica as identidades sem naturalizá-las ou essencializá-las, compreendendo que o universo *queer* é um universo de performatividades, representações e fluidez, e não um universo de identidades fixas, estanques e herméticas. Desse modo, a criminologia *queer* objetiva a inserção desses sujeitos na investigação criminológica sem normatizá-los.

À vista disso, a criminologia *queer* pode ser contemplada como uma "criminologia alternativa crítica", pois se contrapõe à ortodoxia epistemológica, assim como se contrapõe às compreensões acríticas acerca do universo da violência, do crime e do controle social, compreendendo-os alternativa, crítica e radicalmente (CARLEN, 2017).

A criminologia *queer* confere luz à violência homotransfóbica – objeto de investigação deste trabalho. No universo da vitimização, progride-se de um paradigma da invisibilização para um paradigma da singularidade da homotransfobia. Nesse sentido, ao investigar a violência homotransfóbica, deseja-se compreender a homotransfobia institucional inserida na ordem social, nas normativas e legislações, bem como nas práxis institucionais.

> "[...] a possibilidade de uma criminologia *queer* emergiria apenas no momento em que a disciplina criminológica tomasse como um dos seus temas de análise a *violência homofóbica* e os *crimes de ódio* com a mesma intensidade (não na mesma perspectiva, logicamente) com a qual os primeiros criminólogos (criminologia positivista) analisaram a homossexualidade como delito, patologia ou fenômeno desviante." (CARVALHO, 2017b, p. 221, grifos do original)

Por seu turno, Matthew Ball (2014a, 2014b, 2016a) atesta três abordagens acerca da investigação e compreensão da criminologia *queer*. A primeira abordagem investiga problemáticas concernentes a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais no que diz respeito à violência e às instituições do sistema de justiça criminal, quer como vítimas, quer como infratores. Aqui, o *queer* representa uma categoria identitária em que tão somente integra esses sujeitos à pesquisa criminológica, desejando empreender reestruturações às instituições do sistema

de justiça criminal, expandindo-as e recrudescendo-as, o que reverbera no robustecimento da heteronormatividade.

A segunda abordagem também investiga problemáticas concernentes a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais no que tange à violência e às instituições do sistema de justiça criminal, quer como vítimas, quer como infratores; todavia, instrumentaliza as ponderações da teoria *queer* por intermédio da crítica à heteronormatividade, às identidades fixas e aos binarismos sexuais e de gênero intrínsecos à ordem social e às instituições do sistema de justiça criminal. Aqui, o *queer* compreende que a governança da sexualidade e do gênero está no ínterim do próprio Estado, deslegitimando a reestruturação, a expansão e o recrudescimento das instituições do sistema de justiça criminal. Assim, essa segunda abordagem possui críticas às legislações que criminalizam a homotransfobia, uma vez que essas leis compreendem a violência homotransfóbica tão somente por intermédio de um prisma interpessoal, desatentando-se da violência estrutural e institucional. Ora, como legitimar um sistema de justiça criminal que, em razão da sua intrínseca seletividade – outrora já desnudada pela criminologia crítica da década de 1970 –, salvaguarda uns e violenta outros?

Contudo, Ball (2014a, 2014b, 2016a) empreende críticas às duas abordagens, visto que, concomitantemente a primeira naturaliza, essencializa e binariza as identidades, a segunda, ainda que sofisticada, é limitada por conferir luz tão somente a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, não instrumentalizando a potencialidade crítica e radical do *queer* para todos os sujeitos abjetos detentores de vidas precárias.

Sob esse prisma, Ball (2014a, 2014b, 2016a) arquiteta uma terceira abordagem acerca da investigação e compreensão da criminologia *queer*. A terceira abordagem está para além da investigação de problemáticas concernentes a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, uma vez que aqui o *queer* representa um verbo detentor de potencialidade desconstrutiva ilimitada. Investigar-se-á a vida de todos os sujeitos abjetos detentores de vidas precárias, visto que, se *queer* é contrário às normatizações, não deve circunscrever-se a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. Outrossim, em concordância com a segunda abordagem, deslegitima a reestruturação das instituições do sistema de justiça criminal, suas expansões e recrudescimentos, pois compreende que a emancipação dos sujeitos não ocorrerá por intermédio da legitimação de políticas estatais.

Isso posto, Ball (2019) assevera que o Estado não é neutro, mas empreendedor de violências. Para o autor, a asserção de direitos de reconhecimento a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais por intermédio das instituições e representações políticas do Estado corroborou com a inserção desses sujeitos à

tutela estatal. À proporção que as orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas foram, paulatinamente, inseridas sob a tutela do Estado, esse mesmo Estado engendrou o disciplinamento, a domesticação e a subserviência desses mesmos sujeitos à sua ordem. Assim, a criminologia *queer* deve, para além de negar a reestruturação das instituições do sistema de justiça criminal, criticar as instituições estatais como dispositivos que perpetuam e robustecem a regulamentação e o controle da vida desses sujeitos.

Ora, por intermédio de uma abordagem *queer*, fazem-se críticas à instrumentalização das estruturas estatais e das instituições do sistema de justiça criminal para criminalizar a violência homotransfóbica e tutelar a vida de *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. Uma vez que *queer* é, entre outros, uma interpelação à normatização, contemplando as normatizações oriundas dos dispositivos heteronormativos estatais, instrumentalizar as instituições do sistema de justiça criminal é crer no Estado como o próprio ator da normatização e da violência homotransfóbica.

Os artifícios jurídico-penais, para além de serem heteronormativos, não modificam as estruturas, visto que instrumentalizar o direito penal simboliza conferir à heterossexualidade e à cisgeneridade uma "zona de conforto", não as complexificando. Desse modo, para enfrentar a violência homotransfóbica, relega-se a heterossexualidade e a cisgeneridade no cômodo discurso de que são orientações sexuais e identidades de gênero legítimas e naturais, outorgadas pela biologia e por Deus. Todavia, para os estudos *queer*, a homotransfobia só poderá findar-se quando a heteronormatividade, a heterossexualidade e a cisgeneridade, como orientações sexuais e identidades de gênero normativas e compulsórias, forem interpeladas e complexificadas em âmbito estrutural (COLLING, 2011).

> "Para uma perspectiva *queer*, enquanto a heterossexualidade não for problematizada como uma imposição, como uma construção, a homofobia e a falta de respeito à diversidade sexual e de gênero não vão acabar. Portanto, nossas políticas e estratégias não podem apenas afirmar identidades homossexuais, mas também problematizar constantemente as identidades heterossexuais." (COLLING, 2011, p. 15)

Sob esse prisma, Miskolci (2011) atesta que as reivindicações do movimento LGBT brasileiro poderiam contrapor-se às demandas por criminalização e asserção identitária para, dessa forma, replicar a violência institucional, transmutando a experiência da violência homotransfóbica em poder político de agência e resistência, assim como interpelando as normativas hegemônicas sexuais e de gênero.

> "Ao contrário de outras experiências históricas e nacionais, no Brasil, o movimento tem encontrado seu denominador comum em uma agenda anti-homofobia, não apenas na obtenção de direitos a partir de modelos oferecidos pelo Estado. A luta anti-homofobia poderia sofisticar-se e voltar-se contra o heterossexismo institucional efeminofóbico que ainda permite que a experiência de ser chamado, leia-se, ser xingado de bicha, *gay*, sapatão, travesti, anormal ou degenerad@ seja a experiência fundadora da descoberta da homossexualidade ou do que nossa sociedade ainda atribui a ela, o espaço da humilhação e do sofrimento. Ao invés de transformar a experiência da discriminação em força política de resistência e questionamento da heteronormatividade, parece mais forte, no contexto brasileiro, a manutenção de uma perspectiva que busca conciliar a armadilha identitária da qual o movimento parece não saber sair. Daí a estratégia que subdivide a homofobia nas chamadas transfobia, homofobia, lesbofobia, apelando para a proteção e a tolerância de identidades ao invés de problematizar as normas sexuais e, sobretudo, as de gênero." (MISKOLCI, 2011, p. 48)

Destarte, uma vez que a violência homotransfóbica está para além de ser uma violência interpessoal, pois é estrutural e oriunda de uma ordem sexual hegemônica e heteronormativa, a criminalização da homotransfobia não reverbera em efeitos profundos concernentes à atenuação dessa violência, sobretudo ao desmantelamento da heteronormatividade. Para além de uma criminalização, deve-se:

> "[...] desconstruir o processo pelo qual alguns sujeitos se tornam normalizados e outros marginalizados, tornando evidente a heteronormatividade, demonstrando o quanto é necessária a constante reiteração das normas sociais regulatórias a fim de garantir a identidade sexual legitimada. [...] Pôr em questão as classificações e os enquadramentos." (LOURO, 2018, p. 46)

Todavia, interpelações são substanciais. A teoria e a criminologia *queer* têm sido arquitetadas nos países da América do Norte, Europa e Austrália – países ocidentais. Ora, a gênese e a história do Brasil são singulares em virtude de sua colonização, escravidão e subsequente racismo, autoritarismos, subdesenvolvimento econômico e, contemporaneamente, um neoliberalismo e um neoconservadorismo que se atrelam e reverberam em hostilizações e violências. Assim, como transportar uma teoria e uma criminologia *queer*, não só para investigar a violência homotransfóbica no Brasil mas também para essa mesma realidade brasileira de modo geral?

2.2. Queer *no Brasil: entre pós-colonialismos e interseccionalidades/articulações*

Ante a conjuntura brasileira, os marcadores sociais da diferença de gênero, sexualidade, raça, etnia e classe articulam-se de maneira singular em razão do

histórico de colonização, escravidão, assim como das suas heranças e reminiscências no país. Desse modo, se as vivências e experiências no Brasil são díspares das conjunturas dos autores da teoria *queer* e da criminologia *queer*, em contrariedade a uma transportação acrítica e simplista de teorias, "temos que construir e afinar nossas próprias ferramentas conceituais e teóricas, justamente para pensar essa realidade particular" (PELÚCIO, 2012, p. 413). Se há uma multiplicidade de problemáticas que devem ser investigadas em conformidade com a sua conjuntura e singularidade, "deve-se fomentar a coexistência, muitas vezes tensa, de inúmeras perspectivas teóricas que auxiliem em sua compreensão" (CARVALHO, 2017b, p. 223).

Por intermédio dessa compreensão e da singular conjuntura brasileira, a teoria *queer* e a criminologia *queer* podem ser atreladas às teorias do pós-colonialismo e da interseccionalidade/articulação.

A nomenclatura "pós-colonialismo" possui duas compreensões distintivas. A primeira compreensão concerne ao lapso histórico-temporal subsequente aos procedimentos de descolonização das nações do "terceiro-mundo", vale dizer, procedimentos de independência, libertação e emancipação dos países dominados pelo colonialismo, neocolonialismo e imperialismo europeu. A segunda compreensão concerne à congregação de abordagens teóricas florescidas a datar da década de 1980, mormente os estudos culturais das universidades norte-americanas e britânicas (BALLESTRIN, 2013).

Como teoria, o pós-colonialismo congrega uma multiplicidade de abordagens que conferem notoriedade às contemporâneas heranças e reminiscências coloniais que integram o poder e o saber contemporâneos. Os estudos pós-coloniais compreendem que, apesar do fim da ordem colonial oficial e de suas administrações políticas, se perdura, contemporaneamente, uma dominação colonial político-econômica e sociocultural que reflete o vínculo colonizador-colonizado. À vista disso, o prefixo "pós" não prognostica um "depois" (MIGLIEVICH-RIBEIRO, 2017).

Os estudos chancelados sob a rubrica do pós-colonialismo compreendem que a modernidade – ocidental, eurocêntrica e iluminista –, ao arquitetar os protótipos de liberdade, igualdade, emancipação e cidadania – categorias árduas para o iluminismo –, empreendeu, concomitantemente, a aniquilação de povos não europeus. Por conseguinte, critica-se a metanarrativa dessa modernidade hegemônica que se alicerçou na hostilização e violência de múltiplas vidas e modernidades para além da Europa, reputando-as como "outros" subalternos (MIGLIEVICH-RIBEIRO, 2017).

Ora, em uma ordem social colonizada em que o Estado é estrangeiro, o mercado possui seres humanos como mercadorias – escravos –, a comunidade é

aniquilada em razão de um capitalismo, assim como essa mesma comunidade é suplantada por colonos e seus descendentes, não há que se asseverar civilização, mas incontestável violência genocida (SANTOS, 2008).

Stuart Hall, representante célebre dos "Estudos Culturais Britânicos" e do pós-colonialismo, assevera que:

> "Na narrativa reencenada do pós-colonial, a colonização assume o lugar e a importância de um amplo evento de ruptura histórico-mundial. O pós-colonial se refere à 'colonização' como algo mais do que um domínio direto de certas regiões do mundo pelas potências imperiais. Creio que significa o processo inteiro de expansão, exploração, conquista, colonização e hegemonia imperial que constitui a 'face mais evidente', o exterior constitutivo, da modernidade capitalista europeia e, depois, ocidental, após 1492. Essa renarração desloca a 'estória' da modernidade capitalista de seu centramento europeu para suas 'periferias' dispersas em todo o globo; a evolução pacífica para a violência imposta [...]." (HALL, 2003, p. 112-113)

Por seu turno, concernente à concatenação entre pós-colonialismo e teoria *queer*, há similitudes entre as teorias, uma vez que ambas as teorias instrumentalizam a abordagem teórico-filosófica pós-estruturalista. Assim, visto que os binarismos coloniais arquitetam, na esfera discursiva, e legitimam, na esfera política, uma hierarquização entre o ocidente e o "outro", o pós-colonialismo desmantela os binarismos coloniais arquitetados pela modernidade ocidental, reexaminando a diferença colonial sem recorrer à falácia das dicotomias modernas: "eu-outro", "ocidente-oriente", "norte-sul", "metrópole-colônia", "colonizador-colonizado" etc. À vista disso, as categorias binárias "colonizador-colonizado" tornam-se interpenetráveis, obscurecendo-se e se fusionando (MIGLIEVICH-RIBEIRO, 2017).

> "O termo [pós-colonial] se refere ao processo geral de descolonização que, tal como a própria colonização, marcou com igual intensidade as sociedades colonizadoras e as colonizadas (de formas distintas, é claro). Daí a subversão do antigo binarismo colonizador/colonizado na nova conjuntura. De fato, uma das principais contribuições do termo 'pós-colonial' tem sido dirigir nossa atenção para o fato de que a colonização nunca foi algo externo às sociedades das metrópoles imperiais. Sempre esteve profundamente inscrita nelas – da mesma forma como se tornou indelevelmente inscrita nas culturas dos colonizados. [...] As diferenças entre as culturas colonizadora e colonizada permanecem profundas. Mas nunca operam de forma absolutamente binária, nem certamente o fazem mais." (HALL, 2003, p. 108)

As similitudes entre pós-colonialismo e teoria *queer* vão além. O pós-colonialismo compreende que racismo e sexismo são dimensões intrínsecas à colonialidade,

o que, historicamente, reverberou em uma "racialização", "generificação" e "sexualização" dos corpos. Com isso em mente, o pós-colonialismo confere ao *queer* a compreensão da subsistência de um poder que corporifica o gênero e a sexualidade articulados à raça, repercutindo na naturalização das hierarquias raciais e sexuais. Por seu turno, o *queer* revela ao pós-colonialismo como a história e a lógica da colonialidade é masculina e heterossexual. Assim, se os corpos da colônia são racializados, generificados, sexualizados e, por conseguinte, abjetos, vale dizer, se há uma racialização do sexo e uma sexualização da raça que arquiteta seres abjetos, não há como atuar em contrariedade à colonialidade olvidando-se dos corpos *queer*. Na América Latina, se gênero e sexualidade atrelam-se à história pós-colonial e, por conseguinte, à raça, aqui, ser *queer* é igualmente ser pós-colonialista (MISKOLCI, 2009; PELÚCIO, 2012; PEREIRA, 2015).

> "[...] os processos normalizadores sempre operaram interseccionalmente tendo as categorias raça e sexualidade como eixo formador simultâneo de identidades hegemônicas e subalternas. O processo integrado de sexualização da raça e racialização do sexo expõe a normalização que caracteriza a história de sociedades pós-coloniais, em especial as que convivem com o legado da escravidão como o Brasil e os Estados Unidos. Nestes países, cada um com suas especificidades, o imperativo nacional de constituição de uma comunidade imaginária resultou em formas distintas e aparentemente contraditórias de organização social, por meio da regulação da sexualidade. O sexo é o principal meio de articulação entre indivíduo e sociedade, daí ter sido o foco dos dispositivos reguladores das relações 'raciais', entre classes e com o 'estrangeiro'. Em outras palavras, não há questão sobre nacionalidade que não se confunda com raça e sexualidade." (MISKOLCI, 2009, p. 176)

Nesse sentido, para o pós-colonialismo a instrumentalização de abordagens teóricas que contemplam, de maneira conjuntural e relacional, as articulações entre marcadores sociais da diferença, é substancial. Logo, os marcadores sociais da diferença, como categoriais de diferenciação que transpassam o social, quando congregados e articulados, reverberam em vivências e experiências na vida dos sujeitos (PISCITELLI, 2008, 2012, 2013).

Em concordância com Avtar Brah (2006; BRAH; PHOENIX, 2004), as articulações entre os marcadores sociais da diferença – gênero, sexualidade, raça, etnia, classe, nacionalidade, religião etc. – devem ser compreendidas como relações conjunturais, dinâmicas e relacionais, que se articulam em conjunturas historicamente distintivas. Dessa forma, deve-se atentar não somente para as (micro) subjetividades mas também para as (macro)estruturas para compreender as dinâmicas de poder e as diferenciações sociais que singularizam as vidas dos sujeitos.

> "Nosso gênero é constituído e representado de maneira diferente segundo nossa localização dentro de relações globais de poder. Nossa inserção nessas relações globais de poder se realiza através de uma miríade de processos econômicos, políticos e ideológicos. [...] Cada descrição está referida a uma condição social específica. Vidas reais são forjadas a partir de articulações complexas dessas dimensões. [...] articulação não é a simples junção de duas ou mais entidades discretas. Melhor, é um movimento transformador de configurações relacionais. A procura por grandes teorias que especifiquem as interconexões entre racismo, gênero e classe foi bem menos do que produtiva. Melhor construí-las como relações historicamente contingentes e específicas a determinado contexto. Daí que podemos focalizar um dado contexto e diferenciar entre a demarcação de uma categoria como objeto de discurso social, como categoria analítica e como tema de mobilização política, sem fazer suposições sobre sua permanência ou estabilidade ao longo do tempo e do espaço." (BRAH, 2006, p. 341-353)

É sob esse prisma que Mason (2002) assevera que distintos marcadores sociais da diferença atuam mutuamente, de maneira articulada e em simultaneidade, nas vivências e experiências da violência homotransfóbica. Destarte, para a autora, gênero, sexualidade, raça e classe, por exemplo, ao atuarem em articulação em uma conjuntura distintiva, empreendem violências homotransfóbicas díspares a partir das diferenciações e assimetrias entre *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais.

Em concordância com Junqueira (2007, p. 155-159):

> "No âmbito da construção social dos corpos, a ordem da sexualidade não se constitui isoladamente, mas ao sabor das dinâmicas das posições e oposições que organizam todo o mundo social. Desse modo, marcadores identitários relativos a 'sexo', 'gênero', 'orientação sexual', não se constroem separadamente e sem fortes pressões sociais concernentes a outros marcadores sociais, como 'cor', 'raça', 'etnia', 'corpo', 'idade', 'condição físico-mental', 'classe', 'origem' (social, geográfica, etc.), entre outros. Por isso, tanto estes quanto aqueles não poderiam ser tomados de maneira isolada e sem levar em consideração os contextos de produção de seus significados, os múltiplos nexos que estabelecem entre si e os mútuos efeitos que produzem. [...] E mais: imbricadas, homofobia e heteronormatividade, à medida que se articulam de modo dinâmico e múltiplo com as lógicas relativas ao sexismo, à misoginia, ao racismo, à xenofobia etc., parecem adquirir maiores potência, capilaridade e capacidade de atualização, elementos indispensáveis para que a hegemonia urdida em torno delas ganhe eficácia, magnitude e produza ulteriores efeitos."

À vista disso, ante a realidade brasileira, como corolário do histórico de colonização, escravidão e das suas hodiernas heranças e reminiscências coloniais,

os marcadores sociais de gênero, sexualidade, raça, etnia e classe não atuam em apartado, mas se articulam, uma vez que atua(ra)m no arranjo dos discursos empreendedores da nação brasileira (MISKOLCI, 2012). Em decorrência de um racismo e sexismo substanciais para a colonialidade masculina, heterossexual e branca brasileira, empreendeu-se a racialização, generificação e sexualização dos corpos, de maneira que gênero e sexualidade articularam-se à raça, reverberando em hierarquias raciais e sexuais. Por conseguinte, as contemporâneas vivências e experiências de *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais concernentes à violência homotransfóbica são, outrossim, diferenciais.

Assim, sob esse prisma pós-colonial e interseccional/articulatório que evidencia a dinâmica histórica, conjuntural e relacional das articulações entre os marcadores sociais da diferença, a violência homotransfóbica inseriu-se em um campo em que a homotransfobia não atua autônoma e imparcialmente. Para além de se contemplar a orientação sexual e a identidade de gênero nas investigações acerca da violência homotransfóbica, deve-se atentar para como esses marcadores sociais articulam-se mútua e sincronicamente a outros, como raça e classe, por exemplo.

É sob esse prisma que Woods (2014a, 2014b), ao versar sobre uma criminologia *queer* que contemple a interseccionalidade, assevera que a orientação sexual e a identidade de gênero, atreladas à raça, à classe etc., materializam diferencialmente as vivências e experiências dos sujeitos quanto à violência homotransfóbica e a seus vínculos com as instituições do sistema de justiça criminal.

Sob essa mesma compreensão, Masiero (2017, p. 163) afirma que:

> "Conformando o que se chama de criminologia(s) *queer*, um campo criminológico que viria a apresentar novas e necessárias perspectivas criminológicas que procuram compreender e revelar a violência, a exclusão e o estigma gerados pela normalização de uma dada ordem (sobretudo a ordem sexual heteronormativa). [...] Assim, cabe, em primeiro lugar, a uma criminologia *queer*, avançar o campo para além do quadro do desvio sexual e considerar a orientação sexual e identidade/expressão de gênero como diferenças não-desviantes em combinação com outras diferenças, como de raça, etnia, classe e religião, as quais podem influenciar a vitimização, o envolvimento no crime, e experiências no sistema de justiça criminal de forma mais ampla."

Em razão da *sui generis* conjuntura histórica brasileira, e em contrariedade a uma transportação acrítica e simplista de teorias, a articulação crítica de abordagens teóricas para investigar os pormenores dessa mesma conjuntura distintiva é substancial. Portanto, é sob esse prisma de articulação teórica, em que os estudos

queer se articulam ao pós-colonialismo e à interseccionalidade/articulação, que na seção subsequente investiga-se a violência homotransfóbica no Brasil.

3. Violência homotransfóbica: para além da fobia, abjeção e ódio

Por "violência homotransfóbica", ou "homotransfobia", compreende-se a violência contrária a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, vale dizer, a violência contrária às orientações sexuais e às identidades de gênero não hegemônicas – orientações sexuais não heterossexuais e identidades de gênero não cisgêneros. Possui-se a consciência de que nomenclaturas e categorias "guarda-chuvas", como "homotransfobia", possuem a aptidão para, além de colonizar as diferenças, empreender silenciamentos no que concerne às singularidades de sujeitos que integram identidades coletivas, como a "população LGBT". Destarte, ainda que se compreendam as singularidades da violência homofóbica, lesbofóbica, bifóbica e transfóbica, instrumentaliza-se "violência homotransfóbica" ou "homotransfobia".

Daí por que se critica a nomenclatura "LGBTfobia", uma vez que, para além de o acrônimo "LGBT" ser identitário e instrumentalizado pelo movimento LGBT brasileiro – de cariz identitário –, tal acrônimo ontologiza, essencializa e fixa a identidade daqueles que estão ante seu domínio. Assim, a "LGBTfobia" não somente dissolve as singularidades de cada sujeito mas também embaralha e equaliza a disparidade entre violência de orientação sexual e violência de identidade de gênero. À vista disso, "'LGBTfobia' é um conceito que ainda carece de muita exploração teórica, problematização conceitual e, possivelmente, uma ressignificação política" (PEIXOTO, 2018, p. 9).

Outrossim, critica-se o acrônimo "LGBTI" e a nomenclatura "LGBTIfobia" que aspiram inserir os intersexuais[1] à violência contrária às orientações sexuais e às identidades de gênero não hegemônicas. Os sujeitos intersexuais, para além

1. Os intersexuais são sujeitos que possuem diferenças de atributos sexuais, como a genitália, os cromossomos, as gónadas, os hormônios, os caracteres genéticos etc., o que estorva suas compreensões por intermédio do binarismo de gênero homem *versus* mulher. Uma vez que esses sujeitos desmantelam o binarismo de gênero normativo, os intersexuais foram historicamente atingidos pelos discursos, saberes e poderes médicos que empreenderam as suas patologizações. Os sujeitos intersexuais são subordinados a cirurgias genitais e intervenções médicas perfeitamente prescindíveis, que tão somente objetivam retroalimentar a normatização de gênero. Sob esse prisma, a intersexualidade está para além de qualquer discurso, saber e poder médico, uma vez que há múltiplas intersexualidades, profusas, complexas e em trânsito (MACHADO, 2012).

de não desejarem integrar-se à "população LGBT", possuem suas singularidades em decorrência não da orientação sexual e identidade de gênero, mas da diferença corporal.

Isso posto, a violência homotransfóbica não é oriunda de uma fobia psíquica, patológica e individual, tracejada por sentimentos e emoções negativas como o medo, por exemplo, pois compreendê-la tão somente sob o prisma da fobia individual esvazia o alicerce e o horizonte estrutural dessa violência. A violência homotransfóbica não se inicia e se finda em um ato violento interpessoal contrário a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, visto que, para além de ser individual, é institucional e simbólica, sendo integrada por discursos, saberes e poderes que se vinculam às estruturas e às relações de poder.

Em concordância com a teoria *queer*, a ordem sexual hegemônica reivindica uma orientação sexual heterossexual e uma identidade de gênero cisgênero. A heterossexualidade e a cisgeneridade são estruturais e, por conseguinte, normativas e compulsórias, atuando de maneira a normatizar as subjetividades dos sujeitos. Assim, por intermédio das instituições políticas, econômicas, jurídicas, médicas, midiáticas, familiares, escolares, religiosas etc., todos os sujeitos são arquitetados para serem heterossexuais e cisgêneros. É à imagem e à semelhança dos heterossexuais e cisgêneros que a vida *lato sensu* é empreendida.

É sob esse prisma que essa ordem sexual hegemônica prognostica a lógica normativa sexo-gênero-sexualidade, em que os sujeitos, ao nascerem, terão seus gêneros atestados em conformidade com seus sexos e, por conseguinte, suas sexualidades norteadas a sujeitos de gênero contrário. Desse modo, por intermédio de relações de poder, empreende-se uma citação ininterrupta desses discursos normatizadores para que ocorra um robustecimento e cristalização dessas normas. Por conseguinte, essa ordem sexual hegemônica é transpassada por identidades fixas, por binarismos sexuais e de gênero, por hierarquizações, assim como por discursos de saber e poder que naturalizam e normatizam sexo, gênero e sexualidade, de maneira a condenar, criminalizar e patologizar as orientações sexuais e as identidades de gênero não hegemônicas. Dessa maneira, aqueles que desmantelam a lógica normativa sexo-gênero-sexualidade são reputados como abjetos, não humanos.

> "Quando se age e se deseja reproduzir a/o mulher/homem 'de verdade', desejando que cada ato seja reconhecido como aquele que nos posiciona legitimamente na ordem de gênero, nem sempre o resultado corresponde àquilo definido e aceito socialmente como atos próprios a um/a homem/mulher. Se as ações não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir de suposições, abre-se uma possibilidade para se desestabilizar as normas de

> gênero, que geralmente utilizam da violência física ou/e simbólica para manter essas práticas às margens do considerado humanamente normal. [...] As formas idealizadas dos gêneros geram hierarquia e exclusão. Os regimes de verdade estipulam que certos tipos de expressões relacionadas com o gênero são falsos ou carentes de originalidade, enquanto outros são verdadeiros e originais, condenando a uma morte em vida, exilando em si mesmo os sujeitos que não se ajustam às idealizações." (BENTO, 2017, p. 89-90)

A violência homotransfóbica é materializada e corporificada pela letalidade, pela hostilização, pela marginalização, pela humilhação, pela invisibilização e pela gramática simbólica heterossexual e cisgênero. Essa violência homotransfóbica contrária àqueles que possuem orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas arquiteta uma fronteira entre um "eu", normal e legítimo e um "outro", abjeto e subalterno. Logo, a violência contrária a *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais atua não somente de modo a hostilizar esses sujeitos, mas de maneira a retroalimentar a manutenção da ordem sexual hegemônica e sua normatividade sexo-gênero-sexualidade, robustecendo-as e cristalizando-as.

À vista disso, a violência homotransfóbica está para além de ser tão somente um ato interpessoal, psíquico e/ou patológico, uma vez que é estrutural e institucional. A violência homotransfóbica é o próprio fragmento fulcral da ordem sexual hegemônica, de maneira que não há uma ordem sexual hegemônica sem uma violência homotransfóbica que arquitete a manutenção da normatividade sexo-gênero-sexualidade.

É nessa significação que o ódio torna-se uma elementar da violência homotransfóbica. O ódio contrário a quem desmantela a normativa sexo-gênero-sexualidade, o ódio contrário aos seres abjetos, reverbera na ojeriza, no asco, na violência e, ao fim, no aniquilamento, físico ou simbólico, de quem não é compreendido como ser humano. Esse ódio retroalimenta a hegemonia do grupo violentador, perpetuando as hierarquias entre os sujeitos. Portanto, a violência homotransfóbica é, outrossim, uma violência de ódio (PERRY, 2001).

3.1. Violência homotransfóbica no Brasil: entre a violência pós-colonial e a violência interseccional/articulatória

Por intermédio de uma abordagem pós-colonial, a violência homotransfóbica no Brasil é histórica e conjuntural. A datar do Brasil Colônia, há a edição de valores oriundos dos colonizadores portugueses acerca do sexo, do gênero e da sexualidade. Historicamente, os sujeitos não heterossexuais e não cisgêneros foram compreendidos como sodomitas, vale dizer, sujeitos anormais e pecadores

que não estavam em conformidade com a moral colonizadora cristã, o que reverberou austeramente em suas punições e, ao fim, em suas mortes na fogueira pela Inquisição de Portugal (PEIXOTO, 2018).

> "Com a chegada do aparato burocrático do Santo Ofício, em meados do século XVI, desenvolveu-se a aplicação das punições inquisitoriais. Os crimes a serem investigados eram os mais diversos: feitiçaria, blasfêmia, traição, judaísmo, bigamia, dentre outros mais genéricos. Entretanto, o crime considerado gravíssimo era o de sodomia, o qual era relacionado diretamente com influências do 'demônio'. [...] As perseguições contra os ditos sodomitas foram exemplares e os casos eram narrados com nitidez de detalhes. A Igreja, na tentativa de um controle tão vivaz quanto o do Estado, se ocupou em banir da sociabilidade os desertores da moral e da obediência cristã. [...] Para a realidade brasileira no período Colonial, a busca pelo conhecimento sobre as práticas cotidianas da sexualidade gerou a necessidade de combater assiduamente os desertores da moral, por essa razão havia a necessidade de emersão da figura do sodomita, um sujeito pecador, disseminador de um mal incorrigível. O sodomita foi caracterizado como aquele que renuncia a uma vida circunscrita à moral cristã e que fazia dos instintos sexuais uma ação de corrupção contra alma e o corpo. Devido a isso, contra esses eram aplicados os mais severos castigos, desde o desterro e o açoite, até a morte por enforcamento ou na fogueira." (PEIXOTO, 2018, p. 12-13)

Concernente à violência colonizadora aos povos indígenas originários, a aniquilação da homossexualidade era objetivo do empreendimento colonizador. Uma vez que ser homossexual e indígena simbolizava uma dupla contrariedade à hegemonia colonial, quer moralmente pela sexualidade, quer etnicamente pela indianidade, por intermédio dos projetos, missões e dispositivos civilizatórios e integracionistas de carizes religiosos, houve uma colonização e normatização compulsória da sexualidade indígena cujo intento era, para além de aniquilar as vivências desses sujeitos, delineá-los e inseri-los à ordem colonial (FERNANDES, 2013, 2017).

Assim, sob um prisma pós-colonial, se a violência homotransfóbica no Brasil torna-se uma reminiscência da colonização portuguesa, essa violência no país não é um ato apartado e tão somente interpessoal, visto que é integrada por símbolos, discursos, saberes e poderes que se vinculam às estruturas historicamente erigidas. Embora, no Brasil, ser *gay*, lésbica, bissexual, travesti e transexual não seja crime – a descriminalização da homossexualidade ocorreu por meio do primeiro Código Criminal brasileiro, em 1830, que não mais tipificava o crime de sodomia –, em razão do fato de que esses sujeitos foram condenados e criminalizados pelos discursos, saberes e poderes religiosos e jurídicos dos colonizadores,

há, hodiernamente, no país, uma violência homotransfóbica estrutural que alveja austeramente a vida desses sujeitos.

Por conseguinte, mediante uma abordagem interseccional/articulatória, em pesquisa empreendida por Carrara e Vianna (2006) acerca da violência letal contrária a *gays* e travestis na cidade do Rio de Janeiro, os autores, ao investigarem as mídias, os boletins de ocorrência, os inquéritos policiais e os processos judiciais, atestaram a disparidade entre os perfis sociais das vítimas, as idiossincrasias distintivas dos crimes, assim como as singularidades concernentes ao seu tratamento pelo aparelho policial e judicial.

Há uma disparidade entre as travestis e os homossexuais. À proporção que as travestis vitimadas eram preponderantemente negras e pardas, profissionais do sexo e oriundas dos estratos sociais mais baixos, os homossexuais eram preponderantemente brancos e oriundos dos estratos sociais mais altos. À proporção que as travestis eram mortas nas ruas por armas de fogo mediante crimes de execução, os homossexuais eram mortos em residências por armas brancas mediante crimes de lucro – latrocínio. À proporção que os homicídios de travestis foram sobremaneira arquivados, os homicídios de homossexuais não, assim como possuíam condenações judiciais de seus autores mais altas, simbolizando a impunidade dos crimes contrários às travestis (CARRARA; VIANNA, 2006).

A pesquisa de Carrara e Vianna (2006) evidencia que as travestis negras e pobres eram as vítimas mais alvejadas pela violência homotransfóbica. Por conseguinte, a articulação dos marcadores sociais de gênero, sexualidade, raça e classe reverbera em uma diferenciação acerca de como a violência homotransfóbica é socialmente empreendida, contemplada pelas instituições do sistema de justiça criminal e, ao fim, punida por essas mesmas instituições. Logo, há uma complexidade da violência homotransfóbica que repercute em hierarquizações entre *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais.

> "[...] as travestis parecem ser particularmente vulneráveis aos crimes de execução. [...] Assim, há casos em que a identidade de gênero suposta da vítima, o fato de 'ser travesti', parece ser o fator determinante da execução – que assume as feições de um crime de ódio. [...] Revelando-se principalmente nas execuções de travestis, temos a evocação de uma imagem da desordem urbana, em que o duplo desvio sexual (homossexualidade e prostituição) aparece conectado à pobreza, ao tráfico e às favelas. [...] Por envolverem no conjunto da nossa amostra majoritariamente travestis, os casos de execução chamam a atenção para a presença de diferentes hierarquias sociais no universo homossexual e, com isso, para a diversidade e complexidade das práticas homofóbicas. Nesses casos, há uma clara confluência entre hierarquia de classe e gênero,

> já que as vítimas são normalmente travestis ou homossexuais pobres, envolvidos com prostituição ou moradores de favelas, que carregam o peso mais estigmatizante da homossexualidade." (CARRARA; VIANNA, 2006, p. 245)

Em pesquisa empreendida por Marsiaj (2003), há uma articulação entre homotransfobia e preconceito de classe em que *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais pobres são mais violentados. Os homicídios contrários a esses sujeitos estão atrelados aos espaços geográficos, uma vez que travestis e transexuais são mortas em *locus* públicos e homossexuais e lésbicas são mortos em *locus* privados e comerciais. Quanto às mortes de homossexuais ricos, nas ocorrências de latrocínio em que michês roubam e matam seus clientes em apartamentos e quartos de motel, não obstante o crime ter ocorrido ante a conjuntura de um encontro homoerótico, sua razão está alicerçada às idiossincrasias socioeconômicas mais do que tão somente em um preconceito de orientação sexual.

Em concordância com *Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência* (BRASIL, 2018), relatório empreendido pelo poder público brasileiro em 2018 que concerne aos índices e aos dados da violência homotransfóbica no país em 2016, a preponderância de *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais violentados no Brasil em 2016 foram, para além de jovens, sujeitos não brancos. Sob uma abordagem interseccional/articulatória, a articulação entre os marcadores sociais de gênero, sexualidade e raça aparenta reverberar em mais violência nas hipóteses em que os sujeitos são, para além de *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, negros.

Conforme a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2015), há um vínculo entre gênero, sexualidade, raça e classe, uma vez que *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais mais violentados, interpessoal ou institucionalmente, pelas instituições do sistema de justiça criminal, são os que vivem na pobreza e, subsequentemente, são, preponderantemente, negros. Na América Latina, sobretudo no Brasil, como país detentor de categórica disparidade socioeconômica e racismo estrutural, *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais negros que vivem na pobreza são os mais aptos a serem vítimas da criminalidade e ilegalidade institucional em razão de um circuito ininterrupto de marginalização e hostilização que os torna mais vulneráveis à violência.

A violência homotransfóbica articula-se a outras violências, como o preconceito de classe, o racismo, a misoginia etc., uma vez que os marcadores sociais da diferença se estruturam e se articulam mútua, sincrônica e dinamicamente em uma conjuntura distintiva. É sob esse prisma que *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais pobres, periféricos e negros são mais alvejados do que os abastados e brancos.

> "[...] imbricadas, homofobia e heteronormatividade, à medida que se articulam de modo dinâmico e múltiplo com as lógicas relativas ao sexismo, à misoginia, ao racismo, à xenofobia etc., parecem adquirir maiores potência, capilaridade e capacidade de atualização, elementos indispensáveis para que a hegemonia urdida em torno delas ganhe eficácia, magnitude e produza ulteriores efeitos." (JUNQUEIRA, 2007, p. 159)

À vista disso, a dinâmica da violência homotransfóbica no Brasil aparenta possuir uma complexidade e uma singularidade concernente aos sujeitos que alveja.

4. Considerações finais

A ordem sexual hegemônica demanda uma orientação sexual heterossexual e uma identidade de gênero cisgênero, que, por seu turno, são normativas e compulsórias. Essa ordem sexual hegemônica alicerça-se na lógica normativa sexo-gênero-sexualidade, em que os sujeitos, a partir de seus nascimentos e no transcorrer de suas vidas, têm seus gêneros asseverados de acordo com seus sexos, assim como suas sexualidades norteadas a sujeitos de gênero contrário. A ordem sexual hegemônica é arquitetada e retroalimentada por intermédio da heteronormatividade, das identidades fixas, dos binarismos sexuais e de gênero, bem como dos discursos de saber e poder que naturalizam e normatizam sexo, gênero e sexualidade, de maneira a condenar, criminalizar e patologizar as orientações sexuais e as identidades de gênero não hegemônicas.

A violência homotransfóbica, enquanto objeto de investigação elementar para a criminologia *queer*, é uma violência contrária às orientações sexuais e às identidades de gênero não hegemônicas. Essa violência homotransfóbica não é oriunda de uma fobia psíquica, patológica e individual, visto que é estrutural, institucional e simbólica, sendo integrada por discursos, saberes e poderes que se vinculam às relações de poder estruturais. À vista disso, a violência homotransfóbica possui como pilar estruturante o ódio contrário aos seres abjetos, vale dizer, os (não) sujeitos que enfrentam a ordem sexual hegemônica e desmantelam a sua lógica normativa sexo-gênero-sexualidade.

Todavia, para além de ser um fragmento fulcral da ordem sexual hegemônica, a violência homotransfóbica no Brasil não atua autonomamente. Por meio de um prisma pós-colonialista e interseccional/articulatório que se atrela ao *queer*, como corolário do histórico de colonização, escravidão, assim como das suas heranças e reminiscências no Brasil, a violência homotransfóbica articula-se a outras violências, como a violência de classe e a violência racial, além da violência sexista e misógina. Sob a conjuntura histórica brasileira, os marcadores

sociais de gênero, sexualidade, raça, etnia e classe não atuam em apartado, mas se articulam, uma vez que são oriundos a partir da colonialidade masculina, heterossexual e branca brasileira, atuando no arranjo dos discursos empreendedores da nação.

À vista disso, de modo a finalizar as inspirações, reflexões e ponderações deste trabalho, compreende-se que uma criminologia *queer* brasileira só será viável e coerente se contemplar o histórico e a realidade nacional, de forma que o entrelaçamento entre abordagens teóricas *queer*, pós-colonial e interseccional/articulatória aparenta ser legítimo. Assim, as pesquisas brasileiras, ao investigarem como *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais se inserem no universo da violência, do crime e das instituições do sistema de justiça criminal, devem conferir luz não somente à orientação sexual e à identidade de gênero, mas também à raça, à etnia, à classe, entre outros, visto que a congregação entre tais marcadores sociais da diferença reverbera e materializa diferencialmente as vivências e experiências dos sujeitos quanto à vitimização e a seus vínculos com as instituições do sistema de justiça criminal.

5. Referências

BALL, Matthew; BUIST, Carrie L.; WOODS, Jordan Blair. Introduction to the special issue on queer/ing criminology: new directions and frameworks. *Critical Criminology*, Dordrecht, v. 22, n. 1, p. 1-4, 2014.

BALL, Matthew. Queer criminology, critique, and the "art of not being governed". *Critical Criminology*, Dordrecht, v. 22, n. 1, p. 21-34, 2014a.

BALL, Matthew. What's queer about queer criminology? In: PETERSON, Dana; PANFIL, Vanessa R. (Ed.). *Handbook of LGBT communities, crime, and justice*. New York: Springer, 2014b. p. 531-555.

BALL, Matthew. *Criminology and queer theory*: dangerous bedfellows? Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2016a.

BALL, Matthew. Queer criminology as activism. *Critical Criminology*, Dordrecht, v. 24, n. 4, p. 473-487, 2016b.

BALL, Matthew. Towards a decolonization of queer criminology. *British Society of Criminology*, London, v. 16, p. 6-19, 2016c.

BALL, Matthew. Unsettling queer criminology: notes towards decolonization. *Critical Criminology*, Dordrecht, v. 27, n. 1, p. 145-161, 2019.

BALL, Matthew; DWYER, Angela. Queer criminology and the global south: setting queer and southern criminologies into dialogue. In: CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SCOTT, John; SOZZO, Máximo (Ed.). *The Palgrave handbook of criminology and the global south*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2018. p. 121-138.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidades. In: COLLING, Leandro (Org.). *Stonewall 40 + o que no Brasil?* Salvador: EDUFBA, 2011. p. 79-110.

BENTO, Berenice. *Queer* o quê? Ativismo e estudos transviados. *Cult*, São Paulo, n. 6, ano 19, p. 20-24, 2016.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo*: sexualidade e gênero na experiência transexual. 3. ed. Salvador: Editora Devires, 2017.

BRAH, Avtar; PHOENIX, Ann. Ain't I a woman? Revisiting intersectionality. *Journal of International Women's Studies*, Bridgewater, v. 5, n. 3, p. 75-86, 2004.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 26, p. 329-376, 2006.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. *Violência LGBTFóbicas no Brasil*: dados da violência. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. *Queer criminology*. London: Routledge, 2015.

BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily; BALL, Matthew. Queer criminology. In: DEKESEREDY, Walter S.; DRAGIEWICZ, Molly (Ed.). *Routledge handbook of critical criminology*. 2. ed. London: Routledge, 2018. p. 96-106.

BUTLER, Judith. Corpos que ainda importam. In: COLLING, Leandro (Org.). *Dissidências sexuais e de gênero*. Salvador: EDUFBA, 2016a. p. 19-42.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016b.

BUTLER, Judith. Corpos que pensam: sobre os limites discursivos do "sexo". In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O corpo educado*: pedagogias da sexualidade. 4. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018. p. 191-219.

CARLEN, Pat. Criminologias alternativas. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 19-34.

CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana R. B. "Tá lá o corpo estendido no chão...": a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 233-249, 2006.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. In: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza.

Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017a. p. 229-254.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia *queer*. In: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito*: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017b. p. 201-228.

COLLING, Leandro. Apresentação. Políticas para um Brasil além de Stonewall. In: COLLING, Leandro (Org.). *Stonewall 40 + o que no Brasil?* Salvador: EDUFBA, 2011. p. 7-19.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Violência contra pessoas lésbicas,* gays*, bissexuais, trans e intersexo nas Américas*. [*S. l.*]: CIDH, 2015. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf]. Acesso em: 01.01.2020.

DWYER, Angela; BALL, Matthew; CROFTS, Thomas. Queering criminologies. *Queering criminology*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2016. p. 1-11.

FERNANDES, Estevão Rafael. Ativismo homossexual indígena e decolonialidade: da teoria *queer* às críticas *two-spirit*. In: 37º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, Águas de Lindóia. *Anais* [...]. Águas de Lindóia: [*s. n.*], 2013.

FERNANDES, Estevão Rafael. Ser índio e ser *gay*: tecendo uma tese sobre homossexualidade indígena no Brasil. *Etnográfica*, Lisboa, v. 21, n. 3, p. 639-647, 2017.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1*: a vontade de saber. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

GROOMBRIDGE, Nic. Perverse criminologies: the closet of Doctor Lombroso. *Social & Legal Studies*, London, v. 8, n. 4, p. 531-548, 1999.

HALL, Stuart. Quando foi o pós-colonial? Pensando no limite. *Da diáspora*: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003. p. 101-128.

HEREK, Gregory M. Beyond "homophobia": thinking about sexual prejudice and stigma in the twenty-first century. *Sexuality Research & Social Policy*, New York, v. 1, n. 2, p. 6-24, 2004.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Bagoas*, Natal, v. 1, n. 1, p. 145-165, 2007.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Pedagogia do armário e currículo em ação: heteronormatividade, heterossexismo e homofobia no cotidiano escolar. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa (Org.). *Discursos fora de ordem*: sexualidades, saberes e direitos. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2012. p. 277-305.

LEITE JÚNIOR, Jorge. Transitar para onde? Monstruosidade, (des)patologização, (in)segurança social e identidades transgêneras. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 559-568, 2012.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute, and the normal woman*. Durham: Duke University Press, 2004.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2016.

LOURO, Guacira Lopes. Uma sequência de atos. *Cult*, São Paulo, ano 19, n. 6, p. 12-15, 2016.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*: ensaios sobre sexualidade e teoria *queer*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

MACHADO, Paula Sandrine. Intersexualidade, intersexualidades: notas sobre alguns desafios teóricos, metodológicos e políticos contemporâneos. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa (Org.). *Discursos fora de ordem*: sexualidades, saberes e direitos. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2012. p. 179-196.

MARIANO, Silvana Aparecida. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 3, p. 483-505, 2005.

MARSIAJ, Juan P. Pereira. *Gays* ricos e bichas pobres: desenvolvimento, desigualdade socioeconômica e homossexualidade no Brasil. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 10, n. 18/19, p. 131-147, 2003.

MASIERO, Clara Moura. Criminologias *queer*. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 153-166.

MASON, Gail. *The spectacle of violence*: homophobia, gender and knowledge. London: Routledge, 2002.

MIGLIEVICH-RIBEIRO, Adelia. Pós-colonialismo. In: SELL, Carlos Eduardo; MARTINS, Carlos Benedito (Org.). *Teoria sociológica contemporânea*: autores e perspectivas. São Paulo: Annablume, 2017. p. 449-474.

MISKOLCI, Richard. A teoria *queer* e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 150-182, 2009.

MISKOLCI, Richard. Não somos, queremos: reflexões *queer* sobre a política sexual brasileira contemporânea. In: COLLING, Leandro (Org.). *Stonewall 40 + o que no Brasil?* Salvador: EDUFBA, 2011. p. 37-56.

MISKOLCI, Richard. *O desejo da nação*: masculinidades e branquitude no Brasil de fins do XIX. São Paulo: Annablume, 2012.

MISKOLCI, Richard. *Teoria* queer: um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa. Apresentação. Discursos fora de ordem. *Discursos fora de ordem*: sexualidades, saberes e direitos. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2012. p. 9-25.

PANFIL, Vanessa R.; MILLER, Jody. Feminist and queer perspectives on qualitative methods. In: COPES, Heith; MILLER, J. Mitchel (Ed.). *The Routledge handbook of qualitative criminology*. London: Routledge, 2015. p. 32-48.

PANFIL, Vanessa R.; PETERSON, Dana. Hardly queer, or very queer indeed? Concluding thoughts about the Handbook of LGBT communities, crime, and justice. In: PETERSON, Dana; PANFIL, Vanessa R. (Ed.). *Handbook of LGBT communities, crime, and justice*. New York: Springer, 2014. p. 557-561.

PEIXOTO, Valdenízia Bento. Violência contra LGBTs: premissas históricas da violação no Brasil. *Periódicus*, Salvador, v. 1, n. 10, p. 7-23, 2018.

PELÚCIO, Larissa. Subalterno quem, cara pálida? Apontamentos às margens sobre pós-colonialismos, feminismos e estudos *queer*. *Contemporânea*, São Carlos, v. 2, n. 2, p. 395-418, 2012.

PELÚCIO, Larissa. O Cu (de)Preciado: estratégias cucarachas para não higienizar o *queer* no Brasil. *Iberic@l*, Paris, n. 9, p. 123-136, 2016.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. *Queer* decolonial: quando as teorias viajam. *Contemporânea*, São Carlos, v. 5, n. 2, p. 411-437, 2015.

PERRY, Barbara. *In the name of hate*: understanding hate crimes. New York: Routledge, 2001.

PETERSON, Dana; PANFIL, Vanessa R. Introduction: reducing the invisibility of sexual and gender identities in criminology and criminal justice. In: PETERSON, Dana; PANFIL, Vanessa R. (Ed.). *Handbook of LGBT communities, crime, and justice*. New York: Springer, 2014. p. 3-13.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*, Goiânia, v. 11, n. 2, p. 263-274, 2008.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, direitos humanos e vítimas. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa (Org.). *Discursos fora de ordem*: sexualidades, saberes e direitos. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2012. p. 199-226.

PISCITELLI, Adriana. Atravessando fronteiras: teorias pós-coloniais e leituras antropológicas sobre feminismos, gênero e mercados do sexo no Brasil. *Contemporânea*, São Carlos, v. 3, n. 2, p. 377-404, 2013.

PRECIADO, Paul B. *Manifesto contrassexual*: práticas subversivas de identidade sexual. São Paulo: n-1 edições, 2017.

PRINS, Baukje. Narrative accounts of origins: a blind spot in the intersectional approach? *European Journal of Women's Studies*, London, v. 13, n. 3, p. 277-290, 2006.

SALIH, Sara. *Judith Butler e a teoria* queer. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e de outro. *Travessias*, Coimbra, n. 6/7, p. 15-36, 2008.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 28, p. 19-54, 2007.

SORAINEN, Antu. Queering criminology. In: 3rd ANNUAL CONFERENCE OF THE EUROPEAN SOCIETY OF CRIMINOLOGY: CRIME AND CONTROL IN AN INTEGRATING EUROPE, 3., 2003, Helsinki.

SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria* queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

TOMSEN, Stephen. Homophobic violence, cultural essentialism and shifting sexual identities. *Social & Legal Studies*, London, v. 15, n. 3, p. 389-407, 2006.

TOMSEN, Stephen. Masculinity and homophobic violence in Australia's recent past. *Sexuality & Culture*, Dordrecht, v. 21, n. 3, p. 813-829, 2017a.

TOMSEN, Stephen. Queer criminology. In: RITZER, George (Ed.). *The Blackwell encyclopedia of sociology*. 2. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2017b.

TOMSEN, Stephen; MASON, Gail. Engendering homophobia: violence, sexuality and gender conformity. *Journal of Sociology*, London, v. 37, n. 3, p. 257-273, 2001.

WOODS, Jordan Blair. Queer contestations and the future of a critical "queer" criminology. *Critical Criminology*, Dordrecht, v. 22, n. 1, p. 5-19, 2014a.

WOODS, Jordan Blair. "Queering criminology": overview of the state of the field. In: PETERSON, Dana; PANFIL, Vanessa R. (Ed.). *Handbook of LGBT communities, crime, and justice*. New York: Springer, 2014b. p. 15-41.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criminalização da homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do "racismo social" à discriminação sexista, de Roger Raupp Rios e Lawrence Estivalet de Mello – *RBCCrim* 169/321-345 (DTR\2020\7976);
- Reflexão sobre a teoria queer, a fobia ao grupo LGBT+ e a proteção pelo Direito Penal, de Camila Christiane Rocha Nicolau e Andressa Paula de Andrade – *RT* 995/405-425 (DTR\2018\19375); e
- Travestilidades e violência: perspectivas queer, de Tuanny Soeiro Sousa e Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – *RBCCrim* 146/725-754 (DTR\2018\18304).

Socioeducação, a política pública do atendimento socioeducativo: um estudo de caso

Socio-education, the public policy on socio-educational service: a case study

Dirceia Moreira

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2004). Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP (1997). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR – UEPG (1987). Atualmente é professora da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR – UEPG, no curso de graduação de Bacharelado em Direito e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Sociais Aplicadas.

ORCID: 0000-0001-6203-0246

dirceiam@uol.com.br

Crisna Maria Muller

Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG (2017), na linha de Pesquisa Estado, direitos e políticas públicas. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (2011/2012). Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (2011).

ORCID: 0000-0002-7001-1165

crisnamm@yahoo.com.br

Recebido em: 08.04.2019
Aprovado em: 19.12.2019
Última versão das autoras: 12.03.2020

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: O reconhecimento da dimensão socioeducativa representou uma mudança de paradigma no atendimento do adolescente autor de infracional e do seu núcleo familiar. No entanto, a legislação estatutária deixou lacunas acerca da concepção de socioeducação, o que causa imprecisão na sua compreensão e aplicação. Este trabalho objetiva, a partir de pesquisa empírica, analisar os fundamentos conceituais da categoria socioeducação, além de auferir o seu potencial

Abstract: The recognition of the socioeducative dimension represented a paradigm shift in the care of the adolescent offending author and his family nucleus. However, statutory legislation left gaps about the concept of socio-education, which causes imprecision in its understanding and application. This essay aims, from empirical research, to analyze the conceptual foundations of the socio-educational category, in addition to analyzing the socio-educational potential present

presente no atendimento socioeducativo, isso por meio da apresentação de dados colhidos em pesquisa de campo realizada no ano de 2016 junto ao Programa de Atendimento Socioeducativo em Ponta Grossa – PEMSE, Paraná, que acompanha os(as) adolescentes em cumprimento de Liberdade Assistida – LA. A abordagem é qualitativa, com adoção do procedimento de pesquisa bibliográfico, documental e de campo. Para construção do referencial teórico foram utilizados autores como Costa (2006a; 2006b, 2006c), Freire (2005), Konzen (2005, 2006), Veronese (2001; 2016), Vigostski (2001), Craidy (2015), entre outros. Em conclusão, constatou-se que a socioeducação configura um conjunto articulado de programas, serviços e ações desenvolvidos a partir da correlação entre práticas educativas, demandas sociais e direitos humanos, mas que enfrenta o desafio de superar limites para efetivamente integrar o cumprimento das medidas socioeducativas.

Palavras-chave: Socioeducação – Política pública – Medidas socioeducativas.

in the socio-educational service, to do, will present data collected in field research conducted in 2016 with the Socio-educational Assistance Program – PEMSE in Ponta Grossa, Paraná, which keeps up with the adolescents in compliance with Assisted Freedom -LA. The approach is qualitative, with the adoption of the bibliographic, documentary and field research procedure. For construction of the theoretical framework, authors were used, such as Costa (2006a; 2006b, 2006c), Freire (2005), Konzen (2005, 2006), Veronese (2001; 2016), Vigostski (2001), Craidy (2015), among others. In conclusion, it was verified that socio-education is anarticulated set of programs, services and actions developed from the correlation among educational practices, social demands and human rights, but that, faces the challenge of overcoming limits to effectively integratate socio-educational measures.

Keywords: Socio-education – Public Policies – Socio-educational Measures.

Sumário: 1. Introdução. 2. Socioeducação: necessidade pedagógica na execução das medidas socioeducativas. 3. Medida socioeducativa de liberdade assistida. 4. Cumprimento de medida socioeducativa: um espaço socioeducativo? – Estudo de caso. 4.1. Educação. 4.2. Serviços da rede socioassistencial. 4.3. Saúde. 4.4. Trabalho. 4.5. Atividades esportivas, culturais ou de lazer. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

A[1-2] Doutrina da Proteção Integral, desenvolvida primeiramente em âmbito internacional, representa um avanço na legislação brasileira, haja vista que preconiza o amparo à universalidade de crianças e adolescentes, com prioridade

1. Projeto de pesquisa submetido à Comissão de Ética e Pesquisa/CEP da Universidade Estadual de Ponta Grossa/UEPG – Plataforma Brasil e aprovado pelo parecer 1.302.673.
2. Artigo é resultado de pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Declaro não haver conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho ora apresentado.

absoluta e sem comportar distinções, ao contrário do que ocorria sob a Doutrina da Situação Irregular.

Assim, o adolescente autor de ato infracional é, igualmente, reconhecido como sujeito de direitos e ser em peculiar condição de desenvolvimento, sendo imprescindível assegurar-lhe durante o cumprimento de medidas socioeducativas a natureza sociopedagógica da responsabilização (art. 1º, § 1º da Lei do SINASE; art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e o exercício da sua cidadania (art. 227, da Constituição Federal – CF).

Dentre as medidas socioeducativas, o ECA apresenta a liberdade assistida (LA) como uma relevante alternativa à privação de liberdade e, sob o viés pedagógico, a mais promissora abordagem educativa dos adolescentes, pelo fato de considerar o espaço do convívio social como melhor lugar para se educar para a própria vivência em sociedade (COSTA, 2006a).

No entanto, a medida requer investimentos e uma estruturada rede de serviços capaz de atender as metas pactuadas no atendimento individualizado do adolescente, no intuito de garantir seus direitos e ampliar a sua cidadania.

Nesse contexto, se desenha a socioeducação, com suas bases na CF/88 e no ECA, porém, com pouca clareza dos seus fundamentos conceituais e teóricos, mas que pretende dar o "tom" ao atendimento socioeducativo e potencializar o cumprimento da medida com o adolescente e sua família.

Ocorre que a operacionalização da proposta socioeducativa aos adolescentes autores de ato infracional é, segundo Costa (2006c, p. 9), o "calcanhar de Aquiles" do Estatuto e da construção de um novo direito da infância e adolescência no Brasil.

Isto porque a ausência de um conceito claro e de uma metodologia própria de socioeducação desencadeia uma cisão nos processos formativos dos profissionais que acompanham o cumprimento das medidas socioeducativas, os quais passam a ser capacitados para linhas diferenciadas de ação, resultando na falta de clareza das suas funções e dos limites da intervenção (GURALH, 2010).

Nesse viés, o presente artigo pretende analisar os fundamentos conceituais da categoria socioeducação. E ainda, com o objetivo de verificar o potencial de intervenção socioeducativa das medidas, apresentam-se os dados colhidos em pesquisa empírica[3] realizada no ano de 2016 junto ao Programa de Atendimento

3. Projeto de pesquisa submetido à Comissão de Ética e Pesquisa/CEP da Universidade Estadual de Ponta Grossa/UEPG – Plataforma Brasil e aprovado pelo parecer 1.302.673.

Socioeducativo em Ponta Grossa – PEMSE, Paraná, que acompanha os(as) adolescentes em cumprimento da medida de Liberdade Assistida.

Realizou-se a pesquisa com base nas informações disponíveis nos Planos Individuais de Atendimento – PIA de 45 (quarenta e cinco) adolescentes cuja medida de LA foi extinta no período em análise (janeiro a junho de 2015). Em seguida traçou-se um paralelo entre as políticas públicas nas quais o adolescente esteve inserido (ou não) antes de ingressar no sistema socioeducativo e as políticas públicas nas quais houve algum avanço (ou não), em razão da oferta de um atendimento nominado socioeducativo.

Para análise, neste artigo, serão priorizados os aspectos da educação, assistência social, saúde, trabalho, esporte, cultura e lazer, bem as intervenções propostas nestas áreas e resultados obtidos durante o cumprimento de LA, estabelecendo relação com os dados de pesquisas nacionais disponíveis.

Quanto à metodologia, lançou-se mão do método de abordagem indutivo e o procedimento da pesquisa bibliográfica, documental e de campo.

Propôs-se desenvolver a questão sob o viés interdisciplinar, haja vista que a abordagem e a compreensão do tema do adolescente autor de ato infracional demanda o diálogo com diversas áreas de conhecimento humano, dentre elas destacamos o Direito, Serviço Social, Psicológica e Pedagógica. Nesse sentido, Vieira e Veronese (2016, p. 9) já afirmaram que "a abordagem interdisciplinar é, assim, indispensável para a pesquisa no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente".

2. Socioeducação: necessidade pedagógica na execução das medidas socioeducativas

A necessidade pedagógica no atendimento socioeducativo está amparada nos documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente. As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, que se ocupam especificamente do tratamento a ser dispensado aos adolescentes nos sistemas jurídicos, reconhece que o atendimento dos sujeitos colocados em instituições tem por objetivo a sua proteção, educação e formação profissional a fim de que sejam inseridos ativamente na sociedade (Item 26.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ONU, 1985).

Na mesma linha, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade dispõem que deve ser garantido ao adolescente internado, além de cumprir a medida em condições e circunstâncias que respeitem

seus direitos humanos, possuir direito a atividades e programas úteis que incentivem seu saudável desenvolvimento e sua dignidade, promovam seu sentido de responsabilidade e fomentem o desenvolvimento de possibilidades como integrantes da sociedade (Item 12 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, ONU, 1990).

Essas normativas estão compatíveis com a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança[4] e com a normativa brasileira, ou seja, "com o desejo de que o cumprimento da medida possa servir de oportunidade para atentar as necessidades do adolescente, genericamente apresentadas como necessidades pedagógicas". Desenha-se, dessa forma, que a finalidade da medida deve ser pedagógica (KONZEN, 2006, p. 352).

A natureza pedagógica da responsabilização na execução das medidas socioeducativas está inscrita no art. 113 cumulado ao art. 100 do ECA, preferindo as medidas que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários. Também define que na aplicação da medida será levado em consideração a capacidade do adolescente em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, § 1º, do ECA).

Apesar deste suporte legal, o termo "socioeducação", propriamente dito, não encontra referência nos documentos internacionais que fundamentam a Doutrina da Proteção Integral e o ECA.

Esse conceito, segundo Raniere (2014) e Bisinoto et al. (2015), nasceu com o ECA, uma vez que as medidas aplicadas aos adolescentes já eram assim mencionadas nos Códigos anteriores – Mello Mattos e Código de Menores de 1979 – contudo sem o adjetivo de serem socioeducativas. Ademais, também não "há no Estatuto uma formulação teórica construída [...] apenas sua forma subjetiva nas expressões como programa socioeducativo e medida socioeducativa" (BISINOTO et al., 2015, p. 579).

Raniere (2014) perseguiu a origem do conceito de socioeducação e constatou que a criação do termo é atribuída a Antônio Carlos Gomes da Costa (1949-2011), um dos colaboradores da redação do ECA e militante da causa da Infância e Adolescência.

Raniere anota que, no ano de 1977, Costa assumiu a direção da Escola Febem Barão de Camargos (Ouro Preto/MG) e, apesar de ser adepto aos pensamentos de Paulo Freire, permanecia uma barreira pedagógica a ser superada, que consistia

4. Especialmente o art. 40 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989.

em descobrir "como educar adolescentes autores de ato infracional?". Assim, iniciou, juntamente com sua esposa, Maria José, também pedagoga na instituição, uma pesquisa, acerca de "que método, que conceitos, que respostas dar aos problemas que enfrentavam naquela instituição". Encontraram uma possível resposta no Poema Pedagógico de Makarenko, este voltado para a educação social[5] (RANIERE, 2014, p. 182).

O experimento educacional desenvolvido por Antônio Costa na Febem foi bem sucedido e alcançou reconhecimento nacional, situação esta que justificou ser convidado para a relatoria do ECA, quando então apresenta o conceito de socioeducação construído e, ao aproximá-lo da previsão de medidas já existentes, culminou na criação do conceito de medidas socioeducativas (RANIERE, 2014).

Veronese (2016) esclarece que o ECA ousou se aproximar da vida de crianças e adolescentes já marcados por violências, sem pretender somente restaurar direitos que lhes foram negligenciados, tampouco culpabilizar a família, mas sim olhar para a sociedade com suas desigualdades sociais, desprovida de políticas públicas básicas para atender integralmente estes sujeitos e suas famílias. Vale verificar.

O reconhecimento da dimensão socioeducativa representou uma mudança paradigmática no atendimento dos adolescentes autores de infracional, no entanto, o ECA não firmou entendimento claro acerca da concepção de socioeducação. O próprio documento do SINASE, aprovado em 2006, como a Lei 12.594/12 não apresentam um referencial teórico acerca da socioeducação (BISINOTO et al., 2015).

Para Raniere (2014), o "SINASE apesar de se utilizar do conceito, o apresenta de forma naturalizada, como se todos o conhecessem de antemão [...] tal qual os Direitos Humanos, a socioeducação parece, neste documento, repousar sobre a autoevidência".

Nesse contexto, a ausência de clareza quanto à finalidade da socioeducação poderá prejudicar sua aplicação. Raniere (2014) aponta:

> "se as Medidas já estavam presentes desde 1927 no código de Mello Matos, se continuaram sendo utilizadas no Código de Menores, o que quer o ECA, nos

5. O livro "Poema Pedagógico" foi escrito pelo pedagogo ucraniano Anton Semiónovitch Makarenko (1888-1939), narrando sua experiência como diretor de uma instituição que atendia a jovens abandonados e infratores na União Soviética, no período de 1920 a 1928, e os transformou em ativos cidadãos. Educação social é um dos conceitos centrais do trabalho de Makarenko (BISINOTO et al., 2015, p. 581).

> capítulos dedicados aos adolescentes em conflito com a lei, nominando-as, agora, como Socioeducativas? Afinal, se o Código de Mello Matos encaminhava adolescentes ao cumprimento de 'Medidas', se o Código de Menores também encaminhava adolescentes ao cumprimento de 'Medidas', e hoje – sob vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente – os adolescentes são encaminhados às 'Medidas Socioeducativas' aparentemente a localização destas forças parece depender muito mais do conceito de socioeducação do que propriamente das medidas. Já que as medidas permanecem, e a novidade, a diferença inaugurada pelo Estatuto, é a incorporação deste conceito. Ou seria justamente o contrário, seria a socioeducação um eufemismo criado para aperfeiçoar, reordenar, fortalecer um dispositivo inaugurado pelo Código de Mello Matos? Estaria na manutenção do mesmo, na permanência daquilo que parece mudar, mas que continua operando de forma similar, a grande questão? Estranho paradoxo, estranho conceito este de Socioeducação. Contudo o mais estranho é não haver nenhuma publicação, seja ensaio, dissertação, tese, problematizando sua entrada no Estatuto da Criança e do Adolescente. O que temos ouvido desde o início da pesquisa como um desconcertante silêncio." (RANIERE, 2014, p. 179).

Também Guralh indica prejuízos advindos da ausência de um conceito claro de socioeducação:

> "a ausência de uma concepção e de uma metodologia própria da socioeducação desencadeia uma cisão nos processos formativos dos profissionais, os quais passam a ser capacitados para linhas diferenciadas de ação impedindo que estes profissionais tenham clareza de suas atribuições e dos limites da intervenção." (GURALH, 2010, p. 152).

Assim, para a compreensão da categoria da socioeducação recorre-se a um diálogo que integre a educação e o social. Pois, como descrito por Antônio Carlos Gomes da Costa, "tudo que serve para trabalhar com adolescentes serve para trabalhar com adolescentes autores de ato infracional, porque toda ação educativa deve ser revestida de uma aposta no outro", uma aposta no potencial que o educando traz consigo ao nascer (COSTA, 2006c, p. 42).

O que quer o ECA ao unir as Medidas à Socioeducação? Qual a relação entre socioeducação e educação? E porque acrescentar o prefixo sócio à educação, destacando ambas como elementos indispensáveis à execução das medidas?

Para Sen (2000), oportunidades sociais como a educação ajudam a promover a capacidade geral de uma pessoa, pois melhoram sua condição de agente, além de contribuir para o enfrentamento de privações. A prestação de serviços educacionais propicia a participação econômica, de forma que os indivíduos possam

moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros, concorrendo assim para o enfrentamento das várias desigualdades que insistem em fazer parte da realidade do país.

Assim, compreende-se a íntima relação entre a educação e a socioeducação, haja vista que a educação não se restringe aos saberes provenientes do ambiente escolar, mas sim propõe o fortalecimento das condições e capacidades dos indivíduos para a interação social e a consciência dos seus direitos, o que corresponde também a um dos objetivos das medidas socioeducativas.

Essa concepção encontra amparo no pensamento do educador popular Paulo Freire, para quem o ensinar não é simples transferência de conhecimento, mas é criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção. Na ação de educar é preciso ter em mente que mudar pode ser difícil, mas é possível (FREIRE, 2005).

Nessa perspectiva, o ECA prevê que na aplicação da medida socioeducativa deverá ser levado em conta a capacidade do adolescente em cumpri-la, ou seja, será construída uma proposta individualizada para cada adolescente. Este é o objetivo do PIA como instrumento elaborado a partir da realidade do adolescente, de sua família, com espaço para escuta dos seus objetivos e interesses para, a partir deles, definir as metas e encaminhamentos para a execução da medida aplicada.

Isto exige que não se subestime a experiência do educando, pois ela integra o processo educacional. Não que com isto o papel do mestre/educador seja dispensável, pelo contrário. Para este está reservada, segundo Vigotski (2010, p. 65), a função de ser o organizador do meio social educativo, o regulador e controlador da sua interação com o educando.

> "Como um jardineiro seria louco se quisesse influenciar o crescimento das plantas, puxando-as diretamente do solo com as mãos, o pedagogo entraria em contradição com a natureza da educação se forçasse sua influência direta sobre a criança. Mas o jardineiro influencia o crescimento da flor aumentando a temperatura, regulando a umidade, mudando a disposição das plantas vizinhas, selecionando e misturando terra e adubo, ou seja, mais uma vez agindo indiretamente, através das mudanças correspondentes do meio. Assim faz o pedagogo que, ao mudar o meio, educa a criança." (VIGOTSKI, 2010, p. 66).

No contexto do atendimento do autor de ato infracional, cabe ao educador manter viva a aposta no potencial individual de cada adolescente, caso contrário comprometerá a proposta educativa. O socioeducador ultrapassa a atuação de um simples cidadão, ele é um "produtor de cidadania", pois forma outros cidadãos para o convívio social (COSTA, 2006c, p. 77).

Bisinoto et al. corroboram com esse pensamento ao afirmar o caráter coletivo da socioeducação, que na interação social forma o indivíduo. "Essa compreensão, por sua vez, tem importantes desdobramentos para a socioeducação e para as medidas socioeducativas, as quais estão fortemente orientadas para o desenvolvimento do potencial dos jovens (BISINOTO et al., 2015, p. 578).

No entanto, Craidy alerta que o ser humano não nasce programado, ele pode apreender o direito à igualdade como também comportamentos de opressão e de negação de direitos dos outros. "Para respeitar os direitos dos outros é preciso sentir-se sujeito de direitos, ter a experiência de vivenciar direitos. As pessoas aprendem o que vivem, não simplesmente o que ouvem ou que alguém pretende transmitir-lhes" (CRAIDY, 2015, p. 74).

Essa perspectiva de educação de sujeitos que têm direitos é fundamental para que se estabeleça a relação entre socioeducação e educação, com a finalidade de reforçar e proporcionar novas vivências de cidadania ao adolescente e à sua família. Compreende-se a razão do acréscimo do prefixo sócio a palavra educação, dando origem à categoria da socioeducação.

A inclusão do aspecto social ocorre, pois a educação para a cidadania é proposta a adolescentes que tiveram educação social prejudicada em alguns ou vários espaços de vivência até então frequentados, que pode ser a comunidade, a família, a escola, outros ambientes. Com a educação pretende-se, dentre seus objetivos, recompor o que lhes foi subtraído, logo, socioeducar só será possível se o trabalho for desenvolvido junto com os principais espaços educacionais, a família e a escola (CRAIDY, 2015, p. 75).

> "Na família, com frequência, é necessário resgatar laços, recompor rupturas nem sempre fáceis e muitas vezes dolorosas. Na escola, há que se recuperar defasagens, frustrações e abandonos. Na comunidade, há que se buscar espaços de inserção e de realização. Estes espaços podem ser trabalho, lazer, etc. Significam inserção positiva na comunidade. Por que positiva? Porque provavelmente o adolescente que praticou o ato infracional, sobretudo se for um ato grave, está integrado negativamente na sociedade, sem esperanças, sem perspectivas, ligado mais à morte do que à vida. Recuperar relações, esperanças, projetos é papel da educação." (CRAIDY, 2015, p. 75). (Grifo nosso)

Nesse contexto, a educação é apresentada não como solução isolada, mas, sim, como instrumento de um conjunto multidisciplinar, que busca assegurar a aplicação de medidas socioeducativas, com atenção à realidade de cada indivíduo, suas peculiaridades e valores (VERONESE; QUANDT; OLIVEIRA, 2001).

Na aplicação da medida socioeducativa, Costa aponta para a necessária incorporação de uma postura respeitosa para com o adolescente, olhá-lo na sua totalidade e complexidade, haja vista que ele na sua trajetória, na maioria das vezes, ficou à margem de direitos como educação, saúde, profissionalização, salutar convivência familiar e comunitária, enfim, "estamos falando de um educando que não teve acesso – ou o teve, de forma muito incipiente – aos serviços básicos de responsabilidade do Estado e da sociedade" (COSTA, 2006b, p. 42).

Com base nas finalidades estabelecidas e agentes envolvidos, compreendemos que a socioeducação constitui "uma política pública que resulta do processo no qual o Estado e a sociedade civil buscaram meios para a promoção pessoal, social, educacional, cultural e política" do adolescente que cumpre medida socioeducativa aplicadas pelo Poder Judiciário em razão da prática de um ato infracional (CARNEIRO E SILVA, 2012, p. 105).

Junto a essa política pública, desdobra-se um conjunto de ações educativas a serem desempenhadas pelos programas socioeducativos e seus profissionais, que devem buscar articular as práticas da educação e a necessidade do adolescente à vida política e social, individual e coletiva, proporcionando que eles se apropriem dos instrumentais capazes de fomentar sua emancipação (RODRIGUES; MENDONÇA, 2009).

Para Bisonoto et al.:

> "[...] a socioeducação configura-se como um conjunto articulado de programas, serviços e ações desenvolvidos a partir da interrelação entre práticas educativas, demandas sociais e direitos humanos, com os objetivos de promover o desenvolvimento de potencialidades humanas, da autonomia e da emancipação, bem como fortalecer os princípios éticos da vida social. Partindo do entendimento de que as práticas educativas intencionais, planejadas e sistemáticas são propulsoras do desenvolvimento complexo dos adolescentes autores de atos infracionais, defende-se que a ação socioeducativa, orientada por uma clara concepção de socioeducação, tem o potencial de mobilizar novos posicionamentos juvenis para enfrentar a ordem e as regras sociais estabelecidas." (BISINOTO et al., 2015, p. 584). (Grifo nosso).

Constatamos, assim, que a natureza essencial da ação socioeducativa é de preparar o adolescente para o convívio social, razão pela qual se pretende fortalecer o laço social por meio da participação da família e comunidade, proporcionando que ele se aproprie dos instrumentais capazes de fomentar sua emancipação.

Nessa perspectiva, emerge o empoderamento[6] como atitude decorrente da prática sociopedagógica.

O empoderamento advém da ação social onde os indivíduos "tomam posse de suas próprias vidas a partir da interação com outros indivíduos, gerando pensamento crítico em relação à realidade, favorecendo a construção da capacidade pessoal e social e possibilitando a transformação de relações sociais de poder" (BAQUERO, 2012, p. 181).

A socioeducação pretende ser empoderadora, na medida que reconhece a necessidade de que o processo socioeducativo seja desenvolvido com sua efetiva participação, a partir do que individualmente ele reconhece como significativo para sua vida[7]. No intuito de concretizar o caráter pedagógico e fomentar o empoderamento dos adolescentes em cumprimento de medidas, o SINASE definiu diretrizes pedagógicas para o atendimento socioeducativo para que haja prevalência dos aspectos pedagógicos sobre os de mera responsabilização.

Define como obrigatória a existência de um projeto pedagógico que ordene a dinâmica da ação e do planejamento do programa de atendimento, defina os objetivos, fundamentação teórica/metodológica, as atividades, recursos financeiros e humanos, avaliação do processo (impacto e resultado), a ser desenvolvido pela equipe institucional, adolescentes e famílias, além deste projeto servir de base para a elaboração de outros documentos, dentre eles o PIA (CONANDA, 2006).

Vindo ao encontro da compreensão de socioeducação colhida neste trabalho, o SINASE também elege a participação do adolescente como aspecto relevante na construção, monitoramento e avaliação das medidas socioeducativas (art. 1º, § 2º, incisos I, II e III, da Lei 12594/12).

Ademais, realizar uma ação socioeducativa dependerá, em muito, da qualidade do vínculo formado entre educadores e adolescentes, da postura ética da equipe, do respeito e compreensão à singularidade do adolescente, à sua fase de desenvolvimento, capacidades e limitações, garantindo, desta forma, a individualização e equidade do atendimento, que tem no PIA um instrumento pedagógico fundamental para tanto (CONANDA, 2006).

6. Empowerment "é todo o acréscimo de poder que, induzido ou conquistado, permite aos indivíduos ou unidades familiares aumentarem a eficácia do seu exercício de cidadania" (FRIEDMANN, 1996, p. viii).

7. O Plano Individual de Acompanhamento – PIA, previsto no art. 52 do SINASE, quando da sua elaboração exige uma "participação efetiva do adolescente", bem como tem que contemplar, segundo o disposto no art. 54, II, os "objetivos declarados pelo adolescente".

Ainda, como pontua Konzen (2005), o destinatário do comando legislativo que define a finalidade pedagógica das medidas não é o adolescente, mas sim o programa, a equipe, o educador, a rede de atendimento, que deve realizar a finalidade pedagógica prevista.

Para Guralh, a questão que garante a realização do projeto socioeducativo é

> "[...] a perspectiva em que é construído o projeto de intervenção junto aos sujeitos, se estes são tomados como atores de um projeto multidisciplinar, do qual efetivamente fazem parte, ou são apenas expectadores de um processo que objetiva que a ordem social seja restaurada e preservada." (GURALH, 2010, p. 155).

Para atingir tal intento, o SINASE prevê o elemento formativo, tanto para capacitação da equipe multiprofissional (técnicos e educadores) quanto para formação contínua dos diferentes atores sociais envolvidos no atendimento socioeducativo, especialmente os programas e órgãos responsáveis pelas políticas públicas e sociais que tem interface com o SINASE, como é o caso da política de saúde, de educação, esporte, cultura, lazer, profissionalização, trabalho e de segurança pública.

Para garantir a integração da família e comunidade com o atendimento socioeducativo, as políticas públicas e sociais devem se articular de forma intersetorial, particularmente, "as públicas de Saúde, Educação, Cultura, Esporte, Emprego, Habitação, entre outras, para que as ações não sejam fragmentadas e se mantenha o acesso e a qualidade dos serviços para todas as famílias e indivíduos" (PNAS, 2004, p. 42).

Ainda, relevante reconhecer que as famílias que vivem em espaços de vulnerabilidade e risco social "estão sob constante tensão, especialmente pelo desafio diário da sobrevivência. Nesse contexto, muitas delas não acessam políticas públicas que contribuam para o desempenho de seu papel protetivo" (BRASIL, 2016, p. 19).

Konzen sinaliza que a pretensão mais desafiadora dos executores das medidas socioeducativas é "a criação e o desenvolvimento de programas de atendimento centrados em metodologia educacional adequada à inserção social e familiar do autor de ato infracional" (KONZEN, 2005, p. 80). Da superação deste desafio dependerá a implementação do modelo de atendimento preconizado pela Doutrina da Proteção Integral.

No tocante à natureza educativa, Craidy (2015) afirma que o ECA ainda não está plenamente aplicado, pois a necessidade pedagógica não se faz presente integralmente nas instituições de execução das medidas, nem nas estruturas e

relações disponibilizadas aos adolescentes. Apesar dos avanços registrados, estes não alteraram o Sistema, como é o caso do instrumento do PIA que, por vezes, mais representa as exigências do Juiz do que as necessidades e desejos do adolescente.

> "[...]. Nas situações bem encaminhadas, chama sempre a atenção, as relações de reconhecimento, a liberação da palavra do adolescente, o diálogo, o reconhecimento de seus desejos, dificuldades e possibilidades, a busca de construção de um projeto de vida. É a isto que chamamos de Educação." (CRAIDY, 2015, p. 77-78). Grifo nosso.

Girotto e Ponzio observam o fato de que o adolescente para ter acesso aos direitos fundamentais básicos e ser incluído na política social da Assistência Social precisou primeiro cometer um ato infracional. O adolescente em vulnerabilidade social "é vítima, tendo em vista que possivelmente teve seus direitos violados, mas entra no sistema como violador" (GIROTTO; PONZIO, 2015, p. 160).

Necessário reconhecer que os adolescentes excluídos enfrentam sim maiores entraves para inserção social, o que potencializa

> "as chances de cometerem atos reprováveis, no entanto, também é verdade que os jovens oriundos de famílias mais abastadas se envolvem tão ou mais com drogas, uso de armas, gangues, atropelamentos, apedrejamentos etc."

A diferença reside no fato de que estes últimos possuem mais recursos para se defenderem, sendo mais raro terminarem sentenciados, muito menos em unidades de privação de liberdade, ao passo que os adolescentes mais pobres, além de terem seu acesso à justiça dificultado, ainda são vítimas de preconceitos de classe social e de raça, comuns nas práticas judiciárias (IPEA, 2015, p. 304).

Dessa forma, o acesso aos direitos de cidadania ocorre por meio da negação desta cidadania, o que passou a ser conhecido, segundo Ortegal (2011, p. 129), como "cidadania inversa", pois o "acesso à cidadania não se dá pela reafirmação da condição de cidadão, mas pela negação desta condição".

O autor esclarece que a relação de cidadania possui via dupla, a de direitos e deveres. No caso dos adolescentes autores de ato infracional, a via dos direitos já fora intensamente violada anteriormente pelo Estado e/ou sociedade em geral, no entanto, os adolescentes somente passam a ter visibilidade quando quebram a via dos seus deveres com a sociedade.

Por fim, para oferta da ação socioeducativa prevista pela legislação estatutária, torna-se imprescindível o planejamento a ser efetivado por meio da confecção

do PIA, indicado como instrumento de previsão, registro e gestão dos encaminhamentos e atividades a serem desenvolvidas durante a execução da medida socioeducativa.

3. Medida socioeducativa de liberdade assistida

Com a promulgação do ECA, em 1990, a Liberdade Assistida é apresentada no art. 118 como aquela a ser aplicada quando representar ser a mais adequada para a finalidade de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

Para a execução da LA, a autoridade judicial designará uma entidade ou programa de atendimento que acompanhará o adolescente e que terá a incumbência de elaborar, por meio da sua equipe multidisciplinar, no prazo de 15 dias, o PIA juntamente com o socioeducando, seus pais ou responsáveis (art. 40, art. 52, caput e parágrafo único, e art. 53 da Lei 12.594/12).

Com base no estabelecido, o adolescente cumprirá a LA, com o registro de todas as intercorrências do desenvolvimento no PIA (art. 54 da Lei 12.594/12) e na emissão periódica dos relatórios. O prazo mínimo de cumprimento é de 6 (seis) meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor (art. 118, do ECA).

Observa-se que o ECA não definiu o conceito jurídico da Liberdade Assistida, porém, de forma genérica, Liberati (2006) afirma que seu conceito é inseparável da sua finalidade e do modo de sua execução, logo se compreenderá o seu significado ao verificar os objetivos propostos pelo programa ao adolescente (LIBERATI, 2006).

Apesar de se tratar de uma medida judicial de cumprimento obrigatório para o adolescente, pela sua natureza, importante que essa se realize com o maior grau de voluntariedade e ativo protagonismo do adolescente, tendo por objetivo não somente evitar que reincida, mas sim apoiá-lo na construção do seu projeto de vida (MAIOR, 2014).

Pelo seu caráter de acompanhamento, esta medida é normalmente destinada a adolescentes reincidentes em infrações mais leves, como lesões ou pequenos furtos. Também é frequente sua aplicação àqueles que cometeram ato infracional mais grave, mas onde se verifica que é melhor deixá-los próximos a sua família. Outras vezes, ainda é aplicada aos adolescentes que anteriormente estavam sujeitos a semiliberdade ou internação e passam ao cumprimento de medida em privação de liberdade (PAULA, 2011).

Sob esta ótica, Olympio Sotto Maior (2014) afirma não ter dúvida de que, do rol de medidas socioeducativas, a LA é a que contém as melhores condições de êxito, haja vista que é desenvolvida para interferir na família e espaço social do adolescente, pretendendo reafirmar as suas potencialidades. Complementa que o acompanhamento e orientação, promoção social do adolescente e sua família, assim com a inserção no sistema educacional e profissional, importarão na elaboração de um projeto de vida capaz de produzir ruptura com a prática infracional, firmando os vínculos entre o adolescente, seu grupo de convivência e a comunidade.

A execução da medida de LA pelo ente municipal (ECA, art. 88, I) auxiliará na pretensão de manter o adolescente próximo ao seu círculo familiar e social, como escola e amigos, mas, sobretudo, em razão de ser utilizada toda a estrutura da rede de serviços municipais, oficiais e comunitários, já estabelecida e que será imprescindível nos propósitos da medida.

Antônio Carlos Gomes da Costa alerta que a "medida não pode e não deve funcionar no vácuo, isto é, sem uma sólida retaguarda nas áreas de educação escolar, profissional e serviços de orientação especializada", logo, não se trata de "uma medida de custo quase zero como entendem alguns", requer investimentos nos serviços de atendimento ao adolescente e seu grupo familiar (COSTA, 2006b, p. 72).

Cabem algumas críticas à medida socioeducativa de LA.

Ortegal ao analisar a medida afirma que, tanto a teoria quanto a implementação do atual modelo de LA presente no ECA, não representam uma completa ruptura com o paradigma menorista das legislações revogadas, haja vista que permanece desprovida de recursos, de estrutura política e programas sociais adequados às especificidades do adolescente em cumprimento de medida, de caráter sancionatório, situações estas que a mantém "desassistida" e com seu potencial socioeducativo limitado (ORTEGAL, 2011, p. 7).

No mesmo sentido, Paula resgata que o ECA estrutura a LA como sendo um espaço possível de garantia de direitos e exercício da cidadania, no entanto, as práticas traduzem a garantia de direitos em esquemas formais de intervenção que se apoiam nas relações familiares e na inserção na escola e no mundo do trabalho, sem considerar os conflitos e tensões sociais inerentes aos contextos vividos pelos adolescentes, o que limita o exercício da cidadania. A autora problematiza que apesar do reconhecimento estatutário do adolescente com status de cidadão, a medida continua sendo pensada somente para adolescentes pobres, onde a infração é associada a pobreza e exclusão social, e na perspectiva de socialização que atenda o progresso (PAULA, 2011).

Da mesma forma, Aguinsky et al. (2014) constata, a partir dos seus estudos, três ausências na execução da LA, consistentes na falta de clareza da proposta pedagógica do atendimento socioeducativo, a não oferta do atendimento individual e com a frequência regular semanal prevista no SINASE, situações estas que comprometem o desenvolvimento do caráter pedagógico da medida.

4. Cumprimento de medida socioeducativa: um espaço socioeducativo? – Estudo de caso

Esta seção tem por escopo relatar dados do estudo de caso e propor sua análise, com o objetivo de verificar o potencial socioeducativo do atendimento da medida socioeducativa de Liberdade Assistida, cumprida por adolescentes que tiveram a medida extinta no período de janeiro a junho de 2015, no CREAS-PEMSE de Ponta Grossa/PR, estabelecendo relação com os dados de pesquisas nacionais.

Para tanto, se utilizou a pesquisa documental, lançando mão da consulta do PIA dos 45 adolescentes que tiveram declarada extinta a LA no período selecionado, dentro de um universo de 313 adolescentes, dentre os quais 266 adolescentes do sexo masculino e 47 do sexo feminino, que estavam em cumprimento da medida no PEMSE.

Apresentar-se-á um levantamento da inserção do adolescente, antes da prática de ato infracional, nas políticas públicas de educação, assistência social, saúde, trabalho, esporte, cultura e lazer, bem como das intervenções propostas nestas áreas e resultados obtidos durante o cumprimento de LA.

Convém inicialmente destacar que dos 45 adolescentes que tiveram seus PIAs analisados, 37 (82,22%) pertenciam ao sexo masculino e 8 (17,78%) pertenciam ao sexo feminino.

Observou-se que a prevalência de adolescente do sexo masculino no cumprimento de medidas socioeducativas no CREAS-PEMSE segue tendência nacional.

De acordo com informações do MDS, em 2014, o número de adolescentes em cumprimento de medidas em meio aberto (LA e PSC) por meio dos CREAS era de 65.112, destes 32 mil estavam cumprindo LA e outros 34 mil cumpriam PSC. O percentual por sexo era de 87% meninos e 13%, meninas (IPEA, 2015, p. 320), o que se aproxima com os percentuais da presente pesquisa.

No que se refere à faixa etária dos adolescentes, verificou-se (tabela 1) que, de maneira geral, a maior concentração se deu na faixa entre 14 e 17 anos. Entre os meninos, a maior concentração ocorreu na faixa etária de 15 e 17 anos. Em relação às meninas, a maior concentração foi verificada na faixa etária de 16 anos.

Tabela 1 – Idade e sexo dos adolescentes que tiveram extinta a medida de liberdade assistida (LA) no PEMSE em Ponta Grossa no período de janeiro a junho de 2015

Idade dos adolescentes									
Sexo	12 anos	13 anos	14 anos	15 anos	16 anos	17 anos	18 anos	19 anos	20 anos
Masculino*	2,70%	2,70%	16,22%	24,32%	13,51%	24,32%	13,51%		2,70%
Feminino**			25,00%	25,00%	37,50%	12,50%			
Total***	2,22%	2,22%	17,78%	24,44%	17,78%	22,22%	11,11%		2,22%

Fonte: elaborada pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, 2015.

Notas:

**em relação aos 37 adolescentes do sexo masculino;*

***em relação as 8 adolescentes do sexo feminino;*

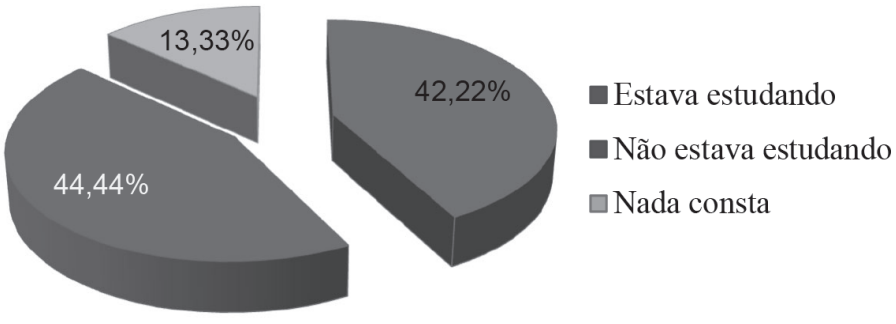
**** em relação ao total de 45 adolescentes de ambos os sexos.*

Há poucos atendimentos, para ambos os sexos, nos anos iniciais da adolescência e também com 18 anos completos, o que se justifica uma vez que os atos praticados quando alcançada a maioridade configuram crimes e são responsabilizados de acordo com o Código Penal, permanecendo somente em cumprimento de medidas socioeducativas os adolescentes que praticaram o ato infracional em momento anterior à maioridade.

Assim, os dados levantados vão ao encontro da caracterização nacional do perfil socioeconômico dos adolescentes, onde a idade média para o sexo masculino é de 16,7 anos, com incidência maior na faixa etária de 14 a 17 (CNJ, 2012) e para as adolescentes, o levantamento elaborado em 2014, apontou para maior concentradas na faixa etária entre 15 e 17 anos (CNJ, 2015).

4.1. Educação

Gráfico 1 – Situação do adolescente em relação aos estudos quando iniciou o cumprimento da LA



Acesse o QR Code para visualizar a imagem colorida

Fonte: elaborado pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, 2015.

Extraiu-se do Gráfico 1 o elevado índice de evasão escolar entre as adolescentes do sexo feminino. Do universo de 8 meninas, 6 delas (75%) não estavam estudando quando iniciaram a LA. Para as outras 2 meninas, não constava tal informação. Frente a esta falta de informação, abre-se a possibilidade de que 100% das meninas não estivessem estudando quando iniciaram o cumprimento da LA.

Já entre os adolescentes do sexo masculino esse percentual caiu para 37,84%. Do universo de 37 meninos, 14 deles não estavam estudando. Para 4 deles não constava resposta.

A ausência de anotação das condições de estudo de duas adolescentes e quatro masculinos representa um limite na elaboração e posterior execução do PIA, ainda mais em uma área tão importante quanto é a educação.

Comparou-se, ainda, a situação educacional de cada adolescente, que não estava estudando quando iniciou a LA, ou seja, a série em que interromperam os estudos.

Tendo em vista que a idade corresponde para a conclusão do nono ano (ou 8ª série) do ensino fundamental é de aproximadamente 14 anos e para a conclusão do ensino médio 17 anos, verifica-se entre os 19 adolescentes que estavam estudando quando iniciaram a LA, apenas 3 não apresentavam defasagem escolar. A grande maioria apresentava de 1 a 4 anos de atraso.

Mesmo entre os adolescentes que estavam estudando quando iniciaram a LA, evidencia-se uma alta frequência de defasagem idade-série.

Considerando o que traz o art. 32[8] da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) de 1996 – que o ensino fundamental obrigatório deve ter duração de nove anos, iniciando aos seis anos de idade e devendo, portanto ser concluído aos 14 anos – e relacionando a idade dos adolescentes com a série de interrupção dos estudos torna-se evidente que, quase a totalidade dos casos, o nível de escolaridade está bem aquém do ideal. Mesmo retomando os estudos, seria inevitável uma significativa defasagem idade-série.

Os dados coletados no PIA, dos adolescentes do PEMSE, acompanham os dados nacionais onde as informações sobre a escolaridade dos jovens adolescentes brasileiros apontam a existência de uma grande defasagem entre a idade e o grau de escolaridade atingindo, principalmente entre aqueles na faixa de 15 a 17 anos, que deveriam estar cursando o ensino médio ou já tê-lo concluído.

Os dados nacionais também apontavam que cerca de um terço dos adolescentes de 15 a 17 anos ainda não haviam terminado o ensino fundamental e menos de 2% (1,32%) havia concluído o ensino médio. Na faixa etária de 12 a 14 anos, que corresponde aos últimos anos do ensino fundamental, os dados mostraram que a imensa maioria (93,3%) tinha o fundamental incompleto e apenas 3,47% havia completado esse nível de ensino (IPEA, 2015, p. 297).

Traçando um paralelo com os encaminhamentos realizados durante o cumprimento da LA, observou-se 37 encaminhamentos na área da educação, sendo a grande maioria no sentido de realizar a matrícula ou o acompanhamento escolar do adolescente. Constaram ainda informações de dois encaminhamentos para o Programa Adolescente Aprendiz.

Quanto aos resultados obtidos, verificou-se que em 13 dos 37 casos de encaminhamento, os adolescentes não frequentavam as aulas ou desistiram durante e após o cumprimento da LA. Entre esses, chama atenção o caso de um adolescente que desistiu por falta de vale transporte para ir até a escola. Na ocasião o PEMSE estava sem verba para fazer o creditamento, o que confirma a ausência de infraestrutura adequada dentro das políticas públicas e também na unidade escolar para promover a permanência e retorno do adolescente à Escola (UNICEF, 2011).

Ademais, excetuando-se os 5 casos em que não constavam informações sobre os resultados obtidos, observou-se poucos registros de efetiva frequência do adolescente às aulas. Em alguns registros consta a informação "declaração de matrícula", o que por si só não significa que o adolescente continuou/continua frequentando a escola.

8. Redação dada pela Lei 11.274, de 6 de fevereiro de 2006, que alterou a duração do ensino fundamental obrigatório de oito para nove anos.

O alto número de intervenções na área da educação (37 em 45 PIA) se deve ao levantamento realizado anteriormente no PIA com relação à situação do adolescente e sua escolarização.

Observa-se que a educação é uma área, considerando sua importância para o desenvolvimento pessoal e social do indivíduo, fragilizada no contexto do adolescente, o que já é verificado em momento anterior à inserção no atendimento socioeducativo.

Oportunidades sociais como a educação ajudam a promover a capacidade geral de uma pessoa, pois melhoram sua condição de agente, além de contribuir para o enfrentamento de privações (SEN, 2000). A educação é também um pré-requisito para ampliação do acesso aos demais direitos sociais, civis e políticos. Logo, é possível concluir que a baixa escolaridade resulta em um processo de exclusão social que tem sua origem nos primeiros anos de estudo.

Por tais razões, é possível reconhecer os prejuízos advindos da defasagem escolar que afeta os adolescentes inseridos no sistema socioeducativo, haja vista que os dados coletados representam não somente a perda de anos escolares, mas sim de oportunidades, participação econômica, comprometimento de aspectos da sua vida futura e diretamente do seu núcleo familiar.

No entanto, não se trata de culpabilizar o adolescente, mas sim reconhecer as limitações do próprio sistema de ensino. O documento da Unicef aponta que

> "a distorção nos anos escolares [...] é causada pela repetência, que revela que o sistema de ensino, por uma série de fatores, não foi capaz de ensinar a um menino ou a uma menina o que ele ou ela deveria aprender." (UNICEF, 2011, p. 82).

Com efeito, muitas são as causas que levam a este quadro na educação que vão desde a ausência de infraestrutura adequada nas escolas, qualidade da educação, a formação e a valorização social dos professores, precariedade do ambiente escolar, a pressão sobre os adolescentes para que contribuam com a renda familiar e até mesmo uma cultura que ainda pouco valoriza o estudo no Brasil. Necessário também reconhecer "uma grave distância entre a expectativa dos adolescentes sobre a escola e a realidade das escolas" (UNICEF, 2011, p. 83), o que pode resultar na falta de interesse do aluno que, após repetir várias vezes de ano, abandona os estudos.

Com relação ao levantamento acerca da escolaridade dos adolescentes em execução de LA no PEMSE, conclui-se que não basta garantir o acesso à educação, mas são necessárias sim, políticas educacionais que garantam a permanência do aluno no ambiente escolar.

Quanto aos aspectos da defasagem escolar e a não reinserção, umas das causas levantadas nos relatos da vida dos adolescentes é a resistência e negativa da unidade escolar em matricular o adolescente autor de ato infracional na "sua" escola, por ser visto como aluno problema.

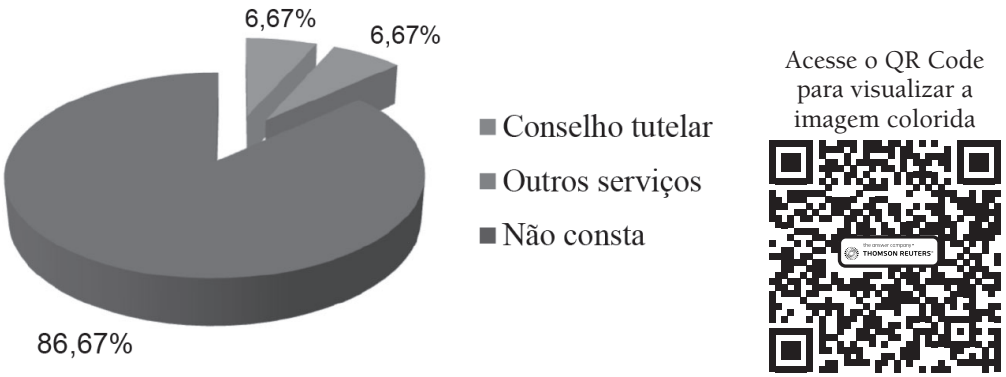
Por fim, se a educação transforma vidas, a baixa escolaridade dos adolescentes que cumpriram a LA no período de janeiro a julho de 2015 no PEMSE representa uma limitação às transformações pessoais e sociais.

4.2. Serviços da rede socioassistencial

No gráfico 2 são apresentadas informações referentes ao acesso prévio, anterior à LA, pelo adolescente à rede socioassistencial.

Observou-se que nas anotações deste item no PIA dos adolescentes na grande maioria (86,67%) dos casos não foi registrado nenhum serviço socioassistencial. Dos demais, 6,67% dos adolescentes haviam passado pelo Conselho Tutelar e os outros 6,67% haviam acessado outros serviços tais como CRAS, escola e unidade de saúde.

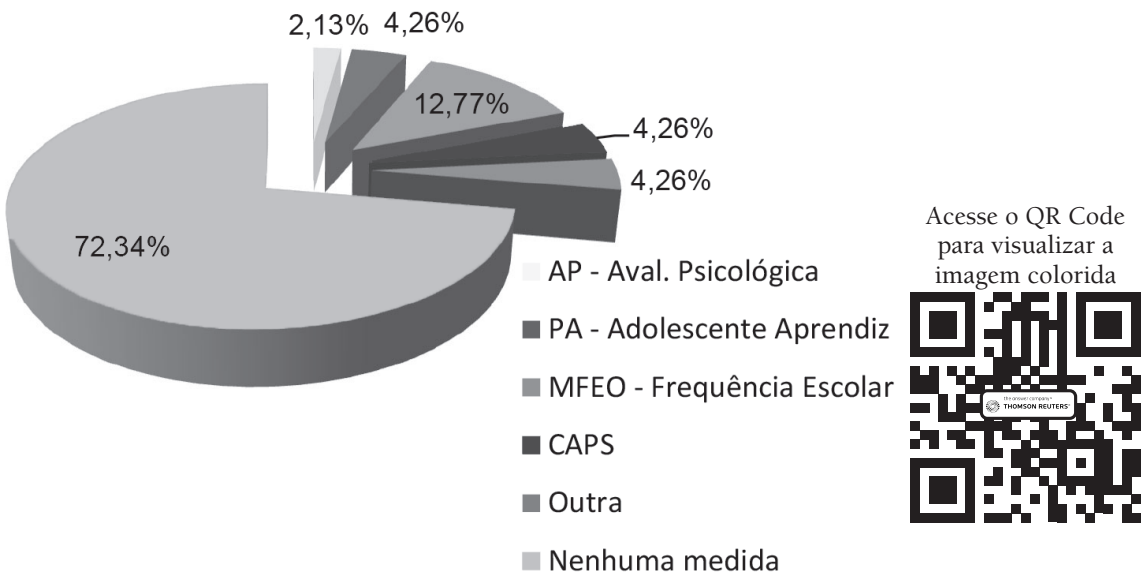
Gráfico 2 – Serviços da rede socioassistencial que o adolescente acessou antes de cumprir a LA



Fonte: elaborado pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, 2015.

Os dados levantados nesse item corroboram com o levantamento realizado nesta pesquisa acerca das medidas aplicadas ao adolescente anteriormente à LA (gráfico 3). Observou-se que a medida mais frequentemente adotada foi a de Matrícula e Frequência Escolar Obrigatória.

Gráfico 3 – Medidas protetivas recebidas, anteriormente à aplicação de LA, pelos adolescentes que tiveram extinta a medida de liberdade assistida (LA) no PEMSE entre janeiro e junho de 2015



Fonte: elaborado pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, de 2015.

Analisar o dado que aponta 72,34% dos adolescentes que não receberam nenhum tipo de medida protetiva em momento anterior à aplicação da medida socioeducativa, por si só, não permite concluir pelo descumprimento do ECA e SINASE.

No entanto, quando estabelecido parâmetro com os dados, por exemplo, da educação, onde 44,44% dos adolescentes não estavam estudando quando iniciaram a execução da LA (gráfico 1) ou, ainda, da saúde onde 49,12% dos adolescentes eram usuários de substâncias psicoativas e do total somente 22,81% (tabela 2) tiveram acesso a algum tipo de tratamento anteriormente, é possível sim concluir que havia situação de risco que ensejasse a aplicação de medidas protetivas, porém houve omissão na inserção deste adolescente na rede de proteção à criança e adolescência, além do não acesso às políticas públicas básicas mais elementares, como educação e saúde, o que representa um limite na posterior execução do PIA.

Registra-se, ainda, que o levantamento de dados apontou que as adolescentes do sexo feminino estão entre os 72,34% que não receberam nenhuma medida protetiva antes da aplicação da LA.

Acerca dessa dinâmica Girotto e Ponzio esclarecem que, para o adolescente ter acesso aos direitos fundamentais básicos e ser incluído na política social da Assistência Social, precisou primeiro cometer um ato infracional. O adolescente em vulnerabilidade social "é vítima, tendo em vista que possivelmente teve seus direitos violados, mas entra no sistema como violador" (GIROTTO; PONZIO, 2015, p. 160).

Volta-se a reconhecer que o adolescente e sua família estão, em grande medida, "soltos" da rede de proteção da infância que segue o princípio da municipalização dos atendimentos, da mesma forma desvinculados das políticas públicas tanto da Assistência Social, da Educação, da Saúde e outras, salvo pontuais atendimentos (6,67% – Conselho Tutelar; 6,67% – outros serviços como CRAS, escola e unidade de saúde).

Dos dados pesquisados acerca dos encaminhamentos realizados pelo PEMSE, durante a LA, na área da assistência social, verificou-se que na maioria dos PIA's (57,78%) não constava anotação se foi realizado algum encaminhamento nesta área e qual foi ele, o que por si só já representa uma limitação na execução do PIA.

No mais, observou-se que dos 19 encaminhamentos, a maior parte (26,67%) ocorreu em relação ao próprio adolescente. Em seguida ficou a família com 11,11% dos encaminhamentos, ocorrendo ainda casos, de menor proporção, em que tanto o adolescente quanto a família dele receberam encaminhamento (6,67%).

Dos 16 encaminhamentos, 19 foram direcionados à rede de atendimento de serviços já estruturada no Município, como CRAS, CAPS, CREAS, PAEIF, Programa Família Paranaense, sendo que os 3 casos restantes, fazem referência à Escola, que no PIA pertence à área da educação (projeto de intervenção para ser incluído no 1º Emprego e um caso que não consta a intervenção disponibilizada ao adolescente nesta área).

Estabelecendo relação com os serviços da rede socioassistencial que os adolescentes acessaram em momento anterior ao cumprimento da LA, viu-se que em apenas 13,34% dos casos houve alguma ocorrência, já para a maioria dos adolescentes (86,67%) não constava informação no PIA. Com o cumprimento da LA este índice de intervenção majorou consideravelmente (51,12%) somadas as intervenções destinadas ao adolescente e a família, o que representa uma possibilidade de execução do PIA, apesar de não se ter garantido a efetividade do resultado.

4.3. Saúde

Quanto aos registros do histórico de saúde dos adolescentes de ambos os sexos, extraiu-se que somente 22,81% tiveram acesso a tratamento de saúde antes

de serem inseridos no atendimento socioeducativo e destes 17,54 já faziam o uso de medicação controlada. O percentual de 1,75% informou que possuía alguma deficiência.

Os casos de tratamentos foram encaminhados em razão de depressão/bipolar (1); uso de drogas (1); cirurgia apendicite (1); convulsão (2); sinusite/renite (2); leptospirose (1); hiperativo (1); neurológico (1); inflamação renal (1) e pré-natal (1).

Ademais, o PIA demonstrou ainda que somente 6,67% dos adolescentes tiveram acesso a atendimento psicológico e não houve nenhum registro de atendimento psiquiátrico nos PIA's, salvo os anteriormente mencionados, que constavam na área geral de tratamento.

Viu-se (tabela 2) que o uso de substâncias psicoativas atingiu 49,12% do total de adolescentes.

Tabela 2 – Histórico dos adolescentes na área da saúde

Histórico	Masculino	Feminino	Total
Tratamento de saúde	22,22%	25%	22,81%
Medicação controlada	17,78%	16,67%	17,54%
Uso de substâncias psicoativas	51,11%	41,67%	49,12%
Deficiência	2,22%		1,75%
Atendimento psicológico	6,67%	8,33%	7,02%
Atendimento psiquiátrico		8,33%	1,75%

Fonte: elaborada pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, 2015.

Primeiramente, observou-se que pode ser considerado baixo o índice de 22,81% de encaminhamentos realizados na área da saúde, haja vista que este levantamento engloba a saúde física e mental e há um elevado número de adolescentes usuários de drogas. Este dado confirma a omissão na inserção deste adolescente na rede de proteção à criança e adolescência e o não acesso às políticas públicas básicas mais elementares como saúde, que vem a ser ofertado somente após o cometimento do ato infracional.

É notável o alto índice de adolescentes que fazem uso de substâncias psicoativas, que para o masculino atinge 51,11% e para as adolescentes representa 41,67. Dentre as substâncias mais consumidas está crack, maconha, bebida alcoólica e cigarro e há um registro de usuário de cocaína.

Os dados coletados dos PIA's dos socioeducandos do PEMSE se aproximam do levantamento conduzido pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad), publicado em 2010, que revelou que 54,2% dos brasileiros entre 12 e 17 anos afirmaram ter feito uso de álcool e em 15,2% havia prevalência de uso de tabaco, pelo menos uma vez na vida. Em relação às drogas ilícitas, na mesma faixa etária, 4,1% afirmaram ter usado maconha, 3,4% solventes e 0,5% cocaína, pelo menos uma vez na vida. Tais dados na adolescência preocupam os especialistas da área porquanto o uso de drogas nesta fase é a porta de entrada para o seu uso e abuso na vida adulta (UNICEF, 2011).

Com efeito, o envolvimento com o uso de substâncias psicoativas pode influenciar na prática de atos infracional, como constatado em pesquisa realizada em Uberlândia, Minas Gerais, onde 70% dos atos contra a propriedade eram praticados para manter o consumo de drogas e outras mercadorias (IPEA, 2015).

Com relação aos encaminhamentos realizados pelo PEMSE na área da saúde, observou-se que dos 45 adolescentes somente a 23 foi ofertado algum encaminhamento na área da saúde (51,11% do total).

Analisando as informações colhidas, constatou-se que 21 dos 23 encaminhamentos registrados estavam relacionados a aspectos psicológicos do adolescente ou à drogadição.

Este dado, por certo, condiz com as informações da Tabela 2, onde foi constatado que o tipo de tratamento mais frequente entre os adolescentes, antes do cumprimento da LA, já era o tratamento na área da saúde psicológica, drogadição, uso de medicação controlada, uso de substâncias psicoativas, atendimento psicológico e psiquiátrico que somados correspondiam a 75,43% dos atendimentos nesta área. Dessa forma, as intervenções na área da saúde deram continuidade ao atendimento desta demanda.

Outrossim, a tabulação revelou a ocorrência da gravidez na adolescência em alta porcentagem, foram 5 adolescentes no universo de 8 que estiverem gestantes durante a adolescência.

Em um dos registros, constava no histórico da adolescente a prática da prostituição, o concomitante uso de crack, razão pela qual foi encaminhada para tratamento da dependência química, no entanto, a adolescente fugiu da comunidade terapêutica e foi registrado o aborto do nascituro, sem assistência médica, revelando total afastamento da rede de proteção das políticas públicas.

Da mesma forma, outra adolescente gestante teve ocorrência de aborto e foi encaminhada para acompanhamento psicológico. No terceiro caso registrado, foi anotado no PIA da adolescente que foram realizados os exames de pré-natal quando o programa teve conhecimento da referida gravidez.

Mesma situação é observada nas duas adolescentes entrevistadas nesta pesquisa, sendo que uma possui registro de aborto e outra de gravidez precoce.

Considerando que o ritmo de desenvolvimento de um adolescente e seu ingresso na vida adulta são definidos por processos sociais e culturais, a gravidez precoce é uma das situações que gera impactos sobre o desenvolvimento cognitivo, afetivo e social das adolescentes (BRASIL, 2016).

Assim, o direito de ser adolescente é violado pela vulnerabilidade gerada pela gravidez precoce, que em dois casos analisados resultou em aborto (UNICEF, 2011). A anotação no PIA de uma das adolescentes confirma que a gravidez, de certa forma, limita as possibilidades sociais e de trabalho: "Adolescente quer estudar e trabalhar, mas como está grávida terá que esperar".

Novamente não é o caso de culpabilizar a adolescente, mas sim reconhecer as estruturas frágeis que a cercam, como orientação sexual, perspectivas de vida, abandono e defasagem escolar, abuso sexual, envolvimento com prostituição e drogadição.

Assim, os dados coletados desafiam os profissionais dos programas socioeducativos a realizarem encaminhamentos adequados neste tema, que é de saúde pública e combina ações de educação, assistência social e segurança.

4.4. Trabalho

A tabela 3 apresenta a situação do adolescente em relação ao trabalho quando iniciou o cumprimento da LA. Apesar do elevado índice de falta de respostas, observa-se que, de maneira geral, a maioria dos adolescentes, 55,56%, não trabalhavam quando do início do cumprimento da LA.

Ao analisar os dados por gênero, notou-se, porém, que o percentual de adolescentes que trabalhavam era maior para o sexo masculino, no percentual de 29,73%, contra apenas 12,50% de adolescentes do sexo feminino.

Tabela 3 – Situação dos adolescentes que tiveram extinta a medida de liberdade assistida (LA), no PEMSE em Ponta Grossa no período de janeiro a junho de 2015, em relação ao trabalho quando iniciaram o cumprimento da LA

Situação	Feminino	Masculino	Total
Estava trabalhando	12,50%	29,73%	26,67%
Não estava trabalhando	62,50%	54,05%	55,56%
Nada consta	25,00%	16,22%	17,78%

Fonte: elaborada pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, 2015.

Cumpre destacar que dentre os 26,67% (12 adolescentes) que declararam estar trabalhando, dois deles possuíam 15 anos de idade. Esses adolescentes desenvolviam atividades de servente na construção civil e recepcionista de uma academia de ginástica.

Nesse sentido, anota-se que a legislação brasileira veda o trabalho aos menores de 14 anos e, desta idade até os 15 anos, o trabalho só é permitido na condição de menor aprendiz. Da idade entre 16 e 17 anos o trabalho é permitido, desde que não comprometa a atividade escolar e que não ocorra em condições insalubres e em jornada noturna, conforme dispõe o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

Além disso, ressalta-se o fato que, do total de adolescentes que trabalhavam, grande parte (41,67%) o fazia sem carteira de trabalho assinada. Para os outros 58,33% não havia informação, o que não descarta a possibilidade de que mais adolescentes também estivessem na mesma situação.

Os dados coletados neste levantamento seguem o perfil nacional, onde a imensa maioria dos adolescentes exerce atividade laboral na informalidade, sem qualquer proteção social. Quanto à escolaridade dos adolescentes que trabalham, 90% daqueles com 15 anos não concluíram o ensino fundamental, e 69,4% dos jovens de 16 a 17 anos também não completaram esse nível de ensino. Praticamente todos os jovens adolescentes de 15 a 17 anos que trabalham (100% e 99%) vivem em famílias muito pobres (IPEA, 2015, p. 299).

Ao analisar os encaminhamentos realizados pelo PEMSE na área da capacitação/profissionalização, verificou-se que todos os 18 encaminhamentos registrados – que correspondem a 40% do total de PIAs analisados, os adolescentes foram encaminhados basicamente para o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), para o Programa Adolescente Aprendiz ou para a Agência do Trabalhador.

A implementação da profissionalização para os adolescentes que cumprem LA exige que o programa de atendimento socioeducativo concretize o princípio da incompletude institucional, que demanda a utilização do máximo possível de serviços na comunidade e das diferentes políticas (CONANDA, 2006).

Ademais, também aqui se reconhece a falta de adesão e frequência do adolescente ao encaminhamento profissionalizante proposto. Foram registrados pelo menos 3 casos de abandono do curso, podendo este número ser mais elevado porquanto no PIA não constava o acompanhamento sistemático do encaminhamento, com informações acerca da efetiva conclusão do mesmo.

Outrossim, como se evidenciou na análise das entrevistas dos adolescentes, também realizada nesta pesquisa, a oferta do curso pelo PEMSE nem sempre

atende o interesse profissional do adolescente. Nesse sentido, foi registrado o caso do adolescente A2 que não realizou nenhum curso durante a LA, porquanto não tinha interesse em cursar informática que lhe foi ofertado e o curso de mecânica pretendido exigia a conclusão do ensino fundamental que ele não possuía. Logo são muitos os entraves a serem superados pelo PEMSE para que a proposta profissionalizante represente uma oportunidade de vida para o adolescente.

Anota-se que a Carteira de Trabalho – CTPS funciona como identificação e histórico dos vínculos trabalhistas, além de possibilitar o acesso a todos os benefícios assegurados ao trabalhador, dentre eles o 13º salário, férias, aposentadoria, seguro-desemprego, licença-maternidade e outros, a carteira necessita estar assinada (MTE, 2016). Assim, considerando que nenhum dos adolescentes laborava com o registro na Carteira, é possível concluir que exerciam suas atividades laborais na informalidade, sem qualquer proteção social.

Outra questão que chama atenção é no tocante ao interesse profissional declarado pelos adolescentes. Entre os meninos o campo de interesse mais citado foi na área da mecânica, com registros também na área de lataria e pintura e na área da construção civil. Entre as meninas o maior interesse se deu em cursos de manicure. Dos 17 adolescentes que declararam seus interesses, apenas 3 apontaram interesses em outras áreas que não as anteriormente citadas.

Verifica-se, assim, que o interesse profissional dos adolescentes é majoritariamente por cursos de prestação de serviços que possibilitam o ingresso no mercado de trabalho em curto prazo, o que revela, segundo dados da PNAD 2013, que as motivações de trabalho desta faixa etária não estão apenas relacionados com a pobreza, "mas também à necessidade de ter acesso a bens de consumo, que são valorizados socialmente como roupas e tênis de marca e aparelhos celulares, por exemplo" (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p. 10).

A Carta de Conjuntura do IPEA revelou que no primeiro trimestre de 2016, as condições do mercado de trabalho no geral decaíram, tendo a taxa de desemprego alcançado 11,2%, 3,2 pontos percentuais acima do observado no mesmo período do ano anterior. O que chama atenção é que o setor populacional mais atingido pelo desemprego foram os adolescentes/jovens entre 14 e 24 anos[9] e os que não concluíram o ensino médio (IPEA, 2016), logo enquadra o perfil dos adolescentes em análise, diminuindo suas perspectivas de emprego e mobilidade social.

9. Pesquisa realizada de janeiro a março de 2016 dividiu a população entre 14 e 24 anos entre ocupados (37%), desocupados (13,2%), aqueles que só estudam (38,2%) e os chamados "nem-nem" (13%), ou seja, aqueles que nem estudam nem participam da força de trabalho (IPEA, 2016).

Traçando um paralelo entre trabalho e escola, verifica-se que os adolescentes que cumpriram a LA no PEMSE apresentam altos índices de evasão escolar e defasagem de séries, somado a escassa inserção formal no mercado de trabalho.

Acerca deste contexto, Isa Maria de Oliveira, coordenadora do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, sintetiza a dinâmica que parte do abandono escolar precoce, tentativas frustradas de inserção no mercado formal, devido à falta de experiência e escolaridade, o que resulta em elevado grau de vulnerabilidade social (UNICEF, 2011, p. 35).

Nesse sentido, o IPEA (2015) reconhece as deficiências e barreiras enfrentadas pelos adolescentes, principalmente mais pobres, no acesso às políticas públicas de educação e trabalho, principais mecanismos lícitos de mobilidade e inclusão social da nossa sociedade. Soma-se a isto, as insuficientes oportunidades nos campos da saúde, lazer e cultura, que contribuem para o agravamento da sua situação de vulnerabilidade social.

Assim, os adolescentes sem escola, sem trabalho ou com inserção laboral precária, acabam ficando desprovidos da proteção social e, consequentemente, mais expostos a certos riscos como a cooptação pelo crime, que muitas vezes, acaba se apresentando como alternativa de mobilidade social.

4.5. Atividades esportivas, culturais ou de lazer

Com relação à participação em atividades esportivas, culturais ou de lazer antes de iniciar o cumprimento da LA, observou-se (tabela 4) que foi mais expressiva entre os adolescentes do sexo masculino. Apesar da ausência dessa informação em grande parte dos planos, verificou-se nas respostas a prevalência de participação entre os meninos.

Tabela 4 – Participação de atividades físicas antes de iniciar o cumprimento da LA

Sexo	Praticavam	Não praticavam	Não consta
Masculino	32,43%	18,92%	48,65%
Feminino	12,50%	62,50%	25,00%

Fonte: elaborada pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, 2015.

É interessante observar que entre os 17 adolescentes que declararam as atividades das quais participavam, constatou-se que a maioria delas se concentrava

no âmbito do esporte, com exceção de um adolescente que relatou tocar instrumentos musicais.

Outro aspecto a se destacar é que, com exceção de uma adolescente que relatou fazer ginástica no CENSE e de outro que declarou praticar corridas no bairro, todas as demais atividades esportivas eram praticadas no âmbito escolar. Nota-se com isso que, na maioria das vezes, a única possibilidade de lazer para muitos adolescentes acaba sendo a que a escola lhes proporciona.

No Brasil, o esporte, o lazer, a prática desportiva e ao acesso a equipamentos comunitários, socializadores e inclusivos, considerando os mais diversos aspectos educacionais, sociais e culturais, são direitos previstos na Constituição Federal do Brasil e no ECA.

Segundo a ONU (2016, p. 4), as "práticas esportivas são opções inteligentes para o desenvolvimento integral e equitativo, com ampliação do repertório de direitos, e podem ser também um veículo importante para a promoção da paz". Ademais, desenvolver habilidades para a vida por meio do esporte empodera a pessoa, aumenta o seu bem-estar psicossocial, a autoestima e as capacidades, transformando sua forma de relacionar-se com o mundo, pois induz a elaborar seu projeto de vida e tomarem decisões seguras e autônomas.

As atividades esportivas, culturais e de lazer assumem um papel relevante particularmente para as meninas, uma vez que a puberdade e a adolescência são momentos críticos de imposição de estereótipos de gênero e na definição dos comportamentos considerados adequado para elas. "Em geral, nessa fase, as meninas são submetidas a um controle social muito maior sobre seus corpos e a uma perda de espaço público". Comparado com os meninos, a autoestima das meninas tende a cair duas vezes mais e 49% acabam por abandonar a prática esportiva no percentual de seis vezes mais que os meninos (ONU, 2016, p. 7).

Tal indicação é confirmada pelos dados apurados no presente estudo que apontam a prevalência da participação dos adolescentes do sexo masculino em atividades desta natureza.

Ademais, reforça essa constatação a declaração de uma das adolescentes que alegou não participar de nada, pois não havia no local em que ela morava, nenhum lugar para lazer. Segundo a adolescente, só havia um grêmio, mas era destinado para meninos.

O que se observa é que faltam atividades extraescolares, inclusive alguns adolescentes declaram ter interesse na dança, na música, capoeira e lutas. Portanto, o desenvolvimento de ações que promovam a inclusão pelo esporte, cultura e lazer, em particular projetos que promovam a igualdade de gênero, o autoconhecimento,

a ocupação do espaço social, que fomentem as relações humanas e a percepção do seu comportamento, acabam por potencializam a evolução de habilidades na vida dos adolescentes e superação de possíveis entraves no seu salutar desenvolvimento.

Analisando os encaminhamentos nessa área durante o cumprimento de LA, ressalta-se o reduzido percentual de adolescentes envolvidos, somente 8,89% do sexo masculino receberam encaminhamento. Dos quatro encaminhamentos realizados, dois foram para arte e dois ao esporte, como pode ser visualizado no quadro a seguir.

Quadro 1 – Tipo de encaminhamento recebido pelo adolescente, pela família ou por ambos no âmbito da cultura, esporte e lazer e os resultados obtidos

Caso	Direcionamento	Sexo	Tipo de encaminhamento	Resultados obtidos
1	Adolescente	F	Oficina de música – musicoterapia	Só compareceu a três encontros
2	Adolescente	M	Participou de oficina de vídeo	Não consta
3	Adolescente	M	Oficina de esportes	Joga basquete na UEPG
4	Adolescente	M	Oficina de esportes	Pediu para continuar

Fonte: elaborado pelas autoras com base nos Planos Individuais de Atendimento dos adolescentes que cumpriram a medida de LA no PEMSE, 2015.

As práticas culturais, de lazer e esportivas são opções inteligentes para o desenvolvimento integral e equitativo do indivíduo, potencial ampliador de direitos e um veículo importante para a promoção da paz. Atividades desta natureza desenvolvem habilidades para a vida, empoderam a pessoa, aumentam o seu bem-estar psicossocial, a autoestima e as capacidades, transformando sua forma de relacionar-se com o mundo, pois induz a elaborar seu projeto de vida e tomarem decisões seguras e autônomas (ONU, 2016).

Outrossim, apesar dos pouquíssimos encaminhamentos (apenas 8,89%), observa-se que nessa área foram obtidos os melhores resultados, como os registrados em relação ao adolescente 3 "Joga basquete na UEPG" e 4 "Pediu para continuar", onde constatou o interesse e adesão do adolescente, até com o pedido de continuidade na atividade após o término da LA.

Assim, o baixo percentual de adolescentes envolvidos na prática de atividades esportivas, culturais ou de lazer, evidencia um direito violado, que acaba por comprometer o desenvolvimento integral do adolescente, deixa de influenciar na sua autoestima e interação social.

Após a análise dos itens referentes à identificação do adolescente e da sua inserção, antes da prática de ato infracional, nas políticas públicas de educação, assistência social, saúde, trabalho, esporte, cultura e lazer, bem as intervenções propostas nestas áreas e resultados obtidos durante o cumprimento de LA, conclui-se que os adolescentes, em grande medida, se encontram desassistidos da rede de proteção, das políticas públicas, antes, durante e após o cumprimento de medida socioeducativa, estando, por consequência, ainda frágil a pretensão de tornar este momento socioeducativo. Desse modo, restou na medida socioeducativa de LA, nos casos analisados, apenas um caráter punitivo, o que importa em violação ao disposto tanto no ECA quanto no SINASE, pois no âmbito dos debates estabelecidos no contexto da política criminal, tem-se que no contexto do ECA e do SINASE, se pode falar em responsabilização estatutária, conforme destaca Veronese (2015), não reconhecendo a medida socioeducativa como sanção penal, segundo aquela autora

> "O Estatuto compreende que a melhor forma de intervir nesse adolescente em conflito com a lei (v. art. 1º, III, da Lei do SINASE) é incidir positivamente na sua formação, servindo-se, para tanto, do processo pedagógico, como um mecanismo efetivo, que possibilite o convívio cidadão desse adolescente autor de ato infracional em sua comunidade, pretendem, pois, tais medidas, educar para a vida social."

Nesse sentido, mesmo para aqueles que reconhecem a existência de um Direito Penal de adolescente (SPOSATO, 2013), afirmando a natureza de sanção penal da medida socioeducativa (SPOSATO, 2013, p. 96) reconhecem, a partir de seu caráter educativo "que, em última instância, significa que a intervenção do Estado diante do cometimento de um ato ilícito e antijurídico por um adolescente não se move pelo castigo, nem tampouco pela retribuição" (SPOSATO, 2013, p. 97).

5. Conclusões

Constatou-se, neste trabalho que, em âmbito nacional, a categoria da socioeducação nasceu com o ECA ao acrescentar o adjetivo socioeducativas às medidas destinadas ao adolescente autor de ato infracional e, assim, definir sua natureza pedagógica. No entanto, sua formulação teórica não foi prevista pelo Estatuto

e SINASE, o que possibilita múltiplas interpretações e distorções na prática do atendimento socioeducativo pelo país.

Com base nas finalidades estabelecidas, verificou-se que a socioeducação se constitui em uma política pública que tem por natureza essencial preparar, empoderar o adolescente para o convívio social, razão pela qual se pretende fortalecer o laço social por meio da participação da família e comunidade, proporcionando que ele se aproprie dos instrumentais capazes de fomentar sua emancipação.

Para tanto, se defende, como Costa (2006, p. 42), não ser necessário criar "nenhuma proposta pedagógica singular para o desenvolvimento do processo social e educativo dirigido à população juvenil em situação de dificuldade" uma vez que "tudo (métodos e técnicas de ação social e educativa) que serve para trabalhar com adolescentes serve para trabalhar com adolescentes em conflito com a lei". A reflexão do autor se mostra plausível, haja vista que a socioeducação não pretende subtrair algo do adolescente, tampouco marcá-lo com alguma distinção, mas sim, garantir sua condição de cidadão, que é comum a todos os sujeitos.

Nessa lógica, tudo que é objetivo na formação do adolescente é extensivo à sua família, uma vez que a sua cidadania não acontece plenamente se ele não estiver integrado à comunidade e à sua família.

Assim, refletir a socioeducação desafia a pensar o momento de execução das medidas socioeducativas e, para além dele, questionar quem é o adolescente que chega ao sistema socioeducativo, que realidade pessoal, familiar e social ele vivenciou até o presente momento. Planejar, por meio do Plano Individual de Atendimento (PIA), o que será construído a partir deste encontro, da oportunidade de se dar a conhecer, de propor encaminhamentos a serem executados juntamente com o/a adolescente e a família.

Constatou-se com a pesquisa de campo realizada no CREAS-PEMSE de Ponta Grossa, que os adolescentes que foram inseridos no cumprimento de LA tiveram um restrito acesso aos serviços mais básicos das políticas públicas em momento anterior ao atendimento socioeducativo, ou seja, o Estado negligenciou a garantia da proteção integral a estes indivíduos ao longo do seu processo de desenvolvimento.

O adolescente se encontra desassistido pelas principais políticas públicas como saúde, educação, esporte, antes da ocorrência do ato infracional. As vivências cotidianas não lhe dão suporte para que elabore um projeto de vida.

Nesse cenário, observou-se que houve encaminhamentos que, de certa forma, buscaram atender as peculiaridades (necessidades/interesses) que os profissionais do PEMSE identificaram nos adolescentes, porém, foram encontrados empecilhos para concretização das metas estabelecidas.

Nesse sentido, do total de PIA's analisados, pode-se afirmar que apesar dos encaminhamentos propostos pela equipe do PEMSE houve poucos registros de efetiva inclusão em políticas públicas, uma vez que a maioria não retornou à Escola, grande número permaneceu usuários de alguma droga lícita ou ilícita e foi escassa a inserção no mercado de trabalho, de forma formal.

Ademais, considerando a ausência de acompanhamento dos socioeducandos egressos, pode-se afirmar que continuaram não atendidos pela rede de proteção e políticas públicas.

Frente às constatações do cenário do atendimento à medida de Liberdade Assistida anterior a julho de 2015, confirmasse a conclusão, já apontada em outro estudo por Paula (2011), que, em muitos casos, os encaminhamentos durante o cumprimento da medida socioeducativa não têm outro sentido senão o cumprimento da sentença judicial, com carácter punitivo, de outro lado, os orientadores, pressionados pelo esquema formal e ausência de suporte da rede, apresentaram dificuldade de oferecer ao adolescente e família, além desse, outros sentidos.

O caminho mais promissor para o atendimento do adolescente autor de ato infracional, concluímos, continua sendo o socioeducativo, que, conforme visto, ainda não se encontra integralmente implementado na sua prática cotidiana. No caso da execução da LA no PEMSE de Ponta Grossa, observou-se que o maior contraponto à prática socioeducativa não é apenas o risco de imperar o caráter punitivo, mas sim, o descaso, a indiferença com a vida e o destino do adolescente, por meio da negligência na oferta de serviços de qualidade, descomprometimento das políticas públicas e manutenção do olhar limitado acerca das violações presentes na trajetória de vida do socioeducando.

Para tanto, se faz necessário destinar recursos para a ampliação da rede de serviços das políticas públicas que afetam o adolescente e sua família na fase da sua vida anterior à ocorrência do ato infracional e durante a execução do PIA na LA. Imprescindível ampliar os espaços de oportunidades e de proteção à criança e adolescência, sujeitos de direitos, e isto com absoluta prioridade, para que se desenvolvam de forma integral na sua individualidade e potencial, com amparo nos laços familiares e sociais, como pretende toda a legislação que confere suporte à socioeducação.

6. Referências

AGUINSKY, Beatriz Gershenson et al. Os desafios do trabalho do assistente social na implementação dos princípios do SINASE. In: *II Seminário Regional*

"Políticas Públicas, Intersetorialidade e Família". 2014. Disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/serpinf/2014/assets/22.pdf]. Acesso em: 02.08.2018.

BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? – uma discussão conceitual. A situação das Américas: democracia, capital social e empoderamento. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.173-187, jan.-abr. 2012.

BISINOTO et al. Socioeducação: origem, significado e implicações para o atendimento socioeducativo. *Revista Psicologia em Estudo*: Maringá, v. 20, n. 4, p.575-585, out.-dez. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). Nota – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. *Levantamento preliminar anual dos/as Adolescentes em Conflito com a Lei – 2013*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

CARNEIRO E SILVA, Silmara. Socioeducação e juventude: reflexões sobre a educação de adolescentes e jovens para a vida em liberdade. *Serviço Social em Revista*, v. 14, n. 2, 2012. Disponível em [www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/8398]. Acesso em: 06.06.2018.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. Redução da idade de imputabilidade penal, educação e criminalidade violenta no Brasil. In: *Ipea*. Nota técnica nº 15, Rio de Janeiro, set. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Panorama nacional*: a execução das medidas socioeducativas de internação. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília: Conanda, 2006. Disponível em: [www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf]. Acesso em: 10.07.2018.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Os regimes de Atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente*: perspectivas e desafios. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos-SEDH, 2006a, 84 p.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Parâmetros para formação do socioeducador*: uma proposta inicial para reflexão e debate. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos-SEDH, 2006b, 104 p.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *As bases éticas da ação socioeducativa*: referenciais normativos e princípios norteadores. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos-SEDH, 2006c, 78p.

CRAIDY, Carmem Maria. Medidas Socioeducativas e Educação. In: Carmem Maria Craidy e Karine Szuchaman (Orgs.). *Socioeducação*: fundamentos e práticas. Porto Alegre: Evangraf, 2015, p. 74-89.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*: saberes necessários à prática educativa. 31. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

GIROTTO, Willian Mella; PONZIO, Vera. Da Liberdade Assistida, à assistência em liberdade. In: Carmem Maria Craidy e Karine Szuchaman (Orgs.). *Socioeducação*: fundamentos e práticas. Porto Alegre: Evangraf, 2015, p. 157-164.

GURALH, Soeli Andrea. *O regime de privação de liberdade sob enfoque da socioeducação*: experiência do Centro de Socioeducação Regional de Ponta Grossa. Dissertação. Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa, 2010.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Dimensões da experiência juvenil brasileira e novos desafios às políticas públicas*. SILVA, Enid Rocha Andrade da; BOTELHO, Rosana Ulhôa (Orgs.). Brasília: Ipea, 2015.

IPEA. *Carta de Conjuntura*. Mercado de trabalho. (versão preliminar finalizada em 10 de junho de 2016). OIT: Brasília, 2016.

KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa*. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KONZEN, Afonso Armando. Reflexões sobre a medida e sua execução (ou sobre o nascimento de um modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação). In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional:* socioeducação e responsabilidade. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 343-365.

LIBERATI, Wilson Donizete. Execução das medidas em meio aberto – prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). In: *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 367-396.

MAIOR, Olympio Sotto. Art. 112. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente*: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 557-562.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Regras mínimas das nações unidas para administração da justiça da infância e da juventude*, 1985. Disponível em: [www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1074]. Acesso em: 30.08.2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Regras mínimas das nações unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade*, 1990. Disponível em: [www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1076]. Acesso em: 30.06.2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Esporte para o desenvolvimento e a paz*. Informativo da ONU no Brasil. 2016.

ORTEGAL, Leonardo Rodrigues De Oliveira Pereira. *A medida socioeducativa de liberdade assistida*: fundamentos e contexto atual. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Brasília – UNB, 2011.

PAULA, Liane de. *Liberdade assistida*: punição e cidadania na cidade de São Paulo (Tese). Doutorado em Sociologia do Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Universidade de São Paulo, 2011.

RANIERE, Édio. *A invenção das medidas socioeducativas*. (Tese de Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87585/000911217.pdf?sequence=1]. Acesso em: 02.08.2018.

RODRIGUES, Marcela Marinho. MENDONÇA, Angela. *Algumas reflexões acerca da socioeducação*. Ministério Público do Estado do Paraná, MPPR. 2009. Disponível em: [www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?-conteudo=434]. Acesso em: 03.06.2018.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários. In: *Ipea*. Nota técnica nº 20. jun. 2015.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes*: elementos para uma teoria garantista. São Paulo:Saraiva, 2013.

UNICEF. *O direito de ser adolescente*: oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades. Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF: UNICEF, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry; QUANDT, Guilherme de Oliveira; OLIVEIRA, Luciente de Cássia Policarpo. O ato infracional e a aplicação das medidas socioeducativas: algumas considerações pedagógicas. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamaso (Orgs.). *Infância e Adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 39-90.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamaso; VIEIRA, Cláudia Maria C. do. *Crianças encarceradas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris Direito, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamaso. *Direito penal juvenil e a responsabilização estatutária*: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do SINASE – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2015.

VIGOTSKI, Lev Semenovich,1869-1934. *Psicologia pedagógica*: Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A justiça juvenil no Brasil pelas lentes da criminologia crítica, de Romulo Fonseca Morais e Ana Celina Bentes Hamoy – *RBCCrim* 165/337-378 (DTR\2020\380);
- A medida socioeducativa como especificidade: uma desvinculação do Direito Penal, de Bruna Mello de Miranda – *RDIJ* 2/203 (DTR\2013\12544);
- A socioeducação e a repetição do discurso ressocializador, de Lara Maria Tortola Flores Vieira – *RBCCrim* 130/369-397 (DTR\2017\665);
- Entre o punitivismo e a noção de sujeitos de direitos: prestação de serviços à comunidade e práticas pedagógicas alternativas, de Alice Vettorazzo Calil Matos e Izabela Nalio Ramos – *RBCCrim* 158/37-57 (DTR\2019\35709); e
- Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, de Mariana Chies Santiago Santos e Juliana Vinuto – *RBCCrim* 173/487-516 (DTR\2020\13268).

O abolicionismo prisional de Angela Davis

Angela Davis on abolishing imprisonment

Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena

Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS (2020). Mestra em Ciências Jurídicas pela UFPB (2015). Especialista em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais pela ESMA-PB/UFPB (2014). Especialista em Ciências Criminais pelo Unipê (2012).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5614591375637356].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5304-693X].
mariana_nobrega_@hotmail.com

Ney Fayet de Souza Júnior

Doutor em Direito Público pela UNISINOS (2005). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (1999). Fez estágio pós-doutoral em Criminologia na Universitat Pompeu Fabra (2013) e em História na UFRGS (2013). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Membro da Associação Internacional de Direito Penal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3904638241201962].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5573-400X].
neyjr@fayet.adv.br

Recebido em: 06.12.2020
Aprovado em: 18.12.2020
Última versão dos autores: 09.01.2021

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: Este artigo pretende expor as principais discussões levantadas por Angela Davis acerca da abolição das prisões. Mediante pesquisa bibliográfica, aqui são destacados os temas mais relevantes de sua obra voltados à luta antiprisional: a prisão como instituição racista; a discussão entre reforma e abolição das prisões; as relações de gênero no sistema prisional; a formação do complexo industrial-prisional; e o uso da prisão para encobrir problemas sociais.

Palavras-chave: Angela Davis – Abolicionismo prisional – Interseccionalidade.

Abstract: This article sets out the main arguments raised by Angela Davis concerning abolition of imprisonment. Through research in her bibliography, the most relevant themes of her work focused on the anti-prison struggle are highlighted: imprisonment as a racist institution, the discussion between prison reform and complete abolition, gender relations in the prison system, formation of the industrial-prison complex, and the use of imprisonment to cover up social problems.

Keywords: Angela Davis – Abolishing Imprisonment – Intersectionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Angela Davis e a questão prisional. 3. A prisão como instituição racista. 4. Prisão e reforma prisional. 5. Como o gênero estrutura o sistema prisional. 6. O complexo industrial-prisional. 7. A prisão oculta problemas sociais. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Célebre em todo o mundo como militante e intelectual, Angela Davis tem se tornado particularmente popular no Brasil pela sua atuação como feminista, sobretudo após a publicação da primeira tradução de uma de suas principais obras em 2016, o livro *Mulheres, raça e classe*, de 1981, e pela relevância que têm adquirido as abordagens que explicam as opressões vividas pelas mulheres por meio da intersecção de variáveis como gênero, classe, raça e sexualidade, em que a autora é uma das principais referências.

No entanto, além de ser uma militante e escritora de forte atuação na luta pela emancipação das mulheres, Angela Davis também é uma das mais destacadas representantes do movimento antiprisional, que tem por intuito, *grosso modo*, abolir as prisões como forma de punição estatal.

Dada a importância da pensadora no debate público sobre essa questão, este artigo pretende resgatar algumas de suas colaborações escritas acerca do tema do abolicionismo prisional, reunindo as mais relevantes discussões levadas a efeito em seus trabalhos. Após breve apresentação de sua biografia e do contexto do encarceramento nos Estados Unidos, foram organizados tópicos que descrevem as questões mais relevantes levantadas pela autora sobre a temática das prisões, que aqui são organizadas na seguinte ordem: a prisão como instituição racista; a discussão entre reforma e abolição das prisões; as relações de gênero no sistema prisional; a formação do complexo industrial-prisional; e o uso da prisão para encobrir problemas sociais. Optou-se por tal organização em razão dessa divisão de temas aparecer de forma mais explícita em uma de suas principais obras sobre o assunto, *Estarão as prisões obsoletas?*, publicada originalmente em 2003. As discussões trazidas nessa obra fundamental foram enriquecidas por outros diversos trabalhos da autora a respeito da mesma questão, publicados antes e depois do livro.

Ressalta-se que a abordagem de Angela Davis quanto ao encarceramento é uma entre as tantas perspectivas sobre o tema – o movimento antiprisional não é, por óbvio, homogêneo. Também importa destacar que sua teoria é pensada sobretudo para tratar da realidade dos Estados Unidos, não necessariamente tendo poder explicativo amplo sem as devidas adaptações a outras realidades, apesar

de ser possível levantar questões em comum em todo o mundo, situadas no contexto do capitalismo globalizado. Em decorrência da força dos seus escritos e da sua militância para pensar as estruturas de opressão que atuam nesse estágio do capitalismo, no qual a prisão é uma de suas influentes instituições, este trabalho pretende difundir sua considerável participação no debate sobre o tema do abolicionismo prisional e consolidar seu pensamento na militância e nas universidades brasileiras.

2. Angela Davis e a questão prisional

Angela Yvonne Davis nasce em 1944, em Birmingham, no estado do Alabama, e cresce em uma época na qual a cidade era uma das mais segregadas do Sul dos Estados Unidos, com a presença constante de ataques violentos e assassinatos com motivação racista. Por esse motivo, e por ser filha de uma ativista pelos direitos civis da comunidade negra, a questão do racismo era um tema de primeira ordem desde muito cedo em sua vida (DAVIS; PLATT, 2014).

Sua militância se inicia aos 11 anos, quando participa de um grupo de discussão inter-racial na igreja que frequentava; aliás, a mesma igreja que foi incendiada por sediar esses encontros, o que a fez perceber o quanto o fenômeno que discutiam contrariava violentamente uma parcela da população (DAVIS; PLATT, 2014).

Gradua-se com distinção acadêmica em literatura francesa na Universidade de Brandeis, em 1965. Durante a graduação, conhece pessoalmente o filósofo e professor alemão Herbert Marcuse, eminente nome da teoria crítica da Escola de Frankfurt, que na época ensinava nos Estados Unidos. Esse contato influencia sua formação intelectual e seu interesse pela filosofia. Por essa razão, Davis decide fazer um doutorado na área na Universidade de Frankfurt, onde Marcuse foi seu professor. Dessa experiência, a filósofa disse herdar o exercício da reflexão filosófica e sua perspectiva interdisciplinar, por entender que a filosofia por si só não é capaz de dar resposta às perguntas fundamentais (DAVIS, 2009c; BARRETO, 2019; DAVIS, 2019).

Em 1969, ela se torna conhecida publicamente após ter sido impedida de lecionar no Departamento de Filosofia da Universidade da Califórnia por sua militância e filiação ao Partido Comunista dos Estados Unidos. No ano seguinte, a ativista ascende novamente à cena política na defesa de presos políticos[1]

1. Ela foi envolvida em campanhas pela libertação de presos políticos, como Nelson Mandela, Lolita Lebron (nacionalista porto-riquenha), Huey Newton e Ericka Huggins.

e, depois, por se tornar foragida ao ser acusada do cometimento de três crimes capitais (assassinato, sequestro e conspiração), tornando-se uma das dez pessoas mais procuradas pelo Federal Bureau of Investigation (FBI) (DAVIS; DENT, 2003). Após intensa busca policial, foi capturada e permaneceu 16 meses encarcerada, o que engendrou uma campanha de massiva comoção que clamava pela sua inocência ("Free Angela Davis and all political prisoners"), que logrou a sua absolvição em 1973 e, a mais disso, a tornou uma figura pública no mundo todo (DAVIS, 2018a).

Afora sua militância (até os anos 1990) no Partido Comunista, pelo qual se candidatou a vice-presidente da República em 1980 e 1984, envolveu-se e atuou no Comitê de Defesa dos Irmãos Soledad e em organizações do movimento Black Power, como o *Student Nonviolent Coordinating Committee* e o Partido dos Panteras Negras, apesar de ela afirmar que neste não era uma militante orgânica, mas uma "companheira de luta e jornada" (BARRETO, 2019; DAVIS, 2019).

O tempo que ela passou presa tanto se deveu à sua acerba crítica às prisões como também influenciou profundamente sua posterior trajetória como ativista antiprisional, ao vislumbrar o uso da prisão como forma de calar militantes políticos como ela, assim como a discussão a respeito da pobreza e do racismo trazida por esse ativismo, que lançava o foco para as populações prisionais, em que predominavam pessoas pobres e de minorias étnicas (DAVIS; RODRÍGUEZ, 2000).

Além da herança neomarxista da Escola Frankfurt, a obra de Angela Davis é marcada pela influência de duas grandes figuras da filosofia crítica e política negra: Frederick Douglass[2] e W. E. B. Du Bois. Do primeiro, a autora herda sua preocupação existencial com a liberdade política, porém o critica por confiar excessivamente na lei como um mecanismo capaz de propiciar justiça social aos norte-americanos negros. É daí que Davis se serve dos escritos de Du Bois, por ele demonstrar como a lei foi usada para rotular as pessoas negras como criminosas e continuar a explorar seu trabalho e violentar o seu corpo. Ele traça as relações históricas entre a escravidão e, após sua suposta abolição, as outras práticas racistas que continuavam a reproduzir sua lógica, como os linchamentos, o surgimento da Ku Klux Klan, Jim Crow, os conflitos do período pós-Guerra da

A denúncia que ocasionou a sua prisão se deveu ao envolvimento com os presos políticos George Jackson e os irmãos Soledad. Sua relação com George Jackson e as trocas de correspondência entre eles foram fundamentais para o pensamento da autora sobre o papel das prisões (DAVIS, 2009d).

2. Frederick Douglass foi um importante abolicionista negro e um apaixonado defensor dos direitos das mulheres (DAVIS, 2016).

Secessão e o aumento dos guetos raciais nas principais capitais norte-americanas (MENDIETA, 2009).

Em seus trabalhos e na sua militância, Angela Davis procura desmistificar o senso comum de que as prisões devem ser centrais no combate à criminalidade, algo que, para muitos, parece impensável, implausível e utópico. A autora assinala não se desestimular com tal percepção social, porquanto lembra que a escravidão e a pena de morte já foram amplamente aceitas e hoje são consideradas ultrapassadas; agora, seria o momento de discutir como o encarceramento deveria ser, de idêntica forma, superado (DAVIS, 2018a).

Em suas contribuições acadêmicas e em seu ativismo político, Angela Davis vai mostrar como o surgimento das prisões e sua permanência até os dias atuais guardam íntimas imbricações com as estruturas de classe, raça, gênero e sexualidade da sociedade. Adiante, pretende-se apresentar suas reflexões de maior fôlego acerca da questão prisional.

3. A prisão como instituição racista

Na perspectiva de Angela Davis, o uso das prisões como método de punição reproduz a lógica de pensamento escravagista; por essa e outras razões, ela compara a luta antiprisional à luta pela abolição da escravidão, pois, assim como esta, aquela tem sido considerada uma ideia utópica. A abolição da escravidão também era, em seu tempo, considerada impensável por ampla parcela da população, e até mesmo os abolicionistas não estavam de acordo se negros e brancos seriam de fato iguais (DAVIS, 2018a).

Mesmo que a escravidão tenha se tornado ilegal, o ideal da supremacia branca continuou predominante e presente nas novas instituições; e uma das heranças disso era a prática do linchamento de pessoas negras, largamente aceita décadas após o fim formal da servidão involuntária, o que veio apenas a se configurar uma prática socialmente condenável em decorrência de uma campanha que teve à frente figuras como Ida B. Wells (DAVIS, 2018a)[3].

3. Convém a genial compreensão de Friedrich Engels, segundo a qual escravidão se tornou economicamente insustentável: "De um lado, portanto, vamos encontrar um crescente número de escravos supérfluos alforriados, carga de que seus donos queriam se desfazer; de outro lado, o aumento dos colonos e dos homens livres empobrecidos, análogos aos *poor whites* dos antigos Estados escravistas da América do Norte. O cristianismo não teve absolutamente nada a ver com a extinção gradual da escravidão. Durante séculos, compartilhou da escravidão no antigo império romano, e mais tarde nada fez nada

A segregação racial também dominou o Sul dos Estados Unidos um século após a abolição da escravidão, regida pelas leis de Jim Crow (que vigorou de 1876 a 1965). Porém, o que têm em comum essas três instituições racistas – a escravidão, o linchamento e a segregação legal – é que todas eram práticas largamente naturalizadas pela população e que hoje são consideradas impensáveis, apesar da continuidade do racismo. A autora se vale desses exemplos para sustentar que a prisão, uma outra instituição racista, também pode ser repensada e abolida, sobretudo por meio da atuação de movimentos com posturas radicais capazes de transformar a atitude popular frente ao tema (DAVIS, 2018a), promovendo uma "democracia da abolição", uma democracia do porvir, que representa "a abolição das instituições que promovem a dominação de um grupo sobre outro" (MENDIETA, 2009, p. 18).

Dessa maneira, para a escritora, influenciada pela obra de W. E. B. Du Bois, o cárcere representa uma continuação de antigas expressões históricas do racismo (MENDIETA, 2009); e, ao mostrar essa conexão, dado que o racismo não pode mais pautar o futuro do planeta, também a prisão deve ser considerada uma instituição obsoleta. Apesar de focar nas pessoas negras, ela não deixa de reconhecer que o racismo encontrado nas prisões também abrange outras minorias étnicas, como pessoas de origem latina, asiática, além de muçulmanos e nativos americanos. Essa imbricação entre racismo e prisão, portanto, mostra que não é possível eliminar um sem eliminar a outra (DAVIS, 2018a).

O sistema de punição é alimentado por pessoas de minorias étnicas, sendo hoje, nos Estados Unidos, as pessoas trans de minorias étnicas as que possuem maior probabilidade de ser detidas ou presas (DAVIS, 2018c). O fenômeno, mesmo tendo origens diversas, também se repete em outros países, configurando uma estratégia global de considerar minorias étnicas e de imigrantes do sul global como populações excedentes, descartáveis (DAVIS, 2018c). Gina Dent, em uma conversa com Angela Davis sobre o ativismo antiprisional de ambas, menciona que, na Austrália, por exemplo, país cuja população Koori (aborígenes) é

impedir o comércio de escravos por cristãos, ou por germanos, ao norte, ou por venezianos, no Mediterrâneo, e nos últimos anos nada fez para impedir o comércio de escravos negros. A escravidão não compensava, e por isso morreu; mas, ao morrer, deixou atrás de si um espinho venenoso: o trabalho produtivo tornado ignóbil para os homens livres. O mundo romano estava num beco-sem-saída: a escravidão era economicamente inviável e o trabalho dos homens livres estava moralmente proscrito. A primeira não podia mais e o segundo não podia ainda ser a forma básica da produção social. Só uma revolução radical podia solucionar o problema" (ENGELS, 1981, p. 168-169).

de aproximadamente 2% da população, apresenta esse grupo compondo 30% da população prisional feminina (DAVIS; DENT, 2003).

A penitenciária aparece como principal modalidade de punição por volta da Revolução Americana, no fim do século XVIII, para substituir as penas capital e corporal, servindo, ao mesmo tempo, para punir e reabilitar os seus internos. Não era uma forma de punição exatamente nova, porque já era utilizada, porém apenas como um lugar preliminar no qual se aguardava a punição. É no período citado que o aprisionamento passa a ser a própria punição, visto por muitos como uma pena mais humana, capaz de proporcionar aos condenados a possibilidade de refletir e a reabilitação para a sociedade por meio da penitência e, até mesmo, restaurar a sua alma (DAVIS, 2018a).

O termo "penitenciária" tem origem na Inglaterra, nome que definia o local onde se encarcerava prostitutas "penitentes". Como instituição, servia inicialmente e sobretudo para reformar homens brancos criminosos. Nos Estados Unidos, a penitenciária surge durante o último meio século de escravidão, período igualmente de intensas contestações acerca do futuro dos direitos das mulheres (DAVIS, 2000a); e, logo após a abolição da escravidão, passa a abrigar crescentemente a população de escravos libertos.

O que era colocado *en marche*, todavia, funcionava na mesma lógica da escravidão, que, de modo autoritário, impunha maneiras de viver e trabalhar. Tal qual ocorria na escravidão, os detentos, nas prisões, têm de obedecer às normas diárias impostas por superiores e dependem dessas autoridades para alimentação e para cuidados básicos; a mais disso, ambas isolam as pessoas do restante da sociedade, confinando-as a um espaço fixo, além de lhes impor trabalho compulsório com compensações inferiores às do trabalhador livre. Ainda, a população-alvo dessas instituições é a mesma, possuindo em comum o estigma de ser propensa à criminalidade (DAVIS, 2018a).

Após a abolição da escravidão nos Estados Unidos, em 1863, foram elaborados regulamentos para disciplinar o comportamento dos negros livres, proibindo ações como vadiagem, ausência de emprego, quebra de contrato de trabalho, porte de arma de fogo e gestos ou atos ofensivos; aliás, tais atos eram criminalizados apenas se a pessoa fosse negra. Com a 13ª Emenda à Constituição, a servidão involuntária é abolida; no entanto, continua autorizada, de modo excepcional, em caso de punição por crime do qual a pessoa foi justamente condenada. Dessa forma, uma pessoa negra recém-liberta poderia novamente ser condenada ao trabalho forçado perpétuo, por meio da servidão penal — o que poderia acontecer facilmente. Em estados como o Mississipi, a definição de pessoa "vadia" era muito ampla, indo desde pessoas culpadas por roubo e desempregados a condutas de

cunho moral, como estar bêbado, negligenciar o trabalho, a família ou o uso do dinheiro ou proferir discursos imorais. A punição para vadiagem era enquadrada como um crime de negros, punível com encarceramento ou trabalho forçado, "às vezes nas mesmas *plantations* que antes exploravam o trabalho escravo" (DAVIS, 2018a, p. 21).

Nessa linha, para impor a servidão penal a um número (cada vez) maior de pessoas, os pequenos furtos passaram a ser punidos como delito grave; e, frequentemente, acusações falsas eram usadas como retaliação racial a algumas pessoas, as quais estavam atreladas à atividade de linchamento que também acontecia (DAVIS, 2018a).

Durante o predomínio da servidão penal foram incorporadas "chibatadas", modalidades de punição típicas da escravidão. O pensamento dominante era que os negros só sabiam trabalhar dessa maneira: sob supervisão e sob a ameaça do chicote, podendo receber tratamento pior que o dos antigos escravos (DAVIS, 2018a). Assim, a incorporação de ex-escravos e descendentes de escravos no sistema prisional fez desaparecer, em parte, o caráter crítico às penas corporais defendido pelos iluministas (DAVIS, 2000a), e logo se viu que a abolição da escravidão, *de facto*, autorizara a escravidão como (modalidade de) punição (GORDON, 1998/1999). A citação a seguir demonstra como a prisão, nos Estados Unidos, passou a ser um desdobramento da escravidão negra:

> "O estudo que Mary Ellen Curtin realizou sobre os detentos do Alabama durante as décadas que se seguiram à emancipação revela que, antes de os 400 mil escravos negros do estado ganharem liberdade, 99% dos detentos nas penitenciárias do Alabama eram brancos. Como consequência das mudanças provocadas pela instituição dos Códigos Negros, em um curto período de tempo, a esmagadora maioria dos condenados do Alabama era negra." (DAVIS, 2018a, p. 31).

Nesse rumo, seguindo os escritos de W. E. B. Du Bois, Angela Davis evidencia que a abolição da escravidão não representou a entrada irrestrita dos negros na esfera pública da democracia estadunidense; na verdade, as pessoas negras passaram de escravas a criminosas e, assim, tornaram-se escravas do Estado (MENDIETA, 2009).

A negação da democracia às minorias étnicas é patente nos Estados Unidos, na medida em que a prisão tem como consequência, em alguns estados, a perda de direitos, como o direito ao voto – a propósito, em alguns estados, mesmo após o cumprimento de pena, o direito ao voto não é reconstituído. Nota-se, então, que, da mesma forma que era negado o direito ao voto aos escravos, o mesmo ocorre com os prisioneiros ou ex-prisioneiros (DAVIS, 2009c).

Mesmo com o fim das leis de segregação racial, o sistema criminal de justiça continua dando preferência à comunidade negra na seleção de quem ingressa ou não no sistema, algo que se inicia no momento em que o sujeito é detido e perpassa todo o processo criminal (DAVIS, 1996; DAVIS, 1997). Além disso, a permanência da pena de morte em determinados estados norte-americanos evidencia o caráter racial das punições:

> "A pena capital continua a ser infligida desproporcionalmente aos negros, mas, quando um negro é sentenciado à morte, ele/ela aparece para a autoridade do Direito como um sujeito jurídico abstrato, como um indivíduo cheio de direitos, não como membro de uma comunidade sujeita a condições que o/a tornam um candidato perfeito à repressão legal. Assim, o racismo se torna invisível e irreconhecível. Sob esse aspecto, o réu é "igual" a seu símile branco, que, portanto, não é inteiramente imune ao racismo escondido na lei." (DAVIS, 2009c, p. 43-44).

Com essas considerações, Angela Davis não se satisfaz com a ideia de que apenas modificando as condições socioeconômicas e as leis seria possível reduzir o encarceramento das minorias étnicas, porquanto o viés racista do sistema de justiça criminal – no momento de selecionar quem vai detido e quem vai ser condenado – é parte crucial do fenômeno do encarceramento em massa dessas populações (DAVIS, 1996; DAVIS, 1997).

Foi o uso da servidão penal que acelerou a construção de estradas na Geórgia no século XIX e o processo de industrialização dos estados do Sul dos Estados Unidos. Finda a servidão penal, as prisões continuam a utilizar do trabalho das minorias étnicas e dos pobres como mão de obra barata, com menos direitos que os outros trabalhadores, produzindo uma série de produtos fornecidos à população e sendo parte fundamental do lucro de diversas corporações, compondo o presente quadro do capitalismo global (DAVIS, 2018a).

4. Prisão e reforma prisional

Angela Davis assinala que o caráter problemático da prisão se evidenciou já a partir do momento que ela se tornou o principal método de punição, tanto que as propostas de reforma existem desde o aparecimento dessa instituição – ainda que, nesse período, no fim do século XVIII, a prisão tenha sido considerada um grande progresso e mais humana que as punições corporais e capitais herdadas da Inglaterra e de outros países europeus (DAVIS, 2018a).

Quando as penas eram corporais e as pessoas tinham seus corpos marcados ou amputados publicamente, o intuito era mais impactar a multidão espectadora

do que quem recebia a própria penalidade. Quando a prisão se torna a primacial modalidade de punição, para reformadores como John Howard e Benjamin Rush, ela adquire outro caráter, o de reformar o indivíduo (DAVIS, 2018a).

As mulheres geralmente não eram penalizadas dessa forma, porquanto já lhes eram infligidas punições dentro do próprio lar. A punição às mulheres pelo encarceramento também não encontrava propósito, porque já lhes era negado o status de indivíduo detentor de direitos, sobretudo no espaço público. Assim, a prisão não tinha o potencial de impactar em termos punitivos as mulheres, admitido que não usufruíam de direitos e deveres na esfera pública e, dentro do espaço doméstico, já recebiam punições por seu pai ou marido, como falhar em deveres domésticos e no seu papel predeterminado de mulher (DAVIS, 2018a).

O encarceramento passa a ser a principal punição imposta pelo Estado quando ocorre a ascensão do capitalismo e de um novo conjunto de condições históricas e ideológicas em que o valor do trabalho começou a equivaler ao tempo despendido e quantificado em dinheiro: "a computabilidade da punição estatal em termos de tempo – dias, meses, anos – ecoa o papel da hora de trabalho como base para o computar o valor das *commodities* capitalistas" (DAVIS, 2018a, p. 47). É por esse motivo também que a prisão não tinha papel de punição às mulheres – tendo em vista que a maioria não exercia trabalho assalariado, que era exercido pelos homens brancos – nem aos escravos –, suposto que também não gozavam de direitos nem de deveres na esfera pública –, ambos vivendo sob a autoridade do homem branco (DAVIS, 2018a; DAVIS, 2000a).

Surgida dentro de um contexto de ideias liberais, a prisão é idealizada como um lugar de restauração do indivíduo, seja pela autorreflexão religiosa e autorreforma, como defendido por John Howard, seja pela internalização de hábitos de trabalho produtivos, como defendia Jeremy Bentham, idealizador de um sistema de constante supervisão dos prisioneiros, que por meio da vigilância do carcereiro se sentiriam compelidos a trabalhar. Essas ideias mostram como a prisão se fundamentava em consonância com o período histórico que a consolida, no qual "a classe trabalhadora precisava ser constituída como um exército de indivíduos autodisciplinados, capazes de realizar o trabalho industrial necessário para o sistema capitalista em desenvolvimento" (DAVIS, 2018a, p. 50), e também com o aspecto religioso dos reformadores, que acreditavam que a prisão reproduziria o regime da vida monástica e purificaria a alma dos presos (DAVIS, 2018a).

Entretanto, o entusiasmo pela prisão já não ecoava com assertividade desde seu início. Escritores como Charles Dickens, por exemplo, em 1842, já alertavam para o potencial de perpetrar insanidade e degradação causado pelo confinamento, o que se manifesta ainda no presente pelo alto número de pessoas

com problemas de saúde mental encarceradas. Durante o século XX, a literatura também continuou a desempenhar um papel de crítica à prisão. Inclusive, pela coincidência das épocas, a popularidade de livros escritos dentro do cárcere provavelmente foi um dos importantes fatores influenciadores de movimentos sociais pela reforma e/ou abolição da prisão (DAVIS, 2018a).

À medida que a prisão vai abrigando massivamente a comunidade negra, o encarceramento foi perdendo a sua proposta de ser um espaço de reabilitação (DAVIS, 2000a), tornando-se verdadeiro depósito para neutralizar pessoas. Recentemente um desdobramento da reforma das prisões são os estabelecimentos de segurança máxima – instituições perigosas não só por causa do cruel tratamento despendido aos presos confinados, mas por endereçarem padrões de procedimentos a todas as pessoas presas, com o aumento do isolamento e a negação de diversos direitos básicos, como o acesso à educação e a condições básicas de saúde. Elas consolidam o abandono das estratégias de reabilitação e inspiram até mesmo a configuração de instituições educacionais, que têm se constituído em escolas preparatórias para a prisão nos Estados Unidos (GORDON, 1998/1999; DAVIS, 2000a).

A difusão das prisões de segurança máxima são um desdobramento do pensamento reformista. O problema de se pensar apenas na reforma da prisão, e não na sua abolição, é que o avanço das reformas tende a consolidar a prisão, tornando-a mais difícil de ser superada, restringindo a discussão a construir maiores e "melhores" cárceres.

De qualquer forma, Angela Davis reconhece que é difícil descartar totalmente a possibilidade de reforma para os presos que agora precisam que suas vidas sejam resguardadas; porém, essas propostas devem vir acompanhadas de um discurso abolicionista apto a despertar a população para uma necessidade de mudança (DAVIS; RODRÍGUEZ, 2000).

A história da prisão demonstra que sua estrutura se modelou em decorrência e, sobretudo, em consonância com as condições sociais, políticas e econômicas que implicaram o seu surgimento, o que evidencia que questionar a prisão é questionar as estruturas que lhe permitem condições de existência, tais como o capitalismo, o racismo e o sexismo (DAVIS, 2009a).

5. Como o gênero estrutura o sistema prisional

Segundo Angela Davis, a prisão é configurada pelos papéis de gênero e ao mesmo tempo reflete e consolida a estrutura de gênero da sociedade como um todo. Para a autora, as prisões femininas concentram ideias e práticas que representam

a obsolescência da sociedade em geral, "mas que retêm toda a sua horrenda vitalidade por trás dos muros da prisão" (DAVIS, 2018a, p. 89), exercendo uma violência institucional que "complementa e amplia a violência íntima da família, a violência individual do ataque físico e da agressão sexual" (DAVIS, 2018c, p. 100).

A naturalização das constantes revistas íntimas, momento no qual as mulheres são "vasculhadas" na vagina e no ânus, de tal maneira que beira à agressão sexual, é um retrato disso (DAVIS, 2018a). O abuso sexual também acontece frequentemente nas práticas médicas. Nas prisões da Califórnia, há constantes queixas de abusos cometidos pelos médicos (homens), que submetem as detentas a exames pélvicos sem qualquer relação com os sintomas apresentados; não obstante, apenas uma pequena parcela notifica às autoridades prisionais, por medo de retaliação (DAVIS; SHAYLOR, 2001).

As prisões de segurança máxima, que isolam pessoas por 23 horas ao dia, também têm vulnerabilizado ainda mais as mulheres a violências sexuais. Angela Davis cita o exemplo de Regina Johnson, uma mulher negra de 36 anos, presa em uma dessas unidades na Califórnia, que denunciou ter sido obrigada a expor os seus seios a um guarda para obter mantimentos de higiene (DAVIS; PLATT, 2014).

Outro exemplo de como a prisão é configurada pelas construções opressivas de gênero e as fortalece é o da ativista comunista Elizabeth Gurley Flynn, que foi presa nos anos 1950 pelas políticas do macartismo e descrevia como a prisão naquela época tinha o intuito de regenerar as mulheres criminosas por meio da imposição da assimilação de estereótipos de gênero, impondo-lhes que se tornassem especialistas em cozinhar, limpar e costurar. Algo já imposto no mundo exterior às mulheres brancas de classe média, mas que, dentro da prisão, tinha a função de qualificar mulheres negras e pobres a serem empregadas domésticas (DAVIS, 2018a).

Por entenderem que a prisão não era um local para mulheres, estas quando punidas eram vistas de forma muito mais negativa do que suas contrapartes masculinas, pois desviavam não apenas das leis, mas de seu papel de gênero – o que as fazia cumprir, muitas vezes, penas maiores que as dos homens, sob a justificativa de que sua reforma demandaria mais tempo (DAVIS, 2018a)[4].

4. Tenha-se *in mente* a ácida crítica levada a efeito no final da década de 1970 (especialmente nos Estados Unidos) acerca do sistema de penas indeterminadas, porquanto, de um lado, havia correntes criminológicas conservadoras que o entendiam como caro e ineficaz e, de outro, correntes progressistas que o concebiam como injusto, "ao permitir que, em função desse fim, as autoridades penitenciárias podem encurtar ou aumentar

Mesmo com o menor número de mulheres criminosas, enquanto a prisão se tornava a principal forma de punição estatal, as mulheres continuavam a ser punidas dentro de seus lares pelos seus parceiros, sem supervisão estatal, e apenas eram encarceradas em instituição diversa, como nas instituições psiquiátricas, que cumpriam função similar. Assim, eram consideradas insanas em vez de criminosas. A ideia da mulher louca era, todavia, algo considerado adequado às mulheres brancas e ricas, enquanto às mulheres negras e pobres o desvio poderia ser considerado criminoso e o tratamento a ele poderia ser tão duro quanto o dos homens, desconsiderando sua "feminilidade frágil". De qualquer forma, as heranças do imaginário que concebe as mulheres como loucas são perceptíveis nas prisões femininas: às mulheres são distribuídos medicamentos psiquiátricos de maneira muito mais ampla do que aos homens detentos (DAVIS, 2018a).

Além das diferentes compreensões sobre o desvio das mulheres brancas e negras, há descrições também de tratamento distinto aos dois grupos. No caso das mulheres negras, por exemplo, logo após o fim da Guerra Civil dos Estados Unidos, passaram a ser submetidas ao já descrito sistema de arrendamento de prisioneiros, sem respeito à sua "feminilidade". Hoje esses resquícios da escravidão atuam na prática naturalizada de estupro e de abusos sexuais perpetrados por guardas nas prisões a essas detentas, entendidos como uma "hipersexualidade" das prisioneiras. Essa violência sexual como ameaça rotineira faz com que muitas mulheres descrevam a prisão como similar à experiência de viver um relacionamento abusivo (DAVIS; SHAYLOR, 2001).

A probabilidade de uma mulher negra ser presa é oito vezes maior que a de uma mulher branca, ao passo que, em relação a esta, a mulher latina tem quatro vezes mais chances de ser presa. À medida que o número de pessoas de origem latina vai aumentando nos Estados Unidos, também vai crescendo a sua presença na prisão (DAVIS; SHAYLOR, 2001).

---

as condenações de prisão. Esse sistema de penas [...] beneficia geralmente as pessoas de classe média brancas, que veem reduzida sua pena por seu prognóstico futuro de ressocialização ser mais benéfico que o de pessoas com múltiplos problemas sociais, as quais, devido a um prognóstico negativo, veem ampliada sua condenação, ainda quando o delito que tenham cometido seja o mesmo" (MOLINÉ; LARRAURI, 2001, p. 55, tradução livre). No original: "al permitir que en función de este fin las autoridades penitenciarias pueden acortar o alargar las condenas de prisión. Este sistema de penas [...] beneficia generalmente a las personas de clase media blancas que ven reducida su pena al ser su pronóstico futuro de resocialización más beneficioso que el de personas con múltiples problemas sociales, las cuales, debido a un pronóstico negativo, ven alargada su condena aun cuando el delito que han realizado sea el mismo".

As mulheres nativas americanas também são afetadas pelo racismo do sistema de justiça penal, tendo uma sobrerrepresentação delas nas penitenciárias estadunidenses. No sistema prisional de Montana, por ilustração, elas constituem 25% de todas as mulheres presas no estado, quando são apenas 6% da população total (DAVIS, 2018a).

Angela Davis aponta que as mulheres trans de minorias étnicas são o grupo com maior probabilidade, em termos proporcionais, de ser selecionado pelo sistema prisional, apesar de sua pequena presença na população em geral. Quando presas, são encaminhadas principalmente para prisões masculinas, especialmente as detentas que não fizeram cirurgia de redesignação sexual, e recebem o tratamento mais violento pela instituição, com um destino de exploração sexual que é considerado pela sociedade como uma piada (DAVIS, 2018c). Trata-se, portanto, da prisão consolidando a noção binária de gênero, contribuindo para a permanência de preconceitos sobre as pessoas que não correspondem a essa lógica (DAVIS; PLATT, 2014).

Quando as prisões se tornam parte de um complexo industrial-prisional, as penitenciárias femininas começam a ficar cada vez mais parecidas com suas homólogas masculinas. A prisão deixa de ser um lugar de reabilitação para se apresentar como um depósito de pessoas, em que a incapacitação se torna o principal objetivo do encarceramento. As mulheres, as mais afetadas pela queda do Estado de bem-estar social e pelos cortes em assistência social, passam a ser encarceradas em massa. Atualmente, as taxas de encarceramento feminino crescem em uma velocidade maior que a masculina, fazendo com que a taxa de mulheres negras encarceradas neste século superasse a de homens brancos encarcerados nos anos 1980 (DAVIS, 2018a).

O encarceramento massivo de mulheres e homens de comunidades racializadas e pobres impacta de forma devastadora as famílias mais desfavorecidas. Quando as mulheres são presas, as crianças desses lares são distribuídas entre outros familiares e algumas chegam a ir para adoção. Os laços familiares são, então, severamente cortados, e o desequilíbrio causado nesses lares logo tem como consequência o encarceramento das crianças e adolescentes envolvidos em centros de detenção e, posteriormente, na prisão (DAVIS; SHAYLOR, 2001).

A guerra às drogas tem sido a principal responsável pela entrada massiva de mulheres no sistema prisional. Considerando o sistema federal estadunidense, entre 1990 e 1996, 84% das prisões femininas tinham relação com drogas. Leis mais severas, com penas mínimas altas e a lei dos três erros (*three strikes law*), que podem resultar em prisão perpétua por drogas, transformaram milhares de mulheres em populações descartáveis. Essa guerra às drogas, cujo nascedouro é

os Estados Unidos, também tem sido exportada para a Europa, América do Sul, Caribe, Ásia e África, o que tem expandido o negócio da punição em todo o mundo (DAVIS; SHAYLOR, 2001).

O crescimento do encarceramento feminino tem dado espaço a ideias baseadas em concepções liberais de igualdade de gênero, que no lugar de superarem a lógica da punição e melhorar a vida das mulheres e de todas as pessoas, querem tornar as prisões femininas tão repressivas quanto as masculinas, resultando em debates absurdos como o "direito igual de ser alvejada pelos guardas", uma vez que as mulheres deveriam ser consideradas tão perigosas quanto os homens. Algumas reivindicações por paridade nas prisões, então, no lugar de buscar conquistar melhores condições educacionais, profissionais e de saúde, conquistaram tratamentos tão repressivos quanto os das prisões masculinas, com a aplicação, por exemplo, de regimes de confinamento solitário e privação sensorial (DAVIS 2018a; DAVIS; DENT, 2003).

6. O complexo industrial-prisional

Mike Davis foi o primeiro acadêmico/ativista a usar o termo "complexo industrial-prisional", ao tratar especificamente sobre o crescimento da economia prisional na Califórnia dos anos 1990. O termo posteriormente passou a ser parte do vocabulário do movimento antiprisional, especialmente da organização Critical Resistance, que o utiliza como "uma forma de as pessoas se afastarem da ideia de que gente má merece punição e começarem a fazer perguntas sobre os papéis econômico, político e ideológico da prisão" (DAVIS, 2018d, p. 38).

A formação de um complexo industrial-prisional se relaciona com a realidade de privatização das prisões e do uso da mão de obra de presos em benefício de empresas privadas. Cuida-se de um investimento altamente lucrativo, que conta com uma mão de obra barata, sem greves, sem organização sindical, sem plano de saúde, sem seguro-desemprego ou indenização em casos de acidentes e sem barreiras linguísticas (o que acontece nas empresas de países estrangeiros) (GORDON, 1998/1999)[5]. O complexo industrial-prisional, portanto, se configura a partir das relações constituídas pela aliança entre corporações, governo, comunidades correcionais e mídia (DAVIS, 2018a), e transforma o trabalhador

5. Angela Davis, em entrevista a Avery Gordon, diz que muitas corporações perceberam que o trabalho de pessoas encarceradas é tão lucrativo quanto a contratação de mão de obra barata no Terceiro Mundo, que também conta com trabalhadores precarizados (GORDON, 1998/1999).

das prisões no "novo trabalhador americano" (GORDON, 1998/1999). É uma privatização que atua não somente nas prisões privadas, mas também atinge as prisões públicas, por meio da terceirização de serviços prisionais para todos os tipos de empresas (DAVIS, 2018d).

Os ativistas e estudiosos passaram a destacar a existência de um complexo industrial-prisional para questionar a crença segundo a qual o aumento das taxas de delitos era o principal fator do crescimento do encarceramento, evidenciando a falta de relação entre essas variáveis e apontando que o crescimento das populações carcerárias foi guiado por ideologias racistas, pela queda do Estado de bem-estar social e pela busca incessante pelo lucro. As taxas de criminalidade estavam caindo quando começou a crescer a do encarceramento (DAVIS, 2018a)[6]. Esse crescimento foi alavancado pelo uso da mão de obra das prisões por empresas privadas participantes do mercado global, que buscam lucro se apoiando no racismo da sociedade, que justifica angariar pessoas para compor essa mão de obra, não somente nos Estados Unidos, mas também na Europa, na América do Sul e na Austrália (DAVIS, 2018a).

Angela Davis justifica o uso do termo "complexo industrial-prisional", porquanto remete à ideia de "complexo industrial-militar", expressão usada no período da presidência de Dwight Eisenhower (1953-1961), em que o presidente republicano surpreendentemente denunciou uma perversa aliança entre os universos militar e corporativo na época da Guerra do Vietnã. Isso não significa que o complexo industrial-militar esteja em extinção, mas aponta que há uma relação de simbiose entre este e o complexo industrial-prisional, sobretudo depois do 11 de Setembro de 2001. Angela Davis mostra como, por exemplo, em períodos de poucos conflitos bélicos e declínio da produção de armamentos, o uso de tecnologia armamentista passou a ser pensado para atuar no combate ao crime, dentro do próprio Estado, transferindo a "tecnologia dos militares para a indústria da aplicação da lei" (DAVIS, 2018a, p. 95).

Essa relação simbiótica entre o complexo industrial-militar e o complexo industrial-prisional, segundo Angela Davis, representa a sucessão do medo do comunismo pelo medo do crime. O investimento que era feito pela indústria da guerra para atacar o comunismo agora passa a ser investido no combate ao crime

6. Curiosamente, dentro desse período de ascendência do encarceramento, durante os anos de 1990 a 1998, os homicídios nos Estados Unidos caem pela metade, no entanto as histórias de homicídios protagonizam três vezes mais incidência nos programas de televisão (DAVIS, 2018a).

(DAVIS, 1997)[7]. Esse vínculo entre as duas indústrias é sustentado pelo que elas têm em comum: o lucro a partir de processos de aniquilação social, com o sofrimento e a destruição de comunidades marginalizadas em termos sociais e raciais nos Estados Unidos e no mundo (DAVIS; 2018a). Isso pode ser evidenciado pelas populações humanas envolvidas nessas instituições: assim como nas prisões, são os jovens de minorias étnicas em termos proporcionais os que mais se alistam nas forças armadas para escapar do destino de marginalização que os poderia levar às prisões (DAVIS, 2009c).

Depois do 11 de Setembro, o modelo do criminoso como inimigo convive com a figura do terrorista, um inimigo também racializado, mobilizando o medo coletivo com uma retórica semelhante: a de que existe uma ameaça difusa, cujo foco de repressão e exclusão são as pessoas de origem árabe e/ou de religião muçulmana. Prisões (como as de Guantánamo e Abu Ghraib) são o receptáculo para esse inimigo, que recebem tratamentos desumanos e cruéis, fora da jurisdição doméstica estadunidense (DAVIS, 2009d).

Nos Estados Unidos, a punição é uma verdadeira fonte de lucros, com empresas produzindo uma infinidade de bens (edifícios, dispositivos eletrônicos, produtos de higiene) e todos os tipos de serviços. Esse processo se amplifica na década de 1980; porém, muito antes, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, os corpos dos presos já eram utilizados para servir de experimentos médicos e alavancar o desenvolvimento da indústria farmacêutica, com o uso de técnicas que mais tarde foram consideradas antiéticas (DAVIS, 2018a).

A transformação do corpo do prisioneiro como uma fonte especialmente lucrativa ocorreu nos anos 1980, em virtude do processo de globalização e de desindustrialização que fechou inúmeras fábricas, gerou desemprego e aumentou massivamente a procura por serviços de assistência social, que logo foram atacados e extintos. Houve nesse período uma destruição do Estado de bem-estar social e dos seus programas sociais e um crescimento da pobreza (DAVIS, 2018a; DAVIS; SHAYLOR, 2001; GORDON, 1998/1999). Dessa maneira, "o grande projeto de construção de prisões que começou na década de 1980 produziu os meios de concentrar e gerenciar o que o sistema capitalista tinha declarado implicitamente

7. Um exemplo emblemático disso é o ataque ao escritório dos Panteras Negras em Los Angeles, em 1969, orquestrado por veteranos do Vietnã que agora compunham um grupo recém-formado pelo FBI, a S.W.A.T. (*Special Weapons and Tactics Squad* – Esquadrão de Armas e Táticas Especiais). O ataque ao escritório foi a primeira ação desse grupo especial, que utilizava a experiência militar para enfrentar insurreições internas (DAVIS, 2009d).

ser um excedente humano" (DAVIS, 2018a, p. 99). Então, as pessoas, com cada vez mais dificuldade para sobreviver, passaram a se ver ameaçadas pela iminência da prisão. Após esse período, o encarceramento feminino passa a crescer em velocidade, ultrapassando a velocidade do crescimento do masculino, por serem as mulheres as mais negativamente afetadas pelos cortes dos benefícios sociais (DAVIS; SHAYLOR, 2001).

A privatização das prisões, que abrange tanto a presença de empresas privadas quanto a abertura de prisões privadas, para Angela Davis, remete aos "esforços históricos para criar uma indústria de punição lucrativa baseada no novo suprimento de trabalhadores negros 'livres' no período pós-Guerra Civil" (DAVIS, 2018a, p. 101), o que faz com que as organizações que vivem do encarceramento precisem de um determinado número de presos capaz de manter a lucratividade de seus negócios (DAVIS, 2018a).

> "No período pós-Guerra Civil, os homens e mulheres negros emancipados constituíam uma enorme reserva de mão de obra em um momento em que os donos das *plantations* – e das indústrias – não podiam mais contar com a escravidão, como tinham feito no passado. Essa mão de obra ficou cada vez mais disponível para uso por agentes privados, precisamente por intermédio do sistema de arrendamento de condenados, discutido anteriormente, e de sistemas relacionados, como a servidão por dívida. [...], depois do fim da escravidão, a população carcerária mudou drasticamente, de modo que no Sul não demorou a ser desproporcionalmente negra. Essa transição preparou o terreno histórico para a fácil aceitação de populações carcerárias desproporcionalmente negras nos dias atuais." (DAVIS, 2018a, p. 102).

Nessa mesma linha:

> "A persistência da prisão como a principal forma de punição, com suas dimensões racistas e sexistas, criou essa continuidade histórica entre o sistema de arrendamento de prisioneiros do século XIX e início do século XX e o atual negócio da privatização das prisões. Apesar de o sistema de arrendamento de condenados ter sido legalmente abolido, suas estruturas de exploração ressurgiram nos padrões da privatização e, de maneira mais geral, na ampla corporativização da punição que produziu o complexo industrial-prisional." (DAVIS, 2018a, p. 40).

Angela Davis põe em evidência a atuação das corporações que vivem do negócio da punição, que não se reduz apenas às prisões. Uma empresa como a G4S, por exemplo, atua na Palestina com um aparato repressivo que vai desde prisões, passando por postos de controle, até o muro do apartheid. Também atua no

âmbito da educação, construindo escolas com estruturas semelhantes às prisões, com arquitetura, tecnologias de detecção semelhantes e agentes de repressão, bem como em centros de detenção e deportação de imigrantes, que têm sido o setor mais lucrativo do complexo industrial-prisional (DAVIS, 2018e).

> "A G4S representa a insistência naquilo que é chamado de "segurança" sob o estado neoliberal e as ideologias da segurança que apoiam não apenas a privatização da segurança, como a privatização do aprisionamento, a privatização da guerra, a privatização da assistência à saúde e da educação." (DAVIS, 2018e, p. 60).

Fica visível, por conseguinte, como a prisão tem sido afetada pela globalização da economia, sendo utilizada "como uma instituição histórica contingente que não só prognostica/pressagia a globalização, mas nos permite pensar hoje sobre as intersecções entre punição, gênero e raça, dentro e além das fronteiras dos Estados Unidos" (DAVIS; DENT, 2003, s/p).

7. A prisão oculta problemas sociais

Angela Davis defende que uma sociedade sem prisões é possível com a transformação da sociedade, quando o lucro não for mais sua força motriz, e seu guia sejam as necessidades do povo. É preciso romper as ideias enraizadas sobre a prisão e mostrar como o aprisionamento serve para ocultar problemas sociais, como o racismo, a pobreza, o desemprego e a ausência de educação. Essa ocultação dos problemas faz com que eles não sejam tratados com a seriedade devida, e evitam a crítica ao capitalismo (DAVIS, 2018b; DAVIS, 2000b).

O que deve ser feito não é se perguntar por que alguém cometeu um crime, mas por qual motivo existem tantas pessoas negras e de minorias étnicas presas, com o fim de trazer uma reflexão sobre o racismo. O mesmo deve ser perguntado sobre o número de pessoas analfabetas encarceradas, relevando a questão da educação; assim como se deve questionar a presença massiva de pessoas presas que apresentam problemas psiquiátricos, para trazer à discussão o tema da assistência à saúde mental. "Pode-se dizer que, de várias maneiras, a prisão atua como uma instituição que consolida a inabilidade e a recusa do Estado em enfrentar os problemas sociais mais prementes da atualidade" (DAVIS, 2018d, p. 39), o que fica evidente ao se notar que o crescente espaço que a prisão ocupa sufoca as propostas por políticas sociais (GORDON, 1998/1999).

Inclusive, quando serviços de assistência são prestados nas prisões, comumente são passíveis de negligências e abusos, fazendo com que os detentos

adoeçam gravemente ou morram por mero descaso. Há relatos de mulheres que perderam sua capacidade reprodutiva por causa de intervenções ginecológicas completamente abusivas, tendo exemplos de esterilização proposital de mulheres presas, reproduzindo práticas históricas racistas de esterilização da população negra (DAVIS; SHAYLOR, 2001).

No rastro de Michel Foucault, Angela Davis mostra que a ideia de reformar a prisão acompanha o próprio surgimento do encarceramento como principal forma de punição; desde então, a reforma prisional só produziu melhoras relativas e insignificantes, bem como aprisionou mais pessoas. Tudo isso com a aceitação da sociedade, porque se gestou o discurso de que a cadeia aprisiona pessoas más, demonstrando que a discussão não gira apenas em torno de uma questão material e objetiva, mas também de aspectos ideológicos e psíquicos, temas que o abolicionismo prisional também deve buscar superar (DAVIS, 2018d).

> "Por que aquela pessoa é má? A prisão impede essa discussão. Qual é a natureza dessa maldade? O que a pessoa fez? Por que a pessoa fez aquilo? Se pensarmos a respeito de alguém que cometeu atos de violência, o que permite aquele tipo de violência? Por que os homens se envolvem em comportamentos violentos contra as mulheres? A própria existência das prisões impossibilita esse tipo de discussão, que é necessário para que imaginemos a possibilidade de erradicar tais condutas.
>
> Basta mandar essas pessoas para a prisão. Basta continuar a mandá-las para a prisão. E então, óbvio, na prisão elas se veem dentro de uma instituição violenta e que reproduz violência. De muitas maneiras, pode-se dizer que a instituição se alimenta dessa violência e a reproduz, de modo que, quando a pessoa é libertada, provavelmente se tornou pior." (DAVIS, 2018d, p. 36).

A prisão cumpre o papel ideológico de livrar a sociedade da responsabilidade de se engajar nos problemas do capitalismo atual e sua transnacionalização e, ainda, de naturalizar as minorias étnicas como criminosas, promovendo o medo da sociedade perante esses grupos, para que não se faça a conexão entre como o racismo se estrutura na atualidade e a globalização do capital (GORDON, 1998/1999; DAVIS, 1997).

> "A grande expansão do poder das corporações capitalistas sobre a vida de pessoas de cor e pessoas pobres em geral tem sido acompanhada por uma diminuição da consciência anticapitalista. Como o capital se move com facilidade através das fronteiras nacionais, legitimado por acordos comerciais e de investimento recentes, como o NAFTA, GATT e MAI, corporações fecham lojas nos Estados Unidos e transferem operações de fabricação para as nações

> que fornecem um celeiro de mão de obra barata. Ao fugir do trabalho organizado nos EUA para evitar pagar salários e benefícios mais elevados, eles deixam comunidades inteiras em ruínas, entregando um grande número de pessoas ao desemprego, deixando-as encarceradas por tráfico de drogas, destruindo a base econômica dessas comunidades e afetando o sistema educacional, o bem-estar social e transformando as pessoas que vivem nessas comunidades em candidatas perfeitas à prisão. Ao mesmo tempo, criam demanda econômica para as prisões, que estimula a economia, proporcionando empregos na indústria correcional para as pessoas que muitas vezes vêm das próprias populações que são criminalizadas por esse processo. É um ciclo horripilante e autorreproduzido." (GORDON, p. 148, tradução livre)[8].

Para Angela Davis, deve-se implementar uma "democracia da abolição", termo que dá título a um livro de entrevistas com a autora, inspirado na obra *Black Reconstruction*, de W. E. B. Du Bois, em que ele utiliza a expressão para tratar do período conseguinte à escravidão. Angela Davis aplica o termo para tratar da abolição da escravidão, da pena de morte e da prisão. Só com uma abolição abrangente – que extinga todas essas instituições racistas e promova a verdadeira inserção das minorias étnicas na sociedade, criando instituições capazes de solucionar as questões sociais que levam as pessoas à prisão – é que se pode falar na existência de uma verdadeira democracia, apta a tornar as prisões obsoletas (DAVIS, 2009b).

> "Existe uma conexão direta com a escravidão: quando a escravidão foi abolida, os negros foram libertos, mas lhes faltava acesso a recursos materiais que lhes possibilitariam moldar vidas novas, livres. As prisões prosperaram no último século precisamente por conta da falta dessas estruturas e pela permanência

8. Fala de Angela Davis em entrevista a Avery Gordon. No original: "The vast expansion of the power of capitalist corporations over the lives of people of colour and poor people in general has been accompanied by a waning anti-capitalist consciousness. As capital moves with ease across national borders, legitimised by recent trade and investment agreements such as NAFTA, GATT and MAI, corporations close shop in the United States and transfer manufacturing operations to nations providing cheap labour pools. In fleeing organised labour in the US to avoid paying higher wages and benefits, they leave entire communities in shambles, consigning huge numbers of people to joblessness, leaving them prey to the drug trade, destroying the economic base of these communities and thus affecting the education system, social welfare and turning the people who live in those communities into perfect candidates for prison. At the same time, they create an economic demand for prisons, which stimulates the economy, providing jobs in the correctional industry for people who often come from the very populations that are criminalised by this process. It is a horrifying and self-reproducing cycle".

> de algumas estruturas da escravidão. Elas não podem, portanto, ser eliminadas, a não ser que novas instituições e recursos estejam disponíveis para essas comunidades, que fornecem, em grande parte, os seres humanos que compõem a população carcerária." (DAVIS, 2009b, p. 114).

Um exemplo de como a questão das prisões é um tema que deve ser problematizado é a discussão do encarceramento de pessoas com problemas psiquiátricos e deficiências intelectuais e de desenvolvimento. Hoje, há um movimento avançado de luta antimanicomial e o movimento antiprisional tem muito o que aprender com essas conquistas para abolir o complexo industrial-prisional (DAVIS, 2018c).

Para imaginar um mundo sem prisões é preciso a proposição de um novo vocabulário, que não associe o crime *ipso facto* à prisão. É preciso falar como a punição é vinculada à pobreza, ao racismo, ao sexismo, à homofobia e outras formas de dominação. O campo de estudos interdisciplinares sobre a prisão pode ajudar a superar os discursos criminológicos dominantes sobre o tema e pode ajudar a moldar novas políticas públicas. As instituições de ensino também podem encorajar o pensamento crítico para pensar sobre o papel da punição na vida das pessoas, e organizações comunitárias podem alertar para que as demandas por mais prisões da população sejam substituídas por demandas como melhores escolas, para reduzir os gastos com punição (DAVIS; RODRÍGUEZ, 2000).

Outra proposta abolicionista é o uso da justiça restaurativa, já bem-sucedida entre as comunidades nativas americanas, adequada para ser utilizada em casos envolvendo propriedade, por exemplo, acompanhadas de compensação financeira à vítima. Outras formas de solução de conflitos também podem vir à tona, assim que o imaginário coletivo não se debruce mais sobre a prisão como uma entidade imutável e insubstituível (DAVIS; RODRÍGUEZ, 2000).

8. Considerações finais

Este artigo teve o objetivo de apresentar as principais discussões trazidas por Angela Davis acerca da questão prisional. A autora, que advoga pela abolição da prisão como forma de punição estatal, situa a permanência dessa instituição dentro das estruturas de opressão do capitalismo, do racismo e do sexismo.

Seguindo o raciocínio de W. E. B. Du Bois, Angela Davis aponta a prisão como uma extensão do processo de escravidão, que foi falaciosamente extinto, pois a prisão continua mantendo as premissas de exploração de mão de obra do período escravagista. A mudança do perfil das pessoas presas, logo após o fim da escravidão, que passou a contar com uma quantidade massiva de ex-escravos e seus

descendentes, evidencia como a prisão serviu para frear o acesso da comunidade negra à democracia plena, trocando a escravidão pela exploração das minorias étnicas nas prisões. A limitação do direito de ir e vir, o trabalho pouco remunerado em relação ao trabalhador livre, a impossibilidade de exercício de direitos fornecidos a outros trabalhadores (como greve, associação sindical, proteção contra acidentes), o fornecimento de bens básicos à sobrevivência limitados à vontade de superiores hierárquicos são exemplos da reprodução da lógica da escravidão no ritual de encarceramento de pessoas.

A emergência do uso da prisão como principal forma de punição acompanhada concomitantemente de propostas de reforma evidenciam como o encarceramento se mostra problemático desde o seu surgimento. Com propostas de reformar o indivíduo, a prisão desde seu início aprofundava problemas, como aqueles relacionados à saúde mental, desencadeando ou aprofundando o sofrimento psíquico de seus internos e ocultando os abusos que acontecem dentro de suas instituições. As propostas de reformar as prisões não solucionaram os problemas trazidos pelo encarceramento, apenas reduziram as propostas de mudança a construir mais e "melhores" prisões, sem combater de forma efetiva a criminalidade. Angela Davis, entretanto, não abdica das propostas de melhoria da condição das prisões para diminuir o sofrimento das pessoas que nelas vivem, defendendo que essas propostas sejam acompanhadas de propostas de desencarceramento e de um discurso que demonstre como outros investimentos sociais poderiam reduzir a criminalidade concretamente.

A discussão de gênero também tem centralidade nessa discussão, na medida em que demonstra como a prisão é configurada pelas construções de gênero e, dessa maneira, consolida a estrutura de gênero da sociedade como um todo. O hermetismo das prisões permite que a obsolescência da sociedade em geral permaneça e ganhe vida, e dentro dela a violência de gênero reproduza de forma similar ou mais grave as violências psíquicas, físicas e sexuais vividas pelas mulheres, sejam elas cis ou transgênero.

Angela Davis também mostra que o negócio das prisões adquire a forma de um complexo industrial-prisional dentro do capitalismo global. Trata-se de uma aliança entre corporações, governo, comunidades correcionais e mídia apta a estimular a privatização das prisões e o uso da mão de obra prisional em benefício de empresas privadas, que descobriram a alta lucratividade fornecida pela construção e manutenção de prisões e a utilização de uma mão de obra barata destituída de direitos básicos fornecidos aos trabalhadores livres. Esse modelo tem sido exportado para os mais diversos países e, nos Estados Unidos, serve para capturar o excedente de mão de obra que perdeu empregos no processo de

desindustrialização e logo tiveram negados serviços de assistencial social, com a queda do *welfare state*.

Por fim, Angela Davis evidencia como as prisões servem para privar a sociedade da discussão de problemas sociais que afligem as populações marginalizadas. A imensa quantidade de pessoas de minorias étnicas, pobres, analfabetas e com problemas de saúde mental deveria trazer à tona o debate sobre racismo, pobreza, falta de educação e assistência à saúde presentes nas comunidades de onde são retiradas essas pessoas. Contudo, a prisão tem servido como depósito humano e para ocultar esses problemas da população, que não conseguem raciocinar dentro de outra lógica para resolver a criminalidade que não seja a prisão.

Pela relevância da obra e da militância de Angela Davis, este artigo pretendeu evidenciar os principais temas levantados nos seus escritos e no seu ativismo antiprisional, de forma que esse resgate sirva para pensar o aprisionamento como principal forma de punição estatal e para fundamentar reflexões sobre o encarceramento em massa de populações vulneráveis dentro do Brasil.

9. Referências bibliográficas

BARRETO, Raquel. Prefácio à edição brasileira. In: DAVIS, Angela. *Uma autobiografia*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.

DAVIS, Angela. Benign neglect of racism in the criminal justice system. *Michigan Law Review,* v. 94, n. 6, p. 1660-1696, 1996.

DAVIS, Angela. Race and criminalization: black americans and the punishment industry. In: LUBIANO, Wahneema (Ed.). *The house that race built*. Nova Iorque: Vintage Books, 1997.

DAVIS, Angela. From the convict lease system to the super-max prison. In: JAMES, Joy (Ed.). *States of confinement*. Nova Iorque: Palgrave Mac Macmillan, 2000a.

DAVIS, Angela. Masked racism: reflections on the prison industrial complex. *Indigenous Law Bulletin*, v. 4, n. 27, fev. 2000b.

DAVIS, Angela. Coerção sexual, presídios e reações feministas. In: DAVIS, Angela. *A democracia da abolição*. Trad. Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009a.

DAVIS, Angela. Democracia da abolição. In: DAVIS, Angela. *A democracia da abolição*. Trad. Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009b.

DAVIS, Angela. Política e prisões. In: DAVIS, Angela. *A democracia da abolição*. Trad. Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009c.

DAVIS, Angela. Resistência, linguagem e lei. In: DAVIS, Angela. *A democracia da abolição*. Trad. Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009d.

DAVIS, Angela. O movimento antiescravagista e a origem dos direitos das mulheres. In: DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Trad. Heci Regi Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2018a.

DAVIS, Angela. As lutas progressistas contra o insidioso individualismo capitalista. In: DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2018b.

DAVIS, Angela. Feminismo e abolicionismo: teorias e práticas para o século XXI. In: DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2018c.

DAVIS, Angela. Ferguson nos lembra da relevância do contexto global. In: DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2018d.

DAVIS, Angela. Sobre a Palestina, a G4S e o complexo industrial-prisional. In: DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2018e.

DAVIS, Angela. *Uma autobiografia*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.

DAVIS, Angela. DENT, Gina. A prisão como fronteira: uma conversa sobre gênero, globalização e punição. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, n. 2, jul.-dez. 2003.

DAVIS, Angela; RODRÍGUEZ, Dylan. The challenge of prison abolition: a conversation. *Social Justice*, v. 27, n. 3, p. 212-218, 2000.

DAVIS, Angela; PLATT, Tony. Interview with Angela Davis. *Social Justice*, v. 40, n. 1/2 (131-132), p. 37-53, 2014.

DAVIS, Angela; SHAYLOR, Cassandra. Race, gender, and the prison industrial complex California and beyond. *Meridians*: feminism, race, transnationalism, v. 2, n. 1, p. 1-25, 2001.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 7. ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

GORDON, Avery F. Globalism and the prison industrial complex: an interview with Angela Davis. *Race & Class*, v. 40, n. 2/3, 1998/1999.

MENDIETA, Eduardo. Introdução. In: DAVIS, Angela. *A democracia da abolição*. Tradução de Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

MOLINÉ, José Cid; LARRAURI, Elena. *Teorias criminológicas*. Explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A face ideológica do direito penal progressista: potencialidades do materialismo histórico-dialético à crítica da dogmática penal, de Bruna Rachel De Paula Diniz – *RBCCrim* 174/319-343 (DTR\2020\14452);
- A luta antiprisional na Califórnia, de Paulo Cesar Malvezzi Filho e Rodolfo de Almeida Valente – *RBCCrim* 157/317-356 (DTR\2019\35366); e
- Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa, de Daniel Feitosa de Menezes e Mônica Carvalho Vasconcelos – *RBCCrim* 161/1263-186 (DTR\2019\40800).

O Código Criminal do Império do Brasil ante o espelho espanhol: um exercício de História comparada

The Criminal Code of the Empire of Brazil before the Spanish mirror: an exercise in comparative History

Vivian Chieregati Costa
Doutora em História Social, Mestre em Estudos Brasileiros e bacharel em História pela Universidade de São Paulo.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1808830659943851].
ORCID: 0000-0001-6571-3704
vivian.costa85@gmail.com

Humberto Barrionuevo Fabretti
Doutor em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Mestre e Bacharel em Direito pela mesma instituição. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Escola Paulista de Direito. Advogado criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7771852893427682].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3374-1927].
humberto@mackenzie.br

Júlio César de Oliveira Vellozo
Doutor em História Social. Mestre em Estudos Brasileiros e Bacharel em História pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. Bolsista Funadesp.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7139153540254751].
ORCID: 0000-0003-0030-0997
juliovellozo@gmail.com

Recebido em: 30.09.2020
Aprovado em: 04.12.2020
Última versão dos autores: 01.01.2021

Costa, Vivian Chieregati; Fabretti, Humberto Barrionuevo; Vellozo, Júlio César de Oliveira. O Código Criminal do Império do Brasil ante o espelho espanhol: um exercício de História comparada.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 177. ano 29. p. 297-328. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: Este artigo analisa a influência do Código Penal Espanhol de 1822 sobre o Código Criminal do Império do Brasil, promulgado em dezembro de 1830. Ambos os textos buscaram desenvolver uma série de mecanismos para defender o regime constitucional e as prerrogativas do Parlamento. A Espanha – que vivia uma luta dura entre Coroa e setores liberais desde 1812 – oferecia uma experiência importante para os deputados brasileiros, ocupados em criar um modelo de Estado para o país. A referência era ainda mais importante no Triênio Liberal espanhol, período no qual o código de 1822 foi elaborado.

Palavras-chave: Codificação Penal – Triênio Liberal – Primeiro Reinado – Poder Legislativo – Código Criminal de 1830.

Abstract: This article analyzes the influence of the Spanish Penal Code of 1822 on the Criminal Code of the Empire of Brazil, promulgated in December 1830. Both texts sought to develop a series of mechanisms to defend the constitutional regime and the prerogatives of parliament. Spain – which had been experiencing a hard struggle between the crown and the liberal sectors since 1812 – offered an important experience for Brazilian deputies, engaged in creating a state model for the country. The Spanish example was even more important during the Spanish Liberal Triennium, a period in which the 1822 code was developed.

Keywords: Penal Codification – Liberal Triennium – First Reign – Legislative Branch – Criminal Code of 1830.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Código Criminal do Império do Brasil. 3. O Código criminal brasileiro ante o espelho espanhol. 4. Considerações finais. 5. Referências. Fontes . Referências bibliográficas.

1. Introdução

> "Nós temos muitos inimigos, é preciso falarmos claro. Muitas vezes quando nos parece que o inimigo recua, é um novo estratagema, um novo plano que medita: é, portanto, preciso tirar ao inimigo todas as armas que nos combatam.
>
> Mandarei à mesa um requerimento, no qual exporei as ideias que acabo de expender. Os Srs. Deputados, que se lembrarem de outros meios mais fáceis, que os proponham; contanto que o código se adote já e já." (APB-CD, 11 set. 1830)

Foi num clima de grande tensão e desconfiança entre os poderes Executivo e Legislativo que, aos 30 de dezembro de 1830, foi promulgado no Brasil o Código Criminal do Império, diploma de direito penal substantivo que vigeu (com pouquíssimas alterações) até a queda da monarquia no país.

Pronunciando-se na sessão da Câmara dos deputados de 11 de setembro de 1830 acerca do encaminhamento final das discussões do diploma, Francisco de Paula Souza e Melo (eleito pela província de São Paulo) fez explícita menção

a "inimigos" da Constituição nacional frente a cujos "estratagemas" e possíveis golpes políticos era desejável que o código criminal viesse atuar. Daí a necessidade, em suas palavras, de que o código passasse "já e já". Mais do que alertar seus colegas sobre os perigos que rondavam o Parlamento àquela altura, a fala de Paula Souza buscava convencê-los da importância da tarefa de, por meio da aprovação daquele código, "tirar ao inimigo todas as armas que nos combatam".

Como pretendemos analisar ao longo desse artigo, dentre o rol de compromissos e problemáticas político-jurídicas a rondar a elaboração do diploma penal do Império brasileiro, esteve inegavelmente aquele de impor barreiras à ação da Coroa e seus agentes, limitando a latitude de poderes do Governo e reafirmando o Parlamento como *lócus* privilegiado da política nacional. Ladeado, assim, por um importante conjunto de leis de cunho eminentemente liberal aprovado entre 1826 e 1828 acerca da organização da justiça no Império, o Código Criminal de 1830 funcionou como verdadeira arma de oposição ao governo.

Este artigo busca demonstrar que, na tarefa de elaboração do Código Criminal do Império, os deputados brasileiros olharam para a experiência espanhola. Lá, como aqui, um grupo majoritário de parlamentares desconfiava do soberano e estava ocupado em aprovar uma legislação que tolhesse poderes da Coroa e ampliasse os do Parlamento. Nossa defesa, portanto, é a de que parte dos deputados que compuseram as duas primeiras legislaturas brasileiras, e que mais diretamente se envolveram na construção do edifício jurídico do Império, trabalharam para prover o país de mecanismos legais que, dentre outras coisas, contribuíssem à consolidação do regime constitucional e agissem como barreira ao fortalecimento do despotismo. Nesse processo, foram profundamente inspirados pela experiência gaditana e, particularmente, do Triênio Liberal espanhol, acabando por ilustrar parte da legislação nacional e, como pretendemos demonstrar aqui, especificamente o Código Criminal de 1830, com mecanismos retirados do edifício legal daquele país.

* * *

Em 9 de fevereiro de 1824, o periódico cearense *Diário do Governo* (n. 30, p. 131) trazia a seguinte nota em sua seção de notícias internacionais:

> "Hoje de tarde foi enforcado o General Riego na Praça Cebada em huma forca de extraordinária altura. Nos últimos momentos de sua vida pediu a assistência de um Padre Dominico, cuja vida Religiosa era por elle bem conhecida, pois que na sua infância hia todos os dias a hum destes Conventos ajudar a Missa; esses bons Frades, disse ele, me inspiraram grande devoção pela Virgem do Rosário."

O homem que foi ao patíbulo era o General Rafael del Riego y Flores (1784-1823), principal líder militar dos liberais espanhóis, que, desde a resistência contra a ocupação napoleônica, lutavam contra o absolutismo e por um regime constitucional. Sua morte marcou a derrota do chamado Triênio Liberal, uma experiência tão curta quanto paradigmática.

Na esteira da resistência a Napoleão, os espanhóis haviam realizado, em 1812, uma revolução que teve imensas implicações para o reino e também para as Américas, na medida em que criou tanto as condições para o avanço do processo de Independência, quanto parâmetros para o constitucionalismo americano. Apesar dos limites da Constituição de Cadiz, demonstrados pelos estudos de Marta Lorente e Carlos Garriga, o texto se transformou em referência determinante para o conjunto das Américas, inclusive para o Brasil.

A experiência do liberalismo gaditano foi derrotada pela reação monárquica em 1814, que cancelou a vigência daquele diploma e fez a Espanha voltar a um regime absolutista sob o comando de Fernando VII. Em 1820, no entanto, sob a liderança de Rafael Riego, os liberais conseguiram voltar ao poder e obrigaram o rei a aceitar a volta da Constituição de 1812. Foram além e nos curtos três anos em que se mantiveram no poder, aprovaram toda uma legislação que buscava tolher os poderes da Coroa, fortalecendo e protegendo as prerrogativas do Parlamento. Parte fundamental desse projeto esteve consignada no Código Penal de 1822. Ainda que este diploma não possa ser resumido a um instrumento dos liberais para tolher poderes do rei, já que o processo de codificação obedecia a objetivos muito diversos, este aspecto tem centralidade, conforme veremos.

A notícia do enforcamento de Riego chegava em um momento especial da História brasileira. Há menos de três meses, a Assembleia Constituinte havia sido invadida por tropas do exército e dissolvida, em uma ação levada a cabo pelo Imperador Pedro I e que consistiu no primeiro golpe de Estado da História do Brasil. É de se imaginar que os liberais brasileiros enxergassem a derrota de seus congêneres espanhóis, ocorrida meses antes, como análoga à sua.

A dissolução da Assembleia Constituinte brasileira em novembro de 1823 não encerrou as rusgas entre a Coroa e o Parlamento. Pelo contrário: ela foi o capítulo inicial do longo embate que atravessou o Primeiro Reinado brasileiro (1822-1831) e teve desfecho parcial com a abdicação do Imperador, em 1831. Na verdade, desde que se concluiu o processo de ruptura que resultou na declaração da Independência do Brasil, em 1822, houve uma renhida disputa para determinar os termos da divisão de poderes entre Executivo e Legislativo ou, para sermos mais específicos, entre a Coroa e as elites que tinham no Parlamento seu *lócus* privilegiado de exercício de poder.

Essa disputa se dava dentro de certos limites, que nenhuma das partes estava disposta a ultrapassar, nem para um extremo e nem para outro. Por um lado, o processo brasileiro fazia parte da grande onda de rupturas que podemos denominar de Revoluções Atlânticas (GODECHOT, 1947), o que impedia que o novo regime ficasse fora dos marcos do constitucionalismo moderno, não havendo espaço para a repristinação de um despotismo de Antigo Regime (FIORAVANTI, 2001, p. 11-15; MIRANDA, 2001; CLAVERO, 1997, p. 11-29 e 1989, p. 79-145). Por outro lado, o nascimento do Brasil enquanto nação independente acontecia em um período de recuo do processo revolucionário, no qual o liberalismo perdera seu caráter mais rupturista, dando lugar à ênfase no receio de que as liberdades acabassem se degenerando em anarquia, tempos marcados pelo ambiente do Congresso de Viena (ROSANVALLON, 2015). Desse modo, o liberalismo e o constitucionalismo desse período adquiriram um novo sentido em relação àquele que havia derrubado o Absolutismo (NICOLSON, 2005). Na esteira de um multifacetado balanço das consequências da Revolução Francesa (1789-1799) e das Guerras Napoleônicas (1803-1815), vivia-se um momento marcado mais pela busca da manutenção da ordem do que pela ampliação de mecanismos que garantissem liberdades (HOBSBAWM, 2015). Tratava-se do tempo dos chamados pensadores doutrinários franceses e da Carta de 1814, escrita pelo Senado daquele país sob a tutela das forças de ocupação que haviam derrotado Napoleão (ROSANVALLON, 1994).

Em nossa visão, este descompasso entre a realidade brasileira, na qual os representantes queriam retirar poderes da coroa, e o modelo francês, no qual se vivia um refluxo do processo revolucionário e um fortalecimento do rei, fez com que os líderes políticos do Brasil se vissem na necessidade de buscar outras experiências.

A lógica geral do regime francês nessa fase – experimento político-constitucional paradigmático – era a de garantir que as massas, que haviam irrompido na política de forma violenta e imprevisível durante a Revolução Francesa, fossem controladas. Voto censitário, restabelecimento da censura, aprovação de codificações penais fortemente repressoras contra crimes políticos e a defesa de mecanismos de representação que evitassem a participação direta dos cidadãos foram algumas das marcas desse novo liberalismo coetâneo à Independência do Brasil e aos primeiros anos que a seguiram.

Esse espírito do tempo no qual se deram os primeiros anos de Brasil Independente fez com que a maioria dos estudiosos que se dedicaram à política do Brasil imperial olhassem com muita atenção para a influência do pensamento francês sobre os políticos brasileiros. Autores como François Guizot e Benjamin

Constant, além de outros publicistas de prestígio à época, foram identificados como sendo os fornecedores da base teórica a partir da qual os homens públicos do Primeiro Reinado e da Regência (1831-1841) formularam a maioria de suas elaborações. A influência foi de fato decisiva, mas esteve longe de ser a única e talvez não tenha sido a principal.

Imersos na experiência limítrofe de ter que lidar com a construção de um novo Estado-nação, distantes do momento histórico vivido pela França, era natural um olhar simpático ao que acontecia na Espanha. Os políticos brasileiros não poderiam deixar de se referenciar em um país que vivia, ele próprio, um processo tão decisivo e que sempre manteve estreita relação com a América Portuguesa.

Por mais que a historiografia tenha corretamente destacado os fortes elementos de continuidade entre a realidade do Brasil Colônia (1500-1815) e aquela que se abre com a Independência, é importante ressaltar que a construção de um Estado-nação levantava desafios completamente novos e que a elite política que conduzia o país no pós-independência, com seus variados graus de poder e responsabilidade na gestão do Estado, vivia uma experiência tanto inédita quanto limite. Por mais que as intenções de boa parte da elite brasileira girassem em torno da continuidade de um modo de produção escravista, de uma estrutura baseada no latifúndio monocultor exportador e que os setores que ocupavam as posições centrais de poder continuassem sendo em grande medida os mesmos, a existência de um Estado nacional moderno impunha uma série de inovações das quais não era possível se esquivar.

Nessa situação, não havia outro caminho senão observar experiências estrangeiras que haviam enfrentado desafios análogos. Esse tipo de estudo comparativo era inclusive parte da cultura política daquele momento, e os debates parlamentares registrados tanto nos *Anais da Assembleia Nacional Constituinte* quanto, mais tarde, nos *Anais do Senado* e da *Câmara dos Deputados*, demonstram que não havia argumento de autoridade mais utilizado do que a referência a experiências e publicistas estrangeiros. Na maioria dos casos, no entanto, os autores estrangeiros eram interpretados com bastante autonomia e era comum que experiências e escritos forâneos fossem apropriados de modo interessado, antes para conferir verniz ou justificativa a uma posição do que para reproduzir uma corrente teórica claramente demarcada. De modo que a simples enumeração da citação de autores franceses não faz daquele país a referência única.

Um exemplo disso pode ser visto no discurso do deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795-1850), um dos liberais brasileiros mais atentos à experiência espanhola, responsável por um importante projeto de código criminal entregue à Assembleia brasileira em 1827 e partícipe ativo nos debates sobre a Lei de

Responsabilidade dos Ministros, Secretários e Conselheiros de Estado, também importante a este trabalho. Certa feita, indignado com o excesso de citações a teóricos estrangeiros por parte de seus colegas afirmou:

> "[...] nessa lei não se faz senão o que manda a constituição; mas os nobres deputados não querem convir porque Benjamin Constant e Pagès são de opinião contrária. Siga cada um o seu Pagés, o seu Platão, não tenho nada com isso; eu seguirei senão o que for conforme com a minha razão. Já mostrei que a Constituição manda especificar os crimes: ela diz: uma lei especificará a natureza desses delitos — em consequência hão de elas ficar debaixo de uma lei, seja ela como for, e a qual sempre terá o mesmo resultado." (APB-CD, 20 jun. 1826)

Em outro debate, o deputado insistia em esconjurar o modelo francês, deixando claro que era preciso buscar outras referências e, mais que isso, que os escritores franceses, por qualificados que fossem, nunca poderiam servir de intérpretes da Carta brasileira (APB-CD, 20 jun. 1826).

A leitura dos *Anais do Parlamento brasileiro* não traz a experiência espanhola invocada de modo explícito, como traz as dos publicistas franceses do período da restauração. A motivação para isso, em nossa visão, é simples: falar da Espanha era invocar uma realidade na qual os confrontos entre Parlamento e Coroa eram abertos e, em seus momentos decisivos, revolucionários, com direito a enfrentamentos militares. Isso não estava fora dos horizontes de possibilidades das partes em luta no Brasil, como demonstra o episódio da dissolução do parlamento em 1823 e, mais tarde, a mobilização de tropas pelos liberais brasileiros, que levou à abdicação de Pedro I, mas uma coisa era considerar essa hipótese, outra era transformá-la em falas no Parlamento. Não encontrar os parlamentares brasileiros falando de Cádiz e do Triênio Liberal não pode, portanto, nos levar a considerar que o experimento espanhol foi pouco importante. Concluir dessa maneira deveria nos levar a pensar o mesmo sobre os Estados Unidos ou sobre a França do período revolucionário, que praticamente não eram invocados, dentre outras coisas, pelo fato de se tratar de experiências republicanas.

Apesar desses limites, custa crer que a experiência da Espanha, acompanhada de forma coetânea pelos liberais brasileiros, não tenha sido impactante. Também naquele reino, as vicissitudes da invasão napoleônica desataram uma luta aguda entre Coroa e parlamento que, com alguns intervalos, acabou resultando em graves conflitos bélicos, guerra civil e intervenção estrangeira.

Além dessa característica comum, nossa hipótese é a de que a criação de uma série de mecanismos legais de limitação dos poderes da Coroa por parte dos liberais espanhóis teria chamado a atenção dos parlamentares brasileiros. Uma vez

em posse do poder político, os liberais espanhóis buscaram construir um arcabouço legal que funcionasse como uma barreira ao fortalecimento do despotismo, buscando assim consolidar o regime constitucional. Os liberais brasileiros, permanentemente desconfiados dos pendores liberais de um Imperador que havia jurado ser constitucional, mas que dissolvera a Assembleia Constituinte com uso do exército e que, desde a promulgação da Carta de 1824, vinha recorrendo a mecanismos extraordinários de proteção da ordem pública de forma questionável, para dizer o mínimo (COSTA, 2020), viam na atividade legislativa espanhola algo em que se espelhar.

Ainda que o processo de elaboração legal que sustentava o poder político constitucional e defendia as prerrogativas do parlamento tenha sido privilegiadamente associado à França revolucionária – particularmente à Constituição de 1791 e ao Código penal aprovado no mesmo ano –, não se deve perder de vista a importância desempenhada pela experiência espanhola. Parece-nos possível afirmar, inclusive, que os espanhóis podiam fornecer aos brasileiros uma elaboração mais sofisticada, especialmente na medida em que já haviam absorvido o balanço da experiência francesa e que, no período do Triênio Liberal, haviam tirado lições de sua própria derrota, ocorrida em 1814.

Assim, malgrado diferenças relevantes, Espanha e Brasil viviam situações correlatas. Ambos os países tinham sua dinâmica política dominada por um confronto aberto entre Coroa e parlamento ou, se quisermos, entre um grupo liberal disposto a dar mais poderes aos deputados e um outro que lutava para manter uma maior porção de prerrogativas nas mãos do Executivo.

Nossa hipótese neste trabalho é a de que essa semelhança foi explorada por nomes fortes dentre os liberais que ocuparam a Câmara dos deputados nas primeiras legislaturas. Homens como Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795-1850), Nicolau Pereira Vergueiro (1778-1859), Francisco de Paula Souza e Melo (1791-1854), Manoel Odorico Mendes (1799-1864), Manuel de Souza França (1780-1856), José Lino Coutinho (1784-1836) e Custódio José Dias (1770-1838), dentre outros, que sustentaram modelos de organização para o Estado brasileiro tendo a experiência espanhola como um de seus parâmetros centrais, especialmente na elaboração legal.

Nomes, que, como dissemos, desempenharam um papel central na vida política brasileira do Primeiro Reinado e que estiveram diretamente relacionados à condução dos processos políticos que levaram à abdicação de Pedro I, em 1831.

Nesse artigo, a influência espanhola será analisada privilegiadamente a partir do Código Criminal aprovado no Império em dezembro de 1830, com especial atenção aos usos do modelo espanhol na regulamentação dos crimes passíveis

de serem cometidos pelos funcionários públicos da nação. Nesse percurso, pretendemos recuperar algumas das questões centrais à elaboração desse diploma, mostrando como, por meio de sua promulgação, os representantes brasileiros visavam ampliar as atribuições do Parlamento, fazer avançar o primado da lei e diminuir as prerrogativas da Coroa e da magistratura togada. Nesse sentido, as animosidades latentes entre Executivo e Parlamento que marcaram sua confecção e aprovação, podem ser pontos privilegiados de acesso a uma melhor compreensão da formação e aparelhamento do nascente Estado nacional brasileiro.

2. O Código Criminal do Império do Brasil

Formalmente independente de Portugal em 1822 e provido de uma Constituição outorgada pelo imperador Pedro I em 1824, o Brasil só viu abertos os trabalhos legislativos do país em 1826. Passados poucos dias da abertura da Assembleia nacional, a temática da codificação penal rapidamente veio à tona na Câmara dos deputados. Em uma das primeiras sessões regulares da deputação, portanto, mais especificamente aos 12 de maio de 1826, tiveram início as discussões sobre a elaboração dos códigos de leis nacionais, seguidas de perto pelo encaminhamento de projetos de codificação à Câmara baixa.

O quase imediato aparecimento da questão no Parlamento pode ser creditado tanto à previsão constitucional de elaboração de diplomas criminais para o país (presente no § 18 do art. 179 da Carta de 1824, segundo o qual dever-se-ia organizar, o quanto antes, no país, um "Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases de justiça e equidade"), quanto ao desejo partilhado pelos representantes de empreender uma profunda reforma e modernização da justiça penal, substituindo, o quanto antes, o conjunto da legislação criminal previgente (DANTAS, 2011, p. 5). Ademais, a ideia de centralização das fontes do direito e codificação das leis nacionais formava parte indispensável do pensamento jurídico oitocentista, sendo rapidamente assumida e posta em prática pelos legisladores do Brasil.

A despeito do imediatismo das proposições ligadas à elaboração de um código penal para o país, a consciência de que se tratava de um projeto de longa duração estimulou os representantes a investirem, paralelamente, em um pacote de leis que visava à ampliação das franquias liberais do texto constitucional e, dentro dos limites estabelecidos pela Carta de 1824, a uma revisão dos ajustes de distribuição dos poderes no país, tanto entre si, quanto no que tangia às relações centro/províncias. O mais eficiente instrumento para a realização desses ajustes eram as chamadas leis regulamentares, voltadas a pôr em funcionamento determinados aspectos ou artigos da Constituição.

Como já demonstrado em outro trabalho (VELLOZO, 2016, p. 3-4) se, na Carta brasileira de 1824, as atribuições dos poderes Executivo, Moderador e Legislativo vinham já bastante definidas, restringindo as margens de possíveis modificação em suas previsões, concentravam-se no poder Judiciário as melhores possibilidades de ajustes efetivos no texto constitucional. E isso tanto pelos cargos e instituições que, em acordo com o Título VI da Carta, deveriam ser criados por lei regulamentar, quanto pelos institutos cuja derrogação cabia à Assembleia. São exemplos das instituições a serem criadas: o Supremo Tribunal de Justiça do Império, os jurados e os juízes de paz, institutos contemplados por uma sequência de leis aprovadas no país, como veremos, entre 1827 e 1828.

Cabe salientar, assim, a concentração dos esforços parlamentares, quando da abertura da Assembleia, em torno do poder Judiciário, e o modo como tal atuação apontava à força desempenhada por esta esfera de poder na imposição de limites ao soberano e no desejado controle da ordem interna, bem como na configuração de uma via privilegiada para a reestruturação do Estado, formação de um campo de direito nacional para o Império brasileiro e garantia de direitos aos cidadãos (FLORY, 1986; VELLASCO, 2004; COSTA, 2013).

Os trabalhos que inauguraram o funcionamento parlamentar no país, dentre os quais desponta a formulação do futuro Código Criminal do Império se deram, assim, como parte de um processo mais amplo de aparelhamento da administração estatal, reformulação da legislação existente e modernização do poder Judiciário, desempenhando papel de grande importância também, como veremos, no fortalecimento do poder Legislativo e na imposição de limites à Coroa.

Antes de passarmos a uma descrição sumária do percurso traçado pelo diploma penal no interior da Assembleia, vale reforçar que a abertura dos trabalhos parlamentares no país, em 1826, deu-se em clima de grande preocupação quanto aos rumos impostos, desde 1823, pelo imperador Pedro I. Nesse sentido, às manifestações populares em consequência do fechamento da Constituinte e outorga da Carta de 1824, bem como à rigorosa repressão imposta pelo monarca à Confederação do Equador, seguiram-se uma série de outras questões espinhosas, como a controversa assinatura do tratado de reconhecimento da Independência brasileira por Portugal, conhecido como "Tratado de Paz e Amizade", o desastroso envolvimento do Brasil na Guerra da Cisplatina, o agravamento da crise financeira nacional e o envolvimento de Pedro I na crise sucessória portuguesa do período. Somada a tudo isso, a demora do monarca em escolher os senadores para a composição da Câmara alta e o consequente atraso na abertura dos trabalhos legislativos, fizeram com que, desde o seu início, tais trabalhos fossem marcados por uma série de desconfianças em relação ao monarca e a seus intuitos de fazer valer, no país, os preceitos da Carta de 1824.

Se no intervalo transcorrido entre novembro de 1823 e maio 1826, portanto, o vácuo parlamentar permitira ao imperador um regime extremamente centralizado, ainda que não sem oposição social e política, a abertura da Assembleia Geral revelou, quase imediatamente, um antagonismo de difícil conciliação no seio da classe política nacional. As primeiras medidas tomadas pelo imperador no contexto parlamentar geraram ainda a sensação de que, no jogo político por ele articulado, o Executivo usurpava atribuições do Legislativo, deixando simultaneamente descontentes e atentos os primeiros representantes do Império (COSTA, 2013, p. 87-88).

À paulatina consciência dos representantes (particularmente no que tangia à Câmara baixa), quanto à distância existente entre as concepções e projetos nacionais por eles reivindicados, de um lado, e pelo imperador, seus ministros e o Senado, de outro, seguiu-se de perto a validação e o exercício cotidiano, por parte dos deputados, dos amplos poderes a eles atribuídos pela Constituição. Nessa conjuntura, a despeito de sua restrita experiência legislativa, os representantes brasileiros tiraram rápido proveito das prerrogativas de que possuíam na elaboração de leis, fixação das despesas nacionais, criação de empregos públicos e determinação das forças de mar e terra do Império, articulando um jogo político e um enfrentamento vigoroso ao monarca a partir de suas atribuições constitucionais[1].

Como dissemos anteriormente, nos primeiros anos de vigência da Assembleia, os representantes nacionais concentraram seus esforços na elaboração em um pacote de leis regulamentares que tinham o objetivo de especificar e colocar em funcionamento as previsões constitucionais. Paralelamente à elaboração de códigos criminais para o Império, portanto, trabalharam na edificação de leis como a do juizado de paz, promulgada em 15 de outubro de 1827, no novo regimento das câmaras municipais, aprovado em 1º de outubro de 1828, na lei de criação do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de setembro de 1828, e na lei sobre os abusos de liberdade de imprensa, de 20 de setembro de 1830.

1. Nas palavras de Roderick J. Barman (1988, p. 132-133): "The emperor held ultimate authority because of his possession of the regulating power, 'the key to the whole political system', and his control of the national government, as head of the executive. Nonetheless, the powers the General Assembly wielded under the Constitution gave it the means of exerting a considerable, even decisive, influence on the conduct of government. [...] If the legislators were sufficiently skilled and determined, they could employ these powers to circumscribe the government's freedom of action, to restrain and even block unwelcome policies, and to influence the emperor's choice of ministers." Sobre a latitude de poderes atribuídos pela Constituição de 1824 ao Legislativo no Brasil e, ainda, sobre os limites inerentes ao exercício dos poderes Executivo e Moderador no jogo representativo nacional, ver (DANTAS, 2010, p. 19-26).

Outra lei de importância fundamental foi a Lei de Responsabilidade dos Ministros, Secretários e Conselheiros de Estado, aprovada em 15 de outubro de 1827 e prevista também por dispositivos da Carta constitucional. Originando discussões acirradas na Câmara dos deputados e no Senado brasileiros a partir de maio/junho de 1826, a aprovação da lei de responsabilidade esteve diretamente relacionada ao estabelecimento, na prática, do equilíbrio entre as competências executiva, legislativa e judiciária no Império, e ainda à criação de garantias de transparência e controle político das ações governamentais (VELLOZO, 2016; SLEMIAN, 2009, p. 179-185).

Se estavam restringidas, assim, como vimos, as possibilidades de mudanças e ajustes consideráveis nas atribuições dos poderes Executivo, Moderador e Legislativo previstas pela Carta de 1824, havia meios de impor limites a alguns poderes dando prerrogativas ampliadas a outros. E, para esta tarefa, a lei de responsabilidade mostrou-se um instrumento extremamente eficaz, sendo utilizada, no país, para restringir a atuação de uma série de ocupantes de cargos ligados à Coroa. Para além disso, ao construir a responsabilidade em suas múltiplas dimensões, os parlamentares brasileiros estabeleceram um sistema de proteção às prerrogativas do poder de que eram titulares, tipificando como procedimentos criminosos vários tipos de ação do Executivo que poderiam adquirir esse sentido. Vale ainda salientar que, no caso dos ministros e conselheiros de Estado, o julgamento dos crimes de responsabilidade era feito pelo Parlamento, de modo que o estabelecimento da responsabilidade foi, *per si*, um meio de ampliar as prerrogativas do poder eletivo (VELLOZO, 2016, p. 3).

Como demonstraremos à frente, o histórico da mais explícita influência espanhola desempenhada sobre o Código Criminal de 1830 passou pela elaboração da lei de responsabilidade brasileira, imprimindo-se, mais especificamente, em um projeto rejeitado apresentado à Assembleia em 1826. Mas disso trataremos à frente.

Por ora, cabe retomarmos o percurso legislativo traçado pelo Código Criminal de 1830, sublinhando o modo como este documento compôs o quadro de reformas jurídicas impulsionadas pelo Parlamento desde 1826 e o modo como, em sua configuração final, desempenhou papel político fundamental nas mãos de deputados brasileiros que se encontravam em franca oposição ao governo de Pedro I.

Entre 1826 e 1827, três projetos de código criminal foram apresentados à Casa. O primeiro, incompleto, foi entregue em 3 de junho 1826 pelo deputado de origem lusitana José Clemente Pereira (APB-CD, 3 jun. 1826, p. 15). Já os dois seguintes, completos, foram apresentados à deputação, respectivamente, em

4 de maio de 1827, com autoria de Bernardo Pereira de Vasconcelos (APB-CD, 3 set. 1829, p. 95-109), e 16 de maio de 1827, resultante, uma vez mais, da pena de Clemente Pereira (COSTA, 2103, p. 111-112). Em agosto deste mesmo ano, a *Comissão especial do código criminal* deu seu parecer sobre os projetos completos que haviam sido apresentados, determinando, dentre outras coisas, que ambos fossem recebidos com agrado pela deputação brasileira e impressos para análise de deputados, jurisconsultos e sábios da nação (APB-CD, 14 ago.1827; p. 130-131)[2].

Entre 1827 e 1828, o tema da codificação penal ocupou esparsamente a pauta dos deputados, sem qualquer trabalho efetivamente realizado sobre o conteúdo do futuro diploma. No final de maio de 1829, uma comissão mista de deputados e senadores criada no ano anterior para trabalhar sobre os projetos de código criminal, acabou reformulada (de 10 membros – 5 deputados e 5 senadores –, eleitos em maio de 1828, passou a contar com 3 deputados e 3 senadores), apresentando seus trabalhos ao conjunto dos representantes em 31 de agosto de 1829 (APB-CD; 31 ago. 1829; p. 84)[3]. No parecer então apresentado, para além de uma avaliação da tarefa de que se incumbira, a comissão mista confirmava ter desenvolvido, a partir do projeto de Vasconcelos, um novo projeto de código penal, estabelecendo um plano a ser seguido para sua rápida aprovação parlamentar.

Este parecer entrou em discussão unicamente em maio de 1830, já nos quadros da segunda legislatura imperial[4]. A partir desta data, os trabalhos sobre o diploma criminal ganharam força na Câmara baixa, com a formação de novas comissões parlamentares e o compromisso dos deputados com a aprovação do diploma ainda naquele ano. Em 7 de maio de 1830, uma comissão *ad hoc*, também

2. A comissão especial do código criminal era formada pelos deputados José Antonio da Silva Maia (MG), Candido José de Araujo Vianna (MG), José da Costa Carvalho (BA), Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque (PE) e João Candido de Deus e Silva (PA).
3. Compunham a comissão mista os deputados José da Costa Carvalho (eleito pela Bahia), João Candido de Deus e Silva (eleito pelo Pará) e José Antonio da Silva Maia (eleito por Minas Gerais), e os senadores Nicolau Pereira de Campos Vergueiro (representante de Minas Gerais), Visconde de Alcântara (representante do Maranhão) e Francisco Carneiro de Campos (representante da Bahia).
4. As eleições para a composição da segunda legislatura imperial transcorreram, nas diferentes províncias do Império, entre o final de 1828 e os primeiros meses de 1829. Apurados e validados os votos, ficou patente a esmagadora vitória obtida pelo grupo dos liberais moderados e exaltados sobre os políticos pedristas, também chamados caramurus. Cálculos de Monica Duarte Dantas apontam para uma renovação de 60% da Câmara baixa na legislatura que se iniciou em 1830.

conhecida como *Comissão especial das emendas*, foi eleita com a finalidade de receber as emendas e memórias oferecidas pelos deputados ao projeto de código elaborado pela comissão mista, apresentando seus trabalhos em 6 de julho de 1830 (APB-CD; 06 jul.1830; p. 41)[5].

A partir da discussão desses trabalhos, formou-se, por sua vez, a última comissão do código criminal, eleita em 11 de setembro de 1830, responsável pela revisão dos trabalhos da comissão anterior e pelo recebimento das últimas emendas da deputação brasileira ao projeto do código[6]. Tal comissão apresentou seu parecer em 19 de outubro de 1830 (APB-CD, 19 out.1830; p. 612-613) e, junto a ele, um novo projeto que, com pouquíssimas alterações, conformou o texto final do Código Criminal do Império do Brasil. Aprovado pela Câmara dos deputados em 22 de outubro de 1830, o texto passou pela votação do Senado em 24 de novembro e foi sancionado por D. Pedro I aos 16 de dezembro de 1830.

Para a elaboração desse diploma, os representantes brasileiros recorreram a um arsenal de leis e codificações penais anteriormente aprovadas ou propostas no quadro do mundo Atlântico, utilizando-as conforme as necessidades do país e as particularidades da conformação político-social brasileira de inícios do século XIX, ainda que marcados pela crença no poder de alteração da realidade pela via do direito (COSTA, 2013). Consoante Monica Dantas (2009; 2011), o modo específico como foram elaborados os códigos criminal, de 1830, e de processo penal, de 1832, é indicativo do legicentrismo dos representantes brasileiros e de seu desejo de edificação de uma justiça cidadã e de cunho liberal para o Brasil. Daí a importância que a atenção ao quadro de fontes estrangeiras utilizadas na elaboração do diploma penal do Império pode ter no desvendamento dos significados mais profundos inerentes a este documento e às ideias de justiça, lei, direitos e poderes que pautaram o trabalho dos representantes nacionais no pós-Independência.

Uma vez que pesquisas recentes desvelaram minuciosamente a amplitude das fontes e referências utilizadas na elaboração do Código de 1830 (DANTAS, 2011 e 2015; COSTA, 2013), cabe a este artigo uma reflexão específica acerca da

5. Compunham a comissão especial das emendas os deputados Antonio Pinto Chichorro da Gama (eleito por Minas Gerais), Honório Hermeto Carneiro Leão (também eleito por MG) e Joaquim Francisco Alves Branco Munis Barreto (eleito pela Bahia).

6. A última comissão do código criminal foi composta, por sua vez, pelos deputados Antonio Paulino Limpo de Abreu (eleito por Minas Gerais), Francisco de Paula Sousa e Melo (eleito por São Paulo), e Luiz Francisco de Paula Cavalcanti de Albuquerque (eleito por Pernambuco).

influência espanhola, mais especificamente do Código penal espanhol de 1822, sobre a regulamentação dos crimes dos funcionários públicos no diploma penal brasileiro, bem como uma consideração mais ampla sobre a importância desempenhada pela produção legal do liberalismo espanhol sobre a classe política nacional e sobre outros elementos desse diploma.

3. O Código criminal brasileiro ante o espelho espanhol

Aprovado pelas Cortes Gerais do Triênio Liberal em 8 de junho de 1822, o Código penal espanhol de 1822, primeiro na história daquele país, aspirava substituir o sistema penal anterior por algo que refletisse o pensamento tardo-iluminista, preocupado com a racionalização e humanização das penas (PEREZ, 2009, p. 260). Caminho já trilhado em textos como os da Toscana (1786), Áustria (1803), França (ver especialmente os diplomas de 1791 e 1810), Baviera (1813) e Nápoles (1787).

O texto, como era comum a praticamente todos os que circulavam o mundo Atlântico naquele período, combinava uma dinâmica de elaboração penal autóctone com a influência de textos estrangeiros. A historiografia sobre os códigos penais se debruça de modo bastante concentrado em identificar o peso relativo de cada um desses elementos na formulação desses diplomas. Não é incomum encontrar correntes mais comprometidas com uma narrativa nacionalista da História do Direito de determinado país colocando ênfase nas elaborações locais e outras, de cariz mais cosmopolita, identificando um maior peso de importações.

Entre as influências estrangeiras o mais comum tem sido enxergar o Código Penal Napoleônico de 1810 como uma espécie de matriz universal da elaboração penal do período. Essa visão, que foi bastante costumeira na maior parte do século XX, vem sendo abandonada, e trabalhos inovadores têm demonstrado que os codificadores do século XIX foram bastante mais ecléticos na busca por referenciais para as suas elaborações (COSTA, 2013; DANTAS, 2015; CANIZARES-NAVARRO, 2013; MASFERRER, 2018).

A despeito da efetiva importância desempenhada por esse documento na história da codificação ocidental, estudos recentes têm questionado a irrefutabilidade de sua preponderância sobre os códigos de direito criminal que o sucederam, questionamento que se aplica aos casos do diploma espanhol de 1822 e ao código brasileiro de 1830.

Na elaboração do código penal de 1830, texto bastante liberal para os padrões da época, as influências foram muito diversas, englobando, como dissemos, tanto codificações efetivamente aplicadas em seus países de origem (caso

dos códigos penais francês, espanhol e toscano) quanto projetos que não saíram do papel (caso do projeto de código criminal português de 1786, de autoria de Pascoal de Melo Freire, e do projeto de código penal redigido pelo jurisconsulto norte-americano Edward Livingston para o estado da Luisiana em 1822) (COSTA, 2013, p. 203-273). Dentre as influências, no caso dos crimes públicos, preponderou a do Código espanhol de 1822. 50% das previsões presentes no Título V ("Dos crimes contra a boa ordem e Administração Pública"), da Parte Segunda ("Dos crimes públicos") do Código de 1830, tiveram sua redação proveniente da influência do código espanhol. Para além de influenciar a previsão dos crimes públicos do Código de 1830, o código espanhol de 1822 foi utilizado também na prescrição da Parte Geral e na seção dos crimes particulares do diploma brasileiro, totalizando sua ascendência sobre 34 dos 313 artigos do código brasileiro, quase 11%, portanto, do total desse documento (COSTA, 2013, p. 245-259).

No que tange especificamente aos crimes públicos, a recepção brasileira das formulações do Código Penal Espanhol foi, no entanto, mais antiga, realizada, em verdade, por meio do projeto de lei de responsabilidade dos empregados públicos sustentado no parlamento nacional por Bernardo Pereira de Vasconcelos e Nicolau Pereira do Campos Vergueiro em 1826.

Vergueiro e Vasconcelos faziam parte, então, da comissão de leis regulamentares, eleita havia pouco para a proposição de leis voltadas à regulamentação de artigos fundamentais da Constituição, garantindo sua vigência e efetividade. Juntamente a eles, compunham a comissão os deputados José Lino Coutinho, José Ricardo da Costa Aguiar (eleito pela província de São Paulo) e Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque (deputado por Pernambuco). Eleita aos 9 de maio de 1826, a comissão apresentaria à Câmara baixa, nos últimos dias daquele mês, não um, mas dois projetos de lei de responsabilidade. O primeiro, assinado por Vergueiro e Vasconcelos, definia a responsabilidade de todos os empregados públicos do Império: ministros e conselheiros, magistrados, clérigos, presidentes de província, funcionários do serviço diplomático e demais empregados do Estado. Já o segundo, assinado por Almeida e Albuquerque e Lino Coutinho, voltava-se especificamente à regulamentação dos crimes dos Ministros e Conselheiros de Estado e foi preferido pela Câmara para a discussão, iniciada em 16 de junho do mesmo ano[7]. O projeto assinado por Vasconcelos foi, então, deixado de lado

7. O quinto membro da comissão, José Ricardo da Costa Aguiar, assinou os dois projetos, com restrições. Para um histórico da apresentação dos projetos, escolha do texto mais restritivo de Almeida e Albuquerque e Lino Coutinho, bem como da discussão da futura lei de responsabilidade ver (VELLOZO, 2016).

nas discussões especificamente travadas, entre 1826 e 1827, em torno da lei de responsabilidade.

No ano seguinte, no entanto, o deputado mineiro apresentou, como vimos, uma proposta de codificação penal completa que exerceria influência significativa (ainda que não preponderante) na composição final do Código aprovado em 1830. Nesse projeto de código, particularmente no capítulo concernente aos crimes dos empregados públicos, Vasconcelos, praticamente transcreveu o projeto que havia apresentado juntamente a Vergueiro no ano anterior.

São idênticos, portanto, no projeto de responsabilidade dos funcionários públicos de Vergueiro e Vasconcelos, de 1826, e no projeto de código criminal de Vasconcelos de 1827, 44 artigos, a saber, respectivamente: 36 e 226, 27 e 227, 38 e 228, 39 e 229, 40 e 230, 41 e 231, 42 e 232, 43 e 233, 44 e 234, 45 e 235, 48 e 239, 49 e 240, 50 e 241, 51 e 242, 52 e 243, 53 e 244, 54 e 245, 55 e 246, 56 e 247, 57 e 248, 58 e 249, 59 e 250, 60 e 251, 61 e 253, 64 e 255, 65 e 256, 66 e 257, 67 e 258, 68 e 259, 69 e 260, 70 e 261, 71 e 262, 72 e 263, 73 e 264, 74 e 265, 75 e 266, 77 e 268, 78 e 269, 79 e 270, 80 e 271, 81 e 272, 82 e 273, 83 e 274, 84 e 275 (VELLOZO, 2016, p. 325-340).

Já no que tange a uma comparação entre as previsões sobre os crimes de funcionários públicos contempladas no projeto de Vasconcelos (mais especificamente na Seção I, de seu Título II) e o código penal espanhol de 1822, que lhe serviu inquestionavelmente de base, os casos foram os seguintes (aqui, vale elucidar, a cada artigo citado do projeto brasileiro colocou-se entre parênteses o artigo tomado como base no código espanhol): art. 226 (art. 421); art. 231 (§§ 1, 3, 4, 5 e 7 do art. 451); arts. 240 e 243 (art. 472); arts. 241 e 242 (arts. 471 e 470); arts. 245 e 246 (art. 474); art. 247 (art. 478); art. 250 (art. 481); art. 251 (art. 482); art. 259 (art. 492); art. 260 (art. 493); art. 261 (art. 495); arts. 262 e 263 (arts. 496 e 497); art. 267 (art. 502); art. 268 (art. 503); art. 269 (art. 505); art. 270 (art. 506); art. 271 (art. 507); art. 272 (arts. 513 e 514); art. 273 (art. 516); e §§ 2, 3 e 6 do art. 311 (arts. 221, 226 e 189). (COSTA, 2013, p. 242)

É preciso sublinhar que os artigos listados anteriormente configuraram aqueles em que houve inquestionável utilização, da parte de Vasconcelos, do código penal espanhol de 1822. E por "inquestionável utilização", queremos dizer que estes foram os casos em que houve transposição explícita do texto daquele código ao texto proposto pelo deputado mineiro. É apenas nesse sentido, afinal, que podemos confirmar o emprego efetuado por Vasconcelos de diplomas específicos do período, haja vista o compartilhamento de uma série de normativas presentes em seu projeto por outros códigos coevos. Destacamos, assim, os casos em que a ascendência espanhola pôde ser precisamente reconhecida, deixando

pouco ou nenhum espaço a dúvidas sobre se Vasconcelos utilizou, ou não, o diploma de 1822 na composição desta seção de seu projeto[8]. Tal não exclui, no entanto, seja no caso do projeto de 1827, seja no Código aprovado em 1830, que outros pontos do código espanhol tenham servido de modelo à edificação do direito penal no Brasil.

Concernentes, dentre outros, aos crimes de revelação de segredos de ofício; suborno; abertura de cartas; prevaricação; peita; concussão; cobrança indevida de impostos ou taxas de quaisquer tipos, com ou sem uso de violência; exigência de emolumentos e gratificações indevidas; descumprimento de ordens emanadas de outras autoridades; abandono de ofício; sedução ou indução de mulheres litigantes ou sob custodia prisional; e violência no exercício das funções; as prescrições do projeto de Vasconcelos e Vergueiro diretamente retiradas do código espanhol e ignoradas, em grande medida, na lei de responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado aprovada em 1827, foram "reaproveitadas" pelo próprio Vasconcelos no projeto de código criminal apresentado à Casa nesse mesmo ano e acabaram incorporadas ao texto final do Código Criminal de 1830.

Nesse ponto, vale destacar a estreita relação existente, no Brasil e em outros países de direito codificado, entre códigos criminais e leis de responsabilidade dos empregados públicos, documentos que compartilhavam uma série de pontos comuns em função de, no período posterior às revoluções atlânticas, o cerne da responsabilidade ter se tornado penal. Tratava-se, portanto, em ambos os casos de identificar condutas criminosas, tipificar crimes e estabelecer penas. À diferença da experiência internacional, no entanto, em que os códigos criminais absorveram, tanto do tanto do ponto de vista do direito penal substantivo, quanto do adjetivo, a construção da responsabilidade dos empregados públicos, contemplando-a dentre suas prescrições, no Brasil, parte importante das leis de responsabilidade foi promulgada anteriormente às codificações, conformando um caso atípico.

8. Neste ponto, vale reforçar que o diploma espanhol de 1822 foi ainda inegavelmente transposto em outros artigos do projeto de Vasconcelos, respectivamente concernentes à sua Parte Geral e à regulamentação dos crimes particulares. Os artigos da Parte Geral do diploma de Vasconcelos inspirados no Código penal espanhol de 1822 foram os seguintes: 18, 42, 105 e 106, e 108 e 109; tendo servido de base à sua composição os seguintes artigos do código espanhol, respectivamente, 625 (§6º), 101 e 102, e 163. Já os crimes particulares previstos no projeto brasileiro de 1827 e inspirados no diploma espanhol foram (caso brasileiro, seguido pela respectiva influência espanhola, entre parênteses): art. 149 (art. 609); art. 156 (art. 671); art. 157 (art. 672); art. 170 (art. 706); art. 178 (arts. 668. 669 e 670); art. 179 (art. 664); e art. 197 (art. 758). (COSTA, 2013, p. 242).

O Brasil foi, assim, um dos poucos países a aprovar uma lei que responsabilizava os ministros e conselheiros de Estado (tirando da declaração constitucional o princípio do binômio irresponsabilidade do rei/responsabilidade dos ministros); alcançando o mesmo sucesso na responsabilização dos desembargadores das Relações, membros do próprio tribunal, empregados do corpo diplomático e presidentes de província, por meio da instauração do Supremo Tribunal de Justiça.

Quando da discussão do Código Criminal, portanto, restava ao país construir a responsabilidade dos chamados empregados não privilegiados, ou seja, daqueles que não gozavam, em acordo com a Constituição, de nenhum tipo de foro especial (VELLOZO, 2016, p. 224-225). E foi justamente neste ponto que, fazendo uso das previsões presentes na Seção I ("Dos crimes dos empregados públicos), do Título II ("Dos crimes públicos") do projeto de código criminal de Vasconcelos, o Código Criminal do Império incorporou prescrições oriundas do Código penal espanhol de 1822. Herdados, assim, do projeto de Vasconcelos, os pontos de influência deste código foram ainda revistos e complementados pelas comissões parlamentares de trabalho de 1829 e 1830[9].

Assim como no diploma de Vasconcelos, os dispositivos transpostos do Código espanhol foram encontrados predominantemente no Capítulo I ("Prevaricações, abusos e omissões dos funcionários públicos") da seção "Dos Crimes Contra a Boa Ordem e Administração Pública" do Código de 1830 – Título V de sua Parte Segunda ("Dos crimes públicos") –, perpassando a definição dos crimes de "concussão", "excesso ou abuso de autoridade ou influência proveniente do emprego", "falta de exação no cumprimento dos deveres" e "irregularidade de conduta". Composto por um total de 38 artigos (de número 129 a 166), o capítulo em questão teve a redação de ao menos 20 de seus artigos proveniente do código espanhol.

Atentemos a dois exemplos emblemáticos desta utilização, materializados nos artigos 144 e 166 do Código de 1830, respectivamente baseados nos artigos 496 e 495 do diploma de 1822:

9. O uso do termo influência não significa a adoção de uma ideia de recepção sem crítica ou a crença em um processo através do qual as luzes da Europa foram se espalhando sobre o Novo Continente. Estamos em acordo com uma série de elaborações que tem destacado a precariedade das interpretações que enxergam um caminho unidirecional, do centro para periferia, na circulação de textos e conceitos. Ver, neste sentido, por exemplo, os artigos de Diego Nunes e Lena Foljanty (FOLJANTY, 2015), (NUNES, 2018, p. 289 a 291).

> "Art. 496. El funcionario público que en los actos de su oficio y escediéndose de las facultades de mandar, advertir, reprender, corregir ó castigar arregladamente, ofenda, ultraje, injurie ó maltrate de obra, de palabra ó por escrito á alguno de sus subalternos ó dependientes, será suspenso de su empleo ó cargo por dos meses á cuatro años […].
>
> Art. 144. Exceder a prudente faculdade de reprehender, corrigir, ou castigar, offendendo, ultrajando, ou maltratando por obra, palavra, ou escripto algum subalterno, ou dependente, ou qualquer outra pessoa, com que se trate em razão de officio. Penas – de suspensão por um a dez mezes.
>
> Art. 495. El funcionario público […] que sea convencido de incontinencia pública y escandalosa, ó de embriaguez repetida, ó de vicio en juegos prohibidos, […] ó de manejarse con conocida ineptitud ó desidia habitual en el desempeño de su cargo, perderá tambien su empleo ú oficio, y no podrá tener otro alguno público hasta que no haga constar su completa enmienda […].
>
> Art. 166. O empregado publico, que fôr convencido de incontinencia publica, e escandalosa; ou de adidos de jogos prohibidos; ou de embriaguez repetida; ou de haver-se com ineptidão notoria; ou desídia habitual no desempenho de suas funcções. Penas – de perda do emprego com inhabilidade para obter outro, emquanto não fizer constar a sua completa emenda."

A ascendência desempenhada pelo diploma espanhol sobre a regulamentação dos crimes dos funcionários públicos do Código de 1830 chama a atenção, como dissemos, por conta da importância assumida por semelhante questão no momento de formação dos novos Estados nacionais e, mais do que isso, pelas especificidades que marcaram sua regulamentação na Espanha, no período do Triênio Liberal.

Como viemos delineando até aqui, o interesse dos brasileiros no diploma espanhol pode ser explicado por um enquadramento político mais amplo, qual seja, o de que a realidade política espanhola, particularmente a do Triênio Liberal, herdeira da experiência gaditana, teve como sua principal marca a luta entre elementos ligados à Coroa *versus* um grupo liberal que almejava expandir as franquias parlamentares. Isso se refletiu de forma clara no Código Penal Espanhol de 1822 e de maneira ainda mais aguda no brasileiro de 1830.

É interessante observar, assim, que a experiência gaditana teve na responsabilização dos funcionários públicos uma de suas características distintivas mais importantes. Consoante Carlos Garriga e Marta Lorente (LORENTE e GARRIGA, 2007), essa opção funcionou como uma espécie de contrapeso ao fato de a Constituição espanhola de 1812 (também conhecida como Constituição de Cádiz) ter mantido algumas das estruturas típicas do Antigo Regime, ainda que com

modificações. O texto de 1812 não teria, nesse sentido, avançado decisivamente no desmonte do sistema jurisdicional previgente, e a contrapartida a esse estabelecimento incompleto do primado da lei e de uma estrutura hierárquica e vertical de administração da justiça, teria se dado por meio da edificação de um sistema bastante rigoroso e complexo de controle da atividade dos funcionários públicos. Como já afirmado em outra parte (VELLOZO, 2016, p. 230), o modelo gaditano aplicado durante o Triênio Liberal, do qual o código penal de 1822 talvez seja o fruto mais interessante, pode ter parecido aos deputados brasileiros um bom modelo, tanto pela assertividade de seus mecanismos de responsabilização, quanto pela complexidade e sofisticação da tipificação dos crimes nele presente.

É possível afirmar assim que, ao incorporarem mecanismos advindos da legislação penal espanhola, os deputados envolvidos na elaboração da lei de responsabilidade aprovada em 1827 e na redação do Código Criminal de 1830, objetivaram garantir, nas leis nacionais, a admissão de mecanismos que, em situações determinadas, pudessem sustar, atrasar ou mesmo inviabilizar, medidas tomadas pelo poder Executivo (VELLOZO, 2016, p. 247).

Para além da regulamentação dos crimes dos funcionários públicos, é possível identificar a iniciativa de restrição aos poderes da Coroa e criação de barreiras penais aos abusos desse poder em ao menos outras duas partes do Código penal espanhol de 1822. Primeiramente, na regulamentação dada à concessão de indultos penais pelo rei (faculdade prevista na Constituição de Cádiz) e, em segundo lugar, na regulamentação prioritária, dentre a listagem das infrações tipificadas como crime de "traição", dos possíveis atentados ao texto constitucional de Cádiz.

No que tange, assim, à regulamentação das possibilidades de indulto pelo rei, vale observar que, em seu Capítulo X, art. 159, o Código Penal Espanhol estabelecia:

> "Art. 159. El indulto particular no será jamas un perdon absoluto, ó remision de toda pena, sino una disminucion de la señalada por las leyes, conmutándola á voluntad de S.M en otra pena de las prescritas en este código."

Dessa maneira, o poder do rei estava autorizado a alterar a pena, mas não a dar um perdão absoluto. Esta alteração, vale ressaltar, deveria ser realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo próprio código, o que implicava que o crime em que o apenado poderia vir a ser (re)enquadrado, assim como a pena respectiva, deveriam ser aqueles consignados no diploma de 1822. O artigo seguinte é ainda mais relevante, por estabelecer um limite ainda mais restritivo ao poder do

rei de perdoar. Ele listava uma série enorme de crimes em relação aos quais o indulto estava vetado:

> "Art. 160. En ningun caso puede obtener indulto particular el que haya cometido alguno de los delitos siguientes: Primero: traicion contra la seguridad esterior ó interior del Estado. Segundo: delitos contra la Constitucion. Tercero: cualquier atentado ó conjuracion contra la persona sagrada é inviolable del Rey, ó contra la de la Reina, ó del Príncipe de Astúrias, ó del heredero presuntivo de la corona. Cuarto: rebelion, sedicion ó conmocion popular; liga, bando ó confederacion contra el Gobierno, ó contra la ejecucion de las leyes, provocacion á desobedecerlas; resistencia ó desacato á las autoridades establecidas, usurpacion ó impedimento de la autoridad fuerza pública; asociacion de malhechores, allanamiento de cárceles ó establecimientos públicos de correccion ó castigo; por lo relativo en todos estos casos á los autores, directores, promovedores y reos principales que hubieren sido aprehendidos. Quinto: delitos contra la religion. Sesta: delitos contra la fe pública, la salud pública y las buenas costumbres. *Sétimo: delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones*. Octavo: robo, ó malversacion, estravío, destruccion, cualquiera daño perjuicio causado á sabiendas en caudales ó efectos de la nacion, de la comunidad de alguna provincia ó pueblo, ó de algun establecimiento público, incluso todo fraude contra las rentas y derechos del Estado, ó contra la causa pública. Noveno: parricidio ó asesinato. Décimo: incendio, castracion ó envenenamiento cometidos á sabiendas, con intencion de dañar. Undécimo: rapto y violacion forzada de muger, ó de niño ó niña que no haya llegado á la pubertad. Duodécimo: comprometimiento á sabiendas de la existencia natural ó civil de los niños. Décimotercio: robos ó hurtos, bancarotas fraudulentas, estafas y engaños, falsificacion de obras agenas y abusos de confianza. Décimocuarto: calumnias."

Como se não bastasse a extensão dessas restrições, que excluíam da possibilidade da graça real praticamente todos os crimes públicos e uma parte relevante dos crimes privados mais graves, também estavam fora das possibilidades de concessão de perdão todos os delitos cometidos de maneira reincidente.

É importante notar, como fizeram autores como Antonio Manuel Hespanha e Bartolomé Clavero, que a concessão da graça era um elemento fundamental da cultura jurídica de Antigo Regime (HESPANHA, 1994). O rei era alguém que estava posicionando na cúspide do sistema polissinodal justamente como um sumo dispensador da graça, do perdão. A restrição da concessão de um perdão total, cuja lógica estava ligada ao cristianismo medieval, era um forte contraponto a esse pensamento; o estabelecimento de uma lista com os crimes mais relevantes

em relação aos quais a possibilidade de perdoar da Coroa estava simplesmente vetada era ainda mais forte.

No caso brasileiro, a Constituição de 1824, que foi, lembremos, outorgada pelo Imperador, impedia que os deputados buscassem em outros diplomas solução como a espanhola. Em primeiro lugar porque no Título 5º, capítulo I, que tratava dos poderes do Imperador, estava marcado de forma clara que o titular daquele poder poderia tanto moderar quanto perdoar "os réus condenados por sentença". Dessa maneira, não cabia circunscrever as possibilidades de ação da Coroa apenas à moderação das penas, como haviam feito os espanhóis (Constituição de Cádiz, art. 171, § 13). Em segundo lugar, porque o inciso IX da Carta brasileira dava ao imperante a prerrogativa de agir "concedendo Anistia em caso urgente e que assim aconselhem a humanidade e o bem do Estado". Dessa maneira, a opção dos legisladores brasileiros que fizeram o código foi por um registro lacônico, genérico, dada a grande latitude possibilitada pelo texto constitucional para a concessão de graça e anistia pelo Imperador.

Havia outra limitação decisiva no Código Penal de 1822 que estava relacionada ao estabelecimento de penas bastante duras contra os empregados públicos, aí incluídos os ministros de Estado. Tratava-se da tipificação contemplada no Capítulo I ("De los delitos contra la libertad de la Nación"), de seu Título Primeiro ("De los delitos contra la Constitución y orden político de la monarquía"), que definia como crime de traição, a ser punido com morte, as tentativas de alteração da Constituição de Cádiz e da forma de governo "monárquico moderado hereditário" por ela prevista

> "Art. 188. Toda persona de cualquiera clase que conspirare directamente y de hecho á trastornar ó destruir ó alterar la Constitucion política de la Monarquía Española, ó el gobierno monárquico moderado hereditario que la misma Constitucion establece, será perseguida como traidor, y condenada á muerte."

Logo em seguida, o Código espanhol de 1822 também tipificava como crime de traição, punido com morte, a tentativa de atentar contra os poderes do Parlamento.

> "Art. 189. Cualquiera que impidiere ó conspirare directamente y de hecho á impedir la celebracion de Córtes ordinarias ó estraordinarias en las épocas y casos señalados por la Constitucion, ó hiciere alguna tentativa para disolverlas, ó embarazar sus sesiones y deliberaciones, es tambien traidor, y sufrirá la pena de muerte.
>
> Art. 190. Asimismo es traidor, y sufrirá la propia pena, el que hiciere alguna tentativa para disolver la Diputacion permanente de Córtes, ó para impedirle el libre ejercicio de sus funciones."

> Art. 191. Cualquiera que aconsejare ó auxiliare al Rey en cualquiera tentativa para alguno de los actos espresados en los tres artículos precedentes, es tambien traidor, y sufrirá la pena de muerte."

É fundamental sublinhar que esses são os primeiros artigos da seção dedicada aos crimes públicos do código de 1822, imprimindo grande relevância à defesa do caráter constitucional do regime e das prerrogativas do Parlamento. O crime de atentar contra ambos, portanto, é o de traição, punido com a morte.

Quando estudamos outros códigos penais do mesmo período podemos notar que o diploma espanhol é o único que se inicia pela defesa da Constituição. Parte desses diplomas, ao abordarem a traição, iniciaram suas prescrições pela tipificação dos atentados contra o rei, caso do Código Austríaco de 1803[10], do Projeto de Código Criminal de Pascoal de Melo Freire e do Código da Baviera de 1813; enquanto outros, principiaram pelos casos de possível colaboração com o inimigo, caso do projeto de Código de Edward Livingston para a Louisiana[11] e, especialmente, do Código Penal francês de 1810. No que se refere ao Código Napoleônico, há uma separação do crime de traição em dois capítulos, um tratando dos crimes contra a segurança exterior do Estado, encabeçado pela colaboração com o inimigo, outro abordando a segurança interna do Estado, que se inicia pelo ataque contra a pessoa do Imperador[12].

Se são nítidos, portanto, os reflexos dos embates travados entre Coroa e Parlamento na legislação penal espanhola elaborada no período do Triênio, no Código brasileiro de 1830, as marcas desse enfrentamento foram ainda mais explícitas. Nesse sentido, para além do caso específico da regulamentação dos crimes dos funcionários públicos, pode ser profícuo refletir sobre o modo como a experiência liberal espanhola, particularmente aquela vivenciada entre 1820 e 1823, influenciou, em um sentido mais amplo, diversas outras regulamentações presentes no diploma de 1830. Mais do que isso, pode ser interessante avaliar o

10. "Art. 52, § 1: Celui qui attaque la sureté personale du chef suprême de l'État". Código Austríaco de 1803.

11. "Chapter I: Of treason. Art. 109. Treason is denned by the constitution of the state. It consists in levying war against the state, or in adhering to its enemies, giving them aid and comfort; but as by the nature of the union between the different states, the levying war against one state is a levy of war against the whole, and the constitution of the United States having made that act treason, and vested the cognizance of the crime in the courts of the United States, no provisions are deemed proper to be made respecting that offence".

12. Código francês de 1810: Cap. III, Seção II.

modo como, no Brasil – haja vista as particularidades da situação em que se encontravam os legisladores nos meses que imediatamente antecederam e sucederam a aprovação do Código de 1830, bem como as especificidades da formação político-social nacional –, a influência do modelo liberal espanhol de enfrentamento ao governo, limitação da latitude de poderes do Executivo e reforço das prerrogativas do Parlamento, não implicou em uma bricolagem das alternativas especificamente adotadas pelo diploma espanhol de 1822, mas, antes, em uma utilização do espírito legal do Triênio adaptada às particularidades do cenário nacional.

Nessa linha de raciocínio, salta aos olhos por exemplo que, pautados, em linhas gerais, pelas mesmas aspirações dos liberais espanhóis, os políticos brasileiros responsáveis pela redação do Código de 1830 tenham optado, dentre outras coisas, pela exclusão da categoria de traição dos crimes políticos e pela eliminação da pena de morte a esses mesmos crimes (ambas previstas no projeto de Vasconcelos), dentre os quais se encontravam tanto os casos de ameaça à existência política do Império (fosse ao texto constitucional diretamente, fosse à soberania nacional, incentivando outras nações a declararem guerra ao Brasil), quanto aqueles que tratavam dos riscos impostos ao livre exercício dos poderes políticos, ao gozo, pelos cidadãos, de seus direitos, e ainda aos crimes contra a segurança interna e pública tranquilidade do país.

Ou seja, se no contexto do Triênio espanhol, a tipificação prioritária – como crime de traição punido com morte –das tentativas de alteração da Constituição de Cádiz e das ameaças aos poderes do Parlamento, cumpriu papel relevante no sentido de marcar a ferrenha defesa de seus artífices do caráter constitucional do regime e das prerrogativas do Parlamento; no caso brasileiro, suprimir a ideia mesma de traição do diploma (ainda que mantendo, em certa medida, as regulamentações associadas a esta categoria na maioria dos diplomas ou projetos do período) e eliminar a pena de morte nos casos de ameaça ao texto constitucional ou ao regime, visou, pelo contrário, a sublinhar a existência de uma nova compreensão desses delitos, entendidos, a partir de então, como atentados direcionados à segurança do Estado e à ordem pública e não mais ao poder encarnado na pessoa do monarca. Daí o peso simbólico representado pela supressão de um crime que, como o de traição, era diretamente vinculável à ideia de lesão a um Estado personalizado e, nesse sentido, envolto numa concepção de direito e de soberania real de que os deputados brasileiros buscavam desvincular o Brasil.

Para além disso, a atenuação das penas prescritas a crimes políticos como os de tentativa de destruição da Independência ou integridade do Império, tentativa de destruição da Constituição ou forma de governo, tentativa de destruição

de um ou mais artigos da Constituição ou tentativa de destronização do Imperador, privação de sua autoridade constitucional ou alteração da ordem legítima da sucessão, parecem ligar-se à ponderação, por parte dos deputados brasileiros, de que poderiam ser eles próprios os réus destes delitos num futuro próximo. Neste ponto, a memória da forte repressão imposta às revoluções de 1817 e 1824, travadas no norte do Brasil, fundada na ideia de lesa-majestade e traição à pátria, deve ter pesado na escolha dos legisladores (DANTAS, 2011).

Em acordo com Thomas Flory (1986, p. 174), nada reflete melhor a tensão existente entre o Parlamento brasileiro e d. Pedro I, às vésperas da abdicação, do que as cláusulas amplamente liberalizantes do Código de 1830 no tocante à definição e castigo dos crimes políticos. Para o autor, os liberais que se opunham ao imperador e desejavam restringir seu poder de perseguição a inimigos políticos, teriam atuado (sob a desculpa de humanização das leis criminais portuguesas) inclinando o código penal a favor dos dissidentes e revolucionários que, em última instância, eram eles mesmos[13].

Nesse sentido, a profunda inspiração que a experiência espanhola desempenhou sobre os representantes brasileiros pode ser identificada não apenas a partir das adaptações textuais explícitas do texto de 1822 ao código brasileiro de 1830, mas também por meio da fixação, neste último documento, do espírito que presidira os trabalhos do Triênio Liberal.

Implementados fundamentalmente pelas três últimas comissões parlamentares dedicadas à elaboração do código (cujo trabalho se desenrolou, como dissemos, a uma altura em que haviam se tornado absolutamente críticos e incontornáveis os conflitos entre a Coroa e o Parlamento no Brasil), alguns dos mais peculiares aspectos do diploma de 1830 refletiram justamente as tensões políticas vividas pela nação naquele momento e materializaram a audácia assumida pelos deputados em seu enfrentamento ao monarca. O fato de nem o monarca, nem o Senado terem conseguido, ou ao menos tentado, barrar a aprovação

13. Nas palavras do autor: "Faltaban cinco meses para la abdicación del emperador cuando se aprobó el *Código Penal*. Probablemente Pedro I ya preveía lo que iba a suceder, y la erosión gradual pero constante de su autoridad judicial por estatutos aprobados desde 1827 debe haber contribuido a que formara su decisión. Al irle quitando a la Corona sus prerrogativas judiciales tradicionales (primero con la creación de una magistratura local independiente, y luego codificando leyes que colocaban a la oposición, al emperador, fuera del alcance de los tribunales superiores conservadores), la oposición liberal había legislado que el emperador quedara inmovilizado para gobernar" (FLORY,1986, p. 174).

deste documento, nos parece demonstrativo da insustentabilidade do governo àquela altura e da força conquistada pela oposição.

Para além dos exemplos supracitados, vale mencionar que, diferentemente da grande maioria dos códigos do período, o diploma brasileiro de 1830 não tipificou delitos especificamente dirigidos contra vida do Imperador, numa aberta provocação à figura do monarca e à posição por ele assumida na economia de poderes da monarquia constitucional brasileira. Imbuídos deste mesmo espírito, os legisladores responsáveis pela redação do Código de 1830 adotaram uma regulamentação bastante particular para delitos públicos como os de conspiração e rebelião, também eles predominantemente associados, pelos códigos e projetos de codificação penal existentes àquela altura, à ideia de traição, e punidos com morte. Mais do que dissociar esses crimes das ideias de traição, alta traição ou lesa majestade, no entanto, os artífices do diploma criminal do Império optaram por definições que, particularmente no caso do crime de rebelião, dificultavam profundamente o enquadramento deste crime, eliminando ainda a pena de morte do rol das punições passíveis de serem aplicadas nesses casos e atenuando como um todo as penas a eles previstas (COSTA, 2013, p. 284-292).

Vale atentar assim, a essas e outras características mais diretamente combativas do diploma brasileiro de 1830, especialmente no que tangia à figura do monarca e do poder Executivo como um todo, bem como o modo como parte de suas tipificações buscou proteger a Constituição, as atribuições legislativas dos representantes e o exercício dos direitos políticos dos cidadãos, num enquadramento final que, se não destoava absolutamente do quadro dos diplomas criminais aprovados à mesma época no mundo Atlântico, dizia muito sobre a especificidade do momento vivenciado pelo Brasil e, nesse sentido, estabelecia uma série de pontes com a história política recente da Espanha.

4. Considerações finais

Na tarefa de construção de seu edifício legal, cada país, ainda que por vezes imerso em conjunturas histórico-políticas bastante semelhantes às vivenciadas por outras nações, buscou maneiras próprias de resolver as problemáticas inerentes à atividade legislativa, bem como de imprimir às suas leis – que, como acreditavam muitos dos homens do período, possuíam o poder de alteração da realidade –, as características e os limites que lhes pareciam melhor adequados ao país que queriam ver florescer. É nesse sentido que acreditamos poder ser avaliada a influência desempenhada pelo Código espanhol de 1822 sobre o Código brasileiro de 1830.

Em artigo recente voltado à avaliação das fontes efetivamente utilizadas pelos legisladores espanhóis no Código de 1822 e, em grande medida, ao desmonte da crença na predominância francesa sobre esse diploma, Juan Cañizares-Navarro (2013, p. 134) afirma, a certa altura, que:

> "Si no hubo más influencias francesas en la estructura de los tipos de ilícitos existentes en España fue porque así quisieron evitarlo expresamente los redactores del Código con el fin de conseguir un Derecho penal más liberal que el que decían que existía en Francia."

Assim como os espanhóis em relação à França, portanto, é possível pensar que os legisladores brasileiros, ainda que bebendo diretamente, como vimos, na fonte do Código espanhol de 1822, tenham logrado alcançar um direito penal ainda mais liberal e de maior enfrentamento ao monarca que aquele.

Concluir que a influência de um código sobre outro não implica necessariamente, ou não apenas, na explícita transcrição de dispositivos entre os textos, não elimina, no entanto, a importância do processo de detecção das fontes estrangeiras utilizadas pelos artífices do código penal brasileiro. Pelo contrário, parece reforçar o interesse por estudos que, como esse, se preocupam em mostrar que o uso efetivo de diplomas estrangeiros não implicou, necessariamente, em uma bricolagem de influência forâneas, sem sentido para a realidade nacional, mas, pelo contrário, que os representantes das primeiras legislaturas do Império souberam fazer uso das influências que lhes pareciam as melhores para seus objetivos específicos, sem deixar, por isso, de beber em fontes modernas de codificação penal e de erigir um código sólido, liberal e que, a despeito das muitas críticas sofridas, vigeu com pouquíssimas alterações até a queda da monarquia e sua substituição completa pelo código penal republicano de 1891.

5. Referências

Fontes

Anais do Parlamento Brasileiro – Câmara dos Deputados (APB-CD). Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp]. Acesso em: 29.09.2020.

Code General pour lês États Prussiens, traduit por les Membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice. Paris, Imprimerie de la République, ano IX (1801), 3 volumes.

"Código Criminal do Império do Brasil", *Coleção das Leis do Império do Brasil*, 1830, parte primeira, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1876; p. 141-190.

"Comissão especial do código – emendas ao projecto do código criminal, 1830". Typographia de Lessa & Pereira, 1830. Arquivo da Biblioteca Nacional (RJ); Localização: v, 257, 3, 8, n. 6.

Codice Penale Universale Austriaco coll' Appendice delle Piú Recenti Norme Generali. Seconda edizione ufficiale. Milano, Dall'Imp. Regia Stamperia, 1815.

Code Pénal Général de l'empire d'Autriche, par M. Victor Foucher, Paris, Imprimerie Royale, 1833.

Corps de Droit Français, civil commercial et criminel. Par L. Rondonneau. Paris, Garnery Libraire, 1810.

Código Penal Español, Decretado por las Cortes en 8 de Junio, Sancionado por El Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Madrid, Imprenta Nacional, año de 1822.

Code Penal du Royame de Bavière (1813). Traduit de l'Allemand par Ch. Vatel. Paris, Auguste-Durand, Libraire-Éditeur, 1852.

FREIRE, Pascoal José de Mello. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844.

LIVINGSTON, Edward. *A System of Penal Law prepared for the State of Louisiana.* New-Orleans: printed by Benjamin Levy, 1824.

LIVINGSTON, Edward. *A System of Penal Law for the State of Louisiana*. Pittsburgh, John L. Kay & Brother, 1833.

Nouveau Code Criminel pour le Grande Duche de Toscane (1786). Publié par ordre de Son Altesse Royale Monseigneur Le Grand Duc. Traduit de L'Italien a Lausanne, chez François Grasset et Comp. Libraires & Imprimeurs, 1787.

PEREIRA, José Clemente. *"Projecto do Código Criminal do Império do Brasil"*. Biblioteca Nacional; seção de obras raras. Ex. 2: C, 05, 11. Projeto Especial (2001). Localização do microfilme: OR 00168[2].

"Projecto de Código Criminal apresentado em sessão de 4 de maio de 1827 pelo deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos". *Anais do Parlamento Brasileiro – Câmara dos Srs. Deputados*, 1829. t. 3. Rio de Janeiro, Typographia de Hypolito José Pinto & Cia, 1877, 95-109.

The Emperor New Code of Criminal Laws. Published at Vienna, the 15th of January, 1787. Translated from the German, by an officer. Dublin: Printed by John Rea, 1787.

Referências bibliográficas

BARMAN, Roderick J. *Brazil. The Forging of a Nation, 1789-1852*. Standford: Standford University Press, 1988.

CANIZARES-NAVARRO, Juan B. "El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX)", GLOSSAE. European Journal

of Legal History 10 (2013), p. 108-136. Disponível em: [www.glossae.eu]. Acesso em: 10.09.2020.

CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution*: Cultura y lengua constitucionales. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CLAVERO, Bartolomé. Codificación y constitución: paradigmas de un binomio. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVIII. Milano: Giuffrè editore, 1989.

COSTA, Vivian Chieregati. *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro*: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência. 2013. Dissertação (Mestrado em Culturas e Identidades Brasileiras) – Instituto de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/]. Acesso em: 29.09.2020.

COSTA, Vivian Chieregati. *Suspensão de garantias na monarquia constitucional representativa brasileira*: debates parlamentares, práticas políticas e contestação à ordem (1824-1842). (Tese de Doutorado) – FFLCH-USP, São Paulo, 2020. Texto inédito.

DANTAS, Monica Duarte. "O Código de Processo Criminal e a Reforma de 1841: dois modelos de organização do Estado (e suas instâncias de negociação)." Conferência apresentada junto ao *IV Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito – Autonomia do direito: configurações do jurídico entre a política e a sociedade*. São Paulo, Faculdade de Direito/USP, 2009.

DANTAS, Monica Duarte. "Constituição, poderes e cidadania na formação do Estado-nacional brasileiro." In: *Fórum Rumos da Cidadania*. São Paulo: Instituto Prometheus de Estudos Ambientais, Culturais e Políticos, 2010.

DANTAS, Monica Duarte. "Revoltas, Motins, Revoluções: das Ordenações ao Código Criminal". In: Idem (org.) *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX*. São Paulo: Alameda Editorial, 2011. In: Idem (Org.). *Revoltas, motins, revoluções:* homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX. São Paulo: Alameda Editorial, 2011.

DANTAS, Monica Duarte. "Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832)". *Jahrbuch fur Geschichte Lateinamerikas (1998)*, Anuário de História de América Latina, 2015.

DANTAS, Monica Duarte. *Uma nação verdadeiramente livre:* a organização judiciária e a ordem do processo criminal no Império do Brasil (1826-1832). (Tese de Livre Docência) – São Paulo, IEB/USP, 2017.

FOLJANTY. Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series Nº. 2015-09.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1871*: control social y estabilidad política en el nuevo Estado. México: Fondo de Cultura Econômica, 1986.

GODECHOT, Jacques Léon. *Histoire de l'Atlantique*. Paris: Bordas, 1947.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Às vésperas do Leviatã*. Coimbra: Almedina, 1994.

HOBSBAWM, Eric. *A era das revoluções*: 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2015. *eBook Kindle*.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história:* lições introdutórias. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

LORENTE, Marta e GARRIGA, Carlos. *Cádiz, 1812*: la Constitución jurisdiccional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

MASFERRER, Aniceto. *The Western Codification of Criminal Law.* A revision of the Myth of its Predominant Franch Influence. Springer International Publishing, 2018. *EBook*.

MIRANDA, Jorge. *O Constitucionalismo liberal-luso brasileiro*. Lisboa: Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

MOREL, Marcos. *A Revolução do Haiti e o Brasil escravista* – o que não deve ser dito. Jundiaí: Paco Editorial, 2018.

NICOLSON, Harold. *Il Congresso di Vienna*. Roma: Castelvecchi, 2005.

NOVALES, Alberto Gil. Una interminable Guerra Civil. In: NOVALES, Alberto Gil (Coord.). *La Revolución Liberal*: Congreso sobre la Revolución Liberal Española en su diversidad peninsular (e insular) y americana, Madrid, abril de 1999. Madrid: Ediciones de Orto, 1992.

NUNES, Diego. The 'Code Pénal' in the Itinerary of the Criminal Codification in America and Europe: 'Influence' and Circularity of Models Diego Nunes. In: Masferrer, Aniceto. (Ed.). The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of its Predominant French Influence, Springer, 2018

PEREZ, Eugenia Torijano. SALAMANCA, Toribio Nunez. Jeremy Bentham y el Derecho Penal: el informe de La Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código Penal de 1822. In. DE DIOS, Salustiano; INFANTE, Javier; TORIJANO, Eugenia. *Juristas de Salamanca, Siglos XV – XX*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca: 2009, 43.

ROSANVALLON, Pierre. *La Monarchie Impossible*. Les Chartes de 1814 et de 1830. Histoire des Constitutions de la France. Paris: 1994.

ROSANVALLON, Pierre. El modelo político francês. La sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. *El momento Guizot.* El liberalismo doctrinario entre la Restauración y la Revolución de 1848. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2015.

TOMICH, Dale. *Pelo prisma da escravidão.* Trabalho, capital e economia mundial. São Paulo: Edusp, 2011.

VELLASCO, Ivan de Andrade. *As seduções da ordem:* violência, criminalidade e administração da justiça: Minas Gerais – século 19. Bauru, São Paulo: EDUSC; ANPOCS, 2004.

VELLOZO, Julio César de Oliveira. *Constituição e responsabilidade no Império do Brasil:* embates parlamentares sobre a responsabilização de ministros, magistrados e empregados públicos em geral (1826-1832). (Tese de Doutorado) – FFLCH-USP, São Paulo, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O Código Criminal do Império e seu papel no Direito Penal brasileiro, de Bruna de Carvalho Santos Pineschi e Daniel Aquino de Sousa – *RBCCrim* 131/79-115 (DTR\2017\905);
- Política penal espanhola nos últimos anos, de Luiz Flávio Gomes – *RT* 684/286-293 (DTR\1992\492); e
- Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP Espanhol, de Juan Carlos Carbonell Mateu e Paulo César Busato – *RBCCrim* 133/37-67 (DTR\2017\1842).

Criminologia cultural, Clarice Lispector e a criminologia patrocinada pelo Estado: repensando o significado para além do mundo jurídico

Cultural criminology, Clarice Lispector and the state-sponsored criminology: rethinking the meaning beyond the legal world

Wayne Joseph Morrison

Doctor of Laws (LLD) (University of London, 2004) (for published work).
Doctor of Philosophy (PhD) (University of London, 1991).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4243-7978].
w.morrison@qmul.ac.uk

Salah Hassan Khaled Junior

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS, 2011). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Presidente do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6155872393221444].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4918-1060].
salah.khaledjr@gmail.com

Tiago Lorenzini Cunha

Mestre em Ciências Criminais (PUCRS, 2016).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1150674172857468].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0393-6296].
tiagolorenzini@hotmail.com

Alvaro Filipe Oxley da Rocha

Pesquisador associado UFRGS – IFCH – NUPESAL. Doutor em Direito Público (UFPR, 2002).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1994035197960346].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2123-4204].
alvaro.oxley@ufrgs.br

Morrison, Wayne Joseph; Khaled Junior, Salah Hassan; Cunha, Tiago Lorenzini; Rocha, Alvaro Filipe Oxley da. Criminologia cultural, Clarice Lispector e a criminologia patrocinada pelo Estado: repensando o significado para além do mundo jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 177. ano 29. p. 329-356. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: Os significados tradicionais e globais dos termos patrocinados pelo Estado por meio do Direito Criminal (crime, justiça e punição) conformam a base de uma criminologia ortodoxa que coloca o sujeito de investigação sempre na condição de objeto abstrato, estático e estatístico, a partir de uma ontologia do crime e do criminoso. Nesse sentido, com base em recente debate, este artigo pretende questionar o papel histórico assumido pelo Direito Criminal (e pela Criminologia ortodoxa) em relação aos genocídios praticados e omitidos pelos Estados nacionais nos últimos séculos, bem como o legado desses discursos na atualidade. Para a compreensão do tema utilizam-se estudos teóricos recentes da Criminologia Cultural e textos de Clarice Lispector, de forma a apontar interlocuções similares para a análise do presente problema de pesquisa, que atribui especial atenção à questão do significado. O artigo adota uma metodologia de entrevista semiestruturada, pois é ela que possibilita a edição de um espaço espontâneo de diálogo entre pesquisadores e livre-docentes, no qual um número indeterminado de questões emerge a partir de uma premissa inicial acordada previamente. Conclui-se, em especial, que parte da omissão histórica da Criminologia global em não reportar os crimes de Estado se deve ao fato de que tal discurso criminológico dificilmente é contestado enquanto uma ontologia do crime e do criminoso/transgressor por diversos atores a nível individual e coletivo, sendo essa muito mais uma estratégia imperialista de poder e de dominação do outro do que mera coincidência histórica.

Palavras-chave: Criminologia Cultural – Clarice Lispector – Direito Criminal – Transgressão – Crimes de Estado.

Abstract: Orthodox criminology works inside the terminology produced and sponsored by the State through the legal form of the criminal law (crime, procedural justice and punishment). This presents an ontology of crime and criminals which places an abstract, static and statistical object as the subject to be investigated. This article is a scholarly discursive interaction on the historical role of criminal law and criminology in relation to the genocidal practices or omissions of nation states and the legacy of the fact that those events are largely omitted from criminology. Cultural Criminology and insights from Clarice Lispector are used to point out more general connections. The discursive interaction takes the form of a semi-structured interview methodology, operating as, although subsequently edited, a spontaneous space for the dialogue between researchers, where an indeterminate number of questions emerge from an initial premise previously agreed. A developed global criminology would include such state crimes; this would then challenge the entire structure of the orthodox ontology of crime and criminals/transgressors. We would face multiple actions and actors operating at diverse individual and collective levels. The effect would be more than correcting a mere historical oversight, but a direct challenge to an imperialistic strategy of power and dominance over the other.

Keywords: Cultural Criminology – Clarice Lispector – Criminal Law Theory – Transgression – State Crimes.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma crítica cultural dos processos predatórios da "criminologia patrocinada pelo Estado". 3. Empatias criminológicas entre Lispector, transgressão e cultura. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Não há conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado.

Morrison, Wayne Joseph; Khaled Junior, Salah Hassan; Cunha, Tiago Lorenzini; Rocha, Alvaro Filipe Oxley da. Criminologia cultural, Clarice Lispector e a criminologia patrocinada pelo Estado: repensando o significado para além do mundo jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 177. ano 29. p. 329-356. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

1. Introdução

Este trabalho (ou debate entre pesquisadores, se quiserem) procura refletir sobre os significados ortodoxos e dominantes da Criminologia global – essa vista enquanto uma "teoria geral" ou uma disciplina ontológica de estudo do crime e do criminoso/transgressor –, a fim de contestar o projeto criminológico que tanto se fundamenta quanto se fortalece de sua omissão histórica em não visibilizar os crimes de Estado, genocídios e discursos de dominação contemporâneos e modernos do outro. Nesse sentido, as imaginações tradicionais sobre crime, punição e justiça são chamadas ao quadro de análise pelo Prof. Wayne Morrison e demais autores, conjuntamente com os suportes teóricos da Criminologia Cultural e os *insights* de Clarice Lispector. Não obstante, tal discussão não é uma problemática que somente possui relação com a Criminologia (disciplina formal e autônoma de estudos), mas também possui relação com o papel histórico do Direito Criminal, no sentido de questionar como a sua base ideológica e discursiva foi e tem sido patrocinada por Estados nacionais, nos últimos séculos.

Este artigo adota a metodologia de entrevista semiestruturada para o presente debate, que é organizado como uma espécie de "conversa" entre pesquisadores interessados em temáticas comuns, no sentido de desenvolver uma série de novas interpretações teóricas a partir de um pressuposto previamente acordado. A entrevista semiestruturada proporciona um vasto repertório de possibilidades. Ela pode abordar temas específicos relacionados ao fenômeno do estudo, mas deixa espaço para os participantes discutirem novos significados que ampliem o foco inicial. A entrevista semiestruturada pode ser dividida em segmentos, passando de perguntas totalmente abertas para questões teoricamente orientadas à medida que a entrevista progride. As ponderações levantadas fornecem o contexto para explorar a compreensão dos participantes sobre o tema escolhido. Um dos principais benefícios deste método é sua atenção à experiência vivida, ao mesmo tempo em que contempla variáveis teoricamente orientadas (GALETTA; CROSS, 2013, p. 24). Este método exige que os participantes ouçam atentamente a história que se desenrola, observando detalhes particulares, eventos, observações, *insights* e emoções dentro da narrativa que são relevantes para o tema e para os quais todos podem retomar mais tarde na entrevista. Também requer alguma disciplina, pois é importante dar espaço para que a narrativa se desenvolva, mantendo algumas questões em suspense até que o participante tenha abordado terreno suficiente nas questões de abertura (GALETTA; CROSS, 2013, p. 47). É necessário que as perguntas no início da entrevista criem questões a partir das quais você pode aprender sobre o participante e sua experiência. Nesse sentido, o esforço inicial deve conduzir a uma narrativa generativa, um caminho para a

intepretação do fenômeno segundo o ponto de vista do(s) participante(s). Em muitos aspectos, este segmento inicial é o mais importante, pois fornece a narrativa inicial. Como em todos os segmentos da entrevista, sua tradição interpretativa influenciará a direção de suas perguntas e o rumo do diálogo (GALETTA; CROSS, 2013, p. 48).

Para efeito do presente artigo, as tradições interpretativas a que os autores se filiam remetem aos estudos da Criminologia Cultural e aos *insights* de Clarice Lispector, chamados ao quadro de análise para ressignificar termos tradicionais da Criminologia ortodoxa. A intenção consiste em utilizar tais subsídios para enfrentar a real subjetividade do humano (outro), procurando sempre imaginar, sentir e catalogar as descobertas do mundo do mesmo modo como o outro as imagina, as experimenta e as cataloga em sua vida diária. Da mesma forma, discutimos o que ocorre quando a Criminologia passar a ser um saber preocupado somente com o "criminoso" e a sua ação transgressora (tendência presente no Direito Criminal e na Criminologia ortodoxa/global). A intenção consiste em ampliar, assim, a nossa "imaginação criminológica" (YOUNG, 2011) sobre essas terminologias, bem como em demonstrar que o humano faz parte de um processo complexo de negociação de significados perante ele/ela e o outro, na qualidade de criminologistas que se interessam pela vida cotidiana, para além dos sentidos que o controle social e o discurso a ele subjacente impõem a questões ligadas ao crime/transgressão, ao poder e à justiça.

2. Uma crítica cultural dos processos predatórios da "criminologia patrocinada pelo Estado"

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) Professor, gostaríamos de tratar, inicialmente, de alguns dos principais conceitos que o senhor vem desenvolvendo ao longo das últimas décadas. Entre outras temáticas, o professor tem estudado e reportado, de modo exaustivo, as atrocidades e os genocídios que foram praticados durante os séculos XIX e XX contra as populações tidas como "incivilizadas" pela Europa, assim como a omissão ou a ausência da Criminologia dominante em reportar esses eventos brutais. Sua contribuição foi inclusive decisiva historicamente para a emergência de uma Criminologia do Sul Global, que não se contenta em reproduzir de modo acrítico os conceitos desenvolvidos no Hemisfério Norte, o que com certeza guarda relação com a peculiaridade da sua própria história pessoal. Ao mesmo tempo, conjuntamente com a Criminologia Cultural, o professor também tem desafiado a realidade tradicional do crime que tem sido estudada e financiada pelo que denominas de "Criminologia patrocinada pelo Estado" (MORRISON, 2010).

Dito isso, quais são os riscos individuais e sociais para nós, quando deixamos nossa imaginação visual criminológica, isto é, nossas preconcepções sobre crime, poder e justiça serem governadas por discursos jurídicos do Estado?

(Morrison) Primeiramente, muito obrigado a vocês pelo convite para fazer parte da elaboração deste artigo. Para que possamos responder a todos esses questionamentos é preciso indagar o que é Criminologia e como essa se diferencia tanto da Criminologia Global quanto da Criminologia Cultural? Em uma compreensão tradicional do termo, a Criminologia é geralmente definida como o "logos" do crime, isto é, o seu discurso racional.

Porém, quem controla ou possui a legitimidade desse discurso "racional" do crime? Enquanto uma narrativa controlada pelo Estado, a Criminologia acaba sendo sempre confundida com o Direito Criminal, porque se tomarmos as definições tradicionais do que podemos conceber como soberania e como crime, o delito é uma ação ou omissão que, caso o sujeito seja capturado, resultará em uma punição imposta pelo Estado. Assim é dessa descrição criminológica inicial, contida no Direito Criminal, que alguns autores têm buscado escapar atualmente, desde uma noção de Zimiologia (estudo geral dos danos sociais)[1] até outros que procuram pensar o fundamento da Criminologia através dos Direitos Humanos e não como algo necessariamente voltado ao Direito Criminal.

Em outras palavras, esse modelo ortodoxo de Criminologia estatal sempre nos remete a uma noção de Estado, em uma concepção que geralmente é criticada como o seu poder concentrado, a fim de definir, controlar, criminalizar e corrigir/punir comportamentos. Contudo, não é preciso denunciar esse cenário a partir de Foucault e outros autores, para que tenhamos condições de questionar algo fundamental: o que é o Estado, qual a sua origem e como ele nos controla? E claro, eu estou escrevendo este trabalho em Londres, uma cidade imperialista que fez parte de um processo de espoliação do mundo, algo que se tornou um dado histórico bastante comum na Europa. Não obstante, podemos dizer que todos estão escrevendo em meio a um "nomos" global, uma vez que epistemologias e

1. De acordo com essa proposta, em vez de investirmos os nossos esforços na Criminologia e o seu discurso racional do crime (isto é, um ambiente tradicional de estudo do crime e do criminoso como uma espécie de ontologia ou a única forma de compreendermos a transgressão enquanto crime definido pelo Estado), a Zimiologia passa a ser um espaço amplo de reflexão dos danos sociais. Assim, termos e práticas como crime e punição estatal são substituídas por dano e sua respectiva reparação civil. Nesse sentido, a Criminologia Ortodoxa se encarrega de pesquisar somente um tipo específico de dano social ("crime"), sem questionar outras espécies de danos: econômico, político, social, ambiental etc. Mais detalhes desse projeto em (HILLYARD et al., 2004, p. 2-9).

ontologias europeias foram utilizadas como formas de imposição e de dominação do outro no mundo, como no Brasil e no restante da América Latina.

Na realidade, se realmente formos pensar a Criminologia como um objeto teórico, estático e sem elasticidade cultural nós acabamos sendo engados por algumas pessoas. Isto é, em alguma medida somos enganados, porque somos levados a pensar em algo abstrato e que não possui relação com indivíduos. Por outro lado, se formos refletir sobre delito como uma entidade ontológica, que existe de forma independente dos seres humanos, então construiríamos uma base epistemológica e uma ciência empírica que estaria destinada somente ao estudo de pedras e pouca serventia teria.

Todavia, a Criminologia não é isso, mas sim uma ciência humana, onde cada *ser* observa o outro e é isso que faz com que ela seja um dado cultural hereditário: nós não podemos escapar disso. Assim, quando você consegue se livrar da noção da Criminologia como uma ontologia do crime ou uma ontologia de criminosos (foco do Direito Criminal), como se o ser humano fosse apenas isso em um sentido natural, você irá se deparar, de forma inevitável, com o conceito de cultura. Se vamos chamar isso de Criminologia Cultural (estudo da relação entre crime e cultura e as suas trocas humanas de significados na era tardo-moderna) ou algo parecido é outra questão.

De qualquer sorte, no meu entendimento, a noção de teoria deveria retornar ao sentido original do termo, isto é, ser compreendida enquanto uma jornada ou uma experiência. Logo, criminologistas e teóricos são pessoas, dotados de corpos reais, que estão situados em locais particulares e, por óbvio, sujeitos que exploram e fazem coisas. Se pensarmos em alguém como Travis Hirsch, um dos criminologistas mais citados dos anos noventa e do começo dos anos dois mil, ele é um americano muito conhecido por sua exímia integridade, mas ele não viaja muito. Ele está enraizado nos Estados Unidos.

Por esse motivo, é que era inevitável que quando ele e Michael Gottfredson escrevessem o livro "Uma Teoria Geral do Crime" eles criariam (GOTTFERSON e HIRSCHI, 1990), em verdade, uma teoria geral do crime sobre e fundada nas estatísticas criminais americanas, que por óbvio não retrata o mundo e as suas coisas. Dessa forma, nós podemos tentar fazer isso e talvez alcançar alguns resultados interessantes, porém nós jamais encontraremos uma teoria geral do crime quando teorizarmos apenas sobre as formas de controle social em um determinado território, como se isso pudesse levar a uma explicação global da transgressão.

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) O professor nos chama atenção para duas coisas que são muito caras para a criminologia cultural: o significado e o contexto. O Direito Criminal e a criminologia ortodoxa tendencialmente transformam o

crime em uma abstração e se dedicam ao estudo e/ou ao tratamento do fenômeno da transgressão como algo desconectado da realidade circundante e existencial daqueles que se engajam com a criminalidade. Em seus trabalhos, percebemos uma orientação distinta. É o caso do texto (MORRISON, 2006), no qual são enfrentadas questões relativas ao luxo no âmbito da Alemanha Nazista. Gostaríamos de ouvi-lo sobre isso.

(Morrison) Claro! Se vamos pensar em Eichmann, por exemplo, ele ainda estava furioso com o fato de não ter sido promovido após o Holocausto, já que pensava ter feito um trabalho excelente naquele período. Da mesma forma, houve outros membros da hierarquia nazista, como Otto Ohlendorf, um dos comandantes do nazismo, que foi encarregado de exterminar noventa e seis mil homens, mulheres e crianças desarmadas. Um economista como ele, com diploma também na área do Direito, provavelmente pensou que, ao final da Segunda Guerra Mundial, conseguiria um excelente emprego consideradas as suas "vitórias". Contudo, o que ele não imaginava é que ele seria visto como um criminoso de guerra, porque na visão dele, tudo que ele fez foi "seguir ordens" (isto é, as leis daquele período). Assim sendo, é preciso pensar em jornadas humanas e isso me lembra Clarice Lispector, vista por muitos como uma escritora feminista e existencialista, mas eu acredito que podemos interpretá-la, de diversas formas, como uma criminologista cultural.

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) O Professor chama a nossa atenção para algo muito importante nessa resposta inicial, pois, do ponto de vista global, estamos sempre à negar as atrocidades praticadas pelo Estado durante os últimos séculos, tanto por causa quanto por meio do Direito e das leis (assim como na Criminologia Ortodoxa). Isso é algo bastante comum e acontece não só no Brasil, mas também nos Estados Unidos, na Europa e no Reino Unido.

Desse modo, o que o professor entende por e como podemos construir uma Criminologia global (MORRISON, 2006), isto é, algo que se aproximaria do que a Criminologia Cultural denomina de Criminologia Cultural do Estado (FERRELL, HAYWARD e YOUNG, 2008, p. 75-76)? Seus estudos chamam a atenção para a noção de nomos e para eventos históricos como o Holocausto, as mortes dos índios aborígenes na Austrália, o fascismo na Itália etc., temas que são pouco explorados na Criminologia, talvez porque muitas pessoas ainda acreditem na tese de que tais situações aconteceram não somente há muito tempo atrás ("isso é história, não importa mais!"), como também tais episódios jamais se repetirão novamente, com a mesma intensidade que no passado?

(Morrison) Sim, da mesma forma que os assassinatos cometidos nas fronteiras das cidades semijurídicas brasileiras. Eles não estão matando os povos

indígenas no Brasil, neste exato momento? Bom, na minha visão, essa me parece ser a mesma lógica genocida, na qual temos pessoas aparentemente vislumbradas como "incivilizadas" e que estariam causando problemas, o que justificaria, segundo o mesmo discurso, a presença de alguns esquadrões da morte nas praças para lidar com esse problema.

Primeiramente, a forma como eu interpreto a Criminologia Global se dá através de alguns autores específicos. Um deles é Carl Schmitt, alguém que muitos intelectuais não considerariam como um autor importante (suponho que eu poderia ser definido como alguém de centro-esquerda), uma vez que ele foi visto por muitos como uma espécie de neonazista. Com razão, uma pessoa deplorável, oportunista e alguém de baixa integridade pessoal, mas alguém de grande intelecto, o que fez com que ele fosse considerado, ainda na atualidade, um dos maiores intelectuais do século XX, dada a sua forte presença e elocução intelectual. Eu acredito que seu trabalho mais importante foi o "Nomos do mundo" (SCHMITT, 2006), um trabalho escrito em alemão em 1950 e depois traduzido para o inglês e, posteriormente, publicado em 2003. Isso porque ele nos remete a noção de Direito Internacional ou ao que ele chama de Direito Público Europeu, que foi responsável pela apropriação de terras ao redor do mundo, além da própria divisão do mundo entre a Europa e o "outro". Acima de tudo, ele fornece algumas ideias sobre essa "descoberta" (imperialista) por meio de frases tão fantásticas, que podemos especular se ele estava ou não realmente ciente do que escrevia. Ele relata o que soa como uma história incrível, pois naquela época era como se os humanos estivessem a caminho da lua e, de repente, eles descobrissem outra coisa por acaso. Não havia pessoas lá ou, pelos menos, pessoas que valesse a pena reportar.

Assim sendo, a partir da visão de Schmitt, podíamos simplesmente tomar o local à força, a fim de utilizarmos os seus recursos naturais, já que não havia nenhuma oposição naquele território. Portanto, ele diz que essa foi uma descoberta do mundo, se referindo a América Latina e até a outros lugares. Por outro lado, do ponto de vista daquele que foi "descoberto", essa descoberta não foi legítima, já que havia outros povos nesses espaços. O fato é que foi uma "descoberta do mundo" na visão europeia, circunstância essa que se torna o "nomos" (padrão de pensamento/comportamento) da Europa em nome da globalização: o mundo passa a ser definido pela apreensão de terras em busca de lucro. Schmitt (2006, p. 132) ainda esclarece que "nem Colombo nem qualquer outro descobridor apareceu com um visto de entrada", como forma de obter o direito legal de dominar o outro. Pelo contrário, continua Schmitt:

> "[...] Do ponto de vista daqueles que foram descobertos, a descoberta enquanto tal nunca foi legítima, juridicamente... As descobertas foram feitas sem a

> permissão prévia do descoberto. Assim, a titularidade jurídica das descobertas está amparada em uma legitimidade superior. Essas descobertas poderiam ser apenas realizadas pelos povos intelectualmente e historicamente avançados o suficiente para apreender o descoberto com base em um conhecimento ou uma consciência superior [...]." (SCHMITT, 2006, p. 131-132, tradução nossa).

Ademais, esse é um dos conflitos da vida na modernidade, que nos leva a acreditar na capacidade do indivíduo ("eu"), como alguém autodirigente e possuidor de uma habilidade autorreferencial de autocontrole ou de auto-organização. Contudo, o que é esse "eu"? De um lado é o eu, pensado ou definido por Habermas (1987), segundo os "discursos da modernidade", isto é, aquilo que é geralmente visualizado pela filosofia e pela teoria social como o eu tanto lógico quanto transcendental, um sujeito cuja razão é o seu ponto referencial: dentro dele reside essa instância determinante da ação (por vezes, um *ser* reduzido à teoria da escolha racional e outros postulados similares). Porém, de outro lado, esse sujeito está sempre localizado, situado, concretizado e posto como algo cotidiano/comum em relação a um determinado contexto histórico, onde ele passa a ser você ou eu, quer o você em face do eu seja um "tu", quer seja um "vous" (a famosa e complexa distinção do *tu* e *vous*, em francês). Por esse motivo, é que me refiro a descrição incrivelmente realista de Schmitt sobre "o nomos do mundo", haja vista que o eu nunca está solto ou livre no espaço, ele existe sempre dentro de um nomos ou uma zona histórica, assim como faz Robert Cover, paralelamente, quando compreende o "nomos" como o modo pelo qual nós estamos sempre posicionados, enquanto indivíduos, entre "visão e realidade" (território entre o visível e o invisível). Nesse sentido, nosso comportamento normativo é geralmente determinado pelas narrativas nas quais estamos localizados, de forma a utilizá-las para refletir sobre a realidade a qual estamos situados (COVER, 2019, p. 44).

Assim sendo, em parte, eu percebo então a globalização enquanto um imperativo normativo, reflexivo e capaz de auxiliar o indivíduo (eu) em sua jornada de autoconhecimento em contraste com a história, na medida em que ele deve ao menos tentar conhecer o seu "eu verdadeiro" através da compreensão de processos históricos e globais construídos anteriormente ao seu nascimento, mas que continuam a impactar a sua energia ou força vital, de modo coexistente. É dizer, portanto, que nós devemos sempre exercitar a nossa habilidade de autorreflexão sobre quem nós somos em tensão com a história conhecida e não conhecida do mundo. Essa não é uma tarefa fácil: de forma exemplificada, eu nasci na Nova Zelândia, o que me transforma em um colonizador branco europeu, em termos hereditários (de lugares como Irlanda, Escócia e talvez Rússia). Em contrapartida,

eu não tinha consciência acerca da importância desse exercício autorreflexivo enquanto crescia em Timaru, pois, afinal de contas, de que modo eu conseguiria perceber, que o nomos da minha herança colonialista enquanto descobridor branco significava que não era somente um explorador branco europeu naquele espaço, do ponto de vista histórico! Pelo contrário, eu era tão somente um mero herdeiro daquela terra, algo que eu viria a saber apenas mais tarde quando finalmente descobri que a minha terra natal era o resultado, em termos epistemológicos, da expansão colonial e imperialista da Europa.

Em verdade, apesar das incontáveis mortes do povo aborígene Mãori praticadas pela Nova Zelândia, o país vive atualmente um cenário completamento novo, haja vista a sua tentativa de reinterpretar as suas origens históricas, tendo inclusive se desculpado com esses povos pelas atrocidades que praticou em nome de sua expansão colonial e, ao mesmo tempo, redigido o tratado de Waitangi, que tem tido um papel fundamental na reinterpretação desse evento, enquanto um documento histórico importante. Recentemente, também sofremos um atentado terrorista de um sujeito branco que matou cinquenta pessoas em duas mesquitas na minha cidade natal, onde cresci. Talvez vocês tenham visto como nossa Primeira-ministra e o povo Mãori reagiram a esse evento?

No caso de nossa Primeira-ministra, em um ato público de solidariedade, ela usou uma capa e um chapéu Mãori. Esse ato demonstra uma forma de abraçamento da linguagem e das virtudes de paz do Islã. Quando ela diz *Inshallah,* ela não está dizendo que as pessoas assassinadas eram imigrantes, mas sim que elas eram tanto uma de nós quanto parte de um todo. Mais ainda, eram pessoas consideradas como neozelandeses e que o sujeito responsável por essas mortes não deveria ser nomeado ou dada a ele uma igual identidade.

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) Uma das coisas que consideramos fascinantes na Criminologia Cultural e nos seus próprios estudos nos quais são exploradas questões vinculadas ao conceito de nomos é o aspecto existencial, que historicamente foi objeto de pouca atenção na Criminologia. O atentado de Christchurch certamente trouxe à tona muitas questões que são discutidas na criminologia cultural. Ele parece deixar muito clara a premissa de que a violência é tanto uma troca simbólica quanto física, uma espécie de cerimônia de degradação através da qual o agente pretende projetar determinados significados na vítima e para potenciais audiências, ao mesmo tempo que experimenta um sentido ampliado do "eu" e procura alcançar perenidade. Considerando que podemos pensar no terrorismo como um projeto falho de identidade, no qual o sujeito procurar alcançar a perenidade em determinadas subculturas, foi extraordinária a posição adotada pelo governo, que deliberadamente optou por não dar ao atirador o que

ele desejava com a sua performance. Na sua leitura percebemos como o episódio assume uma dimensão de significado coletivo importante naquela cultura.

(Morrison) Certamente. Alguém pode se perguntar por qual motivo estou contando esse relato. Penso que ele é tanto um relato pessoal quanto histórico. Nós somos agentes e não agentes da história, isto é, não podemos ignorar o fato de que existiu uma história anterior ao nosso nascimento, da mesma forma que se não conhecermos ou autorrefletirmos sobre ela, jamais teremos condições de contestá-la, o que nos levará a sempre repeti-la, no presente. Portanto, por que devemos estudar esses eventos? Esse é um questionamento que foi proposto por pessoas que cresceram da mesma forma que eu cresci, na medida em que não havia redes sociais tecnologicamente avançadas, propagação caótica de imagens etc.; não existia um meio de conhecer esses eventos. E esse é um dado extremamente importante.

Isso porque, em certa medida, viver uma vida confortável pode implicar na necessidade de esquecer o passado e o presente, algo bastante comum devido à forte presença em nossa imaginação social da noção do contrato social, não no sentido hobbemesiano de sacrifício de algumas liberdades fundamentais para que possamos receber a proteção do soberano (HOBBES, 1991, p. 245 e ss.), mas em uma noção de contrato social de mútua indiferença (GERAS, 1998). Em realidade é claro que nós queremos continuar a consumir e a viver uma série de aspectos prazerosos de nossas vidas, mas o quanto sacrificamos para atingir esse objetivo?

Segundo Geras, quando assinamos o pacto de "mútua indiferença" para com o outro, somos também signatários de um acordo que ignora tanto os aspectos reais quanto as condições atuais de vida do mundo – e não um contrato de origem social e política, onde não temos responsabilidade individual senão através da voz e da responsabilidade do governante ou entidade eleita, seja ele entendido como Estado ou seus funcionários ("nossas vontades individuais são representadas exclusivamente por um porta-voz eleito"). Como esclarece o autor:

> "[...] Eis a noção principal. Se você não cogita vir ao auxílio do outro que está em grave situação de violência, em perigo agudo ou em desespero, você não pode razoavelmente ter a expectativa que outros virão ao seu auxílio em igual situação de emergência. Outras pessoas, igualmente não comovidas pelas emergências do outro, não podem razoavelmente esperar serem ajudadas quando elas estiverem em similares eventos traumáticos, ou considerarem que terceiros são sempre responsáveis por ajudam o outro e não elas. Eu chamo isso de contrato de mútua indiferença. [...]." (GERAS, 1998, p. 27-28, tradução nossa).

Nesses moldes, o ponto central é que há um preço para nós aceitarmos a definição do contrato social de Hobbes, no sentido de estarmos destinados à busca eterna pela felicidade, aquilo que Robert Merton (1968, p. 190 e ss.) irá depois estudar através da noção de anomia, o sonho americano (ter o carro, a casa, uma bela esposa ou um belo marido, ter filhos e um cachorro para brincar no quintal). Se assim for, o nosso desejo passará a ser somente continuar a avançar, ao passo que o custo disso será que nós nos tornaremos indiferentes ao mundo, uma vez que seremos transformados em signatários de um grande pacto em nome da passividade. Mas, há outras opções: claro, nós podemos talvez até mesmo experimentar alguns jogos sociais para satisfazer a nossa ética momentânea, ou talvez nós sejamos chamados à ação por alguém como Clarice Lispector. Vamos ouvi-la:

> "[...] Enquanto isso, eu quero andar nua ou em trapos; eu quero experimentar pelos menos uma vez o sabor insípido daquele em posição de anfitrião. Comer o pão de comunhão será saborear a indiferença do mundo e mergulhar no nada. Isto será a minha coragem: abandonar os sentimentos reconfortantes do passado. [...]." (LISPECTOR, 2011, p. 23, tradução nossa).

Por outro lado, poucos de nós têm a coragem ou o desejo de obter a autorreflexão necessária para compreender aquilo que Lispector está afirmando – isso sem mencionar a própria ação ou vontade concreta para agir em relação a esse quadro. Em suma, por óbvio que devemos consumir, mas sem esquecer de indagar *se* e *como* podemos fazê-lo, de um modo minimamente justo e consciente? Dessa maneira, o que devemos evitar é sermos facilmente transformados em fantoches da cultura consumista e do capitalismo enquanto ordem do mundo. Em contrapartida, se formos procurar por mais autenticidade, justiça e o que realmente é constitutivo do nosso mundo, nós ainda podemos consumir, mas será um consumo com um sentido consciente de justiça daquilo tanto de ontológico que estamos fazendo quanto de epistemológico e reflexivo daquilo que praticamos.

Durante minha carreira e produção acadêmica – até mesmo por causa do curso que leciono na Universidade de Queen Mary (Londres) – fui e continuo sendo questionado por muitas pessoas e colegas, no seguinte sentido: por que você está estudando e/ou publicando um livro sobre o Holocausto na área da teoria do Direito? E eu sempre confrontei essa pergunta, transformando-a em resposta: por que você não está envolvido também com a análise do Holocausto na teoria do Direito? Essa é uma pergunta central que deveria ser óbvia.

Por qual motivo devemos estudar esses eventos? Para que não sejamos indiferentes e, ao mesmo tempo, reféns da definição histórica do outro enquanto ordem natural do mundo. Novamente, a Criminologia Global (uma teoria geral

do crime é uma teoria geral do mundo social?) entendida pelo foco do Direito Criminal impõe a realidade do crime como uma ação violadora à lei (significado jurídico da transgressão), na qual o Estado irá punir o transgressor, caso ele seja capturado. Porém, acreditamos ser tão natural esse discurso criminológico oficial que reporta apenas os crimes de rua e as contravenções penais, que nem sequer refletimos sobre como esse discurso foi construído, global e historicamente. Quantos eventos globais foram omitidos para a construção da história criminal dos Estados nacionais?

Por exemplo, quando Goebbels estava agitando a multidão com o seu discurso no final dos anos de 1920 e começo dos anos de 1930, antes dos nazistas chegarem ao poder. Conta-se que ele estava demonizando os judeus por determinadas ações e, de repente, alguém grita da multidão: você esqueceu do ciclista, você esqueceu do ciclista! E ele repetiu isso oito vezes! No final do evento Goebbels vai até ele e diz: muito obrigado por toda a sua ajuda, mas por que o ciclista? E o sujeito da plateia retruca: mas, por que os judeus?

Por que os judeus? Porque eles eram os inimigos perfeitos para aquele momento. Se você não tivesse os judeus, você teria construído outro inimigo. Nós estamos sempre construindo o "outro". Os judeus podem ser lidos como judeus, mas também podem ser o "outro" (o inimigo de uma situação histórica em dado período, sem o qual os aparelhos penais e estatais irão deixar de existir). Nesse sentido, Clarice Lispector era uma brasileira judia, em que pese ela costumasse dizer que era uma brasileira e não realmente alguém de origem judia, mas o fato é que tudo que ela fazia era interpretado como alguém que era o "outro". E, assim como ela não sabia disso, eu também não sabia que eu era o "outro" até quando eu finalmente viajei para fora da Nova Zelândia.

Mais uma vez, como a Criminologia pode escapar dos limites paradoxais impostos pelo Direito Criminal? E aqui temos outro exemplo, pois, quando o Estado diz que tal prática não pode ser considerada como genocídio, o grande problema é que, sem dúvida, o Estado jamais irá reconhecer nos tribunais uma prática como genocida, até as pessoas começarem a ir as ruas e a se envolverem com as políticas jurídicas e sociais do Estado. E até que isso aconteça, muitas pessoas já estarão mortas, sendo que milhões de pessoas já estão mortas em Myanmar e temos oitocentos mil pessoas vivendo em condições horríveis em campos de concentração em Bangladesh, um dos países mais pobres do mundo. Tudo isso é realmente uma grande tragédia. Contudo, tais eventos apareceram por algum tempo na grande mídia? Eles são sendo reproduzidos na mídia agora? Estão ou não? Não estão!

Os colonizadores que Schmitt estava se referindo em seus trabalhos, eles foram interpretados e vistos como "imigrantes ilegais" (o outro a ser eliminado)?

É claro que não, porque eles tinham o poder das armas e o poder da cruz para irem até lá. Em outro momento, Schmitt também refere e Lispector quase que repete as mesmas palavras, a noção da presa. Na visão de Schmitt, o imperialista é alguém que conhece a sua presa – e a presa aqui é o povo indígena, por exemplo – melhor do que a presa se conhece, pois é assim que ele a domina (SCHMITT, 2006, p. 131-132). Da mesma forma, Lispector sabe muito bem disso, enquanto sujeito, pois ela está sempre sendo o objeto de conhecimento de outra pessoa. Mas nós voltaremos depois a Lispector.

3. Empatias criminológicas entre Lispector, transgressão e cultura

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) A noção de presa parece estar diretamente relacionada com a questão do poder. Como essa premissa pode ser pensada com base nos trabalhos tanto da Criminologia Cultural quanto de Clarice Lispector? Criminologistas culturais seguem um referencial oposto ao viés correcional estatal, a ética da apreciação (MATZA, 2010), o que os leva, por exemplo, a tentar sentir na pele a experiência de como é viver em uma subcultura ou no mundo do desviante, para que eles consigam escrever sobre esse mundo pela perspectiva natural do transgressor – por exemplo, Jeff Ferrell[2], Stephen Lyng (2005) e outros. Contudo, talvez pudéssemos afirmar que Clarice Lispector não precisou adentrar o mundo do desviante para que ela conseguisse escrever sob o ponto de vista do transgressor, pois muitos de seus escritos[3] sugerem que ela sempre teve que lutar para ter a sua presença reconhecida pelo "outro". Para ela, questões de identidade e poder pareciam centrais. Assim sendo, quais poderes a constituem e que poderes ela emprega?

(Morrison) Sem dúvida, o peso do mundo e suas realidades diárias (suas dores, seus desejos, seus preconceitos etc.) parecem residir dentro dos trabalhos e da vida de autores da Criminologia Cultural e de Clarice Lispector. Nesse sentido, o poder aqui é como Kafka (2009) nos disse: portas, porteiros, caminhos estreitos a percorrer, famílias a negociar e significado – evidentemente, sempre a questão do significado, significado imposto pela tradição dominante, pelos "pais do discurso" ou pela violência original dos primeiros oradores. No caso de Lispector, ela está constantemente lutando com uma espécie de *Golem* do tipo

2. Destacamos famosas etnografias, escritas por Ferrell, na Criminologia Cultural: (FERRELL, 1996; 2006; 2001).

3. Apontamos, como exemplo, os seguintes escritos da autora (LISPECTOR, 2011, p. 250-251; 2012; 2015, p. 214-221).

Frankenstein, a imagem espelhada de Adão, mas aquele que não pode falar, assim como era a lama da terra, em um sentido animalesco. Por esse motivo é que tanto Lispector quanto a Criminologia Cultural procuram reconfigurar as lentes das questões ligadas à visibilidade e à subjetividade, chamando-nos a atenção para o modo fácil com que determinados aspectos visíveis e invisíveis das nossas rotinas são frequentemente tidos como confusos, distorcidos e reconfirmados.

Essa é uma das formas de confrontar o poder do sistema, no qual o consumo individualista e a busca da felicidade (necessitamos relacionar Hobbes e a procura pela felicidade, novamente?) significam, assim, que não temos tempo ou desejo de refletir sobre as múltiplas realidades que nós construímos em relação ao mundo e ao que realmente nos constitui, enquanto humanos (as constantes trocas e negociações de significado). Em outros termos, aceitamos frequentemente, de forma acrítica, as definições de crime e de criminoso da Criminologia Ortodoxa como sendo a realidade do mundo, embora seja essa somente a imaginação criminológica construída e patrocinada pelo Estado, como imposição no mundo, sendo o jurídico e o social como uma coisa só.

Em verdade, Lispector consegue facilmente perturbar ou até romper com as compreensões usuais ou as palavras do mundo, ao mesmo tempo em que as suas próprias palavras correm tumultuadas, até mesmo aquelas que ela declama sobre si. Ao mesmo tempo, ela desafia a dimensão da ação: a humanidade encontra seu significado na reflexão sobre os seus crimes – mas nenhuma dessas reflexões surgem sem a presença de uma forte luta anterior! De qualquer sorte, o que existe de similar entre Lispector e a Criminologia Cultural é a exigência existencialista de refletir e de procurar escapar do *status* de reféns ou de agentes passivos do poder de definição do Estado. Por causa disso é que tal investida sempre demanda uma luta constante, de um lado, e uma busca deste poder fora dos limites sedimentados pelos aparelhos institucionais, de outro.

Por outro lado, vejamos agora como a história pessoal e literária de Clarice Lispector toca na questão do poder e dialoga com os estudos da Criminologia Cultural.

Lispector foi uma escritora romancista e novelista muito conhecida. Seus trabalhos ganharam um papel de destaque nacional e internacional durante o século XX. Ela nasceu em uma família ucraniana na Rússia durante a Primeira Guerra Mundial. Talvez pudéssemos considerá-la como um produto "da" ou relacionado "a" violência, pois a sua mãe foi sexualmente violentada por soldados na Rússia durante a guerra e, posteriormente, as duas imigraram para o Brasil, na condição de refugiadas políticas.

Não obstante, embora a mãe de Lispector tenha sido subjugada por um ato de estupro coletivo na Ucrânia, o dado revelador e que relaciona a história da autora com o tema da violência (ou o poder de definir o que é ou não violência) é a forma pela qual se deu, de fato, o seu nascimento. Isso, porque a sua mãe não engravidou como resultado desse estupro sofrido, mas acabou contraindo sífilis. Na época, havia uma narrativa médica fantasiosa de que a sua doença poderia ser curada, caso sua gravidez fosse resultado de uma relação de amor. Assim, Clarice foi o resultado dessa gravidez ou relação amorosa de seus pais, mas a ideia era que o seu nascimento curaria a sífilis de sua mãe. E é claro que isso não aconteceu!

Eventualmente Clarice iria saber desses fatos e, portanto, em algum sentido, ela iria acabar se tornando uma espécie de duplo imigrante. Ela foi uma imigrante em seu próprio corpo, uma vez que somente teria sido concebida com o propósito de curar a doença de sua mãe. E ela não fez isso! Por esse motivo, quando ela era muito jovem, eles tiveram que escapar do ambiente ucraniano para o Brasil. Todavia, é claro que, atualmente, nós temos a penicilina e outros tratamentos, que não sabíamos que poderiam ser efetivos no combate dessa doença naquele tempo. De qualquer modo, Lispector haveria de carregar consigo esse sentimento de culpa, haja visto que, desde sua ontologia (origem), ela foi e continuaria a ser alguém que estava relacionada com o crime/violência.

Tradicionalmente, embora muitos compreendam Clarice Lispector como uma feminista existencialista, quando nos deparamos com as histórias da autora podemos perceber que todas elas estão conectadas com a noção da presa. A procura pela presa e o contra-ataque da presa, uma vez que Clarice ou as suas criações literárias estão sempre tentando dizer: nós somos mais complicadas do que você pensa! Porém, eu sei que estou presa em meio a teias, que me permitem ser vista. Nesse sentido, há algumas similaridades entre ela e Foucault, no sentido de que ela também tenta escapar das dificuldades de sua própria vida privada por meio de suas obras. Não por outro motivo, o que move ela é justamente essa noção de culpa e, em especial, a questão do poder. E a questão do poder é o que a torna alguém tão próxima da Criminologia Cultural. Isso porque, embora seja sempre difícil definir o que é poder, ela não identifica a questão do poder como algo ligado à polícia ou ao Estado, mas sim com o poder de definir e de ser visto.

Em outras palavras, ela tem frases maravilhosas, como por exemplo, quando viaja a Brasília. Ela deseja dormir, mas acorda cedo e olha ao redor enquanto caminha e diz: oh Deus, eu ainda estou sendo vista! Não importa o que ela faça, ela não consegue escapar de ser vista. No entanto, de repente ela se dá conta: ser vista por quem? Ser vista pelo que? E ela continua dizendo: uau Brasília, que cidade. Mas é uma cidade do crime! Uma cidade desenhada para e pelo crime e arquitetada com

o propósito de nos tirar das outras cidades que evoluíram também por causa do crime. Assim, Brasília aparece para Lispector de diversas formas: ela não consegue parar de imaginar quem são os "urubus" que sobrevoam Brasília, lugar esse entendido como "praia sem mar" (deserto gélido): "o que estará morrendo, meu Deus?". Ela também teme que ela seja uma criminosa/transgressora disfarçada em Brasília, pois, ainda que quase ninguém a veja assim, ela não pode confiar na visão dos outros sobre ela, especialmente quando afirma, "sou atraída aqui pelo que me assusta em mim" (LISPECTOR, 2016, p. 344-345).

Nesse contexto, Lispector é assombrada tanto pelo crime (fenômeno da transgressão) quanto por ela mesma, enquanto um objeto de vigilância. Brasília, o produto puro de um olhar soberano, um espaço onde o crime pode ser praticado com segurança, mas quais crimes são esses? Para a autora:

> "[...] A construção de Brasília: a de um Estado totalitário. – Este grande silêncio visual que eu amo. Também a minha insônia teria criado esta paz do nunca. Também eu, como eles dois que são monges, meditaria nesse deserto. Onde não há lugar para as tentações. Mas vejo ao longe urubus sobrevoando. O que está morrendo, meu Deus? – Não chorei nenhuma vez em Brasília. Não tinha lugar. – É uma praia sem mar. – Em Brasília não há por onde entrar, nem há por onde sair. – Mamãe, está bonito ver você em pé com esse capote branco voando. (É que morri, meu filho). – Uma prisão ao ar livre. [...]." (LISPECTOR, 2016, p. 345, tradução nossa).

A capacidade existencial de contestar tudo a sua volta é o que a deixa menos suscetível ao poder de ser definida e dominada pela racionalidade do senso comum do cotidiano que patrocina a dominação, não aceitando a conceituação estatal de quem são os "urubus" oficiais (usuários de drogas, povos indígenas, negros, entre outros), aqueles que morrem, frequente e diariamente, em nossas cidades? Outro exemplo, reflitamos sobre a realidade do crime congelada pelas estatísticas oficiais (índices de criminalidade de um dado território), esses dados são utilizados para patrocinar, de forma recorrente, a visão dos aparelhos institucionais, a fim de definir o tempo e o espaço do crime, uma vez que, se as taxas de criminalidade aumentam é porque precisamos punir mais o outro e se, todavia, elas diminuem, então tais órgãos estão fazendo o seu papel diante da sociedade. Contudo, essa é a "verdade" do mundo ou do mundo jurídico-penal – é disso que precisamos saber e ter poder sobre? Não há outra dimensão que valha a pena catalogar entre esses dois polos extremos e que nada retratam os fugazes sentidos que circulam enquanto nós estamos a construir os significados simbólicos dessas categorias (crime, punição e justiça) a nossa volta?

Da mesma forma, uma das mensagens mais significativas da Criminologia Cultural é que essas categorias (crime e criminalidade) não existem antes e, de modo autônomo, em relação aos seres humanos. Nós estamos sempre a reescrever os valores e os significados contestados de conceitos como crime, punição, poder e justiça na modernidade tardia.[4] Nesse sentido, outra questão central que precisamos enfrentar é saber: não "quem" tem o poder de definir, mas por que aceitamos o poder definidor do outro como ordem natural do mundo e dos eventos ao nosso redor? Essa reflexão é algo fundamental para a qual tanto Lispector quanto a Criminologia Cultural desejam nos chamar atenção, visando despertar o debate, a todo momento.

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) Muitos de seus trabalhos nas últimas décadas parecem estar relacionados, direta ou indiretamente, com o pensamento de Clarice Lispector e com a Criminologia Cultural, que é movida por uma intenção apreciativa, muitas vezes erroneamente criticada como romântica quanto a transgressão. Assim como Lispector discutiu quem somos nós enquanto tomamos conta do mundo (LISPECTOR, 2011, p. 250-251), você também defendeu a noção de que não é possível compreender a Criminologia, sem estudar o que significa realmente ser moderno na modernidade tardia. Muito embora Lispector discuta as partes invisíveis e escondidas do mundo (a realidade de todos os dias que nós tomamos como algo certo ou pré-concebido), você também defendeu a noção de que a imaginação jurídica em muitos países é vista como nada além de uma abstração ou "casca vazia" conceitual, em vez de ser vista como um "fenômeno social vivo" (MORRISON, 2016), onde "emoções são disputadas em meio a uma interpretação cultural, ao mesmo tempo que são apreciadas e redisputadas em nossa interação social" (MORRISON, 1995, p. 368).

Assim, se é verdade o que você tem dito, que a lei parece ter perdido a sua racionalidade, como podemos diferenciar, portanto, o criminoso do não criminoso na atualidade? Esse é um problema sobre visualidade, correto?

(Morrison) Bem, sim. Esse realmente é um problema realmente, mas é algo que a própria Criminologia Cultural vem, de certa forma, desconstruindo nas últimas décadas. Isso porque a tarefa de tentar distinguir o criminoso do não criminoso está assentada na noção ontológica de que o crime existe. Por outro lado, se a Criminologia Cultural fosse simplesmente romper as fronteiras dessa ontologia, você acabaria com uma obra como aquela escrita recentemente por Ferrell, em *Drift* (FERRELL, p. 2018). Nessa obra, ele também está construindo uma

4. Sobre esses e outros importantes apontamentos sobre a Criminologia Cultural, *ver* (YOUNG, 2004, p. 13-14).

metáfora que pode ser usada para descrever a vida de muitas pessoas imigrantes e de alguém que está desalojado das condições de uma vida "estável". É um discurso existencial e criminológico que jamais teria condições de ser descrito pela agenda institucional dos aparelhos de controle oficiais – que geralmente definem a realidade do crime como sendo uma entidade jurídica, abstrata e que congela o outro na posição de criminoso para fins de correção pelo sistema criminal.

Mais ainda, se formos analisar as condições de vida de uma série de pessoas (e não precisamos tratar aqui das dificuldades enfrentadas por lésbicas, homossexuais e asiáticos), veremos que muitos deles são selecionados como alvos fáceis e continuamente vistos como sujeitos aceitos e não aceitos. Ademais, muitos deles irão encontrar condições limitadas de trabalho; outros deverão trabalhar sendo subjugados pela indústria sexual; outros poderão ser traficados; e outros poderão, finalmente, ainda resistir a tudo isso através de suas narrativas.

Dito de outra forma, quando a Criminologia ortodoxa trata da globalização (MORRISON, 2019), por vezes os autores discorrem sobre o tráfico de seres humanos ou índices de criminalidade em determinados territórios, mas, na maior parte das vezes, eles transformam tudo isso em um problema estatístico, de justiça ou de nacionalidade. Agora, se formos investigar as narrativas e as histórias de vida dessas pessoas, vamos perceber que elas não são objetos inanimados, são seres vivos. Não raras vezes, humanos subjugados por pessoas que ocupam posições de poder.

Nesse prisma, você está correto quando refere que não podemos conceber outra imaginação criminológica da transgressão quando a tarefa central consiste em evitar qualquer empatia em relação ao outro, como se exigiria do que venho chamando de "criminologia existencial", desde 1995 (MORRISON, 1995, p. 349 e ss.). Acima de tudo, nós precisamos oferecer ao outro, portanto, o reconhecimento dessa subjetividade, algo que a Criminologia Cultural também tem feito quando busca inspiração no trabalho de David Matza, ao defender uma postura apreciativa e não simplesmente correcionalista do delito. Como defendeu Matza (2010, p. 16-17; 26; 43-44), quando você adota uma postura apreciativa, passa a estar aberto a possibilidade de se colocar no lugar do outro. Desse modo, ao assumir essa postura naturalista, você precisará buscar compreender o mundo a partir da perspectiva do outro, mas isso não significa que você deve, inevitavelmente, aceitar o que o outro fez – esse é a diferença entre empatia e romantismo. Todavia, o que será requisitado é que você se esforce para compreender o outro, ou, pelo menos, que tenha uma certa dose de empatia pela posição do outro no mundo. Caso contrário, se não formos nós a fazer esse tipo de exercício imaginativo adotando essa postura, isto é, se formos indiferentes a isso, seremos

obrigados a continuar a aceitar a visão criminológica ortodoxa do Estado, pois ele não pode se dar ao luxo assumir essa tarefa de empatia com o outro para si, sob pena de perder a sua validade enquanto corretor oficial (ou marca-texto) daquilo que podemos ou não pensar, sentir e questionar enquanto sociedade.

Em síntese, você não deve tentar explicar ao outro o que ele fez, porque isso é exatamente o que eu acredito que Lispector estava tentando lutar contra e que o Estado patrocina, com extremo furor. Novamente, se você não é realmente fiel a compreensão da visão do "outro", você está somente sendo fiel a reprodução do discurso racionalista dos mais poderosos.

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) Sem dúvida! Gostaríamos de desafiá-lo ainda mais em relação ao questionamento anterior, haja vista que o professor tem sido um dos poucos e excepcionais autores, com o auxílio da própria Criminologia Cultural, capazes de propor uma crítica contundente tanto da narrativa jurídica e tradicional do Estado quanto da forma pela qual as suas teorias jurídicas são construídas.

De fato, parece-nos que estamos a viver em meio a um novo modelo de ambivalência contemporânea, no qual, por um lado, há quem entenda que estamos cercados por um mundo pós-moderno ou inserido em uma espécie de modernidade tardia, onde categorizações e visualidades binárias como criminoso e não criminoso, certo e errado, bom e mau etc. parecem ter perdido uma boa parcela de credibilidade. De outro lado, como defendeu Stan Cohen (2001), a perspectiva pós-moderna ou desconstrutivista pode ser vista também como um modo de entregar um arsenal bélico ou retórico de jogos linguísticos para os agentes em posições de poder, na medida em que tenham então condições de reescrever a história e impor significado.

Portanto, como você tem escrito ao longo dos anos (MORRISON, 2016), qual é o papel do Direito ou das leis, enquanto um modo de construção da realidade?

(Morrison) Bem, a beleza da lei é que ela constrói as suas próprias categorias ontológicas (origem, universalidade, história etc.). Você pode buscar definir o que é confiança, confiança resultante, confiança implícita, confiança consecutiva – somente os britânicos parecem teorizar sobre esse tipo de coisa. De qualquer modo, você passa muitos anos em uma Faculdade de Direito e geralmente as pessoas querem fazer Direito, porque elas desejam salvar o mundo, fazer justiça ou, é claro, ganhar dinheiro. Mas, acima de tudo, o que você realmente aprende é uma linguagem. Uma linguagem que possui a sua própria realidade, porque cria as suas estruturas racionais a partir de sua visão.

Teoricamente, ao final do curso de Direito, você terá aprendido a argumentar juridicamente sobre um caso, para que você se torne um advogado que possa

falar a língua que você aprendeu na Universidade. Tudo isso é necessário para que, quando você tiver o seu próprio escritório de advocacia, consiga ter certeza de que ninguém mais saiba falar essa língua, pois, sendo apenas você que conhece essa linguagem, eles vão precisar pagar muito dinheiro para que você fale por eles.

Em contrapartida, essa linguagem reflete a realidade? É claro que sim, ela reflete a sua própria realidade. Umas das primeiras coisas que você aprende no curso de Direito é que os seus clientes querem contar diversas coisas, mas isso é um desperdício de tempo e de dinheiro, porque você é pago por hora. Por exemplo, se um cliente vai ao seu encontro com um determinado caso jurídico, você vai dizer a ele que você está somente interessado no que é juridicamente válido, uma vez que você vai poder somente argumentar aquilo que é juridicamente factível, nos tribunais. Em outros termos, mesmo que você seja um dworkiniano bom-samaritano e diga ao cliente que vai cobrá-lo apenas pela resposta jurídica correta, ele talvez queira contar uma série de histórias sobre a vida dele. Então você diz: não, não, não! Logo, a lei ou o Direito se impõe no mundo.

Agora, se a lei ou o Direito é uma imposição no mundo, como no caso de outras teorias jurídicas, como uma reificação, isto é, cria uma realidade que por vezes se perde perante outras realidades, não há porque se surpreender como o fato de que as pessoas que geralmente criticam essas teorias não sejam sujeitos poderosos. Geralmente são estudiosos críticos do Direito, intelectuais do estudo sobre raça, por exemplo. Uma escritora que eu gostava muito é Patricia J. Williams, uma advogada negra e estudiosa do Direito contratual, que contava o que a sua mãe dizia quando ela ia para a Universidade: não se preocupe, não se preocupe, a lei está no seu sangue (WILLIAMS, 1992, p. 154 e ss.)!

Em parte, a mãe de Williams se referia ao fato de que a sua tataravó foi estuprada em um Estado sulista por um advogado branco e que, é claro, ele jamais foi processado criminalmente por esse crime. Então, quando a mãe de Williams dizia, a lei está no seu sangue, isso significava que o sêmen da advocacia está no seu sangue. E, frequentemente, Williams publicava alguns depoimentos dizendo que a lei significava algo radicalmente diferente para americanos negros quando comparado com aqueles brancos. Isso acontecia, por exemplo, no caso do Direito de família, no sentido de que para os americanos negros, na época da escravatura, não havia Direito de família, porque eles não podiam sequer ter uma família.

Na visão de Williams, ela não parece nem mesmo saber quando o legado de violência histórica e escravocrata dos "Millers" contra a sua família começa, ou quando termina, sendo esse um evento que atravessa gerações:

> "[...] Os Millers eram senhores de escravos do clã da minha avó materna. Eles foram também os meus tataravós e tias-avós e quem sabe o que mais. Meu tataravô Austin Miller, um advogado de 35 anos, engravidou minha tataravó Sophie de onze anos, fazendo dela a mãe de Mary, minha bisavó quando ela tinha doze anos. [...]." (WILLIAMS, 1992, p. 155, tradução nossa).

Em certo sentido, nós não podemos escapar da lei, pois é ela que constrói a realidade sob a qual estamos inseridos. Contudo, ela certamente faz isso de um modo bastante suspeito: onde estavam ou estão os teóricos e os funcionários da Criminologia Ortodoxa (e do Direito Criminal), do Estado e dos aparelhos institucionais quando esses eventos ocorreram, a fim de reportá-los? Eles estavam distraídos contando a história do descobrimento "europeu" e vitorioso do mundo!

Em contrapartida, quero voltar a tratar do questionamento acerca da relação entre globalização e pós-modernidade, pois talvez possamos analisá-las de forma conjunta. Meu entendimento sobre a globalização não diz respeito apenas ao desenvolvimento dos meios de comunicação, da quebra das barreiras objetivas e racionais e da dificuldade do Estado de continuar se legitimando por meio da noção de soberania. Pelo contrário, trata-se de como a história foi – e continua sendo – construída no e até o presente, noção essa constante no trabalho de Jean-Luc Nancy sobre a globalização, no qual ele defende que não existe mais outro mundo que possa ser referido por nós. Então não existe mais, ainda que muitas pessoas acreditem nisso, esse outro mundo que possa ser mencionado, a exemplo do mundo criado por Deus. Segundo Nancy, ele diria que, para os secularistas, o mundo que foi construído até o presente é aquele que existiu ontem e hoje. E, assim, não há como separarmos o ontem do hoje (NANCY, 2007).

Como esclarece Nancy, a globalização é o modo contínuo como estamos a reescrever o mundo, o que exige de nós uma tomada de posição histórica, autorreflexiva e não aleatória:

> "[...] É uma questão de agir no e até o presente, incluindo o seu próprio modo de obscurecer o evento, incluindo a sua estranha ausência de presença [da história]: devemos perguntar novamente o que o mundo quer de nós, e o que nós queremos dele, em todos os lugares e em todos os sentidos. [...]." (NANCY, 2007, p. 35-36, tradução nossa).

Por esse motivo é que a história não é simplesmente história, mas a história diz respeito ao presente. Da mesma forma, o Holocausto não ocorreu ontem e em algum lugar fora dos marcos históricos e temporais, bem como distante de nós. É o oposto, o Holocausto continua a existir no presente, pois, se tomarmos como

exemplo a Criminologia (ou uma teoria geral do crime), como é possível termos uma Criminologia que não estuda os crimes mais horrendos do século XX?

Anos atrás eu fui pesquisar na Interpol alguns índices de homicídios e, por algum motivo, a Interpol não deixa mais você fazer isso na atualidade. De qualquer forma, eu fui catalogar o número total de homicídios nos Estados Unidos durante todo o século XX e cheguei a um valor aproximado de um milhão e cem mil homicídios, dentro de uma janela de 100 anos. Agora, se formos comparar esse número com a taxa de homicídios somente dos judeus na época do Holocausto, chegaremos a um valor parecido com seis milhões de mortos. Bem, então para que os índices de homicídios dos Estados Unidos durante o século XX conseguissem se aproximar do número de mortes no Holocausto, seria preciso contabilizar quase quinhentos mil anos, em comparação. Assim, por que estamos estudando os crimes comuns ou de rua (que aparecem nas estatísticas oficiais) e não os crimes mais graves da história da humanidade, que têm sido invisibilizados pelas agências de controle? Você pode fazer esse exercício comparativo com outros países, como Bangladesh, Camboja e Ruanda, onde você encontrará resultados similares.

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) Sem sombra de dúvida, o desconhecimento histórico das particularidades e das generalidades específicas de cada sociedade é mais do que mero esquecimento, senão uma espécie de esquecimento proposital, isto é, uma estratégia de poder organizada por diversas instituições sociais, desde a religião até a política e o Estado. Nesse sentido, como você interpreta essa estratégia institucional de reescrever a história ou fatos históricos por aqueles que estão em uma posição de poder favorável, movimento epistêmico esse comum atualmente entre os partidos políticos de direita e de extrema-direita, a nível global? Você acredita que essa é uma nova estratégia que foi construída pelos agentes de Estado ou é uma velha estratégia com novas vestes?

(Morrison) Claro que é uma velha estratégia com novas vestes, mas também é, acima de tudo, uma estratégia com novos poderes. Em primeiro lugar, foi exatamente isso que fez o Nacional-Socialismo, eles reescreveram a história. De modo geral, estamos sempre tentando reescrever a história e essa é uma das características da globalização, que busca limitar o nosso conhecimento com versões europeias e pré-fabricadas de como devemos imaginar o mundo.

Por outro lado, o problema é que, se desejarmos perseguir uma noção de justiça, como aquela defendida por Nancy (2007, p. 61; 112), justiça é algo que você encontra quando o mundo é revelado para você. Agora, como você pode revelar o mundo, quando todos a sua volta disseminam falsas informações? Como podemos revelar a verdade do mundo? Essa discussão nos remete novamente a uma

questão que foi levantada anteriormente sobre o visual, pois, enquanto crescia na Nova Zelândia, dada a falta de poder, eu tinha dificuldade de visualizar algo além da versão oficial dos meios de comunicação. Atualmente, nós temos mais capacidade ou poder para enxergar para além de versões monopolizadas e monopolizantes da realidade.

De toda sorte, vamos falar um pouco sobre Goya, pois também poderíamos chamá-lo de um criminologista cultural. Ele foi uma das primeiras pessoas a retratar atrocidades, de uma forma que não fosse para agradar a "Criminologia patrocinada pelo Estado" (MORRISON, 2010).

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) Se contemplamos a obra de Goya "O sono da razão produz monstros", de 1799, somos levados a refletir sobre uma série de coisas. São muitos os significados. O protagonista principal do retrato – talvez o próprio pintor atormentado por suas dúvidas? – está cercado por corujas e morcegos que representam, na tradição espanhola, noções como mistério e maldade. O sono da razão produz monstros, pois, para o autor, uma das consequências nefastas do Iluminismo moderno é justamente a sua capacidade não só de nos fazer adormecer, mas também de esquecer o seu potencial destrutivo. Nesse sentido, percebe-se como todos os animais dispostos na imagem estão olhando diretamente para o protagonista adormecido e, apesar disso, há apenas um único animal (uma coruja) que está a observar fixamente o expectador da cena ("nós"). Goya procura nos trazer para dentro do retrato, exigindo que nós nos coloquemos na posição do personagem principal, atormentado pelo que a sua imaginação é capaz de construir.

Sim! Goya acaba produzindo uma tradição, no sentido de dizer: eu estava lá, eu vi isso! E isso foi antes da fotografia, então você teria que criar esse tipo de imagem. Claro que, se você possui esse tipo imagens, você quer fazer ou dizer algo com elas. Portanto, o problema na contemporaneidade não é só que agora temos uma abundância de imagens, mas também que estamos sempre a suspeitar que elas podem ter sido digitalmente manipuladas. Logo, podemos realmente confiar nessas imagens?

No entanto, o problema existente na ideia de que não podemos acreditar em mais nada – como no caso do mundo pós-moderno enquanto morte da realidade, da verdade, da justiça etc. – é que, em certo sentido, isso fortalece a cultura da indiferença de que tratávamos mais cedo. Dessa forma, em certa medida, o ser humano é sempre um sujeito capaz de resguardar uma série de significados que o cerca, a todo momento. De forma exemplificada, pensemos em como Lispector se auto enxerga em suas obras, ela parece ser um reservatório de significados, quando afirma:

> "[...] Sou um ser concomitante: em mim procuro o tempo passado, o presente e o futuro, o tempo que bate no tique-taque dos relógios... Eu sei o que estou fazendo aqui: Eu conto os instantes que caem e estão cheios de sangue... Eu, que vivo de lado... Estou à esquerda de quem entra. E em mim o mundo treme [...]." (LISPECTOR, 2012, p. 15, tradução nossa).

Na visão dela é como se o peso do mundo residisse dentro dela e, por causa disso, ela sente como se ela tivesse o dever de ser verdadeira em relação ao mundo. Assim, relata Lispector: eu tentei tomar conta do mundo e catalogar uma série de pequenas descobertas, mas para quem eu devo encaminhar os meus achados (LISPECTOR, 2011, p. 250-251)? Quem prestará atenção no que estamos escrevendo?

(Khaled Jr, Lorenzini e Oxley) E quem fará alguma coisa a respeito, certo?!

4. Considerações finais

Estamos cientes de que levantamos uma série de questões no presente artigo. Com certeza, a falta de familiaridade com a obra do Morrison terá provocado um grande nível de estranhamento para o potencial leitor. Infelizmente, grande parte de seus livros e artigos ainda não se encontram disponíveis em língua portuguesa. De qualquer modo, o texto deve ser visto como um esforço convidativo, o que é condizente com a tradição investigativa na qual ele se insere, que é a da Criminologia Cultural, na qual se inserem todos os autores do presente artigo. Desde o seu surgimento, em meados da década de 90, a Criminologia Cultural tem se constituído como um espaço abertamente convidativo e plural de debate. Uma federação livre de intelectuais fora-da-lei, como um de seus principais autores já definiu. Sob essa perspectiva, a própria ideia de uma conclusão para o debate aqui travado de certa forma seria improdutiva.

Todavia, embora não se possa definir uma única conclusão para este debate, uma conclusão mínima e concordante entre os autores consiste na consideração de que a Criminologia global ou dominante necessita ser desmistificada enquanto única imaginação criminológica possível de ser imaginada pela indivíduo/sociedade, haja visto que a realidade do crime definida pelo Estado ou mundo jurídico é tão somente uma das formas de se interpretar o fenômeno transgressivo. Partimos de uma premissa inicial: é necessário investigar outros discursos criminológicos, que não conformem um retorno perpétuo, fundado em uma ontologia empobrecedora do crime e do criminoso (ideologia criminológica que também que omite o estudo dos genocídios históricos praticados pelo Estado moderno). É preciso atentar, acima de tudo, para a negociação contestada de significado e

para o contexto circundante no qual ela se dá, para então, movidos por uma atitude apreciativa, confrontar a sabedoria percebida em torno de políticas criminais e de discursos autoritários que não só sonegam a complexidade das coisas, como conspiram para empobrecer a nossa imaginação criminológica, tão necessária para a continuidade de uma jornada progressista e comprometida com a realização da justiça social.

5. Referências

COHEN, Stanley. *States of Denial:* Knowing about Atrocities and Suffering. Cambridge: Polity Press, 2001.

COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: nomos and narrative. *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* New Haven, v. 2705, n. 1983, p. 1-66, 03 maio 2019. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705/]. Acesso em: 29.10.2020.

FERRELL, J. *Crimes of style:* urban graffiti and the politics of criminality. Boston: Northern University Press, 1996.

FERRELL, J. *Tearing Down the Streets:* adventures in urban anarchy. New York: St. Martins Press/Palgrave, 2001.

FERRELL, J. *Empire of Scrounge:* Inside the urban underground of dumpster diving, trash picking, and street scavenging. New York: New York University Press, 2006.

FERRELL, J.; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. *Cultural Criminology:* an invitation. London: SAGE, 2008.

FERRELL, J. *Drift:* Illicit mobility and uncertain knowledge. Berkeley, CA: University of California Press, 2018.

GALETTA, Anne; CROSS, William. *Mastering the Semi-Structured Interview and Beyond:* From Research Design to Analysis and Publication. New York: New York University Press, 2013.

GERAS, Norman. *The contract of mutual indifference:* political philosophy after the holocaust. New York: Verso, 1998.

GOTTFERSON, Michael; HIRSCHI, Travis. *A General Theory of Crime*. Stanford: University of California Press, 1990.

HABERMAS, Jurgen, *The Philosophical Discourse of Modernity*. Tr. by Frederick Lawrence. Cambridge, MA: The MIT Press, 1987.

HILLYARD, Paddy et al. *Beyond Criminology:* Taking Harm Seriously. London: Fernwood Publishing, 2004.

HOBBES, Thomas. *Leviathan:* Cambridge texts in the history of political thought. New York: Cambridge University Press, 1991.

KAFKA, Franz. *The Trial*. New York: Oxford University Press, 2009.

LISPECTOR, Clarice. I Watch Over the World. *Review: Literature and Arts of the Americas,* 44:2, 250-251, 2011.

LISPECTOR, Clarice. *The hour of the star.* New York: New Directions, 2011.

LISPECTOR, Clarice. *Água viva*. Trad. Stefan Tobler. Introdução de Benjamin Moser. New York: A New Directions Book, 2012.

LISPECTOR, Clarice. The Crime of the Mathematics Professor. In: *Clarice Lispector Complete Stories,* Katrina Dobson (trans.) introduction by Benjamin Loser, Harmondsworth: Penguin, 2015. p. 214-221.

LISPECTOR, Clarice. *Todos os contos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2016.

LYNG, S. Sociology at the Edge: Social Theory and Voluntary Risk Taking. In: LYNG, S. (ed.). *Edgework:* The sociology of Risk-Taking. London: Routledge, 2005.

MATZA, David. *Becoming deviant*. New Brunswick: Transaction publishers, 2010.

MERTON, Robert. *Social Theory and Social Structure*. Enlarged ed. New York: The Free Press, 1968.

MORRISON, Wayne J. *Theoretical Criminology:* from modernity to post-modernism. London: Cavendish Publishing Limited, 1995.

MORRISON, Wayne J. *Criminology, Civilization and the New World Order.* Abingdon, Oxon: Routledge-Cavendish, 2006.

MORRISON, Wayne J. A reflected gaze of humanity: cultural criminology and images of genocide. In: HAYWARD, Keith J; PRESDEE, Mike. *Framing Crime:* Cultural Criminology and the Image. New York: Routledge, 2010.

MORRISON, Wayne J. *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2016.

MORRISON, Wayne J. 'Yesterday, I saw a rabbit!': unlearnt lessons from the nomos of the holocaust for criminology, or why some principles from anarchism may trump sovereignty in combating genocide. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e38100, jan./abr. 2019.

NANCY, Jean-Luc. *The creation of the world or globalization.* Trad. François Raffoul e David Pettigrew. Albany: State University of New York Press, 2007.

SCHMITT, Carl. *The Nomos of the Earth in the International Law of Jus Publicum Europarum*. Nova Iorque: Telos Press Publishing, 2006.

WILLIAMS J., Patricia. *Alchemy of Race and Rights:* Diary of a Law Professor. London: Harvard University Press, 1992.

YOUNG, Jock. Voodoo Criminology and the Numbers Game. In: FERRELL, J.; HAYWARD, K. J.; MORRISON, W; PRESDEE, M. (eds). *Cultural Criminology Unleashed.* London: GlassHouse, 2004.

YOUNG, Jock. *The criminological imagination.* Cambridge: Polity Press, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo, de Fernanda Otero Costa – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1/ e *RBCCrim* 94/57-85 (DTR\2012\15);
- A recepção do pensamento criminológico no ensino do direito criminal paulista (1889-1930), de Rebeca Fernandes Dias – *RBCCrim* 145/649-691 (DTR\2018\17993); e
- Para além da criminologia?, de Paddy Hillyard e Steve Tombs – *RBCCrim* 142/273-299 (DTR\2018\10716).

Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC

New directions for eyewitness identification in Brazil? Perspectives from Testimony Psychology regarding the HC 598.886-SC decision

William Weber Cecconello

Mestre em Psicologia Cognitiva (PUCRS). Professor de Psicologia (IMED). Psicólogo Jurídico.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1782277694993596].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-6890-2076].
william.cecconello@gmail.com

Lilian Milnistky Stein

Professora do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito,
Universidade Federal de Santa Catarina.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5510256768554836].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-2314-7369].
stein.lilian@gmail.com

Gustavo Noronha de Ávila

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Unicesumar.
Professor da PUCPR (Campus Maringá). Bolsista Produtividade do ICETi.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4220998164028087].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7239-1456].
gustavonoronhadeavila@gmail.com

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo analisa os fundamentos científicos utilizados no HC 598.886-SC e os seus impactos em relação ao reconhecimento pessoal no Brasil. A Psicologia do Testemunho, enquanto campo científico, vem há mais de 40 anos

Abstract: This paper analyzes the scientific foundations on the Habeas Corpus n. 598,886-SC and its impacts in relation do eyewitness identification in Brazil. Psychological studies on memory has more than 40 years and has helped on how

Cecconello, William Weber; Stein, Lilian Milnistky; Ávila, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 177. ano 29. p. 359-368. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

apontando possibilidade de coleta da prova penal dependente da memória com melhor qualidade. No texto, comparamos a argumentação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, em especial o Relator Rogério Schietti Cruz, como forma de compreender o grau de internalização daqueles conhecimentos na decisão judicial. São, ainda, apontados caminhos para a prevenção de erros judiciários determinados por procedimentos ilegais e contrários às recomendações científicas.

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal – Reconhecimento fotográfico – Psicologia do testemunho – Falsas memórias – HC 598.886-SC – Prova penal dependente da memória – Erro judiciário.

to improve quality of evidence sourced on memory. We compare the judicial arguments with scientific evidence, as a manner to understand the extension of its internalization by the judges involved on that particular trial. Alternatives to prevent judicial errors determined by illegal and contrary to scientific recommendations procedures are also discussed.

Keywords: Eyewitness identification – Photospread arrays – Psychology – Memory – Evidence – Judicial errors.

Em 27 de outubro de 2020 foi concedido *habeas corpus* para absolver o paciente Vânio da Silva Gazola, acusado de roubo e condenado com base no reconhecimento de pessoas. Em suas conclusões, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, estabeleceu diretrizes para que o reconhecimento de pessoas possa ser considerado válido (BRASIL, 2020). Este julgamento foi recebido com entusiasmo por juristas brasileiros (MATIDA et. al., 2020), dado que o reconhecimento de pessoas é uma prova muito frequente no processo penal, mas comumente realizado de forma pouco rigorosa, o que pode levar à condenação de inocentes.

Em seu voto, o Ministro Sebastião Reis Júnior afirma que

> "[...] não vejo mais como endossar a desobediência de formalidades impostas pela nossa norma processual sob a justificativa eterna de que o Judiciário (e aqui no caso a nossa polícia) não tem estrutura humana e matéria para tornar efetiva a letra da lei."

E seguiu admitindo a sistemática violação das regras contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal: "a exceção se tornou regra. [...] Não me lembro, [...] nestes quase dez anos de Tribunal, de ter visto um único processo onde as normas citadas foram cumpridas." A Ministra Laurita Vaz também deixou clara a necessidade de maior critério na observância da legislação atinente a essa forma de prova colhida pela autoridade policial.

A decisão do *habeas corpus* se deu, em parte, pautada por preceitos científicos da Psicologia do Testemunho (LINDSAY et al., 2013; LOFTUS, 2019), área do conhecimento que visa entender, dentre outros tópicos, fatores que podem levar

a um falso reconhecimento (i.e., inocente ser reconhecido por crime que não cometeu), e quais procedimentos podem prevenir tais erros de justiça (LOFTUS, 2018).

Pesquisas empíricas têm demonstrado a dificuldade prática para a sua demonstração e, consequentemente, a tímida observância da ocorrência de Falsas Memórias ao longo do processo de criminalização (BALDASSO, ÁVILA, 2018). Porém, neste julgado, o Ministro Nefi Cordeiro reconhece que "a Falsa Memória é grave risco à prova penal, especialmente relevante no reconhecimento de autores do crime, onde a emoção, o tempo e lapsos espontâneos levam ao erro, apenas aumentado em sucessivos reconhecimentos."

A decisão do STJ é um aceno para que procedimentos de reconhecimento possam se pautar em critérios científicos para prevenir o falso reconhecimento, e estabelece a necessidade de um padrão mínimo para que o reconhecimento de pessoas seja aceito como prova. Com base nos achados da Psicologia do Testemunho apontamos algumas reflexões sobre as conclusões do STJ, para ao final dialogar sobre próximos passos importantes que possam aprimorar os procedimentos realizados para o reconhecimento de pessoas no nosso país.

A decisão do STJ no HC 598.886-SC postula que:

> "1) 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;
>
> 2) 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."

Esta decisão aponta para novos rumos para os procedimentos de reconhecimento de pessoas, pois em julgados anteriores, as diretrizes mínimas estabelecidas na redação original do Art. 226 do CPP, datada de 1941, eram consideradas enquanto "meras recomendações" (BRASIL, 2017). Ainda que o art. 226 do Código de Processo Penal (CPP) estabeleça um método a ser seguido para o reconhecimento de pessoas, há recomendações científicas da Psicologia do Testemunho que não são contempladas em tal artigo. Necessário ressaltar que a redação original do dispositivo de lei é octogenária.

O art. 226 do CPP versa que "a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer

semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la". Nesse sentido, carece no artigo uma descrição mais próxima de um alinhamento justo, procedimento atualmente recomendado pela ciência.

No alinhamento justo é apresentado apenas um suspeito em meio a outras pessoas (geralmente 5 ou 7) sob as quais não há nenhuma suspeita, chamados de *fillers*. *Fillers* são pessoas sobre as quais se tem certeza de não participação no ato delituoso em questão, de forma que a identificação de um *filler* deve ser entendida como um não reconhecimento do suspeito, ou seja, um *filler* identificado não deve sofrer nenhuma consequência decorrente de sua identificação. Neste sentido, é imprescindível que o suspeito não se destaque em meio aos *fillers*, sendo recomendado que todos os rostos apresentados no alinhamento atendam igualmente à descrição da testemunha, e apresentem vestimentas e expressões faciais semelhantes (CECCONELLO; STEIN, 2020).

Uma vez que no art. 226 do CPP não há uma recomendação mínima de número de *fillers*, bem como quais as características que devem ser observadas para que sejam semelhantes ao suspeito, há a possibilidade de utilizar um alinhamento injusto, e ainda assim estar em acordo com a normativa legal.

Outro aspecto não contemplado pelo art. 226 do CPP é a necessidade de instruções e *feedback* adequado para o reconhecedor, bem como a importância do procedimento duplo cego. As instruções dadas à vítima ou testemunha antes do reconhecimento podem induzir para que reconheça um(a) determinado(a) integrante do alinhamento. Portanto, antes de apresentar o alinhamento é necessário informar que o autor do delito pode ou não estar presente entre os integrantes da linha de reconhecimento, e que a vítima/testemunha não é obrigada a reconhecer alguém. Além disto, cabe também explicitar o risco de *feedbacks* confirmatórios após a resposta dada. Por exemplo, informar que reconheceu quem a polícia acreditava ser o suspeito, visto que pode acabar por inflar a confiança que a vítima/testemunha possui em seu reconhecimento, ainda que este seja falso. Por fim, as evidências científicas (CECCONELLO; STEIN, 2020; WELLS et al., 2020) também advogam a favor do procedimento duplo-cego, no qual quem realiza o reconhecimento não sabe quem é o suspeito no alinhamento, de modo que não possa influenciar o resultado do procedimento.

Na decisão em tela do STJ também consta que:

> "3) 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."

A decisão do STJ está alinhada a outras recomendações da Psicologia do Testemunho, no sentido de o reconhecimento não ser utilizado como única prova para condenar um réu, visto que, mesmo utilizando procedimentos baseados em evidências científicas para o reconhecimento, falsos reconhecimentos ainda assim são possíveis (WELLS et al., 2020).

Todavia, destacamos aqui o risco de confiar apenas no reconhecimento realizado em juízo. No que tange aos processos cognitivos envolvendo a memória de vítimas/testemunhas, o reconhecimento é um procedimento irrepetível. O reconhecimento é um processo inerentemente sugestivo, no qual após a vítima ou testemunha reconhecer o rosto de um suspeito, este rosto passa a estar atrelado ao rosto do criminoso.

A memória humana foi desenvolvida para possibilitar o aprendizado. Uma vez que uma pessoa reconhece um suspeito, seja ele inocente ou culpado, esse rosto passa a subscrever a memória do rosto original, pois o cérebro desse(a) reconhecedor(a) acredita que está "aprendendo" o rosto do autor do crime. Os reconhecimentos subsequentes não estarão, portanto, acessando a memória original para o crime, mas sim uma memória resultante de todas as vezes em que a memória foi acessada em reconhecimentos anteriores aquele realizado seja na polícia civil ou militar. Em suma, um reconhecimento formal realizado por um magistrado, mesmo que seguindo todos os procedimentos baseados em evidências estará comprometido caso a vítima ou testemunha já tenha realizado um reconhecimento enviesado anteriormente (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018).

A efetividade das garantias constitucionais do processo penal, como ampla defesa e contraditório, fica determinantemente comprometida em função da quantidade de informações perdidas e a dificuldade de acesso a estas informações. Nossa estrutura bipartida de persecução penal pode estar produzindo um grande número de condenações de inocentes, ao passo em que culpados podem estar imunes às responsabilizações.

Por fim, a decisão do STJ aponta que:

> "4) O reconhecimento do suspeito por mera 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."

A decisão do STJ acerta por julgar considerar presumivelmente inocente uma pessoa que havia sido inicialmente reconhecido através da fotografia de um

álbum de suspeitos, procedimento no qual são exibidas várias fotografias de suspeitos e a vítima ou testemunha deve apontar se alguma destas fotos corresponde ao autor do crime. Outro procedimento comum no Brasil consiste em apresentar uma foto do suspeito de forma isolada (*show-up*) e perguntar se este é o autor do crime. Entretanto, o problema de tais procedimentos não reside na utilização de fotografia, mas no método sugestivo utilizado para apresentar o suspeito (STEIN; ÁVILA, 2015).

Tanto os procedimentos de reconhecimento por álbum de suspeitos ou *show-up* são notoriamente sugestivos e incorrem em um alto risco de levar a um falso reconhecimento (CLARK; GODFREY, 2009; CECCONELLO; STEIN, 2020; GOODSELL; NEUSCHATZ; GRONLUND, 2009). Com base em dezenas de pesquisas no campo da Psicologia do Testemunho (para uma revisão ver FITZGERALD; PRICE; VALENTINE, 2018), o meio por fotografia não é um problema para o reconhecimento de pessoas, mas sim o contexto e o modo como é utilizada. Portanto, procedimentos indutivos como o *show up* ou conjunto de suspeitos (como no álbum de fotos) não devem ser aceitos como prova devido ao risco de falso reconhecimento, entretanto tal risco não seria menor caso fossem realizados presencialmente.

O reconhecimento fotográfico, utilizado como meio para a realização de um alinhamento justo (e.g., um suspeito em meio a 5 *fillers* de modo que não se destaque dos demais), tem sido utilizado em outros países, como os Estados Unidos e Canadá, e as evidências científicas têm demonstrado que tais procedimentos são tão eficazes quanto procedimentos presenciais. Ainda que o reconhecimento por meio de um alinhamento de fotografias não permita a visualização do corpo por completo dos seus integrantes, a visualização do rosto é o aspecto mais importante para o reconhecimento, uma vez que contém os principais elementos de informação da identidade de uma pessoa. Uma importante revisão de estudos empíricos comparando reconhecimentos feitos por fotografia ou presencialmente concluiu que um reconhecimento fotográfico realizado através de um alinhamento justo é tão eficaz quando um reconhecimento presencial (FITZGERALD; PRICE; VALENTINE, 2018).

Nesse sentido, a decisão de invalidar o reconhecimento simplesmente por ser realizado por fotografia ignora as evidências científicas que apontam para a eficácia deste método, desde que seguida a metodologia preconizada para um alinhamento justo e instruções adequadas, bem como a gravação do procedimento em vídeo para posterior verificação de lisura do procedimento (WELLS et al., 2020). Além disso, a composição por meio presencial de um alinhamento justo implica em desafios operacionais muitas vezes instransponíveis para o agente de

segurança ou da justiça, uma vez que possibilita que *fillers* sejam encontrados com maior facilidade, por meio de um banco de fotos, bem como assegura que a vítima não se sinta intimidada no momento do reconhecimento.

A partir deste ponto, passamos a analisar o reconhecimento de pessoas no Brasil e a necessidade de uma agenda de mudanças.

A memória humana não foi feita para ser testemunha de um crime, e não podemos modificar muitos dos processos cognitivos envolvidos no reconhecimento. Por outro lado, podemos aprimorar os procedimentos utilizados para o reconhecimento de pessoas, levando em conta como a memória humana funciona, e quais procedimentos podem diminuir significativamente o risco de um falso reconhecimento.

Apontamos aqui alguns aspectos sob os quais atores do sistema de justiça devem se debruçar a fim de aprimorar os procedimentos de reconhecimento no Brasil. O artigo 226 é pautado em um Código de Processo Penal que data de 1941, sendo que a Psicologia do Testemunho tem sua origem nos anos 70. Assim é importante refinar as recomendações contidas no artigo 226, especificando a necessidade de construir um alinhamento justo, utilizar instruções e feedback adequado, bem como assegurar um procedimento cego e registrado em vídeo.

Atualmente os procedimentos para o reconhecimento de pessoas no Brasil estão muito aquém do recomendado. A decisão do STJ sinaliza para a necessidade de utilizar procedimentos adequados para o reconhecimento de pessoas, que também perpassa a polícia civil e a polícia militar.

Diálogos para avançar neste sentido devem levar em conta a real aplicabilidade de um procedimento justo, bem como questões epistêmicas sobre a utilização da prova. Por exemplo, dada a natureza cognitiva de irrepetibilidade do reconhecimento, hoje há um consenso entre pesquisadores que o reconhecimento é sempre impactado pelos reconhecimentos anteriores. Assim, caberia a um juiz de garantias realizar o primeiro reconhecimento? Caso afirmativo, seria viável impossibilitar um policial de realizar um reconhecimento, a fim de preservar tal prova?

Sendo o reconhecimento uma prova irrepetível, também é importante uma busca por mudança de paradigma, estabelecendo critérios de "suspeita razoável" para realizar o procedimento, ou seja, as investigações devem levar ao reconhecimento, não partir deste. Dado o problema da repetibilidade do reconhecimento, é preciso que haja diálogo entre magistrados, policiais civis e militares acerca dos procedimentos utilizados para o reconhecimento, a fim de evitar que uma vítima ou testemunha seja solicitada a reconhecer o mesmo suspeito mais de uma vez.

Por fim, há também a necessidade de viabilizar o reconhecimento justo a partir de outros meios, que não somente o presencial. Seguindo modelos de outros países, é possível optar pelo reconhecimento fotográfico, que tem se mostrado um procedimento confiável, quando utilizado em um alinhamento justo. Para isto é necessário criar um banco de fotos de *fillers*, o que implica em debater sobre os métodos para criação e utilização de tal banco, inclusive em termos de proteção à privacidade e intimidade, para que não se incorra em novas injustiças.

Por outro lado, é necessário ressaltar que a decisão apenas menciona a possível ocorrência de invalidade para o caso de não serem cumpridas as regras legais. O Ministro Néfi Cordeiro, inclusive, refere que a violação legal deve ser suficientemente "grave" para levar à invalidação do reconhecimento.

Isto pode nos levar à conhecida jurisprudência defensiva acerca do conteúdo de uma nulidade "absoluta" e "relativa" e suas respectivas consequências (MORAIS DA ROSA, 2020). Temos defendido, desde muito, a desconsideração completa do reconhecimento quando realizado fora de qualquer tipo de parâmetro, tornando-o verdadeira prova ilícita (ÁVILA, 2013).

A decisão HC 598.886-SC do STJ denota um momento importante para o processo penal brasileiro, uma vez que se debruça sobre o tema do reconhecimento e aponta para um caminho importante a ser seguido, ao utilizar evidências científicas para garantir um procedimento mais justo. Dada a relevância desta jurisprudência, apresentamos considerações do ponto de vista da Psicologia do testemunho, a fim de incentivar este debate tão necessário sobre o reconhecimento de pessoas para tornar este procedimento uma prova mais justa e confiável.

Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em: [http://maringa.academia.edu/Gustavo-Noronha].

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* v. 4, n. 1, p. 371-409, 2018.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; 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*, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312].

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 Psicologia Latinoamericana*, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471].

CLARK, S. E., & GODFREY, R. D.. Eyewitness identification evidence and innocence risk. *Psychonomic Bulletin & Review*, v. 16, n.1, p.22-42. 2009.

FITZGERALD, Ryan J.; PRICE, Heather L.; VALENTINE, Tim. Eyewitness identification: Live, photo, and video lineups. *Psychology, Public Policy, and Law*, [s. l.], v. 24, n. 3, p. 307-325, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.1037/law0000164].

GOODSELL, C. A., NEUSCHATZ, J. S., & GRONLUND, S. D. Effects of mugshot commitment on lineup performance in young and older adults. *Applied Cognitive Psychology,* v.23, n.6, 788-803. 2009.

LINDSAY, Rod CL et al. (Ed.). *The handbook of eyewitness psychology*: Volume II: memory for people. Psychology Press, 2013.

LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness science and the legal system. *Annual Review of Law and Social Science*, [s. l.], v. 14, p. 1-10, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-101317-030850].

LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, v. 33, n. 4, p. 498-503, 2019.

MATIDA, Janaína, et. al. *A Prova de Reconhecimento de Pessoas não será mais a mesma*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma].

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N, et. al. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. [S. l.]: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, n. 59). 2015.

WELLS, Gary L. et al. Policy and procedure recommendations for the collection and preservation of eyewitness identification evidence. *Law and Human Behavior*, [s. l.], v. 44, n. 1, p. 3, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1037/lhb0000359].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A influência da imagem sobre a memória e a reconstrução dos fatos. O desafio do reconhecimento fotográfico, de Maria Cecilia Pereira de Mello e Luiza Cobra Gervitz – *RDM* 4 (DTR\2019\42466);
- Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada, de Rafael Francisco França – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal 6* e *RBCCrim* 112/331-366 (DTR\2015\1985); e
- Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro, de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/253-282, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 6 e *RBCCrim* 65/175-208 (DTR\2007\189).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2020\1196720 e JRP\2020\1225672.