Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 166 • abr. / 2020

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 166 • abr. / 2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, José de Assis Santiago Neto e Laura Gigante Albuquerque.

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)
Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez
(Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gimenez-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 (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa
(Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
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 Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García
(Universidad de Salamanca – Espanha)
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)
Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha)
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)

Adriana Padua Borghi
(Universidade São Judas Tadeu – São Paulo/SP)
Alex Pereira Leutério
(Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)
Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes
(Universidade de Lisboa - Portugal)
Ana Paula Motta Costa (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Andrey Henrique Andreolla (URI –Erechim/RS)
Augusto Tarradt Vilela (UNISINOS - São Leopoldo/RS)
Brenno Gimenes Cesca (EPM - São Paulo/SP)
Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP)
Diogo Flora (OABRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Diogo Valério Felix (Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR – Maringá/PR)
Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz - Santa Cruz/BA)
Elisa Leonesi Maluf (USP - São Paulo/SP)
Emerson Oliveira do Nascimento (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL)
Felipe da Veiga Dias (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
Fernando Parente dos Santos Vasconcelos
(UniCEUB – Brasília/DF)
Jamilla Monteiro Sarkis (UFMG – Belo Horizonte/MG)
Jorge Coutinho Paschoal
(Universidade Cruzeiro do Sul - São Paulo/SP)
Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS)
June Cirino dos Santos (ICPC – Curitiba/PR)
Karine Shamash Szuchman
(Universidade Federal de Pelotas - Pelotas/RS)
Larissa Urruth Pereira (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR)
Luciano Goes (Universidade de Brasília – Brasília/DF)
Marilia de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC)
Maurício Sant'Anna dos Reis (CESF – Porto Alegre/RS)
Pedro Jorge Costa (PR – Recife/PE)
Raphael Boldt
(Faculdade de Direito de Vitória – FDV - Vitória/ES)
Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Ricardo Tadeu Penitente Genelhú
(Faculdade Castelo Branco - Colatina/ES)
Rosane Teresinha Carvalho Porto
(UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP - Campo Grande/MS)
Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA)
Sérgio Bruno Araújo Rebouça (Universidade Federal do Ceará – Fortaleza/CE)
Tatiana Lourenço Emmerich de Souza
(UFRJ - Rio de Janeiro/RJ)
Tiago Lorenzini Cunha (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Vinicius de Melo Lima (ULBRA – Campus Torres/RS)
Vitor de Paula Ramos (UFRGS - Porto Alegre/RS)
Vitor Gonçalves Machado
(Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES)
Wagner Marteleto Filho
(Faculdade de Direito Universidade de Lisboa – Portugal)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (UFBA – Salvador/BA)
Ana Paula Cristina Oliveira Freitas
(Universidade Federal do ABC – São Paulo/SP)
Daniel Babo de Resende Carnaval (UFMG – Belo Horizonte/MG)
Daniel Barcelos Vargas (FGV – Rio de Janeiro/RJ)
Elisa Barroso Fernandes Tamantini
(UFMG – Belo Horizonte/MG)
Eugenio Raúl Zaffaroni
(Universidade de Buenos Aires – Argentina)
Fernanda Furtado Caldas (UFBA – Salvador/BA)
Fernando Gonzaga Jayme (UFMG – Belo Horizonte/MG)
Flaviane Baldasso (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS)
Joachim Renzikowski (Universidade Martinho Lutero Halle -Wittenberg – Alemanha)
Laura Ayub Salvatori (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Lucas Montenegro
(Universidade Humboldt de Berlin – Alemanha)
Maria Luiza Belmiro Gomes (FGV – Rio de Janeiro/RJ)
Matheus Felipe de Castro (UFSC – Florianópolis/SC)
Orlando Faccini Neto
(Instituto de Direito Público - IDP – Brasília/DF)
Renata Costa Farias Simeão
(Universidade de Lisboa – Portugal)
Thaís Janaina Wenczenovicz
(UERGS – Porto Alegre/RS)
Tiago Alexandre Lobo dos Santos
(Universidade do Porto – Portugal)
Vinicius Gomes de Vasconcellos
(Instituto de Direito Público - IDP – Brasília/DF)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 166 • abr. / 2020

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 28 • vol. 166 • abr. / 2020

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.

Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 - Vila Olímpia
CEP 04533-085, São Paulo, SP, Brasil

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

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

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

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

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

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [04-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [18.02.2020]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

PRESIDENTA
Eleonora Rangel Nacif
1º VICE-PRESIDENTE
Bruno Shimizu
2º VICE-PRESIDENTE
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º SECRETÁRIA
Andrea D'Angelo
2º SECRETÁRIO
Luís Carlos Valois
1º TESOUREIRO
Gabriel Queiroz
2º TESOUREIRO
Yuri Felix
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Carla Silene Gomes
ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

MEMBROS
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Alvino Augusto de Sá
Ela Wiecko
Geraldo Prado
OUVIDORA
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS
Thayná Yaredy
AMICUS CURIAE
Maurício Stegmann Dieter
ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO
Roberto Portugal de Biazi
BIBLIOTECA
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
BOLETIM
Luigi Barbieri Ferrarini
COMUNICAÇÃO
Roberto Tardelli
CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO
Juliana Souza Pereira
CONVÊNIOS
Gustavo Brito
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL
Ilana Müller
CURSOS
Clara Masiero
CURSOS IBCCRIM - COIMBRA
Claudia Barrilari

DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE
Priscila Beltrame
ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira
ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS
Alberto Zacharias Toron
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Mariana Chies Santiago Santos
INICIAÇÃO CIENTÍFICA
André Lozano
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Maria Carolina Amorim
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Dina Alves
MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Renato Watanabe
MONOGRAFIAS
Eduardo Saad Diniz
NÚCLEO DE PESQUISAS
Riccardo Cappi
POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luciana Boiteux
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Silvio Luiz de Almeida
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Leandro Ayres França
REVISTA LIBERDADES
Paula Mamede
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo
23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marcela Diório

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Milene Cristina Santos
GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL
Paulo Cesar Malvezzi Filho
EQUIPE
Fernanda M. Barbosa Euflauzino

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva

Núcleo Financeiro

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

Núcleo de Atuação Política

SUPERVISÃO
Lorraine Carvalho Silva

EQUIPE
Jonas Santos

Núcleo de Biblioteca

SUPERVISÃO
Helena Curvello

EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

SUPERVISÃO
Douglas Calixto

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Helen Christo
Rafael Vieira

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 28 • vol. 166 • abr. / 2020

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

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

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

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

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, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

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

Designer Editorial: Lucas Kfouri

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

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

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

As teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente
Differential theories of dolus eventualis and conscious negligence
Laura Ayub Salvatori 19

Liberdade embriagada? *Actio libera in causa*, *versari in re illicita* e a regra do art. 28, II, CP
Drunk, but still free? Actio libera in causa, versari in re illicita and art. 28, II, CP
Lucas Montenegro e Joachim Renzikowski 63

Processo Penal

A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência
The presumption of truthfulness of police officer testimonies: flexibilization of the principle of the presumption of innocence
Fernanda Furtado Caldas e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado 85

A prova testemunhal e o fenômeno das falsas memórias
The testimonial evidence and the phenomenon of false memories
Flaviane Baldasso 129

Notas sobre a instituição do *plea bargain* na legislação brasileira
Notes on the institution of plea bargain in Brazilian law
Orlando Faccini Neto 175

Quem está ao telefone? Escuta telefônica e a questão do foro dos interlocutores

Who's on the phone? Telephone listing and the question of the interlocutors forum

Renata Costa Farias Simeão 203

Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal

Cooperation agreements and negotiations in Brazilian criminal justice: agreements to penal sanction based on the defendant conformity

Vinicius Gomes de Vasconcellos..... 241

Crime e Sociedade

Pacheco e Silva e os menores *annormaes*. Vestígios da psiquiatria organicista na trajetória de criminalização da infância e da adolescência pobre de São Paulo

Pacheco e Silva and the minor abnormal. Trace of psychioty organicista in the path of criminalization of poor childhood and adolescence of São Paulo

Ana Paula Cristina Oliveira Freitas 275

Tatuagens de cadeia como expressão da cultura carcerária

Prison tattoos as an expression of the prison culture

Daniel Babo de Resende Carnaval 301

A responsabilização internacional de corporações por violação de direitos humanos: o caso das prisões nos Estados Unidos

International liability of corporations for human rights violations: the case of the american private prison industry

Daniel Barcelos Vargas e Maria Luiza Belmiro Gomes 347

O discurso moralizante nas sentenças que restringem ou privam de liberdade adolescentes em Belo Horizonte

Moralizing discourses in sentences that restrict or private the freedom of young offenders in Belo Horizonte

Fernando Gonzaga Jayme e Elisa Barroso Fernandes Tamantini..... 377

Estrutura e processos comunitários: suas influências nas trajetórias desenvolvimentais (Estado da arte)

Community structure and processes: influences on developmental trajectories (A state of the art)

Tiago Alexandre Lobo dos Santos 411

Entrevista

Entrevista de Eugenio Raúl Zaffaroni ao *Cautio Criminalis* – Grupo de Estudos e Pesquisas em Realidade do Sistema Penal Brasileiro, da UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

Eugenio Raúl Zaffaroni interview with Cautio Criminalis – *Brazilian Criminal System Reality Studies and Research Group – UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina*

Matheus Felipe de Castro e Thaís Janaina Wenczenovicz 461

Índice Alfabético-remissivo

Autores 469

Temas 471

Normas de Publicação Revista Brasileira de Ciências Criminais 475

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 487

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2020 493

Condições para Submissão (*Check List*) 495

As teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente

Differential theories of dolus eventualis and conscious negligence

Laura Ayub Salvatori

Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2019). Assessora jurídica do Ministério Público Federal. ORCID: 0000-0003-0761-1990.
lasalvatori@gmail.com

Recebido em: 28.03.2019
Aprovado em: 19.08.2019
Última versão da autora: 09.10.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho aborda a definição e o conteúdo do dolo eventual, previsto no artigo 18, I, segunda parte, do Código Penal, com o objetivo de diferenciá-lo da culpa consciente e delimitar de forma mais adequada a tênue fronteira existente entre esses conceitos, vez que referida distinção tem o condão de tornar um fato típico. Para isso, baseando-se em um método fenomenológico, realiza-se a análise dos conceitos das espécies de elementos subjetivos e, principalmente, das principais teorias diferenciadoras, volitivas e cognitivas, do dolo eventual e da culpa consciente, a fim de se fixar um conceito de dolo eventual dogmaticamente coerente com a realidade.

Palavras-chave: Dolo eventual – Culpa consciente – Teorias diferenciadoras – Elemento subjetivo – Direito Penal.

Abstract: This study discusses the definition and content of dolus eventualis, established on article 18, I, second part, of the Penal Code, with the goal of distinguishing it from conscious negligence and delimit it in a more adequate fashion the tenuous difference between these concepts, for this distinction has the property of turning a fact into a typified one. Based on the phenomenological method, this study analyses the concepts of subjective elements' types and, mainly, the volition and cognitive theories that distinguish dolus eventualis from conscious negligence, in order to establish a concept for dolus eventualis that is coherent with reality.

Keywords: *Dolus eventualis* – Conscious negligence – Differential theories – Subjective element – Criminal Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tipo subjetivo: dolo e culpa. 3. Teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente. 3.1. Teorias volitivas. 3.1.1. Teoria do consentimento ou da aprovação.

3.1.2. Teoria da indiferença ou do sentimento. 3.1.3. Teoria da vontade de evitação não comprovada. 3.1.4. Fórmulas de Frank. 3.2. Teorias cognitivas. 3.2.1. Teoria da representação ou da possibilidade. 3.2.2. Teoria da probabilidade. 3.2.3. Teoria do risco não permitido. 3.2.4. Teoria do perigo protegido ou assegurado. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Abordando a questão da "dialética da modernidade", Hassemer denominou o Direito Penal liberal e antropocêntrico de Direito Penal "clássico", cuja tutela recaía sobre um conjunto individualista de bens jurídicos, como a vida, o corpo e o patrimônio.[1] Nada obstante, em decorrência do processo de globalização e massificação da sociedade, a ação humana torna-se apta a "produzir riscos também globais",[2] suscitando novos problemas que colocam em xeque seus paradigmas fundamentais.

Em razão da inspiração nas modernas teorias sociológicas orientadas pelo paradigma da globalização, surge o Direito Penal do risco (*Risikostrafrecht*),[3] *sola ratio* e expansivo.[4] Nesse âmbito de discussões, a figura do dolo eventual é trazida novamente ao foco dos debates dogmáticos e reassume sua importância, por ser utilizada para a ampliação das barreiras da punição, na medida em que constitui flexibilização do paradigma do dolo direto[5] como forma normal

1. HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, 2003. p. 55.
2. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Seminário internacional de Direito Penal:* algumas reflexões sobre o Direito Penal e a sociedade de risco. Universidade Lusíada, Lisboa, mar. de 2000, Separata. p. 7.
3. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco:* aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 85-86.
4. Alflen afirma que o caráter expansivo do Direito Penal do risco apresenta três dimensões: ampliação do rol de bens jurídicos protegidos, a antecipação do limite entre comportamento impune e punível e a redução das exigências para a reprovabilidade (ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit., p. 94). Compare HASSEMER, Winfried. Op. cit., 2003, p. 57; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do Direito Penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, jan.-fev. 2007. p. 234-236.
5. O dolo direto é a representação efetiva dos aspectos objetivos do tipo penal e a vontade de concretizá-los, desdobrando-se, pois, em dois elementos – cognitivo e volitivo. Em outros termos, o agente projeta o(s) resultado(s) que pode(m) derivar de sua conduta e os meios necessários para tanto e deseja a concreção dos aspectos objetivos do tipo

do cometimento do crime: para que o elemento subjetivo se enquadre como dolo eventual, não é necessária a intenção direta de produzir o resultado, bastando que se assuma o risco de produzi-lo.[6]

As categorias jurídico-penais, originalmente formuladas como instrumentos de garantia, são revisadas pelo Direito Penal moderno, em razão da necessidade de adaptação à nova configuração social. A revitalização do conceito de dolo pode, entretanto, acarretar o desprezo à sua essência.[7] Por conta disso, o dolo eventual torna-se o ponto mais discutível do tipo subjetivo e, quiçá, um dos mais controvertidos da teoria do delito,[8] vez que em torno dele pairam diversas espécies teóricas assistematizadas, numa tentativa inesgotável de diferenciá-lo da culpa consciente.

O ponto nevrálgico da questão radica no fato de que a dogmática penal tem, como pano de fundo, um grande leque de conceitos estruturantes, cujos significados e precisão são essenciais para a construção de uma teoria harmônica e congruente. Todavia, apesar de o elemento subjetivo do tipo travestir-se como uma questão sedimentada, carrega consigo problemas ainda não enfrentados (e solucionados) devidamente.

Ainda, aponta-se que a ausência de solidez acerca da definição e do conteúdo do dolo eventual produz reflexos no Direito Penal material, na medida em que a distinção entre culpa consciente e dolo eventual tem o condão de tornar um fato

(LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1987. p. 63-64).

6. Muñoz Conde sustenta que o dolo eventual "[é] um complexo processo psicológico no qual se mesclam elementos intelectivos e volitivos, conscientes ou inconscientes, de difícil redução a um conceito unitário de dolo ou culpa. O dolo eventual constitui, portanto, a fronteira entre o dolo e a negligência ou culpa e dado o diverso tratamento jurídico de uma ou outra categoria é necessário distingui-las com a maior clareza" (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988. p. 60).
7. VELO, Joe Tennyson. A fenomenologia do dolo "eventual". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, maio-jun. 2014. p. 36.
8. Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, o dolo eventual é "um enigma, um verdadeiro mistério, que ainda espera resolução" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, jul. 2016. p. 224). No mesmo sentido, FARIA COSTA, José de. *Tentativa e dolo eventual*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1996. p. 31.

típico,[9] e no Direito Penal processual, pois, desde um ponto de vista pragmático, é mais fácil a obtenção da prova do dolo eventual do que a do dolo direto.[10]

2. Tipo subjetivo: dolo e culpa

O dolo, previsto no art. 18, I, do Código Penal,[11] é tradicionalmente definido como a vontade[12] finalista dirigida à realização do tipo objetivo de um crime,[13] ou seja, resume-se em saber e querer praticar a conduta descrita no tipo.[14] Nessa

9. Isso decorre do fato de que alguns crimes somente estão previstos na modalidade dolosa. A título exemplificativo, menciona-se que, de acordo com a redação da Lei 9.613/1998, a lavagem de dinheiro na modalidade culposa não foi tipificada; desse raciocínio, conclui-se que, para a consumação desse crime, é imprescindível a caracterização do dolo no caso concreto.
10. A afirmação parte do pressuposto lógico de que é mais fácil obter a prova de algo que é possível – no caso do dolo eventual, a prova de que o agente representou como possível ou provável a ocorrência do resultado típico – do que a prova de algo que é certo – no caso do dolo direto, a prova de que o agente representou como certa a ocorrência do resultado –, ainda que aquela exija maior esforço argumentativo.
11. Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [...] (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. *Planalto*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 13.02.2018).
12. A vontade seria a (a) faculdade que o ser humano tem de querer, de escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar certos atos, (b) força interior que impulsiona o indivíduo a realizar algo, a atingir seus fins ou desejos, (c) capacidade de escolher, de decidir entre alternativas possíveis, (d) deliberação, determinação, decisão que alguém expressa para que seja cumprida ou respeitada, (e) motivação subjetiva capaz de conduzir de forma moral e refletida a ação humana, em oposição aos desejos e inclinações de caráter meramente afetivo (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C LTDA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1959).
13. WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 27.
14. Nesse sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 62; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 57; e TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 14, 1971. p. 107. Aníbal Bruno define o dolo como um "elemento dinâmico", composto por uma consciência e uma vontade ativa, ambas dirigidas a um fim (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal:* parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 2. t. 2. p. 57). Apresentando um conceito diferenciado de dolo, Hassemer afirma que é a decisão a favor do injusto e um fato interno não observável

direção, Juarez Tavares afirma que a vontade se determina pelas circunstâncias objetivas da realidade social, pelos conhecimentos adquiridos no passado e pela atividade de projeção futura. A ação seria, portanto, resultado dialético desses fatores, regida pela vontade finalista, enquanto o dolo seria "a vontade diretora da ação típica ou, mais em detalhes, a consciência e vontade em relação aos elementos objetivos pertencentes ao tipo".[15]

Dessa assertiva, extrai-se que há condutas cuja vontade não está orientada à realização de um tipo delitivo, como ocorre na maioria das ações cotidianas.[16] A voluntariedade, apesar de elemento necessário, não é suficiente para caracterizar a ação típica, vez que se trata de elemento psicológico desprovido de conteúdo.[17] A conduta, além de voluntária, deve estar voltada a uma finalidade que implica a prática de um delito, seja porque o fim almejado é ilícito, seja porque as consequências secundárias ou os meios escolhidos para a prática de um fim penalmente irrelevante são ilícitos.[18]

Na medida em que o dolo é querer concretizar os aspectos objetivos do tipo representados pelo agente,[19] o elemento subjetivo doloso desdobra-se em dois

(HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. María del Mar Díaz Pita. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 43, n. 3, set.- dez. 1990. p. 931). Gutiérrez critica a inclusão do conceito de vontade na definição do dolo, pois é mais amplo e expansivo, não correspondendo à finalidade. O autor propõe a construção da figura do dolo com base no binômio finalidade-conhecimento (GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis,* Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2002. p. 239-241).

15. TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 107.

16. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 4. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997. p. 77.

17. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 164. O autor também afirma que o Direito Penal recai somente sobre o comportamento humano regido pela dominação volitiva, pois as normas penais são violadas por meio de comportamentos finalísticos. No mesmo sentido, BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 69.

18. LUISI, Luiz. Op. cit., p. 63-64.

19. Jakobs critica a definição do dolo enquanto conhecimento e vontade, afirmando que, se o querer deve designar algo dado positivamente no aspecto dos impulsos do comportamento, então falta o querer no âmbito das consequências acessórias. A fórmula descritiva do dolo deveria ser, então, que dolo é o conhecimento de que a realização do tipo depende da execução querida da ação, ainda quando não seja querida por si mesma, ou seja, o dolo seria o conhecimento da ação junto com suas consequências (JAKOBS,

momentos distintos – um de cunho cognitivo (intelectivo) e outro de cunho volitivo.[20] A depender do grau de intensidade como se realizam os elementos cognitivo e volitivo no momento da conduta, depara-se com uma das três espécies dolosas, quais sejam, o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual: na primeira, a realização do tipo penal é o objetivo finalístico e objeto da vontade direta e primária do agente; na segunda, as circunstâncias típicas não correspondem à vontade final do agente, mas estão vinculadas aos meios empregados ou às consequências necessárias da conduta; na terceira, o resultado ilícito é uma consequência possível ou eventual da ação, havendo conformação com a sua produção ou indiferença a ela, por parte do agente.

De outro lado, há os tipos culposos,[21] que, assim como os tipos dolosos, individualizam uma conduta; na medida em que esta depende da vontade e toda vontade está vinculada a uma finalidade, "a conduta que individualiza o tipo culposo terá uma finalidade, da mesma forma que a que individualiza o tipo doloso".[22]

Günther. *Derecho Penal:* parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 315-316).

20. LUISI, Luiz. Op. cit., p. 63.

21. Para Tavares, o tipo culposo não deve ser dividido em tipo subjetivo e objetivo, como ocorre no tipo doloso, pois "a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência. Portanto, dogmaticamente, não há razão para se incluir, nos delitos culposos, um tipo subjetivo, ainda que nele se busque equacionar a chamada culpa consciente" (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 296-297). Discordando dessa posição, Zaffaroni e Pierangeli sustentam que, além de possível, é conveniente dividir o tipo culposo em objetivo e subjetivo, "para o efeito de localizar sob um rótulo comum todos os requisitos subjetivos da culpa" (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1. p. 448).

22. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 441. Ainda, segundo os autores, o ilícito, nos tipos dolosos, seria a conduta em razão de sua finalidade, enquanto que, nos tipos culposos, seria o planejamento da causalidade para a obtenção do fim (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 444). Consoante expõe Velo, "[...] as atitudes negligentes ainda se mostram como finais, seja porque nelas o sujeito mira um fim (este não proibido), seja porque pressupõem a eleição de meios ilícitos (imprudentes, negligentes ou imperitos)". Tal afirmativa decorre do fato de

Todavia, o que é proibido pelo tipo culposo não é a finalidade da conduta, mas, sim, a forma por meio da qual se alcança essa finalidade.[23] O meio escolhido para se alcançar a finalidade penalmente irrelevante necessariamente deve implicar a violação do dever de cuidado,[24] que é verdadeiro "componente normativo do tipo objetivo culposo",[25] ocasionando um resultado típico não desejado.

Dessa forma, a culpa,[26] prevista no art. 18, II, do Código Penal,[27] caracteriza-se por uma conduta negligente, imprudente ou imperita que "determina,

que Welzel não construiu sua teoria da ação com base na ilicitude do fato, mas, sim, como linha estrutural para todas as ações humanas (VELO, Joe Tennyson. Op. cit., p. 27).

23. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 441.

24. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 4. Cirino dos Santos aponta que Welzel e Jescheck utilizam a expressão "dever de cuidado" para definir a culpa/imprudência, enquanto Roxin emprega o termo "risco permitido" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 86). Menciona-se que Roxin propõe a abordagem da análise da conduta culposa sob a ótica da teoria da imputação objetiva do resultado; segundo esta, a imputação do resultado ao agente dependeria de dois juízos de valoração: a criação do risco não permitido ao bem jurídico e a realização desse risco criado. Por conta disso, o autor emprega, na análise da culpa, o termo "risco permitido", desdobrando-o igualmente em dois juízos valorativos: o desvalor da ação – criação do risco não permitido – e o desvalor do resultado – produção do risco não permitido (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 364).

25. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 445.

26. Alguns doutrinadores brasileiros utilizam a expressão "imprudência", empregada na Espanha, para designar a culpa, em razão da imprecisão do termo, consoante exposto por Cirino dos Santos: "[o] substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*" (SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2012, p. 83, nota de rodapé n. 1, grifos do original).

27. Art. 18 - Diz-se o crime: [...] II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 dez. 1940.

involuntariamente, um resultado lesivo ou põe em perigo um bem jurídico protegido pelo direito penal".[28]

Além disso, a culpa é considerada, no sistema penal brasileiro, como exceção (menos gravosa e, portanto, punida de forma mais branda)[29] à regra da criminalidade dolosa, pois, "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".[30] Nada obstante, Cirino dos Santos aponta que a sociedade contemporânea é marcada pela produção generalizada de ações que lesam gravemente a saúde, a vida e o meio ambiente, mas que não são praticadas dolosamente.[31]

Nos tipos culposos, diferentemente dos dolosos, não há a exigência, em todos os casos, de um conhecimento efetivo acerca dos elementos objetivos do tipo; há, assim, um conhecimento potencial (possibilidade de conhecimento). Quanto ao elemento volitivo, este consistiria na escolha de praticar a conduta final (penalmente irrelevante) com o uso dos meios escolhidos (causadores do resultado ilícito).[32]

Em decorrência dos elementos cognitivo e volitivo dos tipos culposos, classifica-se a culpa em consciente e inconsciente: a culpa consciente ocorreria quando o agente possui o conhecimento efetivo do perigo de lesão dos bens jurídicos, mas

---

Código Penal. *Planalto*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 13.02. 2018).

28. LUISI, Luiz. Op. cit., p. 75.

29. Para Jakobs, defensor da teoria funcionalista radical, a razão de se admitir uma diferenciação de pena entre os crimes dolosos e culposos reside no fato de que, nos crimes dolosos, as consequências da ação são aceitas pelo agente, pois, caso contrário, não atuaria, enquanto que, nos crimes culposos, a aceitação das consequências no momento do fato seria uma questão aberta (JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. Trad. Joaquín Cuello. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 42, n. 2, maio-ago. 1989. p. 641). De outro lado, Hassemer, ao teorizar acerca da *ratio* de se sancionar de forma mais severa o crime doloso, afirma que, nesses casos, o autor lesiona não somente o bem jurídico, mas, também, a norma que impõe a proteção desse bem jurídico. Assim, o perigo aos bens jurídicos penais que deriva de um crime doloso deve ser considerado, *ceteris paribus*, maior que aquele produzido por um crime imprudente (HASSEMER, Winfried. Op. cit., 1990, p. 917).

30. Art. 18, parágrafo único, do CP (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. *Planalto*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm]. Acesso em 13.02. 2018).

31. Essa ideia está relacionada com a noção de sociedade de risco, abordada brevemente na Introdução.

32. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 448.

acredita ou confia que o resultado ilícito não ocorrerá ou que ele poderá evitá-lo;[33] na inconsciente, o conhecimento é potencial e não efetivo,[34] ou seja, o agente não representa concretamente a possibilidade de violação do dever de cuidado ou de produção do risco não permitido. Assim, enquanto na culpa consciente há a representação da possibilidade de lesão do risco permitido ou do dever de cuidado, na culpa inconsciente não existe a representação da possibilidade de realização do tipo penal.[35]

3. Teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente

A fronteira distintiva entre dolo eventual e culpa consciente é tênue e nebulosa, pois, em tese, o elemento cognitivo nessas espécies subjetivas é equivalente, havendo divergência somente quanto ao aspecto volitivo. Há, portanto, a representação acerca da possibilidade de produção de um resultado lesivo; contudo, na culpa consciente, o agente confia na sua não produção, seja por acreditar nas suas habilidades, seja por acreditar no acaso. De outro lado, no dolo eventual, o agente acredita na possibilidade de ocorrência do resultado, ou seja, não confia na sua não ocorrência.[36]

As dificuldades de conceituação e estruturação do dolo eventual, ainda mais quando contraposto à culpa consciente, acarretam a controvérsia doutrinária acerca do tema;[37] nesse sentido, formularam-se diversas teorias diferenciado-

33. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

34. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 450.

35. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2012, p. 95-96.

36. TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 113. Para Jescheck, o "conformar-se com a produção" (*Sich-Abfinden mit dem Eintritt*) e o "confiar na ausência" (*Vertrauen auf das Ausbleiben*) do resultado são conceitos complementares: quem não atua na confiança de que o resultado será evitado conforma-se com a sua eventual produção; quem se conforma com a eventual produção do resultado não confia na sua ausência (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Trad. e acréscimos do Direito espanhol: S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1. p. 406). No mesmo sentido, SANTOS, Juarez. Op. cit., 2005, p. 71.

37. Por conta desses problemas, há autores contrários a essa categoria dogmática. Exemplificativamente, Gutiérrez sustenta que o dolo eventual não é compatível com um sistema penal garantista. Para o autor, a impossibilidade de provar o dolo no processo penal abre espaço para a arbitrariedade e a seletividade do sistema. Além disso, da interpretação ou do uso vulgar de "fim ou finalidade de uma ação" não se pode extrair a referência às consequências necessárias ou possíveis. A coincidência do fim com a ação ocorreria

ras,[38] com o fim de distinguir os institutos, e, inclusive, teorias unificadoras, que propõem a abolição dessa distinção.[39] A esse conjunto teórico também se atribuiu a denominação de teorias do dolo, pois, ainda que o objetivo específico seja diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, acabam, de forma geral, por analisar e definir o conteúdo dos elementos do dolo.

As classificações das teorias tampouco são objeto de consenso,[40] variando conforme a obra adotada. Muñoz Conde[41] e Gimbernat Ordeig[42] apresentam uma teoria bipartida em teoria da probabilidade e teoria da vontade (ou consentimento); Callegari e Weber classificam as teorias em seis espécies – teoria do conhecimento,

somente nos casos de dolo direto de primeiro grau, pois são os únicos nos quais a finalidade de ação é justamente o resultado produzido, e em alguns casos de dolo direto de segundo grau (GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. Op. cit., p. 239-250). Em sentido contrário, Jescheck afirma que quem age ciente da seriedade do perigo e se conforma com a realização do tipo introduziu essa possibilidade nas bases da decisão de sua ação e, por isso, qui-la (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 405).

38. Para Roxin, a literatura científica mais antiga estava dominada pela contraposição entre as teorias da vontade e as teorias da representação. Aquelas enfatizavam a delimitação entre dolo eventual e culpa consciente nos elementos volitivos do dolo; estas, nos elementos intelectuais (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 430).

39. Nesse sentido, Busato afirma que "[a]s discussões entre as duas correntes são ácidas e muito detalhadas, sempre a partir da busca por um elemento diferenciador (nas concepções tripartidas) ou aglutinador (nas teorias unitárias) entre o dolo direto e o dolo eventual" (BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61).

40. É curioso notar que Zaffaroni e Pierangeli afirmam que "[d]urante muitos anos alguns autores insistiram no aspecto de conhecimento do dolo, situando nele a sua essência (teoria da representação), enquanto outros acentuavam seu aspecto de vontade pura (teoria da vontade). Há mais de meio século a doutrina apercebeu-se de que é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: *o dolo é representação e vontade*" (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 420, grifos do original); todavia, ainda há controvérsias a respeito do tema. Nesse sentido, ver PUPPE, Ingeborg. Op. cit.; GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: Silva Dias u.a. (Hrsg.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-903; SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, jul.-ago. 2012.

41. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 60-61.

42. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, 1972. p. 360-361.

do consentimento, da indiferença, da vontade, da representação e da probabilidade;[43] Cirino dos Santos[44] e Juarez Tavares[45] bipartem as teorias em teorias volitivas e cognitivas; Roxin elenca 11 teorias que, apesar de não serem agrupadas em gêneros, consistem justamente nas teorias que a doutrina, em geral, faz referência e categoriza.[46]

Por conta disso, Nelson Hungria afirmava que a controvérsia acerca das teorias do dolo consistia em "pura logomaquia",[47] ou seja, numa discussão oriunda de diferentes interpretações sobre o sentido de uma palavra.

Nada obstante, o agrupamento de todas as espécies de teorias em dois gêneros – teorias cognitivas e teorias volitivas – é mais adequado, por duas razões: por não recair na assistematicidade de elencar direta e separadamente todas as espécies teóricas, como se não houvesse pontos de contato entre elas, e por não as resumir em somente duas espécies, de modo a se preservar as peculiaridades distintivas de cada uma delas.

Ainda, aponta-se que a classificação das teorias em cognitiva ou volitiva está umbilicalmente ligada aos componentes do dolo, visto que, para as teorias cognitivas, o dolo seria composto exclusivamente pela representação do fato (componente cognitivo); para as teorias volitivas, pela representação do fato (componente cognitivo) e pela vontade de agir (componente volitivo).

3.1. Teorias volitivas

De acordo com as teorias volitivas, além do elemento cognitivo, o dolo é composto por um elemento de cunho subjetivo ou diretivo da vontade, integrante,

43. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 166-171. Ressalta-se, entretanto, que na 3. ed. da obra "Teoria geral do delito e da imputação objetiva", de Callegari, o autor apresenta uma divisão mais restrita das teorias do dolo, consistindo em: teoria do consentimento (ou da aprovação), do assentimento (ou da indiferença) e do conhecimento (CALLEGARI, André Luís. Op. cit., 2014, p. 99-101).

44. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 72-80.

45. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 273-279. Observa-se que, em 1971, o autor não apresentava as teorias em dois grandes grupos, mas as limitava em teoria da vontade e teoria da probabilidade (TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 114).

46. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 430-447.

47. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 2. p. 115.

portanto, da ação. Assim, essas teorias coincidem com a bipartição tradicional do dolo em elemento cognitivo e volitivo, de modo que todas as espécies desse gênero teórico trazem à tona, de alguma forma, a vontade.

Dentre as principais teorias do dolo enquadráveis como volitivas, destacam-se (a) a teoria do consentimento ou da aprovação, (b) a teoria da indiferença ou do sentimento, (c) a teoria da vontade de evitação não comprovada e (d) as fórmulas de Frank.

Faz-se a ressalva de que há divergência doutrinária quanto à classificação da teoria da vontade de evitação não comprovada. Cirino dos Santos[48] a enquadra como teoria volitiva, enquanto Tavares[49] e Gimbernat Ordeig[50] a consideram cognitiva. Optou-se por enquadrá-la como espécie de teoria volitiva, na medida em que adota como embasamento filosófico o finalismo e traz como elemento (de exclusão do dolo) a vontade.

3.1.1. Teoria do consentimento ou da aprovação

Para a teoria do consentimento,[51] há dolo eventual quando o agente, ao representar o resultado como de possível ocorrência, consente na prática da conduta e, portanto, na possível ocorrência do resultado ilícito.[52]

Observa-se que o consentimento é traduzido linguisticamente por expressões variadas, como consentir, tolerar, estar de acordo, contar com, assumir o

48. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 74.

49. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 273.

50. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 368.

51. Destaca-se que, diferentemente das demais teorias, os autores não costumam atribuir a sua formulação original a alguém. A única referência encontrada foi na obra de Cirino dos Santos, quem atribui a teoria do consentimento a Edmund Mezger (SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 73). Todavia, a teoria do consentimento foi originariamente representada na jurisprudência e na doutrina alemãs, tendo como mais antigos representantes Robert von Hippel (VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Berlin: Springer, 1925. Bd. II. p. 314) e Mezger (MEZGER, Edmund. *Strafrecht*: Ein Lehrbuch. Berlin: Duncker & Humblot, 1933. p. 306).

52. TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 114- 115. Callegari define a teoria do consentimento como a representação da possível ocorrência do resultado e a manifestação, no agente, da vontade de ocasioná-lo; assim, afirma que, somado à representação, deveria haver um querer o resultado (CALLEGARI, André Luís. Op. cit., 2014, p. 99). Todavia, o problema dessa definição é que não faz a ressalva quanto ao significado jurídico-penal da vontade.

risco de produção, levar a sério, etc., todas evidenciando uma atitude positiva de aceitação por parte do agente. Assim, a adoção dessas fórmulas (ou "plasmações verbais", para Roxin), distintas de "querer", visa evitar referência ao sentido comum da palavra "vontade", compatibilizando-se o conceito de dolo com a desaprovação interna do resultado.[53]

Nada obstante, Cirino dos Santos,[54] Puppe[55] e Roxin[56] apresentam uma definição da teoria do consentimento que destoa dessa ideia, porquanto atribuem a ela a exigência de que o resultado agrade o agente. Consequentemente, esses autores formulam uma crítica à teoria que os demais não formulam: a aprovação do resultado seria própria do dolo direto e não do dolo eventual. Essa crítica, entretanto, não é cabível caso se adote o posicionamento de que o consentimento por ela exigido não corresponde ao sentido comum de "vontade".

Tavares explica que, em verdade, esse posicionamento de Cirino dos Santos, Puppe e Roxin corresponderia a uma das vertentes da teoria do consentimento. A primeira vertente vincularia a vontade ao lado emocional, admitindo o dolo eventual somente nos casos em que o resultado agrade o agente. A culpa, portanto, ocorreria quando o resultado fosse desagradável a ele. De outro lado, para a segunda vertente, haveria dolo eventual ainda que o resultado fosse desagradável ou indesejável, importando as reais pretensões do agente, pois pode tomar

53. Isso remete ao problema, exposto por Ingeborg Puppe, de determinação do significado legal de "querer", pois pode ser um querer psicológico – nos casos em que o agente efetivamente desejou a consequência – ou normativo – no caso do dolo direto de segundo grau, em que o agente internamente pode até não "querer" provocar a consequência, mas sabia que ela necessariamente ocorreria com a sua conduta (PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 31). Para a autora, o dolo deve ser compatível com a desaprovação interna do resultado; logo, formula um conceito normativo de dolo, definindo-o como criação voluntária de um perigo doloso. Por conta desse mesmo problema, Roxin utiliza a expressão "querer em sentido jurídico" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 308).

54. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 73. Em sentido complementar, Díaz-Aranda também critica a teoria do consentimento, afirmando que uma mera postura emocional do agente de aprovação do resultado não justifica a aplicação de uma pena maior do que em relação ao crime culposo, pois isso seria justificar a punição com base numa conduta interna do agente (DÍAZ-ARANDA, Enrique. Teorías del dolo eventual. *Criminalia*, México, v. 63, n. 2, maio-ago. 1997. p. 60).

55. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 33.

56. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 431.

o perigo de produção do resultado como meio necessário para alcançar os seus objetivos.[57]

Observa-se que a segunda vertente é a posição dominante, pois ambas as espécies dolosas (direta e eventual) prescindem da aprovação do resultado, como exemplificam os casos do sujeito que, coagido psicologicamente, pratica um roubo, mesmo não tendo desejado que essa ação ocorresse (dolo direto de primeiro grau),[58] e do sujeito que, visando a esfera que repousa na mão de um amigo, atira, assumindo o risco de errar o alvo e atingi-lo.[59] Assim, não se deve vincular o dolo à agradabilidade do resultado, em qualquer de suas espécies.

Ademais, se o dolo direto de segundo grau – dolo das consequências certas ou necessárias – é compatível com a desaprovação do resultado, não há como se exigir, no dolo eventual – dolo das consequências possíveis –, a aprovação interna do resultado.

Nesse sentido, Roxin reconhece que, a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, a teoria da aprovação foi interpretada de maneira a coincidir com a posição por ele defendida, pois o BGHSt (ver adiante caso *Lederriemenfall,* BGHSt 7/363) atribuiu à expressão "aprovar" um sentido jurídico, no sentido de que o sujeito pode aprovar a produção do resultado, ainda que não o deseje, como forma de alcançar o objetivo por ele perseguido.[60]

Díaz-Aranda aponta que, "para a jurisprudência alemã e espanhola, atua com dolo eventual quem consente com a produção do resultado, ou seja, o sujeito previu a provável produção do resultado e o aprova. Por isso, o consentimento é sinônimo de aceitação ou de aprovação".[61] Ressalta-se que não se pode desven-

57. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 278-279.

58. Esse exemplo consta em ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 362.

59. Esse é, na essência, o "Caso Lacmann", segundo o qual A aposta com B, valendo parte de seu patrimônio, que acertará a bola de vidro que se encontra na mão da moça do estande de tiro ao alvo. Sobre o assunto, MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1. p. 318; WELZEL, Hans. Op. cit., 1997, p. 82.

60. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 431-432.

61. Tradução livre do original: "*[...]* para la jurisprudencia alemana y la española actúa con dolo eventual quien 'consiente' en la producción del resultado, es decir el sujeto ha previsto la probable producción del resultado y lo aprueba. Por lo que consentimiento es sinónimo de aceptación o de aprobación" (DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 60). Acerca da jurisprudência alemã, adiante será apresentado o caso *Lederriemenfall*;

cilhar a aprovação (ou consentimento) da possibilidade de ocorrência do resultado, ou seja, não há uma aprovação ou consentimento direto do agente com o resultado, mas, sim, com a sua eventual ocorrência, pois é o resultado que está sujeito a eventualidades ou condições incertas.

Caso o agente represente o resultado ilícito como de possível ocorrência e, ainda assim, assuma o risco de ou se conforme com a sua possível produção, age com dolo eventual; caso não consinta com sua eventual produção, mas confie na sua não ocorrência, com culpa consciente.[62]

quanto à jurisprudência espanhola, menciona-se o caso do azeite de colza, no qual o Tribunal Supremo da Espanha entendeu que, se o agente tem conhecimento acerca da substância venenosa contida no azeite e da possibilidade séria e concreta de que o produto, ao ser introduzido no mercado, causasse a morte dos consumidores, não é possível negar que agiu, no mínimo, com dolo eventual quanto às mortes e lesões causadas. Na medida em que ele conhecia o perigo, mas, ainda assim, não desistiu de sua ação, sua decisão equivaleria à ratificação do resultado, configurando-se, pois, o dolo eventual (MAQUEDA ABREU, María Luisa. La relación dolo de peligro - dolo (eventual) de lesión: a propósito de la STS de 23 de abril de 1992 sobre el aceite de colza. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 48, n. 2, maio-ago. 1995. p. 422).

62. A definição de dolo eventual e culpa consciente apresentada pela teoria do consentimento não diverge da proposta formulada por Roxin, apesar de o autor pretender fundamentar político-criminalmente a fronteira entre dolo eventual e culpa consciente, como forma de justificar a diferença na aplicação da pena. Para Roxin, haveria dolo eventual quando o sujeito conta seriamente com a possibilidade de realizar o tipo penal, mas, apesar disso, continua agindo para alcançar o fim perseguido e se resigna à eventual realização do delito, conformando-se com ela. De outro lado, agiria com culpa consciente quem reconhece a possibilidade de produção do resultado, mas não a toma como séria, e, sim, negligentemente confia na não realização do tipo. O autor conclui que "quem conta com a possibilidade de um resultado típico e, apesar de tudo, isso não o faz desistir de seu projeto, se decidiu assim – em certo modo mediante atos concludentes – contra o bem jurídico protegido", coincidindo, portanto, apesar de algumas peculiaridades, com o conteúdo da teoria do consentimento. Ainda, para Roxin, outra teoria compatível com a teoria do "tomar-se a sério" (consentimento) seria a teoria da assunção dos elementos constitutivos do injusto, de Schroth, que não será abordada em uma subseção própria por não ter tido repercussão significativa. De acordo com essa teoria, haveria dolo eventual quando o agente assume os elementos (condições) constitutivos do injusto com conhecimento do risco. Assim, o sujeito deve saber que facilmente as circunstâncias constitutivas do injusto se produzirão com a sua ação. Entretanto, o dolo estaria excluído se o agente (a) reprime os elementos de perigo, (b) acredita seriamente que a lesão ao bem jurídico não ocorrerá, (c) emprega sérios esforços de evitação, com perspectiva pessoal de êxito ou (d) acredita que a vítima ou terceiros impedirão a ocorrência das circunstâncias constitutivas do injusto. Tais critérios seriam apenas concreções do conceito de "tomar a sério" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 427; p. 429; p. 445-446).

Em relação ao aspecto volitivo do dolo, não há maiores problemas, pois ele se resume ao direcionamento da ação do agente em face da representação da possível ocorrência do resultado, admitindo-a como consequência possível de seu objetivo final. Entretanto, o ponto nevrálgico da teoria do consentimento – e também das demais teorias – reside no elemento cognitivo do dolo, pois determina o conteúdo do "contar com".

De acordo com as definições doutrinárias da teoria do consentimento,[63] a produção do resultado deve ser representada como possível, não necessitando ser provável. Para Welzel, a representação do "contar com" é mais do que uma simples possibilidade, mas menos que uma probabilidade preponderante,[64] ou seja, afasta-se de posições extremadas. Basta, para a representação do elemento subjetivo, uma consciência real – não potencial –, mas não refletida, ou seja, não premeditada ou planejada. Nesse sentido, o conhecimento exigido pelo dolo "não exige sempre um 'pensar nele', isto é, um conhecimento atual, mas também pode ser integrado com alguns conhecimentos atualizáveis".[65]

A teoria do consentimento, compatível com a desaprovação pessoal do resultado, é a teoria dominante, tendo sido adotada, no Código Penal de 1940,[66] sob o

63. Juarez Tavares afirma que "[n]ão se exige que o agente tome o fato como provável, bastando a possibilidade de conexão entre as conseqüências e o emprêgo dos meios ou o alcance do fim" (TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 114- 115). Díaz-Aranda expõe que, para a teoria do consentimento, não basta a possibilidade de realização do resultado, devendo somar-se a ela a aprovação ou aceitação do resultado (DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 60). Para Callegari, "a mera representação da possível ocorrência do resultado não basta para a configuração do dolo. Mais do que isso, deve se manifestar no agente a vontade de consecução do resultado mentalmente representado" (CALLEGARI, André Luís. Op. cit., 2014, p. 99). Cirino dos Santos afirma que, pela teoria do consentimento, o agente deve aprovar o resultado típico previsto como possível (SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 73). Para Gimbernat Ordeig, o sujeito deve pensar que é possível que se dê o elemento objetivo do tipo e, ainda que fosse certa sua produção, atuaria do mesmo modo (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 360).

64. WELZEL, Hans. Op. cit., 1997, p. 82.

65. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 421.

66. "Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateve à chamada *teoria da representação* (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acêrto, preferiu a *teoria da vontade* (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela *teoria do consentimento* (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável,

signo de "assumir o risco". Para Gimbernat Ordeig, a teoria do consentimento é a dominante pela seguinte razão: há situações nas quais a vontade do agente não está clara, mas também a aplicação de uma punição por crime culposo parece ser insuficiente, sendo o dolo eventual uma solução para essa "incômoda situação", pois, pela teoria do consentimento, pode-se demonstrar que o agente consentiu com o resultado.[67] Isso tornaria a teoria fascinante; todavia, para o autor, a facilidade com que resolve o problema é tão grande que a torna duvidosa.

Assim, Gimbernat afirma que um dos problemas dessa teoria seria a questão probatória, pois exigiria a prova de um fato que não se dá na realidade, frisando que "não é que seja difícil provar o acontecido, é que se quer provar o que não aconteceu".[68] O autor conclui suas críticas afirmando que essa teoria corresponde ao autoritário Direito Penal do autor, pois se fundaria na culpabilidade pelo caráter, e não pelo fato, o que afetaria todas as espécies de teoria volitiva.[69]

Para Muñoz Conde, há duas críticas a serem apontadas à teoria do consentimento. Em primeiro lugar, afirma que se baseia em um juízo presuntivo, pois "se ocupa de confrontar o delinqüente com o resultado, quando este ainda não se tenha produzido, imaginando-o como efetivamente acontecido".[70] Em segundo lugar, há casos em que, ainda que o agente imagine um resultado certo, não há como demonstrar um querer efetivo, dificuldade que toma maiores proporções quando o resultado é incerto.[71]

---

consente no advento dêste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, *representação* e *vontade*" (HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 114, grifos do original).

67. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 365.

68. Tradução livre do original: "[...] no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo *que* no ha acaecido" (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 371). Destaca-se que as críticas formuladas pelo autor à teoria do consentimento, no sentido de que o juiz tem de tomar como certo, no lugar no agente, algo que ele nunca tomou, correspondem às críticas opostas à primeira fórmula de Frank, objeto de análise da subseção 3.1.4 Fórmulas de Frank.

69. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 371-373. Em sentido semelhante, CURY, Enrique. Contribución al debate acerca del dolo eventual. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 4, 5/8, 1975. p. 149.

70. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 61.

71. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 61.

Tavares não formula muitas críticas à teoria do consentimento, limitando-se a afirmar que ela desconsidera o plano global do fato para, assim, poder-se elucidar o que é, em verdade, assumir o risco do resultado.[72]

Para Kaufmann, a teoria do consentimento falharia ao concluir que, do agir, decorre a aprovação, quando o autor considera as consequências somente como possíveis; tampouco explicaria por que a aprovação é decisiva no dolo eventual, mas não no dolo direto.[73] Outrossim, aponta que outro problema dessa teoria seria de que, ao recorrer aos sentimentos do agente, expressa a diferente gravidade do conteúdo da culpabilidade.[74]

A despeito das críticas, a teoria do consentimento é aplicada a casos clássicos elencados pela doutrina acerca do dolo eventual. Dentre eles, pode-se mencionar o caso-paradigma do Tribunal Federal da Alemanha Ocidental conhecido como *Lederriemenfall* (o caso do cinto de couro), de 1955 (BGHSt 7/363).[75]

Em síntese, A e B decidem roubar C; para tanto, planejam estrangular C com um cinto de couro até que perca a consciência, para que possam subtrair seus pertences. Todavia, A e B percebem que, com o estrangulamento, podem causar a morte de C e, por isso, decidem golpeá-lo com um saco de areia na cabeça. Ao executar o plano, o saco de areia rasga, de modo que C não fica inconsciente. Assim, A e B decidem retornar ao plano inicial e utilizam o cinto de couro para estrangulá-lo, até o momento de C parar de se mexer. Após subtraírem os bens de C, A e B tentam reanimá-lo; contudo, C já estava morto.[76]

Observa-se que o roubo é a finalidade da ação de A e B; o cinto de couro, o meio de execução; a morte, a consequência, prevista como possível, da ação. Sob o aspecto cognitivo, A e B levam a sério o risco de produzir o resultado morte de C, representação que é suficiente para fazer que eles mudem de plano, optando pelo saco de areia. Assim, conforme aponta Cirino dos Santos, ao fazer isso, os agentes confiam na evitação do resultado, o que exclui o dolo eventual – em caso de ocorrência do resultado, configurar-se-ia a culpa consciente.[77] Nada obstante, o retorno ao plano de execução

72. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 278-279.

73. KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. Trad. R. F. Suárez Montes. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 2, 1960. p. 193.

74. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 203.

75. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 72.

76. LUISI, Luiz. Op. cit., p. 41; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 424.

77. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 72. Aponta-se que Cirino dos Santos defende que a teoria dominante do dolo eventual é a que adota o critério de "levar a sério"

original evidencia uma atitude de conformação com o resultado, pois, em face do perigo já representado, optam por utilizar o meio de execução do cinto de couro.[78]

Outro caso a ser apontado é o "Caso Löffler": certos mendigos russos mutilavam seus filhos para obterem a comiseração alheia, mas, em consequência das mutilações, as crianças acabam, por ventura, falecendo. Os mendigos tinham ciência de tal possibilidade, mas isso não era suficiente para impedir a reiteração dos atos de mutilação, causando a morte de outras crianças.[79]

Assim, a execução de um plano no qual há a possibilidade de produção de um resultado ilícito – a qual foi representada pelos agentes – indica a aceitação da (ou consentimento com) sua eventual produção, caracterizando-se o dolo eventual.

3.1.2. Teoria da indiferença ou do sentimento

De acordo com a teoria da indiferença ao bem jurídico, também chamada indevidamente de teoria do sentimento, formulada por Engisch,[80] haveria dolo eventual quando o agente aceita, positivamente ou com total indiferença, as possíveis consequências concomitantes à sua ação que podem causar um resultado ilícito.[81] O dolo, portanto, estaria identificado na atitude de alto grau de indiferença (ou desprezo) ao bem jurídico.

(*Ernstnahmetheorie*) a possível produção do resultado típico, a qual se enquadra como subespécie da teoria do consentimento.

78. Para Roxin, também há a decisão pela possível lesão do bem jurídico, mas não porque A e B levaram a sério ou se conformaram com a eventual produção do resultado, mas porque a incluíram nos seus cálculos/planos. Para ele, um resultado pode ser considerado doloso quando corresponde ao plano do agente, numa valoração objetiva (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 416-417; p. 425). Nada obstante, apesar de tecer essas considerações sobre o caso, na mesma obra, conceitua dolo eventual como "contar seriamente com a possibilidade de realização do tipo" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 427).

79. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 360. Para Zaffaroni e Pierangeli, os mendigos "incorporavam ao seu querer a criança amputada, a probabilidade da criança morta, ainda que não desejassem e nem tivessem aceito o resultado como fim ou consequência necessária, porque a criança morta não servia a seus propósitos" (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 434).

80. Atribuem a teoria da indiferença a Engisch SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 73-74; KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 193; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 432; TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 279.

81. DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 61. Para Kaufmann, a teoria da indiferença de Engisch é classificável como uma teoria unitária do dolo, pois a "medida de indiferença"

De outro lado, haveria culpa consciente quando as consequências fossem consideradas indesejadas e o agente tivesse expectativa de que não se produziriam.[82] Assim, não estaria caracterizada a indiferença quando estivesse presente a indesejabilidade das consequências, marcada pela expectativa mental de sua não ocorrência.[83]

Para Roxin, um ponto positivo dessa formulação teórica é que a indiferença seria um indício seguro de que o agente se resignou ao resultado, agindo, pois, dolosamente. Nada obstante, o ponto negativo é que a falta de indiferença, pela teoria, sempre exclui o dolo, entendimento que não é correto.[84] Para Díaz-Aranda, a atuação sem indiferença não necessariamente exclui o dolo, considerando que quem atua com culpa consciente também pode atuar com indiferença ao bem jurídico – tanto que confia na não ocorrência do resultado.[85]

Em verdade, o dolo é compatível com a indesejabilidade do resultado, de modo que esse fator não pode ser um dos critérios de sua exclusão. Nesse sentido, aponta-se que qualquer resultado indesejado cria uma expectativa ou esperança, ainda que mínima, de não ocorrência, o que, todavia, não corresponde à confiança de não produção do resultado exigida pela culpa consciente.[86] Assim, Jescheck aponta que o decisivo para a delimitação do dolo e da culpa no âmbito do injusto é a tomada de posição do agente. No dolo eventual, a consequência possível e indesejada está incluída na decisão; na culpa consciente, não.[87]

No caso do cinto de couro (*Lederriemenfall*), aplicando-se a teoria da indiferença, o elemento subjetivo de A e B corresponderia à imprudência consciente, pois o resultado não era desejado por eles.[88] Nesse caso, entretanto, A e B sabiam do risco de causar a morte de C, inclusive decidindo alterar o meio de execução

---

poderia se dar tanto no dolo eventual, quanto no dolo direto (KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 193). Em sentido diverso, Roxin afirma que a teoria da indiferença seria uma versão mais restrita da teoria do consentimento (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 432).

82. CALLEGARI, André Luís. Op. cit., 2014, p. 100.
83. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 73-74.
84. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 432.
85. DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 61.
86. Nesse sentido, Roxin afirma que um sujeito não pode se exonerar das consequências de sua atuação conscientemente incluídas no seu cálculo mediante esperanças nas quais nem ele mesmo confia (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 432).
87. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 408.
88. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 73-74.

da ação de roubo para evitar o resultado indesejado. Todavia, na medida em que o meio alternativo não foi suficiente para deixar a vítima inconsciente, os agentes decidiram retornar ao plano inicial. Evidentemente, A e B não queriam causar a morte de C, inclusive nutrindo expectativas de que isso não ocorresse; contudo, tomaram a sério a possibilidade de causar a sua morte – o que é evidenciado pela alteração do plano inicial –, de modo que não há como se afirmar que agiram com culpa consciente.

Outrossim, como ressalta Cirino dos Santos, "a ausência de representação do resultado, própria da imprudência inconsciente, pode indicar o mais elevado grau de indiferença em relação ao bem jurídico protegido",[89] tornando a teoria da indiferença insatisfatória à sua própria proposta.

3.1.3. Teoria da vontade de evitação não comprovada

A teoria da vontade de evitação não comprovada, desenvolvida por Armin Kaufmann, sob influência do finalismo, baseia-se na ideia de autodelimitação da vontade de realização da ação, segundo a qual a vontade de realização pode estender-se a todas as consequências, reais ou possíveis, da ação, desde que o agente conte com essa possibilidade.[90]

Em face dessa autodelimitação da vontade de realização, poder-se-ia questionar o que ocorreria nos casos em que a vontade de realização do autor fosse dirigida a não desejar a produção da consequência secundária tida como possível, ou seja, fosse dirigida a impedi-la. Para Kaufmann, a vontade de realização não pode, ao mesmo tempo, estar dirigida a desejar a possível produção do resultado e a evitá-la, mediante o agir. Nesse sentido, conclui que a vontade de realização seria um limite em si mesma.[91]

Seria possível, então, haver uma ação dirigida a concretizar o objetivo final e, simultaneamente, a evitar a ocorrência dos resultados acessórios indesejados. Nesse sentido, caso o agente acredite, falsamente, que a sua ação dirigida a evitar a produção da consequência não desejada será suficiente para atingir esse

89. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 73-74. Em sentido idêntico, TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 279, quem afirma que, apesar de haver alguns pontos de semelhança com a teoria do consentimento, a teoria da indiferença poderia apresentar soluções críticas, na medida em que, em casos de culpa inconsciente, a falta de representação do perigo de lesão indica o mais alto grau de indiferença.

90. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 194.

91. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 194; p. 198.

objetivo, não seria possível afirmar que o resultado indesejado está abrangido pela vontade de realização. Logo, todas as consequências representadas, pelo agente, como de possível ocorrência estão abrangidas pelo dolo, salvo se dirigir sua vontade à evitação da consequência acessória indesejada. A vontade de realização deve ser compreendida em sua totalidade, de modo que se conclui que pode dirigir-se à realização de vários objetivos, como a concretização da ação desejada e a evitação do resultado acessório.[92]

Do mesmo modo, o autor afirma que, ainda que o agente tenha dúvida sobre a suficiência de suas precauções para evitar a produção do resultado, também estará caracterizada a vontade de evitação, afastando-se, pois, a vontade de realização.[93] Portanto, na proposta de Kaufmann, a vontade de evitação é fator de exclusão do dolo eventual.

Assim, a vontade de evitação e a vontade de realização são conceitos excludentes. Àquela são aplicáveis as exigências desta: deve-se tratar de uma vontade eficaz, concretizada no mundo real, sendo insuficiente o mero desejo ou esperança de evitação do resultado.[94]

Todavia, é curioso notar que, apesar de haver uma vontade dirigida à evitação da consequência acessória indesejada, Kaufmann afirma que esta está excluída do âmbito de abrangência da vontade de realização não por conta de um elemento volitivo dirigido a esse fim, mas, sim, pela falta de componentes intelectuais da vontade de realização.

É justamente por conta disso que a doutrina se controverte a respeito da classificação da teoria da vontade de evitação não comprovada.[95] Nada obstante, entende-se que a teoria deve ser classificada como espécie de teoria volitiva, pois, apesar de Kaufmann firmar uma relação entre a não inclusão da consequência acessória na vontade de realização e a falta de elementos cognitivos, há, para além desses, uma ação dirigida à evitação do resultado (ou tomada de decisão), representativa do elemento volitivo.

Observa-se que a proposta de Kaufmann consiste na "ativação de contra-fatores para evitar o resultado representado como possível: imprudência consciente

92. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 195; p. 198.
93. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 195.
94. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 195.
95. Ver subseção 3.1. Teorias volitivas.

se o autor *ativa* contra-fatores, dolo eventual se *não ativa* contra-fatores para evitação do resultado".[96]

Na culpa consciente, haveria vontade de realização dirigida ao objetivo final e vontade de evitação quanto à consequência acessória indesejada.[97] De outro lado, configurar-se-ia o dolo eventual quando o agente não emprega contrafatores para a evitação do resultado ou não altera os meios eleitos para a realização da ação. A não alteração do curso de ação para evitar a produção da consequência acessória decorreria de 3 motivos: (a) não seria possível haver uma configuração distinta da ação e, visto que o objetivo final da ação é mais importante para o agente do que evitar a consequência acessória, ele a realiza; (b) a alteração dos meios empregados para a realização da ação seria muito custosa; (c) o agente é indiferente à produção da possível consequência acessória.[98]

Em razão dos conceitos e critérios adotados pela teoria da vontade de evitação não comprovada, Kaufmann afirma que ela prescinde de sentimento, atitude ou representação do agente, dependendo tão somente do critério objetivo da delimitação do dolo – a vontade dirigida consubstanciada numa ação exterior.[99] Essa objetivação decorreria do fato de que o "confiar" em poder evitar o resultado somente excluiria o dolo se, pela eleição dos meios, faz-se patente no curso da ação.[100] A sua teoria apresentaria, assim, o princípio segundo o qual se delimitaria o nexo final dentro do âmbito das possibilidades representadas pelo agente.

Para Roxin, o critério de Kaufmann não passaria de um mero indício[101] (e, portanto, refutável) de que, quando o agente não age para tentar evitar a produção das consequências acessórias, pode-se deduzir que ele se resignou à sua possível concretização. Todavia, a não constatação da vontade de evitação não pode ser critério definidor do dolo, pois o agente negligente tende a confiar na própria sorte sem aplicar medidas de evitação; por outro lado, o esforço de evitação

96. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 74, grifos do original. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Op. cit., p. 436-437, quem afirma que, pela teoria da vontade de evitação, não há dolo eventual nos casos em que, tendo o agente representado a possibilidade de produção do resultado, sua vontade condutora era dirigida para a evitação do resultado. Ainda, TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 275.

97. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 437.

98. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 195-196.

99. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 196.

100. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 198-199.

101. Em idêntico sentido, TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 275-276.

tampouco serve para excluir o dolo, a exemplo de quando o agente não confia no seu êxito e por isso segue agindo.[102]

Em sentido semelhante, Cirino dos Santos aponta que a ausência de emprego de contrafatores não pode ser definidora do dolo, vez que o ser humano possui a tendência de confiar na própria estrela. Outrossim, o emprego de contrafatores tampouco implica a confiança na evitação da consequência acessória,[103] pois, consoante aponta Hassemer, pode-se tratar de mero cálculo estratégico-criminal.[104] Dessa forma, ainda que o agente empregue meios para tentar evitar a produção da consequência acessória indesejada, não há razões para merecer um tratamento mais brando, visto que, de todo modo, atua perigosamente.[105]

3.1.4. Fórmulas de Frank

Frank elaborou duas fórmulas – sendo a segunda um aprimoramento da primeira, com base nas críticas formuladas pela doutrina – relativas ao dolo eventual e à culpa consciente. Destaca-se que se adotou a expressão "fórmulas" em vez de "teorias" pelo fato de a pretensão de Frank não ter sido discorrer sobre as diferenças teóricas entre dolo e culpa, mas, sim, apontar indicações práticas de como se identificam as duas espécies de elementos subjetivos num caso concreto.[106]

De acordo com a primeira fórmula, haveria dolo eventual nos casos em que o agente, se tivesse certeza de que o resultado ocorreria, ainda assim teria agido; de outro lado, se deixasse de praticar aquela conduta ou alterasse os meios de execução, de forma a evitar a produção do resultado, agiria com culpa consciente.[107]

Observa-se que se trata de uma fórmula hipotético-presuntiva, pois o julgador ou intérprete tem de se colocar no lugar do agente, em contexto diverso do realmente enfrentado por ele – coloca-se em situação de certeza, quando, em

102. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 437.

103. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 74.

104. HASSEMER, Winfried. Op. cit., 1990, p. 912.

105. HASSEMER, Winfried. Op. cit., 1990, p. 912.

106. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 280. Em idêntico sentido, ROXIN, Claus. Op. cit., p. 438, quem afirma que as fórmulas de Frank são um instrumento de conhecimento para a constatação do dolo eventual; TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 115.

107. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 280-281.

verdade, houve situação de possibilidade –, sendo, por isso, denominada de "teoria hipotética do consentimento".[108]

Para Renato de Mello Jorge Silveira, a vinculação do dolo eventual à representação da produção certa do resultado implica uma restrição considerável ao âmbito de abrangência do dolo eventual, pois este somente seria imputado àqueles que, fosse a ocorrência do resultado prevista como certa ou possível, atuariam de igual maneira.[109]

Roxin concorda com o raciocínio de que age dolosamente aquele que, se tivesse conhecimento de que a produção do resultado era certa, ainda assim agiria. Todavia, discorda da conclusão contrária, no sentido de que, caso deixasse de agir ou alterasse os meios de execução, agiria com culpa consciente, pois essa afirmação seria "altamente insegura"; nessa direção, afirma que não se pode negar o dolo quando o sujeito inclui o fracasso (a não concretização do resultado) no seu plano, porquanto, para ele, as perspectivas de êxito teriam mais valor do que as do insucesso.[110]

Tavares afirma que a primeira fórmula é um "simples critério de aferição de prova, através do qual se pretende a distinção de duas formas diferenciadas de imputação. Sendo unicamente um critério processual e não penal, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente fica na dependência do juiz".[111] Assim, o grande problema dessa formulação é que o julgador realizaria um juízo hipotético-psicológico, o que é vinculado à personalidade do sujeito. Assim, a própria tipicidade da conduta – ou seu enquadramento no tipo doloso – ficaria submetida às pré-compreensões e suposições do julgador.[112]

A mesma crítica também é apontada por Díaz-Aranda, no sentido de que, para realizar esse juízo hipotético, o julgador se basearia na personalidade do agente, o que levaria a um Direito Penal do autor, e não a um Direito Penal do fato.[113]

Jakobs critica a primeira fórmula pelo fato de que o agente, no momento de realização da ação, não se deparou com uma situação de certeza (constante na

108. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 281; TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 115.

109. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 232.

110. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 438.

111. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 281.

112. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 281. Todavia, para Cury, não se trata de pensar o que o agente teria feito em um caso hipotético, mas, sim, saber como se comportou na situação real (CURY, Enrique. Op. cit., p. 152).

113. DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 61. Também nesse sentido SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 232.

fórmula), mas, sim, com uma situação de dúvida. Essas duas situações psíquicas são distintas: agir em situação de possibilidade e de certeza de lesão não são comparáveis, seja no plano teórico, seja no plano prático.[114] Por conta disso, o autor afirma que as fórmulas de Frank são inúteis.

Em razão das críticas feitas à primeira fórmula, Frank buscou aprimorá-la, desenvolvendo a segunda fórmula por meio da seguinte indagação: se o agente, antes de atuar, diz a si mesmo que, independentemente do que acontecer, agirá da mesma forma, há dolo eventual.[115] Assim, observa-se que não se trata mais de um juízo hipotético, mas, sim, de uma aferição, em momento anterior à ação, sobre a anuência ou não do agente ao resultado. O que delimitaria o dolo eventual seria "a posição do autor em relação à preferência da execução da ação perigosa, apesar de concorrer a possibilidade de produção do resultado".[116] Por conta disso, nomeou-se essa fórmula de "teoria positiva do consentimento".[117]

Nada obstante, para Roxin, a segunda fórmula não diferiria da primeira, ou seja, as críticas formuladas à teoria hipotética do conhecimento seriam igualmente aplicáveis à teoria positiva do consentimento.[118]

Em idêntica direção, Tavares afirma que nem mesmo o seu formulador, Frank, foi capaz de identificar as diferenças entre elas. Outrossim, afirma que tais fórmulas não inovariam o conteúdo apresentado por todas as outras teorias, porquanto o agir, somado à representação do resultado como de produção certa, indicaria a conformação com ou a assunção do risco de produção do resultado, implicando dolo.[119]

3.2. Teorias cognitivas

Consoante as teorias cognitivas, o dolo seria composto exclusivamente pelo elemento intelectivo, ou seja, seria desprovido de qualquer elemento

114. JAKOBS, Günther. Op. cit., 1997, p. 332.

115. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 280-281. No mesmo sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 233. Tavares elucida a afirmação com a seguinte frase: "se o autor diz a si mesmo: '*seja assim ou de outra forma, suceda isto ou aquilo, em qualquer forma atua*' haverá dolo eventual" (TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 115, grifos do original).

116. TAVARES, Juarez. Op. cit., 1971, p. 115.

117. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 281.

118. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 438.

119. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 281.

subjetivo-volitivo. Dessa forma, não se perquire o posicionamento do indivíduo em relação ao fato[120] – o momento de tomada de decisão seria irrelevante para fins do dolo. O intento de tornar o dolo exclusivamente cognitivo decorre da ideia de que, para seus adeptos, a existência da vontade como critério do elemento subjetivo do tipo acarretaria a caracterização de um Direito Penal do autor e um problema probatório, pois o dolo se fundamentaria num elemento psicológico do agente, inatingível pelo Direito.[121]

Dentre as principais teorias cognitivas, destacam-se (a) a teoria da representação (ou da possibilidade), (b) a teoria da probabilidade, (c) a teoria do risco não permitido e (d) a teoria do perigo protegido ou assegurado.

3.2.1. Teoria da representação ou da possibilidade

No período pós-Segunda Guerra Mundial, a teoria da possibilidade foi primeiramente desenvolvida por Schröder, sendo aprofundada, posteriormente, por Schmidhäuser.[122] Essa teoria "se baseia sobretudo na ideia de que a mera representação da possibilidade já deveria fazer o sujeito desistir de seguir atuando e que a confiança na não produção do resultado contém em si a negação da

120. CALLEGARI, André Luís. Op. cit., 2014, p. 100.

121. Puppe elenca quatro critérios segundo os quais as teorias cognitivas seriam superiores às teorias volitivas: em primeiro lugar, o dolo não possuiria um caráter psicológico, mas, sim, normativo; em segundo lugar, conferiria um sentido claro ao juízo adscritivo; em terceiro lugar, garantiria mais segurança jurídica e igualdade, por possuir critérios mais claros, afastando-se, assim, de um Direito Penal do autor; em quarto lugar, os pressupostos do dolo, consoante as teorias cognitivas, seriam comprováveis em juízo (PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 131-132). De outro lado, Humberto Souza Santos afirma que qualquer teoria diferenciadora que se baseie num critério volitivo "[...] não tem aptidão para proteger bens jurídicos, mas, no máximo, para evitar que o autor 'assuma', 'leve a sério', fique 'indiferente' ao risco e para incentivá-lo a praticar a conduta 'confiando seriamente na não ocorrência do resultado'. Entretanto, uma reprovação penal que pretenda evitar a não violação de bens jurídicos, mas a mera existência de estados psicológicos, que reprova não o fato lesivo, mas o simples sentimento interno do autor coincidente à prática desse fato, limita a liberdade das pessoas sem qualquer ganho social e, no interior de um sistema jurídico-penal cujo fim seja a proteção de bens jurídicos, não se coaduna com a ideia de idoneidade, presente no princípio constitucional da proporcionalidade, segundo a qual toda limitação de liberdade deve ser capaz de alcançar a finalidade desejada, o que a torna, de plano, ilegítima" (SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 97).

122. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 273; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 433.

sua possibilidade".[123] Nega, portanto, a categoria tradicional de culpa consciente, porque, para os defensores da teoria da possibilidade, toda a culpa seria inconsciente. Logo, a diferença entre dolo e culpa residiria tão somente na distinção entre conhecimento e não conhecimento acerca dos elementos objetivos do tipo.[124]

A mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado deveria inibir a prática da ação.[125] Assim, haveria dolo eventual quando o agente representa a possibilidade de ocorrência do resultado; culpa, quando não há representação alguma.[126]

Para Schmidhäuser, dever-se-iam distinguir as situações de conhecimento de fatos seguros e de fatos inseguros. Em relação àqueles, sempre haverá dolo; em relação a estes, somente quando o sujeito estivesse consciente acerca da possibilidade concreta de realização do tipo. Assim, "ao não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de haver considerado a possibilidade em abstrato, o autor se convence de que o resultado não irá acontecer".[127]

Todavia, o fato de haver imputação a título de dolo em face de qualquer mínima possibilidade de ocorrência do resultado é problemático, porquanto se baseia em puro intelectualismo e acarreta resultados práticos mais rigorosos do que os das teorias volitivas, por conta da exclusão da categoria da culpa consciente.[128] Nessa direção, destaca-se o seguinte exemplo elucidado por Roxin: se o agente

123. Tradução livre do original: "[s]e apoya sobre todo en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 433). Em sentido similar, DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 56.

124. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 433. Em idêntico sentido, TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 273; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 74-75.

125. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 74-75; CALLEGARI, André Luís. Op. cit., 2014, p. 101.

126. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 273. Destaca-se, no ponto, que Gimbernat Ordeig confunde o conteúdo da teoria do consentimento e da representação e equipara todas as teorias cognitivas, pois afirma que, para a teoria da representação ou da probabilidade, o agente atuaria com dolo eventual quando a ocorrência do resultado lhe parecesse provável, enquanto que atuaria com culpa quando confiasse na não ocorrência do resultado (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 361). Assim, não só o autor equipara a teoria da representação (ou da possibilidade) à teoria da probabilidade, mas também atribui o conteúdo da teoria do consentimento a ela.

127. SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 105.

128. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 74-75.

dispara uma arma, a uma longa distância, e representa a possibilidade de atingir X com uma probabilidade de 10%, deverá ser punido por homicídio doloso, caso acerte a vítima, vez que se propôs a matá-la. De outro lado, se nesse mesmo contexto, o agente pretende caçar um javali e, por negligência, não toma como séria a possibilidade (conhecida) de atingir X, então, caso isso aconteça, deverá ser condenado por culpa consciente.[129] Todavia, caso se aplique a teoria da possibilidade, ambos os sujeitos deverão ser condenados por homicídio doloso, já que a representação da possibilidade de produção do resultado foi idêntica.

Outra crítica que Roxin elabora é que, segundo a teoria da possibilidade, em não havendo uma representação verdadeira, na terminologia de Schröder, ou concreta, na terminologia de Schmidhäuser, afasta-se a figura do dolo. Nada obstante, esses conceitos de "representação verdadeira" e "representação concreta" corresponderiam ao "tomar a sério" a possibilidade de ocorrência do resultado ou ao "resignar-se" com a sua eventual produção.[130]

Ademais, também há dificuldades em saber quais foram as possibilidades representadas pelo agente no momento da ação.[131] Disso decorre outro problema: como saber, na prática, se o agente representou a possibilidade de ocorrência do resultado? Apesar de a teoria pretender ser completamente objetiva e apta a ser comprovada em juízo, não é possível objetivar o próprio elemento cognitivo do dolo, na medida em que a capacidade e a forma de representação variam conforme cada indivíduo.

Nesse sentido, a distinção de Schmidhäuser entre conhecimento seguro e inseguro e a afirmação de que o dolo está excluído, se no caso concreto o agente se convence que o resultado, representado abstratamente, não irá ocorrer, contrariam a própria base da teoria da possibilidade, cujo intento é abandonar qualquer concepção interna, decisória ou volitiva do agente.[132]

3.2.2. Teoria da probabilidade

A teoria da probabilidade pode ser considerada como uma variante da teoria da representação ou da possibilidade, preconizando que age com dolo aquele que

129. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 434.

130. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 434.

131. GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. Op. cit., p. 248. O autor, apesar de formular a crítica à teoria da representação, utiliza a palavra "probabilidade" em vez de "possibilidade". Ainda assim, o emprego inadequado da palavra não diminui a pertinência da crítica.

132. SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 105-106.

representa como provável a eventual produção do resultado.[133] Provável pode ser definido, conforme aponta Juarez Tavares, como "mais do que possível e menos do que preponderantemente provável".[134]

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente se dá pelos diferentes graus de representação: pune-se mais severamente o crime doloso em razão de o agente ter representado a produção do resultado como muito provável, enquanto que, se a probabilidade for remota, há culpa consciente.[135]

Para Díaz-Aranda, o juízo de probabilidade deve ser subjetivo e individualizado; assim, o juiz deveria levar em consideração as circunstâncias fáticas suscetíveis de prova para aferir se o agente, concretamente, representou a produção do resultado como provável. Não se trataria, portanto, de um juízo geral ou objetivo, mas específico e subjetivo.[136]

Todavia, para o autor, a teoria da probabilidade ocasiona uma grande ampliação no âmbito dos delitos dolosos, pois, na medida em que não há porcentagens ou cálculos aritméticos relativos à cognição, não se sabe como determinar se há dolo ou culpa nos casos em que a probabilidade não é muito alta e nem muito baixa.[137]

---

133. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 273; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 435. Observa-se, entretanto, que o único autor que atribui especificamente a formulação da teoria da probabilidade a alguém é Humberto Souza Santos. Para ele, haveria duas vertentes da teoria da probabilidade: uma de Lacmann e outra de Sauer. Para Lacmann, o reproche mais severo da conduta ocorre no momento em que o agente representa a maior probabilidade de produção do resultado, pois, quanto mais provável este parece, menos motivação será necessária para dissuadir a conduta. De outro lado, Sauer não trabalha com a noção de motivação, mas, sim, com o perigo, afirmando que o reproche mais severo deve incidir sobre as condutas objetivamente perigosas originadas de uma livre decisão de vontade (SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 102-103).

134. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 274. Nesse sentido, WELZEL, Hans. Op. cit., 1997, p. 82. Para Faria Costa, entretanto, "não parece ser dogmaticamente incorrecto admitir-se uma total equiparação entre probabilidade e possibilidade" (FARIA COSTA, José de. Op. cit., p. 28).

135. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 60; CURY, Enrique. Op. cit., p. 154.

136. DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 57.

137. DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 57. Em sentido semelhante, Humberto Souza Santos afirma que Sauer, assim como Lacmann, recusava-se a admitir porcentagens de probabilidade, vez que o reproche da conduta deveria se basear na maior probabilidade de ocorrência do resultado do que na sua não ocorrência. Todavia, essa afirmação não

Além disso, a teoria da probabilidade também não saberia explicar por que, no dolo direto de primeiro e segundo graus, a vontade é um dos seus elementos, enquanto que, no dolo eventual, somente a representação o integra.[138] Como se resolveriam os casos nos quais a produção do resultado, considerada como improvável ou pouco provável, é desejada? Se não se negar o dolo nesse caso, então a representação da probabilidade não poderia ser uma característica geral do dolo, servindo tão somente para o dolo eventual.[139]

Tavares afirma que a probabilidade de lesão do bem jurídico seria indiciária da assunção do risco de produzi-la, não constituindo critério autônomo e suficiente para definir o dolo eventual.[140] Nesse sentido, para Roxin, a teoria da probabilidade não se diferencia da teoria predominante – do consentimento –, porquanto o fato de o agente considerar como "mais ou menos provável a produção do resultado é, de fato, um indício essencial de que toma a sério essa possibilidade e de que conta com ela".[141]

Gimbernat Ordeig, defensor de um conceito cognitivo de dolo, aponta que a vantagem da teoria da probabilidade é que não confronta o agente com algo que não levou em conta no momento da ação, adotando um critério real – a situação perigosa. Todavia, o ponto negativo dessa teoria seria a prescindibilidade da vontade do agente quanto ao resultado, apesar de estar-se analisando a existência ou não de um comportamento doloso. Ainda assim, afirma que isso só é um problema caso se constate que o dolo exige a vontade, o que, para ele, é algo muito discutível.[142]

Uma variante moderna da teoria da probabilidade é a teoria normativa da vontade de Ingeborg Puppe, segundo a qual age dolosamente quem tem o conhecimento do perigo intenso de produção do resultado. O critério, portanto, é o conhecimento do perigo qualificado, cuja intensidade "deve ser tal que uma pessoa

---

resolve o problema, pois, ao utilizar a expressão "mais provável", remete-se a ideia de dados estatísticos (SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 104).

138. DÍAZ-ARANDA, Enrique. Op. cit., p. 57.

139. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 193.

140. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 274.

141. Tradução livre do original: "[...] más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indicio esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con Ella" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 435).

142. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 373. O problema na posição de Gimbernat Ordeig é que atribui à vontade um sentido profano equivalente à agradabilidade, o que, conforme exposto na subseção 1.4.1.1 Teoria do consentimento ou da aprovação, não é compatível com o dolo eventual.

racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com" a produção do resultado.[143] Ainda, a autora afirma que "[a]penas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se compreensivo com o autor que diga para si mesmo um 'tudo vai acabar bem'".[144] Assim, age dolosamente quem, conscientemente, produziu um perigo para o bem jurídico que outra pessoa só o faria caso aceitasse a produção do resultado.[145]

Nada obstante, a simples representação da significativa probabilidade de lesão ao bem jurídico não corresponde à vontade de realização do tipo, sendo mero indício. Nesse sentido, a teoria de Puppe tampouco se diferenciaria da teoria dominante, pois, apesar de rechaçar qualquer concepção volitiva de dolo, faz uso da expressão "contar com" e da noção de confiabilidade na não produção do resultado, típica da culpa consciente.

Ademais, ao adotar o critério do homem racional, parte-se "de um elemento cognitivo presumido, independentemente do que o agente realmente conhece, o que compromete gravemente o princípio da culpabilidade, pois autoriza a incriminação de um sujeito a título de dolo por algo que não tenha efetivamente querido."[146]

Outra variante da teoria da probabilidade é a teoria de habituação ao risco de Jakobs, que combina o critério da probabilidade com o do risco habitual. Dessa forma, há culpa consciente quando o agente, em vista de suas experiências pessoais (habituação ao risco), considera a produção do resultado como improvável; de outro lado, há dolo eventual quando não julgar ser improvável a causação do resultado lesivo.[147] Exemplificativamente, Jakobs afirma que quem, moderadamente embriagado, dirige um automóvel, produz um risco abstrato e estatístico; entretanto, caso tenha alguma habituação com esse risco, este é individualmente insignificante.[148]

---

143. PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, jan.-fev. 2006. p. 118.

144. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., 2006, p. 119.

145. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 274.

146. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 124.

147. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 275; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 441.

148. JAKOBS, Günther. Op. cit., 1997, p. 334.

Tavares formula à teoria de Jakobs as mesmas críticas apontadas à teoria de Puppe, acrescendo que "a figura do costume do risco nada acrescenta à solução do problema. Pelo contrário, insere o dolo no que se chama de círculo organizativo, não com vistas ao sujeito, mas à sua função social".[149]

De outro lado, Humberto Souza Santos afirma que a teoria de habituação ao risco remete ao Direito Penal do autor, por atribuir dolo ou culpa exclusivamente com base no comportamento do sujeito, o que, ainda, estimularia o hábito de colocar em perigo bens jurídicos alheios.[150]

3.2.3. Teoria do risco não permitido

Frisch, em sua obra *Vorsatz und Risiko*, de 1983, defende que o objeto do dolo não seria o resultado típico – por conta da impossibilidade de o agente representar algo que ainda não teria ocorrido no momento da conduta –, sendo esta, em verdade, o objeto do dolo.[151] Tavares exemplifica esse entendimento da seguinte forma: no crime de homicídio, o objeto do dolo não seria a morte da vítima (coincidente com o resultado), mas, sim, o risco ao qual se expõe a vida da vítima com a prática da ação.[152]

Assim, Frisch procura estabelecer um novo critério de delimitação (e de fundamentação) do dolo eventual e da culpa consciente, qual seja, o conhecimento do risco não permitido, entendido como o risco tipificado da conduta ilícita;[153] havendo o conhecimento acerca do risco concreto, estaria caracterizado o dolo eventual, que prescindiria de elemento volitivo.[154]

---

149. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 275.

150. SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 94.

151. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. [S.l.]: Carl Heymanns Verlag, 1983. p. 68.

152. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 276.

153. Humberto Souza Santos afirma que, consoante a teoria de Frisch, "para ser qualificada como típica, a conduta deve ser concretamente arriscada e juridicamente desaprovada, juízo obtido a partir das circunstâncias reconhecidas *ex ante* que circundam o caso e desde a perspectiva do autor" (SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 106-107).

154. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 439. Apesar de Frisch utilizar o critério do conhecimento do risco não permitido como normativo, María del Mar Díaz Pita entende que "[...] afirmar que o dolo consiste no conhecimento do risco não supõe a normativização deste conceito, mas, pelo contrário, a utilização de parâmetros psicológicos, reduzidos em seu objeto, cujas dificuldades probatórias não é necessário ressaltar. A adoção do risco como objeto do conhecimento não transforma a natureza deste elemento de psicológica a normativa; só reduz sua extensão" (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de

De outro lado, haveria culpa consciente "quando o autor, diante da representação de um perigo concreto, diga a si mesmo: por este ou outro motivo, nada passará. Isto significa que o autor, nesta situação, se decide subjetivamente por uma conduta não perigosa e, pois, não atua dolosamente".[155] Dessa forma, observa-se que Frisch também afasta do enquadramento no tipo doloso os casos tradicionalmente classificados como culpa consciente, ou seja, aqueles nos quais o agente, diante da representação dos elementos objetivos do tipo, confia na sua não realização. Não há, portanto, negação do critério de "tomar a sério o" ou de "confiar na não realização do" resultado, o que aproxima a teoria do risco à teoria do consentimento.[156]

A teoria de Frisch, em realidade, troca a "dificuldade de avaliar a intenção interna do agente pelo mesmo problema encontrado na investigação do conhecimento do sujeito, também compreendido por uma perspectiva psicológica".[157]

Outra dificuldade dessa formulação teórica reside, justamente, na alteração do objeto do dolo, porquanto não há como se excluir da cognição dolosa o seu resultado,[158] pois isso torna "permeáveis as linhas divisórias entre o proibido e o permitido".[159]

3.2.4. Teoria do perigo protegido ou assegurado

A teoria do perigo protegido ou assegurado,[160] formulada por Herzberg, fundamenta a distinção do dolo eventual e da culpa consciente na natureza do perigo,

---

normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13).

155. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 276.

156. Nesse sentido, Roxin afirma que Frisch, assim como os defensores da teoria da probabilidade, tenta desconsiderar o elemento volitivo que existe na tomada de decisão do agente; nada obstante, inclui-no no seu conceito de risco, o que constitui mera reformulação conceitual artificiosa da teoria dominante (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 440). Martínez-Buján Pérez assevera que o elemento volitivo fica embebido no conteúdo do conhecimento, não havendo diferença material com as teorias volitivas (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41).

157. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 124.

158. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 76. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Op. cit., p. 441.

159. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 276-277.

160. Tavares utiliza a expressão "perigo resguardado" (TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 277).

que pode ser desprotegido ou protegido: aquele ocorreria quando depende de fatores fortuitos (sorte ou casualidade), independentemente de o agente confiar ou não na produção do resultado, como nos jogos de roleta russa; este, quando a evitação do resultado depende exclusivamente da atitude de algum indivíduo, mediante cuidado ou atenção, seja ele o agente, a vítima ou terceiro, como nos crimes de trânsito.[161] Nos casos de perigo desprotegido, há dolo eventual, já que não há como alguém evitar o resultado, enquanto que, sendo o perigo protegido, concorre a culpa consciente.[162]

Além do perigo desprotegido e protegido, haveria uma terceira classificação – o perigo desprotegido distante (ou perigo remoto). Este se assemelharia ao perigo protegido, afastando, portanto, o dolo. Como exemplo, menciona-se o caso do inquilino que joga, através da janela, um objeto pesado, sabendo da possibilidade de atingir alguém que caminha na calçada.[163]

A evitabilidade do perigo, elencada como critério diferenciador do dolo e da culpa, diz respeito tão somente ao tipo objetivo, ou seja, é desprovida de qualquer condição subjetiva.[164] Dessa forma, Tavares afirma que a teoria do perigo protegido visa "estabelecer critérios puramente objetivos de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, que se aproximam daqueles ditados pela teoria da imputação objetiva do resultado, mas de certa forma vinculados ao elemento intelectivo".[165]

O problema central dessa teoria é que não há como se afirmar categoricamente que todos os casos de perigo protegido excluem o dolo, nem que todos os casos de perigo desprotegido o caracterizam. O critério da evitabilidade, dessa forma, não pode ser tomado como o principal diferenciador entre o dolo eventual e a culpa consciente, mas como um "elemento acessório da identificação da assunção do risco, relativamente à postura do agente de tomar como séria a possibilidade de produzir o resultado".[166]

161. Roxin traz dois exemplos relativos ao perigo protegido: um capataz manda um aprendiz subir no andaime sem o equipamento de segurança; um professor permite que os alunos se banhem num rio perigoso, apesar da placa de proibido (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 443).
162. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 76-77.
163. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 443; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 76-77.
164. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 277.
165. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 277.
166. TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 278.

Nesse sentido, não há o completo afastamento da teoria do consentimento, pois, nos casos de culpa consciente, a proteção ou asseguramento do perigo dependem, em algum grau (ainda que mínimo), da confiança do sujeito na capacidade de evitação do resultado, seja essa capacidade sua, da vítima ou de terceiro; sem essa confiança, o agente acredita que a evitabilidade do perigo depende de fatores fortuitos, o que implica o dolo eventual.[167]

Outro problema reside na fundamentação do dolo direto. Imagine-se um sujeito que dirige em alta velocidade em direção a um policial. Pode-se pensar que o policial vai saltar para o lado – o que é de se esperar – e, já que ele pode fazê-lo, trata-se de um perigo assegurado, consoante a teoria de Herzberg. Todavia, e se o sujeito realmente quiser matar o policial? Somente pelo fato de o policial poder pular para o lado se deve afastar o dolo?[168]

A despeito das críticas, Cirino dos Santos afirma que deve ser reconhecido o valor do esforço de construir critérios objetivos para o elemento subjetivo, que tradicionalmente sempre se fundou em critérios subjetivos.[169]

4. Considerações finais

A tentativa de construir uma base objetiva para o elemento subjetivo, tomada não somente por Herzberg, mas por todos os defensores das teorias cognitivas, desconfigura a própria realidade da conduta.[170] Na medida em que esta consiste na representação mental do resultado, da seleção dos meios e das consequências concomitantes, concretizada no mundo exterior por meio de um agir consciente, em vista do fim almejado, desconsiderar, para fins de caracterização do dolo, o elemento volitivo-decisional do agente importa a distorção da própria ação.

Nessa direção, "[s]e o homem é um ser absolutamente peculiar, é porque se projeta, evidentemente tem interesses, finalidades. Essas lógicas, além de informarem o caráter existencial do ser humano, fundamentam sua inclinação à responsabilidade".[171] Assim, o esforço doutrinal em conferir ao dolo eventual uma qualificação exclusivamente normativa vai de encontro à individualização das peculiaridades estruturais da responsabilidade dolosa.

167. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 444-445.

168. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 445.

169. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 76-77.

170. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2005, p. 76-77.

171. VELO, Joe Tennyson. Op. cit., p. 26.

A adoção de um critério puramente cognitivo-normativo de dolo resulta em juízos presuntivos que levam a resultados críticos, pois, em razão da mera possibilidade ou probabilidade de ocorrência do resultado, imputa-se ao sujeito a prática dolosa da ação.[172] Não é possível haver uma responsabilidade dolosa sem referência a algum elemento volitivo, vez que, inclusive a representação de uma adequada proteção, dependerá, de alguma forma, da crença do agente na não verificação do resultado.[173]

É curioso notar que, apesar de as teorias cognitivas afirmarem que a existência de um elemento volitivo acarreta um Direito Penal do autor, ocorre justamente o contrário: a falta do elemento volitivo leva o julgador a se amparar na personalidade do agente para aferir o elemento cognitivo, de modo que as premissas das teorias cognitivas se afastam de um Direito Penal do fato.

Nesse sentido, a vontade – também compreendida como processo decisional – é um dado interno ao agente, mas que pode ser aferido concretamente por meio de indicadores externos objetivos. É sabido que haverá *hard cases* nos quais a perquirição do dolo encontrará dificuldades; entretanto, isso não é motivo suficiente para negar, por completo, a existência do elemento volitivo. Afinal, toda ação e omissão são praticadas por seres humanos, sendo-lhes inerente a tomada de postura consciente.

Não há como se excluir o elemento volitivo, pois, caso contrário, incorre-se num juízo plastificado e superficial. O ponto nevrálgico é que, ao tomar

172. Exemplificativamente, menciona-se o seguinte caso: "[e]m uma recente decisão de 2014, a Corte de Cassação italiana julgou o caso ThyssenKrupp, dando verdadeiro giro Copérnico acerca do entendimento do dolo eventual. Tratava-se da análise da situação vivida em Torino, em 2007, na fábrica de ThyssenKrupp A.S.T. s.p.a., na qual um incêndio havia consumido a vida de 7 operários. Em um primeiro momento, verificou-se o posicionamento de condenação dos dirigentes e administradores delegados da empresa, os quais teriam atuado com dolo eventual em relação aos fatos. Entretanto, houve verdadeira reviravolta nesse entendimento em instância superior, a qual afirmou por uma necessária distinção entre dolo eventual e culpa consciente se dá em termos estritos vinculados à vontade do agente" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 239). Esse caso seria um exemplo de que a aplicação de uma teoria estritamente cognitiva pode implicar uma injustificada ampliação do instituto, pois, nas instâncias ordinárias, os administradores foram condenados por homicídio doloso em razão da adoção de um conceito normativo de dolo. A Corte de Cassação reformou a decisão, entendendo que seria caso de culpa consciente.

173. CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. Trad. Beatriz Romero Flores. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B., 2003, p. 402.

conhecimento acerca da possibilidade/probabilidade de lesão ou de perigo intenso ao bem jurídico, o agente toma uma decisão, independentemente dos seus motivos pessoais ou da desaprovação do resultado. Ao tomar essa decisão e agir de modo a executá-la, ele quis realizar o tipo, no sentido de que essa ação era necessária para a consecução dos seus objetivos. Essa decisão pode ser vista como integrante do elemento volitivo, pois vai além da mera representação do resultado. Ao tomar uma decisão, o agente sopesa as possibilidades, os prós e contras, para, ao fim, fazer a sua opção e executá-la. Esse processo decisório, apesar de racional, expressa um conteúdo de vontade, que é inafastável.

Por conta da inafastabilidade do elemento volitivo, vez que inerente à condição humana, percebe-se que as teorias cognitivas não excluem o critério do "contar com" (ou "tomar a sério"), dando-lhe, em verdade, outra roupagem.

Na teoria da representação, também conhecida como teoria da possibilidade, Schmidhäuser distingue a representação abstrata da concreta, afirmando que, ao não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de haver considerado a possibilidade em abstrato, o agente se convence de que o resultado não acontecerá.[174] O processo decisional, relativo ao elemento volitivo, está presente, nessa teoria, no convencimento do agente da não ocorrência do resultado em face da ausência de representação concreta do resultado.

Na teoria da probabilidade, a representação de que um resultado é mais ou menos provável é um indício de que o agente conta com a possibilidade de ocorrência do resultado; há, na verdade, um recorte dos elementos do dolo, limitando-o ao aspecto cognitivo. Nessa direção, Puppe, ao formular uma versão mais moderna da teoria da probabilidade, afirma que "[a]penas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se compreensivo com o autor que diga para si mesmo um 'tudo vai acabar bem'",[175] ou seja, não exclui a existência da tomada de postura pelo agente.

Na teoria do risco não permitido, Frisch aponta que há culpa consciente quando o agente, diante da representação de um perigo concreto, afirma a si mesmo que nada ocorrerá.[176] Do mesmo modo que na teoria de Puppe, há a presença de um dado interno do agente, qual seja, sua crença de que o resultado ilícito não se produzirá.

174. Ver nota de rodapé n. 127.

175. Ver nota de rodapé n. 144.

176. Ver nota de rodapé n. 155.

Por fim, na teoria do perigo protegido ou assegurado de Herzberg, nos casos de culpa consciente, o agente confia ou acredita na capacidade de evitação do resultado, seja essa capacidade sua, da vítima ou de terceiro; caso contrário, se o agente não confia ou não acredita que alguém possa evitar o resultado ilícito, dependendo este da casualidade, age com dolo eventual.[177]

Observa-se que, independentemente da formulação cognitiva adotada, a referência a um aspecto volitivo, subjetivo ou decisional está, de alguma forma, presente no elemento cognitivo, pelo fato de a vontade ser indissociável do dolo. Há, desse modo, a mera transferência da carga subjetiva do elemento volitivo para o elemento cognitivo.[178]

Adota-se, portanto, a teoria do consentimento na vertente preconizada originariamente por von Hippel e Mezger e pela jurisprudência alemã, cuja conceituação de dolo eventual e distinção da culpa consciente são as mais condizentes com a realidade do fenômeno, independentemente da fórmula legal empregada ("contar com", "tomar a sério", "anuir ao", etc.).

Nesse sentido, o dolo é compatível com a desaprovação interna do resultado, pois, mesmo que não o deseje, o agente, ainda assim, realiza a ação, como forma de concretizar seu objetivo finalístico, seja este lícito ou ilícito. Essa é a razão pela qual não se adota a corrente defendida por Cirino dos Santos, Puppe e Roxin, uma vez que entendem que a aprovação do resultado está necessariamente vinculada ao dolo eventual. Todavia, tanto o dolo direto quanto o dolo eventual prescindem da aprovação do resultado, pois o elemento volitivo do dolo corresponde a um querer jurídico, e não emocional.

177. Ver nota de rodapé n. 161.

178. Para Tavares, já que há equivalência legal entre as espécies de dolo, todas as teorias cognitivas, que o equacionam somente com o componente intelectual, são desprovidas de fundamentos (TAVARES, Juarez. Op. cit., 2000, p. 283). Roxin, apesar de negar o finalismo, entende que as teorias que tentam suprimir totalmente o elemento volitivo do dolo estão condenadas ao fracasso, pois não se poderia excluir o elemento interno que integra a decisão de lesão do bem jurídico. Elas acabariam, assim, ou incluindo o elemento volitivo no saber, ou desfigurando os fenômenos reais mediante a redução a seus elementos intelectuais (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 446). Ragués i Vallés defende exatamente o oposto de Roxin. Para este, apesar de as teorias cognitivas apresentarem terminologia diferente, o seu resultado material tende a coincidir com o das teorias volitivas; para aquele, apesar da nomenclatura adotada pelas teorias volitivas ser diversa, seu resultado tende a acordar com o das teorias cognitivas (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 69, nov. -dez. 2007. p. 135).

Para Welzel, o grau de consciência da possibilidade de produção da consequência ilícita – ponto mais problemático das teorias do dolo – afasta-se de posições extremas, definindo-o como mais do que uma simples possibilidade, mas menos que uma probabilidade preponderante.

O parâmetro da simples possibilidade pode ser entendido como uma consciência potencial, a qual é insuficiente para a caracterização do elemento cognitivo do dolo, ainda mais considerando o paradigma do risco atualmente vivenciado.[179] De outro lado, a probabilidade preponderante significa uma reflexão consciente, que não é exigida para fins de caracterização do dolo, pois as pessoas não agem normalmente por meio de uma premeditação ponderada.

Dessa forma, exige-se um grau intermediário de conhecimento, afastando-se, pois, dos extremos de qualquer possibilidade ou de previsão exaustiva das possibilidades. Evidentemente, a posição intermediária é a que abarca o maior número de casos; contudo, não é possível – e nem mesmo desejável – que se apresente uma fórmula mais restritiva, sob pena de enrijecer o instituto do dolo eventual a ponto de torná-lo incompatível com as variáveis fáticas.

5. Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco:* aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal:* parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 2. t. 2.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. Trad. Beatriz Romero Flores. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B., p. 393-430, 2003.

179. Ver Introdução.

CURY, Enrique. Contribución al debate acerca del dolo eventual. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p. 149-157, 1975.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Seminário internacional de Direito Penal:* algumas reflexões sobre o Direito Penal e a sociedade de risco. Universidade Lusíada, Lisboa, mar. de 2000, Separata.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. Teorías del dolo eventual. *Criminalia*, México, v. 63, n. 2, p. 47-64, maio-ago. 1997.

DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA COSTA, José de. *Tentativa e dolo eventual*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal:* parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. [S.l.]: Carl Heymanns Verlag, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 1, n. 3, p. 355-386, 1972.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: Silva Dias u.a. (Hrsg.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminologia, teoría y praxis*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p. 235-260, 2002.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, set.- dez. 1990.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C LTDA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 2.

JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. Trad. Joaquín Cuello. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 42, n. 2, p. 633-652, maio-ago. 1989.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal:* parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal:* parte general. Trad. e acréscimos do Direito espanhol: S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1.

KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. Trad. R. F. Suárez Montes. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 2, p. 185-206, 1960.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1987.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. La relación dolo de peligro - dolo (eventual) de lesión: a propósito de la STS de 23 de abril de 1992 sobre el aceite de colza. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 48, n. 2, p. 419-440, maio-ago. 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*: Ein Lehrbuch. Berlin: Duncker & Humblot, 1933.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

PUPPE, Ingeborg. *Distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan.-fev. 2006.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 129-155, nov.-dez. 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, jul.-ago. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do Direito Penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 222-238, jan.-fev. 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 14, p. 107-119, 1971.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VELO, Joe Tennyson. A fenomenologia do dolo "eventual". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 15-54, maio-jun. 2014.

VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Berlin: Springer, 1925. Bd. I.I

WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*: parte general. 4. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A fenomenologia do dolo "eventual", de Joe Tennyson Velo - *RBCCrim* 108/15-54 (DTR\2014\9533);
- Culpa consciente e dolo eventual (parecer caso "Boate kiss": Santa Maria/RS), de Alexandre Wunderlich e Marcelo Almeida Ruivo - *RBCCrim* 161/365-390 (DTR\2019\41044);
- Direito penal e possibilidade: o Neurodeterminismo e seu déficit de normatividade para a fundamentação da culpabilidade, de Bruno Tadeu Buonicore - *RBCCrim* 141/15-60 (DTR\2018\8686); e
- Dolo eventual e culpa consciente, de Ingeborg Puppe - *RBCCrim e Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 58/114-132 (DTR\2011\1792).

Liberdade embriagada? *Actio libera in causa, versari in re illicita* e a regra do art. 28 II, CP

Drunk, but still free? Actio libera in causa, versari in re illicita *and art. 28 II, CP*

Lucas Montenegro

Assistente científico na Cátedra de Direito Penal, Teoria e Filosofia do Direito da Universidade Martinho Lutero Halle-Wittenberg. Doutorando pela Universidade Humboldt de Berlin.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0247-1063
lucas.romero-montenegro@jura.uni-halle.de

Joachim Renzikowski

Professor catedrático de Direito Penal, Teoria e Filosofia do Direito da Universidade Martinho Lutero Halle-Wittenberg.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5318-0998
Joachim.Renzikowski@jura.uni-halle.de

Autores convidados

Área do Direito: Penal

Resumo: Como é possível imputar ao agente o cometimento de um delito, se ele não era imputável ao tempo do fato? Este artigo toma os problemas dogmáticos envolvendo o art. 28, II, CP, como um ensejo para buscar na tradição filosófica a resposta a essa pergunta. Especial atenção é dada aos pontos de contato e divergência entre as figuras *actio libera in causa* e *versari in re illicita*. A sutil, mas fundamental distinção entre ambas oferece a chave para repensar casos de imputabilidade e embriaguez no direito brasileiro.

Palavras-chave: *Actio libera in causa – Versari in re illicita* – Art. 28, II, CP – Imputabilidade – Culpabilidade.

Abstract: How is it possible to make someone responsible for a crime, if he was not imputable at the time of the action? This contribution takes problems involving art. 28, II, CP as an opportunity to revisit the philosophical tradition in the search for an answer to that question. Particular attention shall be casted to the similarities and differences between the figures *actio libera in causa* and *versari in re illicita*. The subtle, but fundamental distinction between both of them offers the key to rethink cases of imputability and drunkenness in the Brazilian criminal law.

Keywords: *Actio libera in causa – Versari in re illicita* – Art. 28, II, CP – Imputability – Culpability.

Montenegro, Lucas; Renzikowski, Joachim. Liberdade embriagada? *Actio libera in causa, versari in re illicita* e a regra do art. 28 II, CP.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 166. ano 28. p. 63-82. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

Sumário: Introdução. I. O modelo brasileiro e o princípio da culpabilidade. II. Oprincípio *versari in re illicita*. III. ***Actio libera in causa* e *versari in re illcita*** na tradição filosófica. IV. O acaso e normas como razões para agir. V. Considerações finais. Referências.

Introdução

Nulla poena sine culpa. A ideia de que pena pressupõe culpabilidade é, juntamente com o princípio da legalidade, o mais importante pilar de sustentação do Direito Penal moderno. O princípio é reconhecido por inúmeras ordens jurídicas e impõe-se com tal força intuitiva que parece dispensar maior fundamentação. Não é punível aquele a quem não se pode censurar a realização do fato, e toda exceção a essa regra é um golpe inaceitável à legitimidade da ordem jurídica.[1] Expresso nesses termos, o princípio conta com a aceitação fácil típica das formulações abstratas. No Brasil, embora não haja uma enunciação explícita nos textos legais, o princípio é amplamente reconhecido pela literatura e jurisprudência.[2]

É, no entanto, no nível das questões concretas que se evidencia o grau de compromisso de uma ordem jurídica com seus próprios pressupostos. Nessa contribuição, voltaremos um olhar para a regulação dos efeitos da embriaguez sobre a imputabilidade no Direito brasileiro. Tal como positivada no art. 28, II, CP, e nos respectivos §§ 1º e 2º, essa regulação oferece-nos um excelente ensejo para expor o princípio *versari in re illicita* em suas origens históricas e refletir sobre sua relação com a figura da *actio libera in causa*. Tem-se, de um lado, um princípio que hoje soa para juristas quase como sinônimo de responsabilização objetiva. E, de outro, uma figura amplamente aceita e tida como compatível com o princípio da

1. Obviamente os termos "princípio" e "regra" não são empregados no sentido corrente da discussão sobre direitos fundamentais. O princípio da culpabilidade seria, nessa terminologia, uma regra, pois expressa uma obrigação na forma tudo ou nada. Princípio, aqui, é entendido, tal como outros princípios jurídicos elementares, como uma regra genérica e abstrata. Nesse sentido, KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winter, 1976. p. 15 ss. Para a distinção corrente em teoria dos direitos fundamentais, ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 71 ss.

2. Por exemplo, em vez de vários, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111 ss.; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45 ss., ambos com mais referências.

culpabilidade. Ambas as figuras têm, no entanto, longa história na teoria da imputação, havendo momentos em que parecem de fato se sobrepor, outros em que uma sutil distinção é mais insinuada do que expressamente formulada.

Assim, partindo de uma apresentação do princípio *versari in re illicita* em suas origens (II.), faremos uma breve exposição da tradição filosófica da ideia de uma *actio libera in causa*, a fim de averiguar uma possível recondução do *versari in re illicita* àquela figura (III.). Em seguida, buscaremos demonstrar por que uma distinção entre *versari in re illicita* e *actio libera in causa* é necessária (IV.). Essa distinção é o que permite demonstrar que o *versari in re illicita* não é compatível com o princípio da culpabilidade. De início, faremos uma breve análise do tratamento conferido à embriaguez no Brasil (I.). A intenção é, nesse primeiro ponto, demonstrar como a relação entre o princípio da culpabilidade e os imperativos de política criminal torna-se tensa no caso concreto dos efeitos da embriaguez para a imputabilidade, bem como trazer a lume o modelo de responsabilização implicitamente afirmado para sustentar a regulação vigente.

I. O modelo brasileiro e o princípio da culpabilidade

A embriaguez por álcool ou outras substâncias entorpecentes é vista hoje pela Psiquiatria como um distúrbio psíquico provisório com base orgânica.[3] O consumo de substâncias entorpecentes influencia diversos sistemas receptores no cérebro e, a depender da dosagem, desencadeia uma síndrome psicopatológica, ou seja, a manifestação de uma alteração psíquica.[4] Por consequência, a embriaguez figura, em diversos países, como possível causa de exclusão de culpabilidade, ao lado de outros distúrbios psíquicos, como esquizofrenia ou demência.

Partindo desse pressuposto, parece natural assumir que a embriaguez, enquanto um distúrbio psíquico, pode, em princípio, conduzir à inimputabilidade. Como não se aceita, no entanto, que ela seja uma carta branca para o cometimento de delitos, várias ordens jurídicas buscam modelos excepcionais de atribuição de responsabilidade, como uma regra que prevê uma exceção para a embriaguez

3. WENDT, F. Schuldfähigkeit bei krankhaften seelischen Störungen. In: KRÖBER, H. L. et. al. (Org.). *Handbuch der forensischen Psychiatrie*. Berlin: Springer, 2010. v. 2. p. 227, p. 240 ss. Segundo a difundida classificação de Kurt Schneider, trata-se de uma psicose exógena: STRENG, Franz. § 20, Rn. 32. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2017.

4. WENDT, F., op. cit., p. 242.

pré-ordenada,[5] ou criação de um tipo penal próprio, que pune o agente em situação de embriaguez completa caso se verifique uma condição objetiva de punibilidade (o ilícito).[6]

O Código Penal brasileiro, inspirado na regulação praticamente idêntica do Código Penal italiano,[7] segue outro caminho. A embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal, estipula o art. 28, II, CP. A essa regra abre-se então uma exceção para os casos em que a embriaguez completa tenha sido proveniente de caso fortuito ou força maior, e o agente era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 28, II, § 1º, CP). Essa solução encerra, no entanto, um evidente conflito. A regra de que a embriaguez não exclui a imputabilidade e a exceção do caso fortuito e da força maior não se deixam, ao mesmo tempo, reconduzir ao conceito de imputabilidade pressuposto pelo próprio Código.

Determina-se, como regra, que a embriaguez não tem o condão de excluir a imputabilidade. Essa regra só é compatível com o princípio da culpabilidade, o qual obviamente pressupõe que só imputáveis podem ser punidos, se assumirmos que a embriaguez, em nenhuma hipótese, pode levar a que o agente seja incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente, mesmo em estado de completa embriaguez, saberia o que está fazendo e seria responsável pelo fato ilícito. Nélson Hungria, por exemplo, parece seguir esse caminho ao defender que "a vontade do ébrio não é

5. Assim, por exemplo, no Direito português (art. 20, 4, CP) e espanhol (art. 20, 1º).

6. É o caso do tipo penal da embriaguez completa (*Vollrausch*) no direito alemão. Essa solução é bastante polêmica e objeto de sérias críticas. Para a discussão sobre *Vollrausch* na Alemanha, GEISLER, Claudius, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*. Berlin: Dunker & Humbolt, 1998. p. 363 ss.; RENZIKOWSKI, Joachim. Die Verschärfung des § 323ª StGB – *Preisgabe des Schuldprinzips? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 112, n. 3, 2000. p. 491 ss .

7. As disposições do texto original de 1930 são vigentes até hoje: "Art. 91. Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva la capacità d'intendere o di volere, a cagione di piena ubriachezza derivata da caso fortuito o da forza maggiore. Se l'ubriachezza non era piena, ma era tuttavia tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, la pena è diminuita. Art. 92. L'ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce l'imputabilità. Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata".

tão profundamente conturbada que exclua por completo o poder de inibição"[8] e considerar, citando Metzger, os atos do ébrio como expressão de sua personalidade. Embora implausível, essa construção não é necessariamente equivocada. O problema, no entanto, é torná-la compatível com a exceção do art. 28, II, § 1º, CP.

Isso porque esse último dispositivo afirma, inequivocamente, ser a embriaguez uma possível *causa* para a perda da capacidade de conhecer o ilícito e determinar-se de acordo com esse entendimento ("É isento de pena o agente que, *por* embriaguez completa [...] era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz [...]"). Aquele que comete um delito em estado de embriaguez não pode ser punido, porque, ao tempo do fato, não era capaz de seguir o comando normativo. Do contrário, não haveria razão para isentá-lo de pena. Se aquele que agride alguém sabe estar cometendo um ilícito e poderia ter agido de outra forma, não há razão para não lhe atribuir responsabilidade, mesmo que a agressão tenha ocorrido em estado de embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior. A norma de comportamento seria ainda capaz de alcançar o destinatário, e, do ponto de vista político-criminal, seria contraproducente permitir ao ébrio que cometa delitos só porque sua embriaguez foi obra do acaso. Entretanto, se a embriaguez pode de fato suprimir a faculdade de conhecimento do ilícito e de orientação da própria conduta, como parece sugerir a exceção do caso fortuito e da força maior, então não pode ser tido como culpável, em princípio, aquele que age em estado de completa embriaguez.

Isso significa que, para a dissolução desse conflito, precisaríamos recorrer a uma forma excepcional de imputação, já que a imputabilidade pressupõe, em regra, que o agente, ao tempo da ação e omissão, tenha conscientemente decidido realizar o ilícito.[9] Uma possível saída seria um recurso à clássica figura da *actio libera in causa*. E, de fato, parece ser essa a justificação que o legislador tinha em mente ao criar a regra, pelo menos a tomar pelas palavras do Ministro Campos, na Exposição de Motivos para o Código, citada por Nélson Hungria: "Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substâncias análogas), do ponto de

8. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. t. 2. p. 385.

9. Para a distinção entre imputação ordinária e extraordinária, ver HRUSCHKA, Joachim. Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf: Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 96, n. 3, p. 661-702, 1984.

vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda sua plenitude a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*".[10]

Essa interpretação da *actio libera in causa* destoa, entretanto, do uso que a literatura penal contemporânea faz dessa figura. Há uma hipótese abrangida pela regra do art. 28, II, CP, mas que não é punível segundo a figura da *actio libera in causa* em nenhum dos seus modelos de justificação.[11] Trata-se do caso em que (i) não se verifica o denominado dolo duplo;[12] (ii) tampouco há razões para se afirmar que o delito do ébrio se origina da violação de um dever de cuidado. Seria o caso de alguém que se embriaga recreativamente e vem a cometer um delito em estado de completa embriaguez, embora jamais tenha feito algo semelhante, nem haja circunstâncias pelas quais deveria prevê-lo. Essa hipótese não é, no entanto, abrangida pela exceção do art. 28, II, § 1º, CP, pois a embriaguez não seria proveniente de caso fortuito ou força maior.[13]

Embora esse quadro não pareça favorável ao legislador brasileiro, é recomendável um pouco de cautela antes de simplesmente desqualificarmos a opção legislativa, por exemplo, afirmando ser uma expressão da origem autoritária do Código, de que faria prova o parentesco com o *Codice Rocco*. Primeiro, porque o

10. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. t. 2. p. 384.

11. Para o emprego da *actio libera in causa* na dogmática jurídico-penal e seus modelos de justificação, STRENG, Franz. § 20, Rn. 114 ss. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2017. Para um estudo do desenvolvimento dogmático da figura e sua adoção pelo direito positivo na Alemanha: HETTINGER, Michael. *Die "actio libera in causa"*: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Berlin: Dunker & Humbolt, 1988.

12. Streng defende serem, na verdade, três os requisitos de cunho subjetivo: (i) dolo em relação ao ato a ser cometido posteriormente; (ii) dolo em relação à produção do estado de inimputabilidade; (iii) o dolo em relação à realização do tipo durante a execução do fato (STRENG, Franz. § 20, Rn. 142. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2017).

13. Essa hipótese é de há muito conhecida de parte da doutrina brasileira. Aníbal Bruno, por exemplo, em crítica ao dispositivo legal, já se referia a esse tipo de casos como não abrangidos pela figura da *actio libera in causa*: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2. p. 151-152. Também críticos: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. t. 2. p. 609-610. Nélson Hungria faz uma listagem de hipóteses a respeito do ébrio que comete um delito, mas convenientemente não inclui a hipótese mencionada (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. t. 2. p. 388).

uso que a doutrina atual faz da *actio libera in causa* é, de fato, bem mais restrito do que seu emprego na discussão filosófica em que o conceito surgiu. Além disso, a concepção defendida pelo Código não diverge, por exemplo, dos critérios de imputação defendidos por Immanuel Kant, de cujo compromisso com a liberdade dificilmente se pode duvidar. A interpretação que Kant e outros autores fazem da *actio libera in causa* – e que o Código brasileiro parece pressupor – resulta no princípio *versari in re illicita*. Passemos assim à exposição desse princípio em seu conteúdo e suas origens.

II. O princípio *versari in re illicita*

O Código brasileiro atribui relevância à relação interna do agente para com o ato de embriagar-se. É importante saber se a embriaguez em si, e não só o ilícito que se segue, é voluntária ou culposa, ou se é proveniente de caso fortuito ou força maior. O próprio ato de embriagar-se é objeto de valoração, como se estivéssemos diante de um ilícito autônomo.[14] A natureza dessa relação do sujeito com o ato de embriagar-se tem então consequências para os fatos que se seguem, pois, apenas no caso de uma embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, os fatos posteriores a que deu causa não lhe serão imputados.

Essa mesma estrutura verifica-se no princípio *versari in re illicita*. Esse princípio, cuja tradução seria algo como "incorrer em algo ilícito", não implica uma absoluta responsabilização objetiva, mas vincula a responsabilização do agente a uma condição, qual seja, a realização de um fato moral ou juridicamente proibido. A realização desse fato ilícito é então tomada como fundamento para a imputação dos fatos ilícitos consequentes, mesmo que sejam produtos do acaso.

14. Classificar a embriaguez, por exemplo, como culposa é uma demonstração clara dessa valoração, pois culpa, ao contrário do dolo, é um conceito tradicionalmente normativo. Assim, por exemplo, Franz von Liszt, ainda na primeira edição de seu manual: "o dolo por si só não é ainda culpabilidade, senão que se verifica tanto na ação conforme quanto desconforme à norma; a culpa, por outro lado, é em si culpabilidade (embora nem sempre culpabilidade punível), não sendo sequer concebível em outro contexto que não o de uma ação contrária à norma" (LISZT, Franz von. *Das Deutsche Reichsstrafrecht*. Berlin/Leipzig: Verlag von J. Guttentag, 1881. p. 106). No original: "Der Vorsatz als solcher ist noch nicht Schuld, sondern findet sich in gleicher Weise bei dem normgemäßen wie bei dem normwidrigen Handeln; die Fahrlässigkeit dagegen ist an sich schon Schuld (wenn auch nicht immer strafbare Schuld), und ist auf anderem Gebiete als dem des normwidrigen Handelns gar nicht denkbar".

A primeira formulação do princípio é atribuída a Bernardus Papienses em seu *Breviarium extravagantium*, uma compilação de cânones surgida em fins do século XII.[15] O princípio tem, assim, origem no direito canônico, mais precisamente no direito das denominadas irregularidades. As irregularidades (*irregularitas*) eram impedimentos à ordenação e tinham como objetivo afastar aqueles que não eram dignos das funções eclesiásticas. Elas eram classificadas em *irregularitas ex defectu*, como no caso de um filho bastardo, e *irregularitas ex delictu*.[16] Nestas, tinha aplicação o princípio *versari in re illicita* exclusivamente para o caso de homicídio.[17] Significa dizer: aquele cuja conduta ilícita provocou a morte de alguém torna-se irregular para o exercício das funções eclesiásticas, sendo irrelevante se o resultado é proveniente de um curso imprevisível dos acontecimentos.[18]

Segundo a reconstrução histórica proposta por Löffler e reproduzida por outros autores, o *versari in illicita* seria uma espécie de compromisso entre o princípio de atribuição de responsabilidade afirmado pela Igreja, fortemente orientado ao foro íntimo, e a concepção popular corrente, aferrada ainda a algumas formas de responsabilização objetiva.[19] Como o sentido das irregularidades era

15. LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895. v I. p. 139-140; BESCHÜTZ, Julius. *Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre*: Teil I. Breslau: Scheltter`sche Buchhandlung, 1907. p. 94; HINSCHIUS, Paul. *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland*. Berlin: J. Guttentag, 1895. v. V. p. 795, nota de rodapé 4; LEUSCHNER, Kurt. *Der Dolus indirectus*: Sein Wesen, seine Geschichte und seine praktischen Folgerungen. Würzburg: Triltsch, 1935. p. 3.
16. Sobre o conceito e classificação das irregularidades, ver HINSCHIUS, Paul. *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland*. Berlin: Von I. Guttentag, 1869. p. 7 ss.
17. HINSCHIUS, Paul. *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland*. Berlin: Von J. Guttentag, 1869. v. I. p. 41.
18. Tomás de Aquino defende, por exemplo, que a irregularidade não decorre da culpa, mas de um fato que origina um empecilho ao sacramento ("Ad quartum dicendum quod ratio illa procederet, si irregularitas sequeretur culpam. Non autem sequitur culpam, sed factum, propter aliquem defectum sacramenti", *Summa theologica*, I-IIae q. 20 a 5 ad 4).
19. LÖFFLER, Alexander. Op. cit., 136 ss.; BESCHÜTZ, Julius. Op. cit., p. 94-95. Em crítica a essa narrativa, KOLLMANN, Horst. Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 35, 1911. p. 49 ss.

preservar a autoridade e dignidade das funções eclesiásticas, passou-se a aceitar, em uma composição dessas duas concepções de responsabilidade, que um homicídio casualmente provocado possa ser atribuído a quem lhe deu causa, tendo por base um fato imoral ou ilícito anterior.

Essa doutrina foi em seguida recepcionada no direito secular por obra da Escola dos Comentadores Italianos.[20] Discutia-se, então, um problema que não por acaso igualmente atormenta a doutrina brasileira na interpretação do art. 28, II, CP: o ato casualmente provocado deve ser atribuído a título de dolo ou de culpa?[21] Como forma de responder a essa pergunta, desenvolveu-se o conceito de *dolus indirectus*, cuja influência se fez sentir século XX adentro, sendo o precursor do que hoje denominamos de delitos qualificados pelo resultado.[22] Tal como desenvolvido pelos comentadores (ou pós-glosadores), ao agente era atribuído *dolus indirectus* em relação a um resultado casual se satisfeitos dois requisitos: primeiro, é necessário que ele tenha incorrido em algo ilícito; dessa conduta ilícita, em segundo lugar, deve-se seguir um resultado provável, que, como tal, foi ou deveria ter sido previsto.[23] No século XVI, a doutrina ganhou maior lapidação teórica pelas mãos do espanhol Diego de Covarrubias, que buscou o fundamento para sua teoria do dolo no pensamento de Tomás de Aquino, e a seguir também com escritos do jurista alemão Carpzov.[24]

É interessante perceber que, no Brasil, os Códigos anteriores de 1830 e 1890 continham regras que parecem ser uma formulação do princípio do *versari in re illicita* em sua plenitude. O Código de 1830 determina não serem criminosos

20. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1919. v. IV. p. 115 ss. Löffler menciona, como primeiro autor secular a defender essa teoria, o nome de Albertus Gandinus, LÖFFLER, Alexander. Op. cit., p. 147, nota de rodapé 3.

21. Ainda na doutrina canônica, HINSCHIUS, Paul. *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland*. Berlin: Von I. Guttentag, 1869. p. 41. Para a discussão no direito dos pós-glosadores, LÖFFLER, Op. cit., p. 148. No direito brasileiro, por exemplo, BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2. p. 156-157.

22. OEHLER, Dietrich. Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 69, n. 4, 1957. p. 504 ss.

23. LÖFFLER, Alexander. Op. cit., 149-150. Especificamente sobre o *dolus indirectus*, KLEE, Karl. *Der Dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen* Schuld. Berlin: Decker, 1906; LEUSCHNER, Kurt. *Der Dolus indirectus*: Sein Wesen, seine Geschichte und seine praktischen Folgerungen. Würzburg: Triltsch, 1935.

24. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1919. v. IV. p. 120-121.

aqueles que "commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria" (art. 10, § 4º). *A contrario sensu*, significa serem criminosos aqueles que, no exercício ou prática de *ato ilícito*, "commetterem crimes casualmente". O Código de 1890 continha dispositivo praticamente idêntico ("Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attenção ordinaria", art. 27, § 6º).[25] Dessa ampla formulação do princípio parece ter restado a regra do art. 28 do atual Código Penal.

Mencionamos anteriormente que Covarrubius recorre ao pensamento tomista para conferir fundamento à doutrina do *dolus indirectus*. Como veremos a seguir, o próprio Tomás de Aquino, por sua vez, cita expressamente os trechos de Aristóteles ao discutir a imputação das consequências de uma ação ilícita e acredita que seu pensamento, nesse como em muitos outros aspectos, está em consonância com o do filósofo grego. Assim sendo, parece promissor fazer uma rápida visita a alguns textos da tradição filosófica que se ocupam do problema.

III. *Actio libera in causa* e *versari in re illcita* na tradição filosófica

Voltemo-nos, portanto, para os fundamentos do princípio *versari in re illicita*. Mencionamos anteriormente que se buscou fundamentar a regra do art. 28, II, CP, na figura da *actio libera in causa*. Por que, no entanto, uma *actio libera in causa* é um fundamento para a imputação e qual sua relação com o *versari in re illicta*? A resposta a essa pergunta exige que se compreenda o significado daquela figura, que representa uma constante na tradição jurídica do Ocidente e cujas origens, como mencionado, podem ser reconduzidas à Antiguidade. Faremos a seguir uma breve exposição da *actio libera in causa* em Aristóteles, Tomás de Aquino e Immanuel Kant, três dos filósofos mais influentes na tradição jurídica ocidental, com o objetivo de entender o que significa uma *actio libera in causa* e qual sua possível relação para com o princípio *versari in re illicita*.

A *actio libera in causa* tem seu ingresso na tradição jurídica por obra de Aristóteles, tendo sido, em seguida, recepcionada e desenvolvida por outros autores.[26] Em sua teoria da ação, Aristóteles atribui importância fundamental à

25. Vale ressaltar que pelo menos a embriaguez repetida ou habitual era tratada, em ambos os Códigos, como ilícito (art. 166, CP 1830; art. 396, CP 1890).

26. Para uma reconstrução histórica do conceito de *actio libera in causa* a partir de Aristóteles, HRUSCHKA, Joachim. Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der „actio libera in causa".

voluntariedade das ações. São voluntárias para Aristóteles aquelas ações cujo princípio está no agente; aquilo que, ciente das circunstâncias de sua ação, o agente está em poder de realizar. O caráter voluntário das ações é o que as vincula ao louvor e à censura, bem como à recompensa e à pena.[27] Não estando no poder do agente, a ação é involuntária e não é adequado recompensá-lo ou puni-lo. Aristóteles considera que a ignorância pode fazer com que uma ação seja tida como involuntária e reconhece que a embriaguez pode causar a ignorância. Nesse caso, no entanto, a ação não deixa de ser voluntária, pois o ébrio é responsável pela própria ignorância; e, mais do que isso, "àqueles que delinquem em estado de embriaguez assiste uma dupla punição, pois a causa está no próprio ébrio".[28] Quem se embriaga é responsável por aquilo que se tornou, embora, uma vez atingido o estado de completa embriaguez, não possa mais agir voluntariamente. Aristóteles toma como exemplos aquele que desobedece aos conselhos de um médico ou aquele que lança uma pedra.[29] O fato cometido em estado de embriaguez é consequência do ato voluntário de embriagar-se. Essa mesma argumentação vale também para aquele que desconhece as determinações da lei, mas que deveria conhecer, bem como para quem, por negligência, não emprega o devido cuidado,[30] ou seja, para aquilo que a doutrina penal hoje, respectivamente, chama de erro de proibição e de delito culposo. Percebe-se já aqui o erro cometido atualmente ao se supor que a ideia de uma *actio libera in causa* restringe-se aos casos de embriaguez.

Tomás de Aquino atribui a mesma importância ao caráter voluntário das ações e toma-o como critério para a atribuição de responsabilidade pelas consequências que dela se seguem. Estas são imputáveis ao agente se forem previstas ou se, "pela própria natureza do ato, seguem-se a este, ou fazem-no na maioria dos casos".[31] Não sendo esse o caso, as consequências são produzidas acidentalmente e não intensificam a bondade ou maldade da ação. No entanto, ao enfrentar a questão sobre se as paixões e a embriaguez escusam do pecado, e em referência

In: De Wall (Org.). *Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 687-704.

27. Ética a Nicômaco, Livro 3, Cap. 1, 1109b, 30.
28. Ética a Nicômaco, Livro 3, Cap. 7, 1113b, 35. No original: "καὶ γὰρ ἐπ᾽ αὐτῷ τῷ ἀγνοεῖν κολάζουσιν, ἐὰν αἴτιος εἶναι δοκῇ τῆς ἀγνοίας, οἷον τοῖς μεθύουσι διπλᾶ τὰ ἐπιτίμια· ἡ γὰρ ἀρχὴ ἐν αὐτῷ·κύριος γὰρ τοῦ μὴ μεθυσθῆναι, τοῦτο δ᾽ αἴτιον τῆς ἀγνοίας".
29. Ética a Nicômaco, Livro 3, Cap. 7, 1114a, 15.
30. Ética a Nicômaco, Livro 3, Cap. 7, 1114a, 1.
31. I-IIae q. 20a 5 co. No original: "quia si per se sequitur ex tali actu, et ut in pluribus".

explícita ao trecho da Ética a Nicômaco citado antes, Tomás de Aquino assume uma posição que parece estar em contradição com os critérios mencionados.

Em I-IIae q. 77 a. 7, ele discute se a paixão escusa o pecado. Em resposta à questão, o filósofo traça uma distinção entre *ações voluntárias em si* e *ações voluntárias segundo sua causa*. No caso dessas últimas, "a vontade reside na causa, e não no efeito, como demonstra aquele que voluntariamente se embriaga".[32] Como a embriaguez é produzida de forma voluntária, haveria de ser imputado ao ébrio o que cometera no estado de embriaguez. Em II-IIae q. 150 a. 4, Tomás de Aquino retoma a mesma argumentação, embora aqui o parentesco com o princípio *versari in re illicita* se apresente ainda com mais clareza. Diferencia-se entre o ato de embriagar-se e o estado de embriaguez, sendo que a natureza do primeiro é tomada como critério para imputação daquilo que se segue:

> "Mas, quanto ao ato precedente, é necessário considerar de forma diferenciada. Se o ato precedente do qual se origina a embriaguez é sem pecado, então o pecado que se segue é totalmente escusado de culpa, tal como pode ter ocorrido com Loth. Porém, se o ato precedente foi culpável, não se escusa inteiramente do pecado que se segue, pois este torna-se voluntário em razão da voluntariedade do ato precedente, uma vez que aquele que incorre em algo ilícito incide no pecado subsequente."[33]

Com algumas adaptações terminológicas, esse trecho poderia perfeitamente ser um comentário ao Código Penal brasileiro. Os pecados que decorrem da embriaguez só são exculpáveis se não há pelo menos culpa quanto ao ato de embriagar-se. Tomás de Aquino cita como exemplo Noé, que, após descer da arca, plantara uma vinha e, desconhecendo a intensidade do vinho, embriagara-se, mas sem intenção de fazê-lo (Gên. 9, 20-21).[34] Seria a nossa embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior.

---

32. No original: "voluntas fertur in causam, et non in effectum; ut patet in eo qui voluntarie inebriatur".

33. No original: "sed ex parte actus praecedentis videtur esse distinguendum: quia si ex actu illo praecedente subsecuta est ebrietas sine peccato, tunc peccatum sequens totaliter excusatur a culpa: sicut forte accidit de Loth: si autem actus praecedens fuit culpabilis, sic non totaliter aliquis excusatur a peccato sequenti; quod scilicet redditur voluntarium ex voluntate praecedentis actus, inquantum scilicet aliquis dans operam rei illicitae incidit in sequens peccatum".

34. II-II, quae. 150, 1.

Por fim, há outra *quaestio* que figura como uma formulação abstrata da regra aplicada ao caso das paixões e da embriaguez. Em II-IIae q. 64, a. 8, Tomás de Aquino discute se alguém que, de modo casual, provoca a morte de outrem incorre no pecado de homicídio. Como todo pecado é algo essencialmente voluntário, não tem culpa aquele que, por acaso, provoca uma morte. É possível, todavia, que a produção do resultado tenha sido indiretamente voluntária. Isso pode ocorrer de duas formas: quando a morte decorre de algo ilícito – e aqui Tomás de Aquino emprega, mais uma vez, a típica formulação canônica *operam rebus illicitis* –, bem como quando não se faz uso do devido cuidado. A enunciação disjuntiva (e/ou) de ambas as hipóteses deixa entrever que é possível incorrer no pecado de homicídio apenas com base na realização do ato ilícito anterior, não se exigindo em relação à morte intenção ou violação de um dever de cuidado.[35]

Em um último exemplo de recepção da *actio libera in causa*, podemos tomar a teoria da imputação de Immanuel Kant. Aqui, a recondução do princípio *versari in re illicita* a uma *actio libera in causa* é dificilmente questionada. Segundo a definição kantiana, imputação é o "juízo por meio do qual alguém é considerado autor (*causa libera*) de uma ação, que então se denomina fato (*factum*) e em relação à qual vigem leis".[36] As boas consequências de um fato são imputáveis ao autor a título de merecimento; as ilícitas, a título de culpa.

No polêmico escrito sobre o direito de mentir por filantropia, Kant oferece-nos um exemplo da imputação das consequências de um fato ilícito. O homem tem, segundo Kant, um dever de veracidade para com outros, de modo que toda e qualquer mentira é uma violação a um dever jurídico. Surge então a questão: há igualmente um dever de veracidade para com o assassino que persegue um amigo

35. É questionável se o *versari in re illicita* é compatível com o sistema de Tomás de Aquino. Löffler, por exemplo, caracteriza a adesão de Tomás de Aquino ao *versari* como não mais do que uma "adaptação inteiramente externa ao direito canônico" (LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895. v. I. p. 160, nota de rodapé 40). Gläser acredita desfazer a contradição assumindo que Tomás de Aquino teria apenas reproduzido o que vigia no direito de então, sem tomar posicionamento. Demonstrá-lo-ia a expressão "ideo secundum iura [...]", em II-IIae q. 64, a. 8. (GLÄSER, Pascal. *Zurechnung bei Thomas von Aquin*. Freiburg/München: Karl Alber, 2005. p. 94 ss.).

36. KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten (1797). In: *Kants gesammelte Schriften*: herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Verlag George Reimer, 1907. v. VI. p. 227. No original: "Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird".

refugiado em nossa casa? Kant não só responde afirmativamente a essa pergunta, como também tece considerações sobre a imputabilidade de possíveis consequências da mentira, mesmo que meramente casuais:

> "Mas essa mentira com boas intenções pode também por obra do acaso (casus) tornar-se punível segundo as leis civis; aquilo que meramente em razão do acaso exime-se de punibilidade pode igualmente ser julgado como ilícito segundo leis externas. Se acabas de evitar, por meio de uma mentira, que alguém que deseja assassinar outrem realize o fato, passas a ser responsável por todas as consequências que se seguem disso."[37] [E logo em seguida:] "Portanto, quem mente, independentemente de sua boa motivação, tem de responder e pagar pelas consequências da mentira, até mesmo perante o tribunal civil e mesmo que elas tenham sido de todo imprevistas."[38]

A razão pela qual essas consequências são imputáveis é que a mentira, nesse caso, seria uma *causa libera*. Em outro escrito, Kant recorre, mais uma vez, à ideia de uma *actio libera in causa*:

> "Imputa-se ao homem também as consequências decorrentes de suas ações precedentes livres, mas ilícitas; isso significa que não é necessário se ocupar dessa evasiva e perguntar se as consequências seriam livres ou não, pois já na ação reconhecidamente livre, que foi sua causa, reside a razão suficiente para a imputação."[39]

---

37. KANT, Immanuel. Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe *zu lügen* (1979). In: *Kants gesammelte Schriften*: herausgegebenvon der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin/ Leipizig: Walter de Gruyter & Co., 1923. v. VIII. p. 426-427. No original: "Dese gutmüthige Lüge kann aber auch durch einen Zufall (casus) strafbar werden nach bürgerlichen Gesetzen; was aber bloß durch den Zufall der Straffälligkeit entgeht, kann auch nach äußeren Gesetzen als Unrecht abgeurtheilt werden. Hast du nämlich einen eben jetzt mit Mordsucht umgehenden durch eine Lüge an der That verhindert, so bist du für alle Folgen, die daraus entspringen möchten, auf rechtliche Art verantwortlich".
38. KANT, Immanuel. Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen (1979). In: *Kants gesammelte Schriften*: herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin/Leipizig: Walter de Gruyter & Co., 1923. v. VIII. p. 427. No original: "Wer also lügt, so gutmüthig er dabei auch gesinnt sein mag, muß die Folgen davon, selbst vor dem bürgerlichen Gerichtshofe, verantworten und dafür büßen, so unvorhergesehen sie auch immer sein mögen".
39. KANT, Immanuel. Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (1793). In: *Kants gesammelte Schriften*: herausgegeben. von der Königlich Preußischen Akademie

Isso o conduz à categórica afirmação: "Por nenhuma causa no mundo o homem pode deixar de ser um agente livre".[40] Em outras palavras, o homem não pode livremente escolher deixar de ser livre. As consequências dessa abdicação da liberdade são-lhe igualmente imputáveis, pois são reconduzíveis ao exercício de sua liberdade.

Em conclusão, embora não seja nossa intenção avançar qualquer tese exegética, é possível afirmar que não é tarefa fácil, tomando por base os textos citados, dissociar *actio libera in causa* de *versari in re illicita*. Sobretudo em Kant, essa vinculação dos dois princípios parece ter sido refletida e até mesmo afirmada.[41] Há, no entanto, boas razões para assumir esse vínculo?

IV. O acaso e normas como razões para agir

Após esse rápido regresso à tradição filosófica, resta então a pergunta: não é possível, tal como a tradição parece sugerir, justificar a regra do *versari in re illicta* por meio de uma *actio libera in causa*? Para nosso problema concreto, isso significaria tomar o caráter voluntário ou culposo da embriaguez como fundamento para imputar ao agente quaisquer consequências ilícitas advindas desse estado. Para responder a essa questão, é preciso entender aquilo em que consiste o cerne do problema, qual seja, a relevância do acaso para a imputação das consequências de uma ação. Dedicaremos estas últimas linhas à argumentação sobre por que as consequências casuais de um ilícito não devem ser objeto de valoração jurídico-penal.

Ponto de partida dessa argumentação é um fim do direito. O direito busca orientar, por meio de normas, a conduta humana. Esse fim elementar do direito

---

der Wissenschaften. Berlin: Verlag George Reimer, 1907. v. VI. p. 41. No original: "dem Menschen werden auch die aus seinen ehemaligen freien, aber gesetzwidrigen Handlungen entspringenden Folgen zugerechnet; dadurch aber will man nur sagen: man habe nicht nöthig, sich auf diese Ausflucht einzulassen und auszumachen, ob die letztern frei sein mögen, oder nicht, weil schon in der geständlich freien Handlung, die ihre Ursache war, hinreichender Grund der Zurechnung vorhanden ist".

40. Id. Ibidem, p. 41. No original: "durch keine Ursache in der Welt kann er aufhören, ein frei handelndes Wesen zu sein".

41. Nesse sentido, na literatura secundária, BYRD, Sharon B.; HRUSCHKA, Joachim. *Kant's Doctrine of Right*: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 301-302; BLÖSER, Claudia. *Zurechnung bei Kant*. Berlin: De Gruyter, 2014. p. 182 ss.

é reconhecido até mesmo por autores positivistas.[42] John Austin caracteriza toda norma como uma ordem (*command*), sendo que um dos elementos desse conceito é a expressão de um desejo de que outrem deve fazer ou omitir algo.[43] Do ponto de vista do destinatário da ordem, esta não é senão um dever jurídico. Normas jurídicas são, portanto, ordens dirigidas à minha conduta, que, em caso de descumprimento, acarretam uma sanção. Já na primeira edição da Teoria Pura do Direito, Kelsen afirma que o direito deve ser compreendido como "uma técnica social específica".[44] O que caracteriza essa técnica social é que "o estado social desejado é produzido ou busca-se produzi-lo por meio da vinculação do comportamento humano que importe no oposto contraditório desse estado a um ato de coação [...] como consequência".[45]

Essa constatação é importante, porque demonstra que esse ponto de partida está para além da discussão entre jusnaturalismo e positivismo jurídico e diz respeito apenas à própria *normatividade do direito*. O direito tem como fim mínimo a condução do comportamento humano. O meio para a persecução desse fim é o estabelecimento de normas jurídicas, que vinculam a conduta de seus destinatários. Se isso é correto, as normas jurídicas podem ser entendidas como razões para ação.[46] Com a criação de normas de comportamento e a previsão das respectivas sanções, o Direito confere aos destinatários uma razão para agir de determinada forma. A tipificação do delito de homicídio e a respectiva previsão de pena de reclusão de 6 a 20 anos não é senão uma mensagem dirigida aos destinatários de que há uma razão

42. Sobre fins e meios no direito, PFORDTEN, Dietmar von der. Was ist Recht? Ziele und Mittel. In: *Juristenzeitung*, [S.I], v. 63, n. 13, p. 641-652, jul. 2008.

43. O segundo elemento é a previsão da sanção caso esse desejo seja frustrado: "If you express or intimate a wish that I shall do or forebear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, expression or intimation of your wish is a command" (AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined* (1832). Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 21).

44. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage (1934). Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1994. p. 28.

45. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 29. No original: "der erwünschte soziale Zustand wird dadurch herbeigeführt oder herbeizuführen gesucht, das das kontradiktorische Gegenteil dieses Zustandes bedeutet, ein Zwangsakt (das ist die zwangsweise Entziehung eines Gutes: Leben, Freiheit, wirtschaftlicher Wert) als Folge geknüpft wird".

46. Nesse sentido, RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990. Para a ideia de normas como razões para ação em direito penal, ver RENZIKOWSKI, Joachim. Normen als Handlungsgründe. In: SALIGER, Frank (Org.) *Festschrift für Ulfrid Neumann*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 335-346.

para não matar outra pessoa. Assim sendo, é necessário pressupor uma capacidade por parte dos destinatários da norma. Se normas são razões para agir, é preciso assumir que os destinatários sejam capazes de compreender razões e tomá-las como base para a determinação de suas condutas. Essa capacidade é de importância central para o direito e confere fundamento à ideia de imputabilidade. Imputável é aquele que é capaz de agir com base em razões.

O conceito de acaso, no entanto, tal como empregado no contexto jurídico de imputação, só faz sentido como algo que se exime de controle. Acaso é aquilo que está para além do nosso controle, aquilo sobre o que não podemos deliberar nem prever com um mínimo de segurança. Nesse sentido, a possibilidade do acaso não é capaz de fornecer razões para agir. Não faz sentido proibir um acontecimento casual, porque tanto o legislador quanto os destinatários da proibição não têm como saber o que se deve fazer para evitar o resultado indesejado. Aos destinatários falta a capacidade concreta de agir com base em razões. Isso nos conduz à conclusão de que imputar as consequências casuais de um ato contradiz a natureza normativa do Direito. Confirma essa argumentação o conhecido caso de cátedra: alguém envia seu sobrinho para um passeio em um dia de chuva, com a esperança de que a criança detestada seja atingida por um raio. Punir o tio por homicídio, caso o sobrinho venha de fato a ser atingido por um raio, significa proibir algo cuja realização é dependente do acaso.[47]

Nesse ponto, os defensores do *versari in re illicita* poderiam objetar que, por si só, não há, de fato, sentido em proibir o acaso; no entanto, a imputação também das consequências casuais de uma ação ilícita pode constituir uma razão para que se evite *a ação ilícita*. Para o nosso problema significaria dizer: uma razão a mais para não se embriagar completamente é que todas as consequências desse ato serão imputadas ao ébrio, mesmo que imprevisíveis no momento em que decidiu embriagar-se.

Se analisamos com calma, no entanto, essa argumentação não é senão um artifício que encobre uma *instrumentalização* do agente. Por ter cometido a primeira ação ilícita, são-lhe imputadas também as consequências imprevisíveis dessa ação. Com isso, busca-se alcançar um efeito preventivo em relação aos demais

47. Não por acaso, esse exemplo tem importância na discussão sobre imputação objetiva. Karl Larenz, responsável por introduzir a ideia de imputação objetiva na discussão jurídica, defende que "a imputação não é senão que a tentativa de distinguir um próprio ato de um acontecimento casual" (LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, 1927. p. 61). No original: "Die Zurechnung bedeutet nichts anderes als der Versuch, die eigene Tat vom zufälligen Geschehen abzugrenzen".

cidadãos, ou seja, a não realização dessa ação ilícita. Não é possível, todavia, justificar esse resultado em face do próprio apenado: ele não quis as consequências nem era capaz de prevê-las, visto que as consequências são produto do acaso, estão para além de qualquer controle. O que se quer evitar em última análise é o resultado casual, é a violação dos direitos realizada por alguém em estado de completa embriaguez. Mas assumir que esse resultado está para além do controle do embriagado e, ao mesmo tempo, tomar o ato de embriagar-se como razão para a imputação significa punir uma ação não livre também em sua origem. Fazê-lo significa instrumentalizar o agente para fins preventivos. Nesse ponto, reside a diferença fundamental entre as figuras *actio libera in causa* e *versari in re illicita*.

V. Considerações finais

Essa distinção é, portanto, de fundamental importância e precisa ser aplicada de forma consequente. Tal como defendido aqui, a imputação das *consequências casuais* de uma ação, mesmo que ilícita, não é compatível com o princípio de culpabilidade, e a figura da *actio libera in causa* não fornece um fundamento para contornar essa incompatibilidade. Para que o ato realizado em estado de completa embriaguez seja imputado ao agente, não se podem aplicar critérios mais frouxos do que os empregados para todos os demais delitos. É necessário perceber que tal ato só é uma *actio libera in causa* se, no momento do embriagar-se (a *causa*), havia dolo ou culpa *em relação ao resultado produzido* no estado de embriaguez, e *não apenas em relação à própria embriaguez*, como estabelece o Código. Isso significa dizer que temos uma boa razão para reestruturar a relação entre embriaguez e imputação no Direito Penal brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined* (1832). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BESCHÜTZ, Julius. *Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre*: Teil I. Breslau: Scheltter`sche Buchhandlung, 1907.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1919. v. IV.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLÖSER, Claudia. *Zurechnung bei Kant*. Berlin: De Gruyter, 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2.

BYRD, Sharon B.; HRUSCHKA, Joachim. *Kant's Doctrine of Right*: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. t. 2

GEISLER, Claudius. *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*. Berlin: Dunker & Humbolt, 1998.

HETTINGER, Michael. *Die „actio libera in causa"*: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Berlin: Dunker & Humbolt, 1988.

HINSCHIUS, Paul. *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland*. Berlin: J. Guttentag, 1895. v. V.

HRUSCHKA, Joachim. Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf: Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 96, n. 3, p. 661-702, 1984.

HRUSCHKA, Joachim. Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der „actio libera in causa". In: De Wall (Org.). *Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I. t. 2.

KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten (1797). In: *Kants gesammelte Schriften*: herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Verlag George Reimer, 1907. v. VI.

KANT, Immanuel. Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (1793). In: *Kants gesammelte Schriften*: herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Verlag George Reimer, 1907.v. VI

KANT, Immanuel. Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen (1979). In: *Kants gesammelte Schriften*: herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlim/Leipizig: Walter de Gruyter & Co., 1923. v. VIII

KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winter, 1976.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage (1934). Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1994.

KLEE, Karl. *Der Dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen* Schuld. Berlin: Decker, 1906.

KOLLMANN, Horst. Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 35, p. 46-106, 1911.

LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, 1927.

LEUSCHNER, Kurt. *Der Dolus indirectus*: Sein Wesen, seine Geschichte und seine praktischen Folgerungen. Würzburg: Triltsch, 1935.

LISZT, Franz von. *Das Deutsche Reichsstrafrecht*. Berlin/Leipzig: Verlag von J. Guttentag, 1881.

LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895. v. I.

OEHLER, Dietrich. Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 69, n. 4, p. 503-521, 1957.

PFORDTEN, Dietmar von der. Was ist Recht? Ziele und Mittel. *Juristenzeitung*, [S.I], v. 63, n. 13, p. 641-652, jul.2008.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1990.

RENZIKOWSKI, Joachim. Die Verschärfung des § 323ª StGB – Preisgabe des Schuldprinzips? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, [S.I], v. 112, n. 3, p. 475-517, 2000.

RENZIKOWSKI, Joachim. Normen als Handlungsgründe. In: SALIGER, Frank (Org.) *Festschrift für Ulfrid Neumann*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

STRENG, Franz. § 20, Rn. 32. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2017.

WENDT, F. Schuldfähigkeit bei krankhaften seelischen Störungen. In: KRÖBER, H. L. et. al. (Org.). *Handbuch der forensischen Psychiatrie*. Berlin: Springer, 2010. v. 2.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, de Claus Roxin - *RBCCrim* 46/46-72 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* (DTR\2004\835);
- Dolo e culpa na embriaguez voluntária, de Hélvio Simões Vidal - *RT* 841/407-424 (DTR\2005\941);
- O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos, de Frederico Horta - *RBCCrim* 155/51-70 (DTR\2019\27849); e
- Reforma penal da embriaguez, de José Henrique Pierangelli - *RT* 685/300-302 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* (DTR\1992\356).

A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência

The presumption of truthfulness of police officer testimonies: flexibilization of the principle of the presumption of innocence

Fernanda Furtado Caldas

Mestranda em Direito Penal (2018-), PPGD/UFBA. Especialista em Política e Estratégia (2011), UNEB. Bacharela em Direito (2017), UCSAL. Bacharela em Ciências Sociais (2008), UFBA. Membro do NESP – Núcleo de Pesquisa sobre Sanção Penal/UFBA. Socióloga, Advogada.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4610-8047
furtado.fernanda@gmail.com

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Doutora em Direito Penal (2004), PUC-SP. Mestra em Direito das Relações Sociais (1998), PUC-SP. Integrante do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia. Membro do IBCCRIM. Coordenadora do NESP – Núcleo de Pesquisa sobre Sanção Penal/UFBA.
Professora de Direito Penal na Faculdade de Direito e no PPGD/UFBA.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9001-653X
alessandra.prado@ufba.br

Recebido em: 28.02.2019
Aprovado em: 13.10.2019
Última versão das autoras: 31.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: A prática forense revela que a comprovação da autoria, no caso do crime de tráfico de drogas, comumente recai sobre os depoimentos de policiais. Esses depoimentos, prestados durante o inquérito policial e repetidos em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, terminam por ser, com frequência, a única prova de autoria a fundamentar as sentenças condenatórias, sendo-lhes atribuída presunção

Abstract: Forensic practice reveals that the proof of authorship, in the case of drug-trafficking crime, usually falls on the testimony of police officers. These testimonies, rendered during the police investigation and repeated in court, under the scrutiny of the contraditory and plain defense, often end up being the only proof of authorship to substantiate the convictions, being attributed a presumption of veracity that would fit the defendant deconstruct. Thus, the

Caldas, Fernanda Furtado; Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 166. ano 28. p. 85-127. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

de veracidade que caberia ao réu desconstruir. Dessa forma, este trabalho tem como objetivo analisar em que medida a presunção de veracidade atribuída aos testemunhos de policiais no processo penal violaria o princípio da presunção da inocência, uma vez que inverteria o ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar a inveracidade desses testemunhos e, portanto, a sua inocência. Para tanto, foi realizada pesquisa teórica – que consistiu na análise de artigos e livros sobre o tema, tendo como marco teórico o garantismo penal; bem como pesquisa documental, que consistiu na análise de julgados do Tribunal de Justiça da Bahia, no tocante à produção de prova testemunhal no caso dos crimes de tráfico.

Palavras-chave: Testemunho policial – Prova testemunhal – Presunção de inocência – Ônus da prova.

purpose of this study is to analyze to what extent the presumption of truth attributed to police officer testimony in criminal proceedings would violate the principle of presumption of innocence, since it would reverse the burden of proof and it is up to the defendant to demonstrate the untruthfulness of these testimonies, his innocence. For that, theoretical research was carried out – which consisted in the analysis of papers and books on the subject, having as theoretical framework the criminal principles; as well as documentary research, which consisted of the analysis of judgments of the Court of Justice of Bahia, regarding the production of testimonial evidence in the case of drug trafficking crime, as well as a report of research on false memories.

Keywords: Police officer testimony – Testimonial evidence – False memories – Presumption of innocence – Burden of proof.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da produção de provas em um Estado Democrático de Direito. 2.1. O ônus da prova e o princípio da presunção de inocência. 2.2. Os limites à busca da verdade real. 3. Dos limites à prova testemunhal. 3.1. Da prova testemunhal. 3.2. A recuperação da memória e seu impacto sobre a prova testemunhal. 3.3. Da prova testemunhal prestada por policiais. 3.4. O valor probatório do inquérito policial e o engodo da judicialização de depoimentos. 4. O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: análise de julgados. 4.1. Da fundamentação dos acórdãos do TJ/BA. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Este trabalho partiu do seguinte questionamento: a presunção de veracidade atribuída aos testemunhos de policiais pelo juiz no processo penal viola o princípio da presunção da inocência?

O interesse pelo tema surgiu a partir da atuação de uma das pesquisadoras como estagiária na Defensoria Pública do Estado da Bahia, junto à 2ª Vara de Tóxicos de Salvador. Oportunidade em que foi possível observar que, via de regra, nas ações penais que imputavam ao réu os crimes de tráfico de drogas e/ou associação para tráfico de drogas, previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06, bem como os crimes conexos de porte/posse de armas, previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei 10.826/03, a única prova da acusação produzida em juízo, sob o

crivo do contraditório e da ampla defesa, era o testemunho de policiais que haviam participado da prisão em flagrante dos acusados ou da investigação do crime imputado a estes.

Mesmo nos casos em que os flagrantes haviam ocorrido em local público, na presença de diversas pessoas, comumente, as únicas pessoas a prestarem declarações na delegacia ou a serem arroladas como testemunhas pelo Ministério Público na fase processual eram, comumente, os policiais. Também era frequente que o acusado relatasse uma versão dos fatos diferente daquela relatada pelos policiais, muitas vezes alegando ser inocente ou até mesmo que o flagrante havia sido forjado.

Quando era possível encontrar testemunhas dispostas a comparecer em juízo e relatar quaisquer arbitrariedades que tivessem presenciado, as sentenças costumavam ser favoráveis aos acusados. Muitas vezes, porém, era impossível identificar quem tivesse presenciado a prisão ou o fato, visto que tal informação não constava do Auto de Prisão em Flagrante. Além disso, mesmo quando identificadas, essas pessoas alegavam temer retaliação da polícia. Em outros casos, as únicas pessoas que haviam presenciado a prisão ou o suposto crime eram os corréus.

Dessa forma, na maior parte dos processos, as únicas testemunhas da defesa eram as chamadas testemunhas de conduta, que atestam sobre o caráter do acusado, enquanto que a acusação contava com os policiais como testemunhas. A materialidade restava comprovada pelos laudos periciais das substâncias e/ou armas apreendidas; já a demonstração da autoria, contudo, comumente recaía sobre os depoimentos dos policiais. Esses depoimentos, prestados durante o inquérito policial e repetidos em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, terminavam por ser, com frequência, a única prova de autoria a fundamentar as sentenças condenatórias, sendo-lhes atribuída presunção de veracidade que caberia ao réu desconstruir.

Assim, a hipótese apresentada inicialmente é de que a valorização do testemunho policial, enquanto prova única no processo, acarreta a inversão do ônus da prova, delegando-se ao réu demonstrar a inveracidade desses testemunhos, restando afetada a presunção de inocência.

Partindo dessas observações, este trabalho procurou averiguar quais seriam os limites legais e principiológicos à produção de provas no âmbito do processo penal, para, então, determinar a validade da prova testemunhal prestada por policiais, e se seria possível atribuir à mesma presunção de veracidade.

Para isso, incialmente, buscou-se conceituar os princípios que regem o processo penal em um Estado Democrático de Direito; analisar a relação entre o

Caldas, Fernanda Furtado; Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 85-127. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

princípio constitucional da presunção da inocência e a atribuição do ônus da prova à acusação; e estabelecer quais seriam os limites à busca da verdade no âmbito da produção de provas.

Em seguida, examinou-se a teoria a respeito da prova testemunhal e quais seriam as circunstâncias que a tornariam inadmissível ou influenciariam a sua credibilidade, incluindo a possibilidade de existência de falsas memórias nos relatos das testemunhas.

Analisou-se, especificamente, a prova testemunhal prestada por policiais e quais interpretações são adotadas pela doutrina no tocante à sua validade. Tratou-se, também, do valor probatório do inquérito policial, visto que os depoimentos extrajudiciais prestados nessa fase, muitas vezes, são utilizados para fundamentar as sentenças condenatórias, em conjunto com a prova oral produzida em juízo.

Por fim, tendo em vista a possibilidade de que a realidade observada na 2ª Vara de Tóxicos de Salvador pudesse ser um fenômeno isolado, optou-se por analisar dados mais abrangentes, a fim de corroborar ou não as hipóteses levantadas. Nesse sentido, foi realizada pesquisa documental a partir da análise de 192 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, julgados no período de 01 de agosto de 2016 a 31 de julho de 2017. Desses 192 casos, foram selecionados aqueles em não havia a figura de vítima, bem como a existência de outras provas de autoria que não o testemunho de policiais, a fim de compreendermos a relevância da narrativa policial para a condenação ou manutenção da condenação dos acusados.

2. Da produção de provas em um Estado Democrático de Direito

Em um Estado Democrático de Direito, à aplicação do Direito Penal só é conferida legitimidade se orientada por princípios que tenham por objetivo a preservação de direitos fundamentais. Assim, todo o processo penal, incluindo aí a produção de provas com o propósito de alcançar-se uma verdade sobre os fatos imputados a um acusado, deve nortear-se e restringir-se por tais princípios, como será demonstrado a seguir.

O poder de punir exercido pelo Estado contra seus cidadãos, ainda que justificado e limitado, constitui uma violência programada e executada por uma coletividade organizada contra um indivíduo solitário. Por essa razão, a legitimidade

do Direito Penal é tão problemática, pois tem raízes na igualmente questionável legitimidade do próprio Estado enquanto monopólio organizado da força[1].

Para garantir minimamente a legitimidade do sistema penal e, consequentemente, da sanção, Ferrajoli[2] propõe um modelo penal ideal orientado pela maximização da liberdade do indivíduo e pela minimização do arbítrio estatal, com princípios limitadores da aplicação do Direito Penal, constituindo cada um deles condição da responsabilidade penal. A ausência de qualquer um desses princípios tornaria a resposta estatal ilegítima.

Assim, para que a aplicação do Direito Penal se dê de maneira controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder estatal, tais princípios devem ser respeitados. Sua garantia é o que legitima as sanções, que devem estar sujeitas à verificação de suas motivações, pois o poder estatal somente poder agir quando expressamente autorizado[3].

Nesse sentido, a Constituição deve funcionar como um sistema de limites e vínculos ao poder estatal. Ademais, tais limites devem possuir caráter substancial, a fim de escapar de uma acepção exclusivamente formal ou procedimental da democracia, o que poderia legitimar qualquer tipo de abuso. A fim de se preservar uma dimensão substancial da democracia, devem ser garantidos os direitos fundamentais, que são normas substanciais sobre a produção de outras normas, disciplinando não a forma, mas o conteúdo das normas produzidas, condicionando sua validade ao preenchimento das expectativas formuladas pelos próprios direitos fundamentais[4] .

Um Estado Democrático de Direito deve orientar-se pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, tanto como meta de política social quanto como critério de interpretação do Direito, especialmente na seara penal. Dessa forma, a interpretação constitucional, numa ordem jurídica democrática, deve ter como postulados a máxima

1. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.
2. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
3. DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
4. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 80.

efetividade dos direitos fundamentais e a proibição de excessos por parte dos detentores do poder[5].

Segundo Ferrajoli[6], na perspectiva da teoria do direito, os direitos fundamentais são aqueles titularizados universalmente por todos enquanto pessoas, tratando-se de direitos inalienáveis e indisponíveis, como a liberdade. Já na perspectiva da filosofia política, direitos fundamentais são aqueles que visam proteger os mais vulneráveis, assim, "los derechos de inmunidade y de libertad, contra el arbítrio de quien es más fuerte politicamente"[7].

Na esfera do Direito Penal, temos o Estado como o mais forte perante o indivíduo, tendo em vista ser o titular do *ius puniendi*. Nesse sentido, o processo penal, em uma democracia substancial, deve ser regido por princípios, que se revelam como garantias dos direitos fundamentais.

Tais princípios delineiam limites racionais para o sistema processual penal, historicamente vinculados às conquistas emancipatórias da humanidade, e estão positivados no texto da Constituição Federal de 1988, bem como em pactos e tratados internacionais assinados e atualmente vigentes no Brasil. Alguns desses princípios constitucionais não são exclusivos do Direito Processual Penal, mas repercutem sobre seus institutos ou funcionam como supostos lógicos de outros princípios estritamente processuais, especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade; e a partir deles se pode conceber a construção do princípio do *estado* ou *presunção* de inocência, que é o mais importante princípio constitucional com aplicação específica para o processo penal[8].

2.1. O ônus da prova e o princípio da presunção de inocência

A presunção da inocência tem seu marco ocidental inicial na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789. Segundo a Declaração Universal dos Direitos

5. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. p. 34.
6. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2008.
7. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 43-44. Tradução livre: "os direitos de imunidade e de liberdade, contra o arbítrio de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são direitos de sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente".
8. DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 47-49.

Humanos de 1948, da qual o Brasil é signatário, "toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (art. 11.1). Outrossim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), com vigência estabelecida no Brasil por força do Decreto 678/92, prevê, em seu artigo 8º, 2, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprova legalmente sua culpa".

Entretanto, a efetivação da presunção da inocência consiste não apenas no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, mas implica também que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)[9].

Assim, não é possível desvincular os princípios da presunção de inocência do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, embora eles não se confundam. Decorrem todos, em última instância, do direito fundamental à liberdade que cabe a todos os indivíduos, de forma que sua previsão legal não constitui mera formalidade procedimental, mas sim um instituto de verdadeiro cunho democrático e garantista, destinado a proteger os indivíduos das arbitrariedades do Estado.

Na Constituição Federal brasileira, de 1988, o princípio da presunção da inocência está assim previsto: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII).

Maurício Zanoide de Moraes[10] defende, para uma melhor compreensão e aplicação do princípio, a distinção da presunção da inocência em três sentidos diferentes: presunção de inocência como "norma de tratamento', como "norma probatória" e como "norma de juízo". Enquanto a presunção de inocência como "norma de tratamento" impõe um dever de tratamento do réu como inocente até que haja o trânsito em julgado da condenação, seu sentido de "norma probatória" trata da atribuição do encargo probatório ao órgão acusador e da necessidade

9. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 43.

10. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 576-584 e 662.

de licitude das provas. Já o sentido de "norma de juízo", refere-se à análise e suficiência do material probatório produzido.

Essa distinção de sentidos, todavia, não é discutida pela maior parte dos autores citados neste trabalho, que fazem reflexões sobre a exigência de tratamento do réu como inocente, as questões de determinação do ônus probatório, licitude de provas e análise do conjunto probatório sem entrar no mérito de constituírem aspectos diferentes da presunção de inocência.

Segundo Duclerc[11], da atribuição do ônus da prova à acusação, decorrente do princípio da presunção da inocência, deriva o chamado princípio do *in dubio pro reo*, ou princípio do *favor rei*, segundo o qual, no conflito entre provas, umas sinalizando em favor da tese acusatória, outras em seu desfavor, deve o juiz considerar a tese como não provada.

Igualmente, para Lopes Junior[12], o princípio da presunção da inocência exige que a prova completa da culpabilidade seja uma carga da acusação, impondo um verdadeiro dever de tratamento do réu como inocente, devendo a dúvida quanto à sua culpabilidade conduzir à absolvição. Não caberia ao acusado provar absolutamente nada, visto que presumidamente inocente, devendo a acusação destruir essa presunção.

No mesmo sentido, o artigo 386 do Código de Processo Penal, nos incisos II, V e VII, indica que, diante da inexistência de prova da autoria ou da materialidade do crime, bem como quando "não havendo prova suficiente para a condenação", a absolvição deve ser decretada.

Nereu Giacomolli afirma que "a dúvida beneficia a defesa e afasta qualquer juízo condenatório"[13]. Portanto, se acusação não apresenta prova satisfatória da culpa e o réu não apresenta prova da inocência, tal fato não poderia ser interpretado em seu desfavor, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Sob essa perspectiva, inclusive, é possível concluir que o artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, ao atribuir às partes o ônus da prova das alegações que

11. DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 53.
12. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
13. GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 190.

fizerem, só foi parcialmente recepcionado pela Constituição de 1988, já que, a rigor, a defesa não precisaria provar coisa alguma[14].

Esse, entretanto, não é o entendimento de parte da doutrina brasileira. Para Nucci[15], se a defesa pretender apenas negar a imputação que lhe foi feita pela acusação, resta permanecer inerte, pois nenhum ônus lhe cabe, prevalecendo seu estado de inocência. Já se a defesa alega fato diferenciado daqueles constantes da denúncia ou queixa, chama para si o ônus da prova. Igualmente, para Pacelli[16], à defesa restaria provar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Diversamente, Lopes Jr.[17] entende que, mesmo nesses casos, não há ônus para a defesa, no sentido de dever, mas sim direito de apresentar contra hipóteses e contraprovas. Isso ocorre porque o encargo probatório deve ser interpretado à luz da presunção de inocência do acusado, e não só do fato gerador previsto no artigo 156 do CPP (a prova da alegação incumbirá a quem a fizer). Ou seja, ao acusador cabe provar as alegações na peça acusatória tanto porque foram feitas por ele quanto porque o réu está protegido pela presunção da inocência. Já ao acusado não pode ser distribuída nenhuma carga probatória, cabendo-lhe apenas o direito de apresentar provas de suas alegações, jamais o dever.

Lopes Jr. (2015), contudo, afirma que, respeitada a regra de julgamento decorrente da presunção da inocência, que impede o julgador de condenar alguém cuja culpa não tenha sido plenamente demonstrada, quando é facultado ao réu produzir prova de suas alegações, o não exercício desse direito não gera prejuízo processual, visto que não há carga probatória. Trata-se meramente da perda de uma oportunidade probatória.

Ou seja, cabe à acusação desconstruir a presunção de inocência estabelecida na Constituição, presunção essa entendida como necessária para a manutenção

14. DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 53.
15. NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2. ed. rev., atual. e amp. com a obra "O valor da confissão como meio de prova no processo penal" São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.
16. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. p. 50.
17. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

de um Estado Democrático de Direito. Caso isso não ocorra, a absolvição será um imperativo para o julgador[18].

Esse entendimento de que a sentença condenatória deve amparar-se na desconstrução da presunção da inocência prevalece mesmo para Nucci[19], embora ele entenda que há sim ônus probatório da defesa, quando esta alegar uma causa de exclusão da ilicitude, por exemplo. Todavia, para ele, enquanto o ônus da acusação é sempre exigível e inflexível, o ônus da defesa poderia ser flexibilizado. A falha em cumprir com o encargo probatório pela acusação jamais poderia resultar em uma condenação, mas a mesma falha por parte da defesa poderia resultar em absolvição, por força do princípio constitucional da presunção da inocência.

Nesse sentido, convém citar as palavras de Tonini[20], ao tratar do processo penal italiano:

> "A peculiaridade do processo penal encontra-se no fato de que a dúvida deve favorecer o acusado, ainda quando lhe incumbe o ônus da prova, vale dizer, quando ele deve convencer o juiz acerca da existência de um fato que lhe é favorável. Nos termos do art. 530, inciso 3, do CPP, se existe prova de que o fato foi cometido na presença de uma excludente de ilicitude ou punibilidade, ou mesmo se existir dúvida em relação à existência das mesmas, o juiz profere sentença absolutória."

A presunção da inocência desempenha um papel de *standard* probatório nos países de *civil law*, como o Brasil, o mesmo papel desempenhado pelo "além de uma dúvida razoável" nos países do *common law*. Esse *standard* probatório traduz a preocupação de que somente os efetivamente culpados devam sofrer uma condenação criminal, sendo preferível que muitos culpados venham a ser absolvidos do que condenado um inocente[21].

Dessa forma, a sociedade escolhe, intencionalmente, inocentar culpados ao adotar o princípio da presunção da inocência como *standard* probatório, por

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

19. NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2. ed. rev., atual. e amp. com a obra "O valor da confissão como meio de prova no processo penal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

20. TONINI, 2002 apud BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007. p. 178-179.

21. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007. p. 179.

entender que a liberdade de um inocente deve estar acima da condenação de um culpado. Contudo, quando o Estado viola esse princípio sistematicamente, de forma institucional, está optando por condenar inocentes. Essa é uma opção política, que se afasta do que é legítimo em um Estado Democrático de Direito.

2.2. Os limites à busca da verdade real

Tem-se, então, que o processo penal deve ser permeado pelos princípios constitucionais que constituem verdadeiras garantias processuais, tal como a presunção de inocência com o consequente ônus probatório da acusação. Esses princípios atuam como limites à busca da própria realidade dos acontecimentos, que é chamada de verdade real pela doutrina.

É necessário considerar que a pena – determinada em uma sentença condenatória – é coação, expressão do poder punitivo, que atinge, via de regra, um bem considerado indisponível, um dos bens mais importantes do indivíduo, e para a sociedade – a liberdade, revelando-se, portanto, como uma violência. Assim, dentro da temática da produção de provas no processo penal, a construção do convencimento do juiz pautada na busca da verdade real esbarra na própria dignidade da pessoa humana, restringindo-se por ela.

Nesse sentido, o processo penal só poderia ser legitimado se pautado por uma verdade formal ou processual, condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa, em contraposição à ideia de verdade real. O julgador deveria, no exercício de suas funções, buscar a verdade processual, alcançada num processo que respeitaria as normas procedimentais, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes, sendo ainda dirigido por juiz imparcial. O resultado pretendido seria um julgamento que traduzisse a convicção do julgador, concebido com equidade, que tanto poderia ser uma decisão a favor da acusação quanto a favor do acusado[22].

Todavia, essa distinção entre verdade formal ou processual e verdade real ou substancial foi eventualmente superada por um de seus defensores iniciais, Carnelutti[23], que, com o aprofundamento dos seus estudos, admitiu tratar-se de uma distinção infundada, visto que a verdade é uma só. A chamada verdade

22. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 61.

23. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza* de Francesco Carnelutti, *Revista de Estudos Criminais*, v. 4, n. 14, 2004. p. 77-94.

processual não é a verdade. De fato, Carnelutti veio a concluir que a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem, nem através do processo nem por qualquer outro modo, e que por isso a pretensão do processo deveria ser não a busca pela verdade, mas pela certeza.

Taruffo[24], Ferrer Beltrán[25] e Ferrajolli[26] também trouxeram à tona a incapacidade cognitiva humana de se apreender a realidade, mas seguiram trabalhando com a ideia de busca da verdade como objetivo do processo. Nesse caso, tratar-se-ia de uma verdade possível, relativa, uma verdade enquanto aproximação da realidade, ou, ainda, uma verdade correspondente, em contraposição à ideia de verdade absoluta. Khaled Jr.[27] chama essa posição de falso compromisso entre a verdade absoluta e a desconsideração completa de verdade e afirma que essa solução epistemológica dá continuidade à tradição inquisitória. Para ele, é preciso abrir mão da busca da verdade enquanto fim do processo penal e colocar em seu lugar a contenção do poder punitivo do Estado.

Assim, a menos que se pretenda fundamentar poderes inquisitórios, faz-se necessária a tutela de determinadas garantias processuais, ainda que se ponha em risco a descoberta da verdade. Por isso, o direito à prova não implica o direito à admissão de todas as provas requeridas pelas partes. As provas obtidas em violação a essas garantias, ainda que relevantes e pertinentes para a reconstrução dos fatos, não podem ser admitidas, pois a verdade não é um fim a ser buscado a qualquer preço. O objetivo do esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado, mas ele não pode representar o interesse prevalente do Estado independente das circunstâncias[28].

Ademais, para além da questão sobre a possibilidade de apreensão da verdade em qualquer campo de conhecimento humano, a verdade real no processo penal é inalcançável, não só porque, em um Estado Democrático de Direito, a produção

24. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

25. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

26. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

27. KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015. p. 172.

28. BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (Coord.). *Garantismo processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 219-260.

das provas esbarra nos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana, mas porque, historicamente, a violação a esses princípios não resultou em uma verdade mais material e consistente, mas produziu uma verdade de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Dessa forma, a ideia de que é possível obter uma verdade real não passaria de um mito usado para justificar atos abusivos do Estado[29].

Como ensina Ferrajoli[30], "se uma justiça penal integralmente 'com verdade' constitui uma utopia, uma justiça penal completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade". De fato, a busca pela verdade atendeu inicialmente à função de ferramenta de controle do arbítrio punitivo, e não de recurso argumentativo capaz de respaldar técnicas persecutórias ilegítimas. Tratava-se de limite ao exercício do poder punitivo, a partir da exigência de um núcleo probatório rígido, e não de uma justificativa ao exercício do poder de repressão do Estado[31].

Ainda hoje, segundo Duclerc[32], a ideia de verdade real como princípio orientador da atividade instrutória está arraigada em nossa cultura processual; e assim, embora não encontre guarida no ordenamento jurídico brasileiro, é utilizada para justificar a quebra de garantias processuais constitucionais consagradas, como já argumentado. Nesse sentido, Khaled Junior[33] denuncia:

> "O mito da busca da verdade correspondente é, dessa forma, um elemento de conformação de um modelo processual penal inquisitório e autoritário, incompatível com um Estado Democrático de Direito, porém útil e a partir desse desumano utilitarismo se justifica. Daí a persistência de boa parte da doutrina em garantir a sua sobrevivência, apesar da contradição que representa – ou talvez até por causa dela -, uma vez que permanece legitimando o poder autoritário do Estado em um contexto democrático-constitucional que exige, ao contrário, a contenção do poder de tal Estado."

29. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 381-382.
30. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.
31. KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, casa do direito, 2016. p. 35-36.
32. DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 71.
33. KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, casa do direito, 2016. p. 436.

A busca insaciável por uma verdade real, obtida a qualquer custo, precisa ser contida, assim como deve ser contido o poder punitivo, professado por ela para se efetivar. Do contrário, essa busca termina por romper com todas as garantias cruciais para um processo penal democrático.

3. Dos limites à prova testemunhal

A legislação processual penal prevê a possibilidade de diversos meios de prova, sendo um deles a prova testemunhal. Com base no artigo 369 do Código de Processo Civil vigente, são admissíveis no processo os meios de prova legais e os moralmente legítimos, ainda que não especificados no ordenamento jurídico. Não obstante, o artigo 157 do Código de Processo Penal determina serem inadmissíveis as provas obtidas em violação às normas constitucionais e legais, considerando-as ilícitas. Igualmente, são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

Embora as partes e, por vezes, até mesmo o juiz possam propor provas, essa liberdade encontra limites em princípios que, em um Estado Democrático de Direito, devem guiar também a produção de provas, estabelecendo diretrizes para a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos. A produção da prova testemunhal, nesse sentido, é restringida pela proteção à dignidade da pessoa humana, encontrando limites nos direitos e garantias constitucionais, incluindo a presunção da inocência.

3.1. Da prova testemunhal

A prova testemunhal é uma das provas em espécie admitidas na legislação pátria. Segundo Lopes Jr.[34], devido às restrições técnicas enfrentadas pela polícia judiciária brasileira, a prova testemunhal termina por constituir o principal meio de prova no nosso processo criminal, embasando a maioria das sentenças proferidas.

De acordo com Távora e Alencar[35], testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, sob o compromisso de dizer a verdade. O Código de Processo Penal brasileiro dispõe que toda e qualquer pessoa poderá

34. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 463.

35. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2013.

figurar como testemunha, salvo previsão legal em contrário. Pode recusar-se a testemunhar, contudo, quem tem parentesco próximo com o réu, nos termos do artigo 206 do CPP, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Ademais, conforme previsão do artigo 207 do referido Código, estão impedidas de testemunhar as pessoas que, pelo desempenho de ministério, ofício, profissão ou em razão de função, devam guardar segredo, salvo quando desobrigadas pela parte interessada. Outras vedações aplicam-se aos advogados, podendo recusar-se mesmo quando autorizados pela parte interessada; deputados e senadores, sobre conhecimento obtido em razão do exercício do mandato; magistrados e promotores que tenham atuado no caso; e o corréu, pois não presta compromisso de dizer a verdade.

A respeito do compromisso de dizer a verdade, Távora e Alencar (2013) entendem que, se não foi prestada a promessa de dizer a verdade, tratar-se-ia de um informante ou declarante, mas não de uma testemunha. Por esse mesmo motivo, o depoimento do corréu não constituiria prova testemunhal. Pacelli[36], por outro lado, por entender que o dever de dizer a verdade não decorre da promessa de dizer a verdade, mas sim do próprio dever de depor previsto no Código de Processo Penal brasileiro, considera que todas as pessoas ouvidas em juízo, à exceção do acusado e do ofendido, em razão do tratamento distinto que a lei lhes destina expressamente, são testemunhas.

O artigo 214 do CPP prevê que, antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz, contudo, só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso de dizer a verdade nos casos previstos no artigo 207, já mencionado, e no artigo 208 – doentes, deficientes mentais, menores de 14 anos, e parentes próximos do réu.[37]

---

36. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. p. 424.

37. O crime de falso testemunho está previsto no artigo 242 do Código Penal. Cabe ao juiz, se reconhecer que a testemunha faltou com a verdade, ao pronunciar a sentença, remeter cópia do depoimento à autoridade policial para instauração de inquérito, podendo ainda o Ministério Público dispensar o inquérito e deflagrar a ação de pronto. A punibilidade é extinta, contudo, se a testemunha se retratar dentro do processo em que tenha mentido e antes da sentença ser proferida.

    Ademais, para que o crime se caracterize, é necessário que o magistrado ou o tribunal reconheçam o depoimento como inverídico, devendo-se, portanto, aguardar o trânsito

O valor probatório da prova testemunhal é relativo, devendo ser levado em conta o contexto probatório. Isso porque diversas situações poderão afetar a fidelidade da prova testemunhal, de forma consciente ou inconscientemente por aquele que presta o depoimento, como veremos adiante.

De acordo com Giacomolli e Di Gesu[38], a produção da prova testemunhal busca a narrativa do ocorrido conforme a percepção da testemunha, não uma "verdade", mas uma contribuição ao conjunto de informações utilizadas pelo julgador no seu processo de convencimento. Com efeito, não há objetividade no testemunho, pois é impossível dissociar aquele que observa (testemunha) daquele ou daquilo que é observado[39].

Dessa forma, a pretensão de objetividade de que trata o artigo 213 do CPP, segundo o qual "o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato", não passa de uma ilusão. O máximo que se pode obter é um depoimento sem excessos valorativos, mas jamais uma objetividade plena.

Ademais, além de fatores culturais, geracionais e individuais daquele que testemunha, uma série de outros fatores podem interferir no resgate da memória de um evento, produzindo não só uma leitura subjetiva dos eventos narrados, mas até mesmo falsas memórias, como veremos no tópico a seguir.

3.2. A recuperação da memória e seu impacto sobre a prova testemunhal

O testemunho e o reconhecimento são um teste de recuperação da memória. O processo de memorização, por sua vez, passa por três etapas: codificação, armazenamento e recuperação, sempre nessa ordem. A codificação é a transformação do fato vivenciado em uma forma que possa ser retida pelo nosso cérebro. O armazenamento é a etapa de retenção da informação codificada, estando a memória armazenada sujeita a perdas e distorções em razão do que ocorreu após a

---

em julgado do processo em que ocorreu o falso testemunho para que possa ser proferida sentença pelo crime de falso testemunho. Deduz-se logicamente, portanto, que as sentenças que condenam ou absolvem os réus com base em prova testemunhal, necessariamente convalidam tais depoimentos.

38. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Considerações acerca da prova testemunhal no processo penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). *Ciências penais e sociedade complexa*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 276.

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

codificação e armazenamento. A recuperação, por fim, é a o processo de busca da memória armazenada.[40]

Com o passar do tempo, a memória tende a perder gradualmente nitidez e riqueza de detalhes, podendo chegar ao esquecimento total da lembrança. De fato, como dizem Lopes Jr. e Di Gesu[41], a memória não se opõe ao esquecimento, mas sim, pressupõe-no.

Essa deterioração aumenta as chances de a memória vir a ser contaminada, produzindo falsas memórias. Os fatores que dificultariam o esquecimento seriam a intensidade da emoção vivida no evento memorizado e o número de vezes em que a pessoa recordou o evento sem interferências. Contudo, o aumento da durabilidade da memória não a torna mais verossímil[42].

Quanto mais vezes uma memória é recuperada, seja falando, seja pensando sobre o evento ocorrido, mais se consolida seu armazenamento[43]. Todavia, cada vez que essa recuperação da memória é repetida, existe também o risco de ser alterada por sugestões internas ou externas[44].

As falsas memórias ocorrem quando o indivíduo se recorda de coisas que não ocorreram de fato. Elas são diferentes da mentira, já que na mentira a pessoa conta intencionalmente algo que ela sabe que não aconteceu[45]. Porém, ao se recordar

40. BADDELEY et al, 2011 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

41. LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano VII, n. 25, 2007. p. 62.

42. THE BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY, 2008 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

43. ROEDIGER; KARPICKE, 2006 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

44. CHAN et al, 2009 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

45. VRIJ, 2008 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

de uma falsa memória, nem o nosso cérebro faz uma distinção entre ela e as memórias verdadeiras, de forma que o indivíduo tem certeza de que viveu aquilo[46].

Falsas memórias podem ser espontâneas ou sugestivas. As espontâneas são criadas por processos internos do próprio indivíduo[47], resultantes "do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas"[48]. Já as falsas memórias sugestivas se formam a partir de uma sugestão implantada pelo ambiente externo, como por meio dos questionamentos feitos por policiais ou por informações prestadas por outras testemunhas[49].

Outros eventos similares ao que se busca recordar ou informações relacionadas, tais como repercussão do fato na mídia, também podem ter influência sobre a memória armazenada pela testemunha[50]. Essa influência é particularmente importante para esta pesquisa quando são considerados os testemunhos dos policiais a respeito de diligências das quais participaram, tendo em vista que a rotina do seu trabalho os expõe a uma série de situações similares que podem ter impacto sobre as memórias umas das outras.

A emoção também tem impacto sobre a memória, tornando-a mais vívida e detalhada, favorecendo a confiança das pessoas na acurácia de suas memórias. Contudo,

46. BERNSTEIN, LOFTUS, 2009 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

47. Com o passar do tempo, a memória do que o indivíduo realmente viu vai se apagando e ficando mais sujeita a distorções, com as lacunas sendo preenchidas por aquilo que o indivíduo esperava ver naquele contexto (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA, 2015). O indivíduo, ao dar-se conta da pobreza das suas lembranças, completa-as automaticamente, de boa-fé, utilizando cadeias de associações relacionadas com os fatos vividos (REIS, 2006 apud RIBAS, 2011. p. 70).

48. STEIN e PERGHER apud LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano VII, n. 25, 2007. p. 59-69.

49. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

50. TOGLIA et al, 2007 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

a vividez não é sinônimo de precisão[51]. De fato, diversos estudos concluíram que eventos emocionais produzem um número maior de reconhecimentos falsos[52].

Também tem impacto sobre a percepção de um evento e, consequentemente, sobre a memória, o que Pessoa[53] chama de atenção expectante. Quando esperamos ansiosamente por uma pessoa ou evento, podemos até mesmo ter a ilusão de sua presença ou ocorrência, reconhecendo quem esperamos ver num desconhecido ou deixando coisas banais tomarem proporções irrealistas. Assim, a mera preocupação com certas ideias é por si só suficiente para produzir erros de percepção.

Esse impacto mostra-se relevante para o âmbito desta pesquisa quando consideramos que o cumprimento de diligências específicas e até mesmo o patrulhamento de rotina realizado pela polícia ostensiva, devido à natureza desse trabalho, gera um estado de atenção nos policiais, que, ao esperarem deparar-se com o perigo, podem ter sua percepção dos eventos maculada.

Ribas[54] ainda lista como fatores que podem influenciar a percepção de um evento coisas aparentemente insignificantes, como uma noite mal dormida, um estado de grande fadiga, elevados níveis de estresse ou ingestão de álcool.

O processo de falsas memórias é provocado, conforme resumem Ávila e Carvalho[55], "principalmente, pelos seguintes fatores: sugestão por terceiro, insis-

51. "A tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo, juízo de valor)." (LOPES JR.; DI GESU, 2007. p. 62)

52. EARLES et al, 2015 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

53. PESSOA, 1913 apud RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias. *A credibilidade do testemunho*: a verdade e a mentira nos tribunais. 2011. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Universidade do Porto, Porto, 2011. p. 60. Disponível em: [https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/57090]. Acesso em: 11.09.2017.

54. RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias. *A credibilidade do testemunho*: a verdade e a mentira nos tribunais. 2011. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Universidade do Porto, Porto, 2011. Disponível em: [https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/57090]. Acesso em: 11.09.2017.

55. ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Sugestionabilidade e desenvolvimento de critérios identificadores: a prova penal e a testemunha. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias criminais*: estudos de direito penal, processo penal e criminologia. Jaraguá do Sul, Letras e Conceitos, 2013. p. 368.

tência na pergunta (repetição), utilização de palavras associadas (diferenças semânticas sutis), julgamento moral, pressão social, histórico pessoal do inquirido e possíveis traumas."

Também é possível que uma pessoa não se lembre de algumas informações logo após um evento, mas consiga recuperar essas informações posteriormente, após um período de tempo. Esse processo é denominado reminiscência e faz parte do funcionamento normal da memória. Todavia, os atores jurídicos costumam ver isso como um sinal de inconsistência, levando-os a concluir que o testemunho de alguém que se lembre de novas informações após um período de tempo é inacurado[56].

É preciso ainda considerar, como bem lembra Ávila[57], que "a imagem mental irá se converter em palavra, de mesmo conteúdo mental, ou seja, irá variar, de acordo com a habilidade do narrador".

Tendo em vista a alta relevância da prova dependente de memória (testemunhos e reconhecimento) para o resultado da ação penal[58], quando há escassez de outros tipos de prova, é necessário estabelecer sua confiabilidade, levando-se em conta que os procedimentos adotados para a coleta de um testemunho ou para um reconhecimento são cruciais para sua acurácia.

Como afirmam Stein e Nygaard[59], os erros nos depoimentos são menos frequentes nos relatos espontâneos, por isso é preciso ter cuidado com perguntas sugestivas. Ávila[60], igualmente, recomenda que os questionamentos sejam feitos

56. GILBERT; FISCHER, 2006 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

57. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2013. p. 51.

58. O Ministério da Justiça e o IPEA (2015) conduziram entrevistas com magistrados, policiais civis e militares, promotores e defensores públicos e privados, totalizando 87 indivíduos, contemplando as cinco regiões geográficas brasileira, para avaliar o impacto da prova testemunhal para o desfecho dos casos, tanto na fase investigativa quanto na faze processual, encontrando os seguintes resultados: 90,3% dos entrevistados consideraram muito importante, sendo a de maior valor no conjunto probatório; entre juízes, esse percentual sobre para 94,4%.

59. STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 43, abr.-jun. 2003. p. 155.

60. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque. p. 64.

da forma mais aberta possível. Contudo, a realidade do processo penal brasileiro aponta para uma carência em treinamento especializado em técnicas de entrevista investigativa[61], o que acaba por impactar a qualidade da prova produzida.

3.3. Da prova testemunhal prestada por policiais

É indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar, sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho; pois, segundo o artigo 202 do Código de Processo Penal, "toda pessoa poderá ser testemunha".

No passado, entretanto, os Tribunais brasileiros entendiam que a prova testemunhal prestada por agentes da polícia não poderia ser considerada isenta, uma vez que, por serem responsáveis pela prisão ou investigação, teriam interesse em mantê-la, justificando seus atos e pretendendo a condenação do réu. Todavia, não mais vige esse pensamento nos tribunais brasileiros, como é possível observar em recorrentes decisões que fundamentam a isenção de tais testemunhas com base na presunção de veracidade atribuída aos atos dos agentes públicos[62]. Essa presunção de veracidade inverte o ônus da prova, já que se presumem verdadeiras as declarações dos policiais até que se prove o contrário.

Observe-se, contudo, que o depoimento de policiais no âmbito do processo penal não constitui ato administrativo, mas prova em espécie como outra qualquer. Possuem, portanto, valor probatório relativo, cabendo valoração de acordo com o contexto probatório[63]. Ressalte-se, ainda, que os atos administrativos gozam de presunção relativa (*iuris tantum*) de legitimidade somente no âmbito administrativo, não alcançando tal presunção o âmbito do processo penal[64]. Assim,

61. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

    Apenas dois dos 87 entrevistados mencionados anteriormente (nota de rodapé n. 65) possuíam algum tipo de formação nessa área, com o restante dos entrevistados afirmando que aprenderam com o exercício da prática.

62. NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

63. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2013.

64. BORTOLON, Nícolas Bortolotti. Presunção de legitimidade dos atos administrativos no processo penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3927, 02.04.2014.

não se tratando de ato administrativo no âmbito administrativo, mas de prova no âmbito do Direito Processual Penal, está afastada a presunção de legitimidade dos testemunhos policiais.

Segundo Lopes Junior[65], o testemunho prestado por policiais deve ser valorado com muita cautela pelo juiz, pois eles estariam naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato, de forma que não seriam imparciais, pois estariam comprometidos com o resultado do processo. Para o autor, contudo, a restrição não estaria relacionada à possibilidade de testemunhar, como entendiam os tribunais brasileiros no passado, mas sim à valoração desse depoimento.

> "Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento."[66]

Esse também é o posicionamento de Badaró[67], para quem deve prevalecer uma posição intermediária, pois embora os policiais não possam ser considerados suspeitos pelo simples fato de serem policiais, é inegável o seu interesse na demonstração da legalidade de sua atuação. Assim, seus testemunhos devem possuir valor relativo, ou seja, apenas devem ser considerados, caso estejam de acordo com os demais elementos probatórios constantes dos autos do processo, não sendo possível a sentença condenatória com base exclusiva no depoimento de policiais, mesmo que coesos.

Deve-se ter em mente ainda que, para além da questão do interesse dos policiais em justificarem a própria atuação, o olhar do policial não é neutro ou descontextualizado, mas reproduz e reforça as desigualdades presentes na sociedade, de forma que suas narrativas não podem ser recepcionadas pelo processo

---

Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/27372]. Acesso em: 03.04.2017.

O valor probatório do inquérito policial será discutido no próximo tópico.

65. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
66. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470.
67. BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.

penal com status de verdade. De acordo com Jesus[68], o "saber policial" que ampara a conduta dos policiais em sua rotina de trabalho não é um saber científico ou isento, mas provém de opiniões e conclusões derivadas do senso comum, de preconceitos e de julgamentos morais, fazendo com que termos como "atitude suspeita" não reflitam necessariamente a realidade.

Nesse sentido, a crença do policial de que o acusado é culpado, mesmo quando não há evidências suficientes para isso, pode até mesmo motivar afirmações falsas. A pesquisa[69] de Jesus[70] a respeito de flagrantes de tráfico de drogas concluiu que, para não correr o risco de o juiz absolver o acusado por falta de provas, policiais buscam estabelecer uma relação de posse entre o acusado e a droga apreendida afirmando, por exemplo, que viram o acusado jogar uma sacola com a droga e sair correndo, mesmo quando isso não ocorreu, tendo sido a droga localizada em local próximo e sem qualquer relação com o réu.

Ademais, como Jesus[71] aponta, a atuação dos policiais também é motivada por pressões e exigências político-institucionais, o que pode resultar em "prisões ilegais, supressão e violações de direitos dos acusados em nome de uma exibição de resultados e suposto controle do crime, ou para aquisição de benefícios e

68. JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos:* a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/]. Acesso em: 22.08.2017.

69. Jesus (2016) coletou e analisou dados de 63 audiências de custódia e de 27 audiências de instrução e julgamento no ano de 2015, bem como analisou dados cedidos pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP produzidos em 2011, incluindo 667 autos de prisão em flagrante; 604 processos criminais; 70 entrevistas semiestruturadas com policiais civis e militares, promotores, juízes e defensores públicos; além de diários de campo de dez audiências de instrução e julgamento.

70. JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos:* a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas, 2016. p. 91. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/]. Acesso em: 22.08.2017.

71. JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos:* a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas, 2016. p. 126. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/]. Acesso em: 22.08.2017.

prêmios pelos policiais". Todavia, a questão da produtividade policial não é problematizada pelos magistrados ao valorarem os testemunhos policiais, de forma que arbitrariedades na atividade policial só são consideradas como hipótese quando há um interesse privado do policial em relação àquele réu.

Sob essa perspectiva, é relevante observar que, no estado da Bahia, onde ocorreu a pesquisa de que trata este trabalho, encontram-se vigentes a Lei Estadual 12.043/2011 e o Decreto 12.556/2011, que a regulamenta, prevendo a bonificação pecuniária por apreensão de armas de fogo paga aos policiais militares. Se por um lado a bonificação cumpre seu papel de incentivar a produtividade, também pode funcionar como incentivo a ações policiais ilegais, como a invasão de domicílio, que nos relatos policiais costuma ser justificada por uma suposta autorização dos proprietários da casa para a entrada, ou por supostas denúncias anônimas que justificariam a entrada por meio da ideia de crime permanente.

3.4. O valor probatório do inquérito policial e o engodo da judicialização de depoimentos

O inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa, destinado a esclarecer os fatos supostamente delituosos que tenham chegado ao conhecimento da autoridade policial, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal e viabilizando o eventual oferecimento de peça acusatória[72]. Os elementos colhidos no inquérito policial são, portanto, decisivos para a formação da convicção do titular da ação penal sobre a viabilidade da acusação.

Aury Lopes Jr.[73], acompanhando o entendimento de Ortels Ramos, difere os atos de prova dos atos de investigação (ou instrução preliminar), sendo estes últimos colhidos sem a exigência de observância do contraditório e da ampla defesa, de forma que não constituem prova, mas meramente elementos de informação; e, como diz Carnelutti[74], "a eficácia das provas produzidas no curso da investigação devem limitar-se aos fins da investigação", ficando assim restrita às decisões interlocutórias.

72. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

73. LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

74. CARNELUTTI apud LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 121.

De fato, para Lima[75], "a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa". Esse é também o entendimento de Rangel[76], para quem a observância do contraditório é verdadeira condição de existência da prova.

Entretanto, Lima[77] e Rangel[78] divergem num ponto essencial. Enquanto para o primeiro a ausência de contraditório atribuiria valor probatório relativo ao inquérito policial, de forma que seus elementos só poderiam influir na formação do livre convencimento do juiz quando complementados por outros indícios e provas produzidos sob o crivo do contraditório em juízo, o segundo defende que tais elementos não podem e não devem sequer ser mencionados pelo juiz em sua fundamentação, não possuindo qualquer valor probatório, a menos que tenham sido corroborados em juízo, salvo as informações cautelares, não repetíveis e antecipadas.

De acordo com o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

Para Rangel[79], essa redação não foi muito feliz ao dar a entender que o juiz poderia decidir com base nas informações do inquérito, desde que elas não fossem as únicas informações a fundamentar a decisão.

Compartilha desta última opinião Lopes Jr.[80], para quem a reforma promovida pela Lei 11.690/2008, ao manter aberta a possibilidade de que os juízes sigam utilizando o inquérito policial como elemento probatório, viola a própria jurisdição, que tem como consectário lógico a garantia de um julgamento com base nas provas produzidas dentro do processo, conforme o *due process of law*. Para ele, só

75. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 111.
76. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 82.
77. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
78. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
79. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
80. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

a prova judicial é válida, tendo em vista que não se pretende obter uma verdade real, e mitológica, a qualquer custo, mas uma verdade formalmente válida, produzida de acordo com os princípios garantidores do processo penal.

Assim Lopes Jr[81]. defende a necessidade de exclusão dos autos do processo dos atos de investigação preliminar (peças)[82], como acontece na Itália[83], o que favorece que os elementos de convencimento do juiz sejam obtidos da prova produzida em juízo. Dessa forma, afirma ele, "evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recaia exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias"[84].

Os únicos elementos do inquérito que poderiam constituir prova e assim ser valorados na sentença seriam aqueles cuja produção/obtenção não pudesse ser repetida na fase processual, como expresso no próprio artigo 155 do CPP, o que, via de regra, não é o caso da prova testemunhal ou do interrogatório do réu. As provas não repetíveis, às quais se autoriza a produção antecipada, antes da fase processual, geralmente são provas técnicas. Contudo, a antecipação deve ser justificada e observar o contraditório e a ampla defesa[85].

Ou seja, os depoimentos e confissões colhidos durante a fase investigativa, se realizados sem observância aos requisitos da produção antecipada de provas, não passam de elementos informativos com fins de subsidiar a denúncia. Esse é o

81. LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 123.

82. "excetuando-se as provas técnicas irrepetíveis e a produzida no respectivo incidente probatório" (LOPES JR., 2001. p. 123).

83. Lopes Jr. enaltece "a técnica adotada pelo sistema italiano, de eliminar dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar (*indagine preliminare*), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório. Como explicam Dalia e Ferrajoli, um dos motivos da clara distinção entre o procedimento *per Ie indagini preliminari* e o processo é exatamente evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos na fase pre-processual".

    Também informa que no sistema processual espanhol consta na Exposição de Motivos da lei referente ao Tribunal do Júri, datada de 1995, "a necessidade da exclusão física das peças do sumário (instrução preliminar) dos autos do processo, evitando com isso as indesejáveis confusões de fontes cognoscitivas atendíveis, contribuindo assim a orientar sobre o alcance e a finalidade da pratica probatória realizada no debate (ante os jurados)". (LOPES JR., 2001. p. 122-123)

84. LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 123.

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

entendimento de Ávila[86], para quem o depoimento prestado no inquérito policial não pode ser considerado prova testemunhal, pois somente o contraditório daria a ele esse caráter. Assim, a menos que sejam repetidos em juízo, jamais deveriam ser considerados na valoração da sentença.

Ademais, como aponta Lopes Jr.[87], repetição não é o mesmo que reprodução ou ratificação. Para a produção da prova testemunhal, o juiz e as partes devem ter contato direto com a pessoa e o conteúdo das suas declarações. A mera leitura de um depoimento prestado na fase pré-processual, ou sua reprodução em vídeo ou aparelho de áudio, sem que a gravação tenha ocorrido em um contexto de produção antecipada de provas, não constitui repetição. Igualmente, a mera ratificação do depoimento prestado na fase administrativa da persecução penal também não constitui repetição.

A testemunha deve comparecer perante o magistrado e prestar suas declarações de forma oral, devendo qualquer ratificação ou retificação ser aferida após a sua declaração integral. Só então podem ser confrontadas as diferentes versões, permitindo às partes identificar eventuais contradições.

Todavia, conforme dados obtidos pelo Ministério da Justiça e pelo IPEA[88], são comuns as seguintes práticas[89]: leitura prévia da ocorrência e na audiência a reprodução da narrativa (30,7%); leitura dos autos por parte do promotor e reprodução da narrativa ou confirmação do teor por parte dos policiais (23%); policiais pedem para que seu depoimento da fase policial seja confirmado apenas (19,2%); testemunho genérico, semelhante e artificial por parte dos policiais (15,3%); juiz não permite narração livre por parte da testemunha buscando confirmar o depoimento dado na fase policial (7,6%). Tais práticas prejudicam a repetição da prova em juízo, violando a jurisdição.

Também é comum encontrar na jurisprudência o uso do artigo 155 do CPP para validar a confissão extrajudicial, mesmo quando retratada em juízo, quando

86. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2013. p. 53.

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

88. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian (Coord.). *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015.

89. Estudo realizado por meio de entrevistas (questionários) com defensores (públicos e privados), juízes, delegados de polícia civil e promotores de justiça (total de 52 indivíduos na amostra, distribuídos em São Paulo e Porto Alegre).

supostamente confirmada por outros elementos. Para Lopes Jr.[90], a redação do referido artigo termina por legitimar essa prática de corroborar a confissão policial com uma parca prova judicial, entre outras manipulações discursivas para disfarçar a condenação fundada no inquérito policial.

É o que ocorre frequentemente em relação aos testemunhos prestados por policiais. Segundo Lopes Jr.[91], é frequente o Ministério Público arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito[92], buscando judicializar a palavra deles para driblar a vedação prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal, segundo a qual o juiz não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial.

Como abordado no tópico anterior, não há qualquer restrição quanto à possibilidade de depor dos policiais, mas quanto à valoração dos seus depoimentos. Igualmente, a judicialização dos depoimentos colhidos durante a investigação é obrigatória e desejada, todavia, para Lopes Junior[93], quando nos deparamos com sentenças condenatórias fundamentadas tão somente nos elementos do inquérito e no depoimento dos policiais em juízo, estamos diante de um engodo.

Esse posicionamento encontra ressonância no conceito de Da Rosa[94] de devido processo legal substancial, o qual se caracteriza por mais que mera formalidade procedimental, mas por verdadeira garantia do direito de liberdade do indivíduo. Os elementos do inquérito só podem servir para o juízo de admissibilidade da ação penal, jamais para qualquer possibilidade de valoração realmente democrática, por terem sido produzidos na ausência do contraditório.

4. O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: análise de julgados

A fim de compreender o valor probatório atribuído pelo Tribunal de Justiça da Bahia aos testemunhos policiais, buscamos recortar uma amostra de acórdãos em

90. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162-165.

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

92. Nesse sentido, a pesquisa Prisão Provisória e Lei de Drogas (JESUS et al, 2011 apud JESUS, 2016) mostra que, em 78% dos flagrantes por tráfico de drogas analisados, os policiais eram as únicas testemunhas.

93. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470.

94. DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

que esses testemunhos fossem a única prova da autoria do crime imputado ao acusado, por entendermos que a existência de outras provas de autoria exigiria um nível de análise além do escopo deste trabalho. Com esse intuito, inicialmente, inserimos na ferramenta de busca disponível no sítio eletrônico do referido tribunal as palavras chave "155", "testemunho" e "policial", para as decisões julgadas no período de 01 de agosto de 2016 a 31 de julho de 2017, obtendo um total de 192 ocorrências.

Dessas 192 ocorrências, excluímos as apelações que não incluíam pleito de absolvição por insuficiência de provas, mas unicamente outras questões, como preliminares, dosimetria da pena e nulidades processuais; bem como excluímos os recursos em sentido estrito, por não tratarem de decisões de mérito ou por tratarem de decisões interlocutórias mistas não terminativas, totalizando nove casos. Também optamos por excluir as decisões que envolvessem crimes com vítima, como roubo, furto, e estupro, devido à possibilidade de as condenações sustentarem-se no depoimento da vítima, restando, assim, 75 decisões.

Essas 75 decisões tratavam dos crimes de tráfico e associação para tráfico (artigos 33 e 35 da Lei 11.346/06) e posse ou porte de arma (artigos 12, 14 e 16 da Lei 10.826/03), algumas vezes combinados[95]. Delas, excluímos os seis casos que mencionavam na decisão do Tribunal a existência de apreensão decorrente do cumprimento de mandado de busca e apreensão ou de transcrição de interceptação telefônica nos autos, por entendermos que a existência deles aumenta a probabilidade da existência de outras provas que não somente o testemunho de policiais, de forma que nos limitamos aos flagrantes sem investigação prévia.

Outrossim, foram excluídos 11 casos que mencionavam confissão judicial do apelante ou de qualquer corréu, e oito casos em que a decisão levou em conta o testemunho judicial de qualquer pessoa além dos policiais que efetuaram o flagrante. Ressalte-se que os testemunhos de pessoas que não presenciaram o flagrante, como testemunhas de conduta, foram desconsiderados para os fins desta pesquisa.

A opção por excluir tão somente as confissões e testemunhos judiciais, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, mantendo os acórdãos que

95. Em casos raríssimos, esses crimes eram combinados ainda com outros, como uso de documento falso ou receptação, ou possuíam majorantes, como tráfico interestadual. Contudo, devido à pouca frequência dessa ocorrência, bem como ao fato de que, nesses casos, não havia menção a qualquer vítima, testemunha ou outros meios de prova além dos testemunhos de policiais, optamos por desconsiderar esse dado em nossa análise.

mencionavam confissão extrajudicial ou depoimentos de outras testemunhas que não os policiais na fase inquisitorial, produziu uma amostra que nos permitiu avaliar não só o valor probatório atribuído aos testemunhos policiais, mas também o valor probatório atribuído ao inquérito policial.

Dado o número de vezes em que elementos do inquérito policial apareciam nos acórdãos para justificar a condenação ou a manutenção da condenação do acusado, consideramos esse critério de suma importância, sobretudo porque, nas fundamentações dos acórdãos, o inquérito policial parece validar os testemunhos dos policiais produzidos na fase judicial e vice-versa, como veremos adiante.

Ao final, restaram 50 casos, distribuídos conforme a tabela a seguir. Observe-se que, para o enquadramento nos critérios classificatórios listados na tabela, foram utilizados somente as informações mencionadas no inteiro teor do acórdão, não sendo analisados os conteúdos dos processos dos quais originaram-se as apelações.

A primeira linha da tabela, intitulada "decisões analisadas", refere-se à amostra inicial obtida no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Bahia, distribuídas conforme a Câmara e a Turma responsável pelo julgamento. Na linha seguinte – "decisões selecionadas" – distribuímos os 50 casos finais conforme suas respectivas Câmara e Turma. A partir daí, tratamos única e exclusivamente desses 50 casos, mencionando quantos tratam dos crimes de tráfico, associação para tráfico ou porte/posse de arma; quantos tratam de apelações da defesa ou do Ministério Público; e se houve provimento total, parcial ou desclassificação (em caso de tráfico).

Também registramos o número de casos em que a confissão extrajudicial foi mencionada no acórdão para justificar a condenação ou manutenção da condenação, a fim de demonstrar o valor probatório atribuído ao inquérito policial pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Registramos, ainda, os casos em que o acórdão mencionava a existência de outras pessoas além dos policiais no local do flagrante, a fim de verificar se esse fato produzia algum impacto na apreciação dos desembargadores quanto ao fato de somente policiais terem sido arrolados como testemunhas de acusação.

Ademais, por entendermos que a alegação de porte de drogas para uso constitui uma forma de negativa de autoria do crime de tráfico, mencionamos os casos em que houve confissão do acusado nesse sentido.

Em muitos casos, a acusação incluía a combinação dos crimes "tráfico" e "associação para tráfico", ou ainda "tráfico" e "porte/posse de armas", de forma que a soma dessas categorias pode exceder o número total de decisões selecionadas.

Dados da amostra						
	1ª Câmara		2ª Câmara		Câmara Esp. Extr. Oeste	Totais
	1ª Turma	2ª Turma	1ª Turma	2ª Turma		
Decisões analisadas	47	61	34	49	1	192
Decisões selecionadas	14	19	2	15	–	50
Tráfico	13	17	2	13	–	45
Associação para tráfico	1	5	–	3	–	9
Porte/posse de arma	4	3	–	6	–	13
Confissão de porte para uso nos casos de denúncia por tráfico	1	3	–	–	–	4
Confissão extrajudicial (não mantida em juízo)	8	7	1	10	–	26
Existência de outras pessoas no local no momento do flagrante (que não corréus)	3	2	–	–	–	5
Apelação da Defesa	13	19	2	14	–	48
Apelação do MP	–	–	–	1	–	1
Provimento total do pleito absolutório (em relação a todos os crimes)	2	–	–	–	–	2
Provimento parcial do pleito absolutório (em relação a pelo menos um dos crimes)	–	3	–	2	–	5
Provimento do pleito condenatório	–	–	–	1	–	1
Desclassificação de tráfico para uso, inclusive *ex officio*	2	–	–	–	–	2

Fonte: Elaborado pelas autoras.

Como é possível verificar por meio dos dados coletados, são comuns os casos em que não há inquirição de outras testemunhas além dos policiais ou outros meios de prova da autoria. Conforme dados supramencionados, nos 75 casos de apelações envolvendo os crimes de tráfico de drogas, associação para tráfico e porte/posse de armas, somente seis possuíam informações de investigação prévia ao flagrante, 11 mencionavam confissão judicial do apelante ou de qualquer corréu, e só oito contavam com prova testemunhal produzida em juízo além dos testemunhos prestados pelos policiais. Em 50 dos 75 casos de flagrante, as únicas provas da autoria produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa foram os testemunhos dos policiais que efetuaram o referido flagrante[96].

Considerando-se os dados obtidos, temos então que, no período de um ano, 66% das apelações selecionadas envolvendo os crimes de tráfico de drogas, associação para tráfico e porte/posse de armas julgadas pelo Tribunal de Justiça da Bahia contavam única e exclusivamente com os testemunhos dos policiais que efetuaram o flagrante como prova de autoria produzida em juízo. Nesses julgamentos, em 92% das vezes o Tribunal condenou ou manteve a condenação dos apelantes.

Levando-se em conta esse percentual de condenações nas apelações selecionadas, fica evidente o posicionamento majoritário no Tribunal de Justiça da Bahia em relação à validade dos testemunhos policiais nos crimes que envolvem flagrantes. Igualmente, o fato de que em metade dos casos selecionados a confissão extrajudicial foi mencionada no acórdão a fim de justificar a condenação ou manutenção da condenação dos acusados demonstra o valor probatório atribuído ao inquérito policial pelo referido Tribunal.

4.1. Da fundamentação dos acórdãos do TJ/BA

A análise dos trechos dos acórdãos selecionados expõe, frequentemente, a mesma linha argumentativa: a de que "os depoimentos dos policiais encarregados das diligências prestam-se, sim, ao esclarecimento da verdade dos fatos, merecendo inteira credibilidade, sobretudo quando harmônicos com as demais provas" (APLs0536451-61.2014.8.05.0001 e 0358017-84.2013.8.05.0001 – Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma).

96. A exceção está em um único acórdão, que menciona o depoimento de uma outra testemunha durante o inquérito, depoimento este que não foi repetido na fase judicial, mas foi utilizado para amparar a manutenção da condenação pelo Tribunal (APL 0300017-02.2015.8.05.0105 – Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma).

Há de se ressaltar, contudo, que as "demais provas", via de regra, são tão somente os laudos periciais da arma ou da droga apreendida, que comprovam a materialidade, e o inquérito policial. O valor probatório do inquérito policial, aliás, foi corroborado em diversas decisões analisadas.

> "Cumpre ressaltar que é livre ao Magistrado a valoração das provas produzidas durante a instrução processual, conforme prescreve o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, devendo fundamentá-la com base em toda a instrução probatória colhida nos cadernos processuais, o que, no caso sub examine, dez o Juiz de Primeiro Grau com acertada precisão." (APL 0006508-16.2011.8.05.0113 – Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma)

Eis o entendimento do STJ, *in verbis*:

> "[...] – Esta corte já decidiu que as provas colhidas na fase inquisitorial, quando corroboradas por aquelas produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório, são aptas para dar suporte à condenação (ut REsp 1.084.602/AC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 1º.2.2013). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 504.771/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 24/06/2015)." (APL 0541040-96.2014.8.05.0001 – Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma).

Levando-se em consideração que, como demonstrado no tópico anterior, em nossa amostra, em 49 de 50 casos não há quaisquer testemunhas além dos policiais na fase inquisitorial, e que somente em 26 desses 50 casos ocorreu confissão extrajudicial, em tese, em cerca de metade dos casos não seria possível alegar, a título de fundamentação para condenar o acusado, que os testemunhos judiciais dos policiais estão em harmonia com a totalidade do inquérito policial e vice-versa. De fato, a única afirmação possível seria a de que os depoimentos dos policiais produzidos na fase inquisitorial estariam em consonância com os testemunhos dos próprios policiais produzidos na fase judicial.

Vê-se então que não é o inquérito policial que é considerado como um todo para fins probatórios, mas tão somente a versão dos policiais. Caso contrário, nos casos em que o acusado negou a autoria, sobretudo se nas duas fases, essa negativa deveria ser considerada para fins de absolvição com mais frequência. Contudo, os dados quantitativos quanto ao provimento do pleito absolutório demonstram a pouca valia da negativa do réu – apenas dois casos de absolvição total e cinco de absolvição parcial (nos casos de imputação de mais de um crime).

Por outro lado, se a negativa do cometimento do crime pelo réu frequentemente é irrelevante como meio de prova, a confissão extrajudicial aparece como justificativa para condenar ou manter a condenação em metade dos casos selecionados – o que se exemplifica com o seguinte trecho de decisão exarada pela Primeira Câmara Criminal, da Segunda Turma do TJ/BA:

> "Assinale-se, por oportuno, que, embora, em Juízo, o Apelante tenha repudiado a confissão feita na fase de Inquérito, passando a afirmar ter sido vítima de violência para admitir a prática do delito, certo é que, além de sua primeira versão se apresentar minuciosa, rica em detalhes, a Defesa sequer arrolou testemunhas que pudessem contraditar os depoimentos dos milicianos."
> "Registre-se, ainda, tal como pontuado na Sentença, 'que possível arbitrariedade policial não é por si só causa para invalidar os depoimentos das testemunhas da Denúncia' (cf. fls. 90).
> Assim, mesmo diante de posterior retratação em Juízo, as confissões ocorridas durante o Inquérito não perdem seu valor probante, quando, como no caso, em perfeita consonância com o conjunto probatório juntado aos autos. (APL 0001545-78.2009.8.05.0001 – Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma)."

Em um caso particularmente emblemático, o único da amostra em que o apelante foi o Ministério Público, irresignado com a absolvição dos réus pelos crimes de tráfico e associação para tráfico, a Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal entendeu que a confissão extrajudicial se sobrepujava à negativa de autoria em juízo porque não teria sido impugnada na fase processual, sustentando, assim, a reforma da sentença para condenar o acusado.

> "De fato, em respeito ao art. 155 do CPP, nenhuma condenação pode ser embasada apenas nas provas colhidas durante a fase de investigação policial, no qual inexiste o devido processo legal. Em respeito ao contraditório e à ampla defesa, deve ser garantido ao acusado o largo exercício do direito de contestar cada ponto alegado contra si, constante na denúncia. E foi o que ocorreu no presente caso. Ao recorrido foi devidamente oportunizado o direito de contestar os depoimentos colhidos durante o inquérito, os laudos apresentados, bem como os interrogatórios e oitivas processuais. Importante ressaltar que não houve nenhuma impugnação por parte da defesa que visasse a anulação de qualquer prova produzida durante o inquérito, direito este, que lhe foi amplamente garantido na fase processual. Neste viés, é que a formação do juízo de valor deve levar em conta sim, o inquérito policial, desde que em sintonia com as provas colhidas durante a instrução processual, momento em que o exercício do contraditório e da ampla defesa podem confirmar a certeza da condenação ou absolvição dos réus." (APL 0500516-23.2015.8.05.0001 – Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma).

Assim, temos que a negativa do cometimento do crime pelo réu frequentemente é irrelevante como meio de prova, sobretudo se a negativa ocorreu apenas na fase judicial.

No caso de ter que sobrepesar as versões antagônicas do réu e dos policiais, a posição majoritária do Tribunal de Justiça da Bahia é a de que a palavra dos policiais possui presunção relativa de veracidade, cabendo ao acusado o ônus de desconstruir essa presunção, como se verifica nos seguintes julgados:

> "Outrossim, presume-se a correção e lisura no exercício das funções dos agentes policiais estatais, de sorte que qualquer entendimento diverso somente poderia ser elidido mediante prova cabal. Todavia, a Defesa não se desincumbiu do ônus de provar tal alegação." (APL 0526699-94.2016.8.05.0001 – Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma).
>
> "Sobreleve-se, ademais, que inexiste qualquer contradição nos depoimentos dos agentes policiais, os quais corroboram, *in tantum*, com demais provas produzidas nos autos. Faz-se necessário salientar, neste trilhar, que as suas afirmações são válidas até prova em contrário (presunção *juris tantum*), ou seja, por conta de seus atos gozarem de presunção legal de veracidade, eis que exercem seu *munus* na qualidade de Servidores Públicos, o testemunho dos Agentes de Segurança Pública tem elevado valor probante. Consectariamente, não há motivos para desabonar o seu testemunho, tendo em conta porque os referidos agentes não são "suspeitos" pelo simples fato de desempenhar profissão pertencente aos quadros da Polícia." (APL 0000267-56.2016.8.05.0208 – Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma).
>
> "De acordo com o entendimento consagrado pela doutrina e jurisprudência, a credibilidade dos depoimentos de policiais somente pode ser afastada por prova estreme de dúvida, o que não é o caso dos autos." (APLs 0001646-68.2009.8.05.0146 e 0303998-17.2015.8.05.0274 - Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma).
>
> "Em termos de prova convincente, os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências preponderam sobre a do réu. Esta preponderância resulta da lógica e da razão, pois não se imagina que, sendo uma pessoa séria e idônea, e sem qualquer animosidade específica contra o agente, vá a juízo e mentir, acusando um inocente. Deve-se examinar a declaração pelos elementos que contém, confrontando-se com as outras provas ou indício obtidos na instrução e discute-se a pessoa do depoente. Se a prova sobrevive depois desta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe." (TJRS, AP. 70052708690/RS, julgado em 06/02/13, retirado do livro de Nucci, Provas no Processo Penal, 3. Ed. Fls. 193/194, Ed. Revista dos Tribunais)." (APL 0541040-96.2014.8.05.0001 – Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma).

A ideia de que a credibilidade dos testemunhos policiais só seria afastada em caso de parcialidade ou interesse pessoal também aparece com frequência.

> "[...] não se extrai dos autos que os Policiais que funcionaram como testemunhas tivessem particular interesse na condenação do Apelante, não tendo a Defesa indicado, inclusive, qualquer indício de parcialidade". (APLs 0325841-52.2013.8.05.0001 e 0549786-16.2015.8.05.0001 – Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma)
>
> "A propósito, no tocante aos depoimentos dos milicianos, cumpre destacar que merecem fé, tanto quanto os de quaisquer outras testemunhas, salvo, como é regra geral, venha a se demonstrar concreto e comprovado interesse pessoal na incriminação do réu, o que não se evidenciou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito." (APL 0000181-75.2015.8.05.0158 – Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma).
>
> "Inobstante tenha o Apelante refutado a posse da substância ilícita, não é plausível conceber que policiais militares que não mantêm qualquer relacionamento de inimizade com ele adotem postura incompatível com suas funções – acusando-o de tráfico e "plantando" drogas em seus pertences – sem razão aparente." (APL 0301000-56.2014.8.05.0001 – Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma).

Nesse sentido, é interessante relembrar a pesquisa de Jesus[97] sobre a recepção das narrativas policiais pelos operadores do direito nos casos de flagrantes de tráfico de drogas, em que ela conclui que, em geral, os magistrados não consideram em suas reflexões a possibilidade dos policiais realizarem as prisões por tráfico de drogas em razão de estímulos políticos e pressão social, bem como premiações por produtividade, levando em conta tão somente a possibilidade de haver interesse pessoal dos policiais na prisão. Se não há evidências de interesse pessoal, a possibilidade de um flagrante forjado, por exemplo, é descartada.

Por fim, o critério de existência de outras pessoas no local do flagrante no momento da prisão além dos policiais ou corréus, pessoas essas que não foram conduzidas à delegacia para prestar depoimento nem foram arroladas posteriormente pela acusação para testemunhar, foi aplicado na expectativa de

97. JESUS, Maria Gorete Marques de. *'O que está no mundo não está nos autos'*: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/>. Acesso em: 22.08.2017.

observarmos alguma espécie de questionamento dos desembargadores quanto ao fato de somente policiais terem sido arrolados como testemunhas, mesmo quando era possível ouvir outras pessoas. Contudo, em apenas 05 casos foi possível constatar a existência de outras pessoas – quando, ao mencionar as circunstâncias do crime, o acórdão relatava que o flagrante tinha ocorrido em um micro-ônibus, em um bar, ou que outras pessoas haviam sido abordadas e liberadas pela polícia, por exemplo – e nesses casos não houve nenhum questionamento nesse sentido.

Atenta-se que, embora o fenômeno das falsas memórias receba especial atenção de pesquisadores da área jurídica e já exista produção científica consistente sobre o tema, em nenhum dos julgados selecionados foi encontrada qualquer alegação sobre sua ocorrência. Em artigo recente, Baldasso e Ávila[98] fizeram análise sobre a repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal a partir da análise de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para a pesquisa, utilizaram na busca as palavras "falsas memórias". Como um dos resultados, apontam que na maioria dos casos (94,55%), a ocorrência das falsas memórias foi suscitada em relação à palavra da vítima e apenas 5,45%, ou seja, três julgados, em relação ao testemunho[99].

Baldasso e Ávila observam que "em todos os casos analisados, a prova cuja veracidade foi questionada teve papel fundamental na formação do convencimento dos julgadores, constituindo-se no elemento central de convicção". Concluem

98. 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*, Porto Alegre, v. 4, n. 1. p. 371-409, jan.-abr. 2018.

99. Foram analisados três casos de tráfico de drogas, mas no artigo aparece referência detalhada apenas a um deles. Atentam que 68,8% dos julgados referiam-se a crimes contra a dignidade sexual (a maioria estupro de vulnerável); apenas 1,60% a crimes previstos em leis especiais, a exemplo do tráfico de drogas.
Citam um caso relacionado ao delito de tráfico de drogas, em que "a defesa suscitou contradição entre os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante dos réus" e "foram abordados vários fatores, como visão, atenção, percepção, memória, comunicação e redação do depoimento". O Tribunal concluiu pela não caracterização da contradição, alegou ser "possível compreender a origem da falta de homogeneidade entre os depoimentos consignados na repartição policial e em juízo, e entre os depoimentos das testemunhas sob o crivo do contraditório" e "muito embora toda a gama de fatores que influenciam a redação final do depoimento das testemunhas, no caso, não há contradições". (BALDASSO; ÁVILA, 2018. p. 380).

então que "o fenômeno não tem tido grande repercussão no resultado do processo, haja vista o número de decisões que o afastaram sem qualquer embasamento técnico científico que o tema exige"[100]. Trata-se, portanto, de uma questão que merece maior atenção, principalmente, quando a prova testemunhal é a única prova considerada para a condenação.

Considerações finais

Em um Estado democrático de direito, o processo penal só encontra legitimidade quando orientado pelos princípios garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais estão positivados, inclusive, na Constituição da República de 1988. Sem essa diretriz, o processo penal torna-se meio para justificar a arbitrariedade do Estado contra os cidadãos.

Dentre esses princípios, encontra-se o princípio da presunção da inocência, de onde deriva o corolário *in dubio pro reo*. Esse princípio estabelece que o ônus de demonstrar a culpa de um acusado deve recair integralmente sobre a acusação, cabendo a absolvição em caso de dúvida.

Por isso, todo dispositivo legislativo ou decisão judiciária que inverta o ônus da prova viola frontalmente a Constituição e deslegitima o processo penal. Dessa forma, não pode a busca pela chamada verdade real justificar a violação de princípios garantidores da dignidade da pessoa humana.

Ao tratar da prova testemunhal produzida prestada por policiais, contudo, é comum que os magistrados atribuam presunção de veracidade à mesma, impondo ao réu o ônus de demonstrar sua inveracidade e, consequentemente, sua inocência, violando garantias constitucionais. Todavia, a nenhum tipo de prova testemunhal deveria ser atribuída presunção de veracidade, sobretudo àquela prestada por policiais.

Como foi abordado neste trabalho, a prova testemunhal tem sua confiabilidade afetada por questões que envolvem a subjetividade de quem testemunha, a forma como foi colhida, o decurso do tempo entre o fato narrado e o testemunho, dentre outros fatores, devendo ser valorada dentro do contexto probatório. No caso da prova testemunhal prestada por policiais, não só esses fatores devem ser

100. 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*, Porto Alegre, v. 4, n. 1. p. 404; 371-409, jan.-abr. 2018.

considerados como também suas especificidades próprias, uma vez que os policiais estão naturalmente inclinados a tentar demonstrar a legalidade de sua atuação. É preciso também levar em conta que essa atuação pode ser motivada por pressões por produtividade e exigências político-institucionais.

Assim, quando a única possibilidade de comprovação da autoria restar sobre os depoimentos de policiais, a condenação do réu deveria ocorrer, no mínimo, com extremada cautela, sendo a absolvição diante da imposição do *in dubio pro reo*, a solução mais legítima, sob pena de ferir-se um princípio constitucional norteador do processo penal – o da presunção da inocência.

Presumir como verídicos os depoimentos de policiais transfere para o réu o ônus de provar sua inocência, ferindo esse princípio constitucional. Via de regra, a jurisprudência entende que cabe ao réu demonstrar a suspeição da testemunha de acusação, estabelecendo que a defesa deve trazer aos autos prova de que os policiais que efetuaram a prisão ou participaram da investigação conheciam o réu ou tinham interesse em sua prisão. Tal prova mostra-se, comumente, não apenas impossível, mas pouco razoável, visto que a parcialidade dos depoimentos policiais não está necessariamente relacionada a um conhecimento prévio do réu, mas é inerente à necessidade dos policiais de legitimar seus atos pretéritos enquanto agentes públicos, a fim de evitar responder por faltas administrativas ou até mesmo penais.

Entretanto, como foi demonstrado nesta pesquisa, são comuns as condenações amparadas tão somente no testemunho de policiais, sem qualquer outra prova que os corrobore. Isso é possível, também, graças a uma brecha discursiva contida no artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, que permite que os juízes fundamentem suas decisões em elementos meramente informativos colhidos durante o inquérito policial, sem qualquer respeito ao contraditório ou à ampla defesa. A única restrição é a de que a fundamentação não ocorra *exclusivamente* com base nesses elementos. Assim, é possível encontrar decisões judiciais que corroboraram os testemunhos policiais prestados em juízo com os depoimentos dos próprios policiais, prestados na fase inquisitorial, ou com a confissão extrajudicial do réu, ainda que retratada em juízo.

Ao analisarmos especificamente a jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, encontramos ocorrências semelhantes às mencionadas pelos autores e pesquisas utilizados neste trabalho. Em crimes sem vítimas, é frequente que a única prova da autoria produzida em juízo seja o testemunho prestado por policiais. Pouquíssimos são os casos que contam com outras testemunhas, investigação prévia à prisão do acusado ou confissão judicial.

De fato, em 66% da amostra selecionada, a única prova de autoria mencionada pelos desembargadores do Tribunal nos acórdãos foi o testemunho dos policiais que efetuaram o flagrante do crime a ser julgado. Nesses acórdãos, em 92% das vezes o Tribunal condenou ou manteve a condenação dos apelantes, reafirmando o valor probatório do inquérito policial e atribuindo presunção de veracidade aos testemunhos policiais, desconsiderando sua parcialidade natural, decorrente da atividade policial, e impondo aos réus que negaram a versão dos policiais o ônus de demonstrar sua própria versão.

Vale comentar sobre a ausência de questionamento quanto à possibilidade de falhas nos depoimentos dos policiais em razão da forma como se conduziu o depoimento, pressão social, condições pessoais dos policiais, etc. – isto é, da ocorrência de falsas memórias.

Conclui-se, assim, que, na prática, as decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia impõem aos réus demonstrar sua inocência, invertendo o ônus da prova e violando o princípio da presunção da inocência. Ademais, a atribuição de valor probatório aos elementos do inquérito policial, produzidos sem a devida deferência ao contraditório e à ampla defesa, viola a jurisdição, por considerar como prova aquilo que foi produzido fora do devido processo legal. Condenações desse tipo deslegitimam o processo penal brasileiro e levantam o questionamento sobre se este é, de fato, um Estado Democrático de Direito.

Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Sugestionabilidade e desenvolvimento de critérios identificadores: a prova penal e a testemunha. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias criminais*: estudos de direito penal, processo penal e criminologia. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (Coord.). *Garantismo processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.

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*, Porto Alegre, v. 4, n. 1. p. 371-409, jan.-abr. 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18424/Standards_Probat%C3%B3rios_no_Processo_Penal.pdf]. Acesso em: 28.08.2017.

BORTOLON, Nícolas Bortolotti. Presunção de legitimidade dos atos administrativos no processo penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3927, 02.04.2014. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/27372]. Acesso em: 03.04.2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza* de Francesco Carnelutti. *Revista de Estudos Criminais*, v. 4, n. 14, p. 77-94, 2004.

DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Considerações acerca da prova testemunhal no processo penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). *Ciências penais e sociedade complexa*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos:* a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/]. Acesso em: 22.08.2017.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2016.

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 166-184, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano VII, n. 25. p. 59-69, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. In: STEIN, Lilian. (Coord.) *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/]. Acesso em: 20.08.2018.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 2. ed. rev., atual. e amp. com a obra "O valor da confissão como meio de prova no processo penal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias. *A credibilidade do testemunho*: a verdade e a mentira nos tribunais. 2011. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal). Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Universidade do Porto, Porto, 2011. Disponível em: [https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/57090]. Acesso em: 11.09.2017.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 43. p. 151-164, abr.-jun. 2003.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Considerações críticas acerca do valor do depoimento de agente policial no processo penal, de Silas Silva Santos e José Wellington Bezerra da Costa Neto - *RT* 901/449-485 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* (DTR\2010\888); e
- Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas, de Bruno Silveira Rigon e Maria Gorete Marques de Jesus - *RBCCrim* 162/85-119 (DTR\2019\42154).

Caldas, Fernanda Furtado; Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 85-127. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

A prova testemunhal e o fenômeno das falsas memórias

The testimonial evidence and the phenomenon of false memories

Flaviane Baldasso

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNISINOS. Advogada.
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-8375-8380
flavibaldasso@gmail.com

Recebido em: 27.01.2019
Aprovado em: 01.08.2019
Última versão da autora: 19.08.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: A prova testemunhal, na maioria dos casos, é o único meio probatório ao alcance do processo penal capaz de ligar as partes e o julgador a um crime praticado. Contudo, por depender da memória humana, está suscetível a falibilidades, podendo ser contaminada tanto por fatores internos como externos à pessoa que presenciou ou vivenciou o fato delituoso. A par disso, o presente artigo tem por escopo analisar, através de pesquisas documental e doutrinária, os fatores de contaminação da memória capazes de criar falsas recordações na testemunha e repercutir no resultado da ação criminal. Será examinado o testemunho sob a perspectiva da memória humana e das falhas que pode apresentar. Estudar-se-á a formação das falsas memórias nos indivíduos, a influência que o subjetivismo do entrevistador e a mídia podem exercer sobre a memória da testemunha e a possibilidade do esquecimento da lembrança pelo transcurso do tempo. Nessa oportunidade, tratar-se-á, também, da técnica da entrevista cognitiva, vista hoje como um método eficaz, mas ainda pouco falado, na tentativa de minimizar as sugestionabilidades externas ao entrevistado e evitar a criação de falsas memórias.

Palavras-chave: Processo Penal – Provas – Testemunho – Memória – Falsas memórias.

Abstract: The testimonial evidence, in most cases, is the unique criminal proceeding's probationary way which is able to link the parts and the judge to a committed crime. However, as it depends on the human memory, it is susceptible to fail, and it might be contaminated both by internal and external factors to the person who witnessed or experienced the offense. Along with, the present study has the scope of analysing, through the documental and doctrinal research, the factors of memory contamination which are able to create false remembrances in the witness and to reverberate in the criminal action result. The testimonial is examined from the perspective of the human memory and the failures it can have. It is studied the individual false memory formation, the influence the interviewer and the media subjectivism may have on the witness memory, and the possibility of forgetting the remembrance due to the passing of time. In this opportunity, also the cognitive interview technique is dealt with, as it is seen nowadays as an effective method in the attempt to minimize the external suggestibility concerning the interviewee, and to avoid the false memories creation.

Keywords: Criminal Proceeding – Evidences – Testimonial – Memory – False memories.

Baldasso, Flaviane. A prova testemunhal e o fenômeno das falsas memórias.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 166. ano 28. p. 129-174. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

Sumário: Introdução. 1. Memória e testemunho: as fases de sua formação. 2. Considerações acerca dos estudos das falsas memórias. 2.1. Falsas memórias espontâneas. 2.2. Falsas memórias sugeridas. 3. Sugestionabilidades afetas ao processo penal: os fatores de contaminação da prova testemunhal. 3.1. O tempo do processo. 3.2. A mídia. 3.3. Os entrevistadores. 3.4. Entrevista cognitiva: uma tentativa de minimizar as falsas memórias. Considerações finais. Referências.

Introdução

A importância da prova testemunhal para o processo penal é incontroversa, sendo o meio probatório mais empregado na instrução processual, seja pela facilidade de sua produção, seja pela demora nos resultados da prova pericial, seja, até mesmo, pela natureza do delito cometido. Contudo, tanto quanto importante, pode também ser falha, haja vista decorrer de um ato humano.

Tendo como fonte tão somente a memória humana, a prova testemunhal está suscetível a inúmeras falhas que podem decorrer da própria cognição individual daquele que presenciou ou vivenciou um acontecimento delituoso, por vezes, traumático, ou da abordagem externa a que é submetido posteriormente. Todos esses fatores – internos ou externos – aos quais está exposta a testemunha são capazes de contaminar as suas recordações e transformá-las em falsas memórias.

Apesar de a lei instrumental expressar alguma preocupação com a qualidade do testemunho, ainda está distante da real complexidade que envolve a memória do homem e as suas falibilidades. Aliás, não só na legislação se observa esse distanciamento, mas também nas práticas do cotidiano forense. O relatório nacional sobre a Psicologia do Testemunho, estudo intitulado *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*, realizado por Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha de Ávila et al. para o Ministério da Justiça através do Projeto Pensando o Direito, observou que, não obstante o testemunho seja o meio probatório mais empregado no processo penal, os atores jurídicos não têm consciência dos fatores que podem influenciar negativamente a fidedignidade do relato da testemunha ou da vítima[1].

1. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.09.2017, p. 70.

A corroborar, também, é a conclusão do primeiro diagnóstico nacional sobre a perícia criminal realizado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, que constatou que

> "as pendências referentes aos exames de armas, aos laudos de local de crime e aos laudos de necropsia interferem diretamente na qualidade da investigação dos homicídios, fazendo com que os inquéritos careçam da prova técnica, componham-se somente das testemunhais e, consequentemente, cheguem fragilizados ao sistema de Justiça."[2]

É sobre todos esses aspectos que o estudo das falsas memórias e as consequências sobre o testemunho como prova penal ganha relevância.

Para tanto, tratar-se-á da prova testemunhal sob um prisma que se acredita ser o mais pertinente, dedicando-se aos estudos sobre o fenômeno das falsas memórias em pessoas adultas, iniciando-se pela relação entre memória e testemunho e as suas fases de formação. Após, revisando-se a literatura, sem a ambição de exaurir as fontes de informação, serão feitas considerações sobre esse processo mnemônico, com uma breve contextualização histórica acerca dos experimentos científicos e a classificação entre falsas memórias espontâneas e sugeridas.

Na sequência, as sugestionabilidades afetas ao processo penal que contaminam a prova testemunhal ganham espaço, tais como o transcurso do tempo, a abordagem midiática e o viés dos entrevistadores. Por fim, será trazida a lume a

2. O Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil concluiu que, além da já sabida carência de pessoal, há, também, carência de equipamentos e de capacitação. Segundo o levantamento realizado, o passivo de laudos de local de crimes contra a pessoa, que envolve basicamente laudos de local de homicídios, aponta a existência de mais de 22 mil casos em que o laudo não foi produzido e, consequentemente, em que a investigação está sendo realizada sem que haja informações consistentes sobre o local dos fatos e, eventualmente, sobre a dinâmica dos acontecimentos. O passivo das unidades de Medicina Legal também é marcado pela não confecção dos laudos de quase 30 mil necropsias. O estudo ainda salienta a importância das necropsias para a investigação, não apenas porque determina o tempo e a causa da morte, mas, por vezes, auxilia no estabelecimento da dinâmica dos fatos, já que aponta a direção e o sentido dos tiros e a existência ou não de projeteis de diversos calibres. (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Departamento de Pesquisa, Análise da Informação e Desenvolvimento de Pessoal em Segurança Pública. *Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: [www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/down load/estudos_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf]. Acesso em: 03.09.2017, p. 101).

técnica da entrevista cognitiva como medida de minimização do falseamento da memória, apontada por pesquisadores das áreas da Psicologia e das Neurociências como a mais eficaz na coleta da prova oral.

Todas essas interferências capazes de resultar em falsas memórias e que a seguir serão verificadas podem representar a condenação de um inocente ou a absolvição de um acusado. Mais do que a credibilidade de um meio probatório, está em jogo o direito fundamental à liberdade de um cidadão. Em razão disso é que se faz necessário estudar a memória, base do testemunho, e como ocorre o seu falseamento, bem como quais são as técnicas trabalhadas pela área da psicologia com vistas a minimizar a ocorrência desse fenômeno mnemônico.

Assim,passa-se ao estudo do funcionamento e da formação da memória, traçando-se um paralelo com a formação do testemunho, para, posteriormente, se abordar a criação das falsas recordações e suas implicações no processo penal, tais como: as sugestionabilidades decorrentes do viés do entrevistador, do transcurso do tempo e da influência da mídia.

1. Memória e testemunho: as fases de sua formação

A memória pode ser definida como "[...] um conjunto de processos que permitem manipular e compreender o mundo". Disso, pode-se depreender que "a memória é o coração do testemunho [...]", bem como do reconhecimento, já que ambos se formam com base nas lembranças que a pessoa conseguiu registrar e resgatar sobre os fatos que ocorreram e seus personagens. Por consequência, a qualidade de um depoimento e a capacidade de se realizar um reconhecimento correto estão intimamente ligadas à qualidade das lembranças: quanto mais detalhadas e fidedignas estas forem, mais elucidativos aqueles serão para o desfecho do processo[3].

Nesse sentido, pode-se afirmar que o testemunho é resultado da memória. Cumpre, então, fazer algumas considerações sobre o processo mnemônico. Diversas são as classificações sobre a memória. Trabalharemos, aqui, com a classificação trazida pelo neurocientista Iván Izquierdo, que as divide de acordo com a função, o conteúdo e o tempo que duram[4].

3. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 07.09.2017, p. 18-19.
4. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 24. Livro eletrônico.

Em termos gerais, as memórias, de acordo com a sua função, dividem-se entre aquelas que deixam ou não traços e produzem ou não arquivos. As que não deixam traços são breves e fugazes, denominadas memória de trabalho, servindo para manter durante alguns segundos, no máximo, poucos minutos, a informação que está sendo processada no momento, como guardar um número de telefone até que seja preciso discá-lo. Já as que deixam traços são todas as demais a seguir abordadas[5].

No que tange ao conteúdo, dividem-se em declarativas e procedurais. Estas, também denominadas de memórias de procedimento, ocupam-se das capacidades ou habilidades motoras e sensoriais e que comumente são chamadas de hábitos, como andar de bicicleta. As memórias declarativas, por sua vez, registram fatos, eventos ou conhecimento. Entre elas, as referentes a fatos e eventos denominam-se episódicas ou autobiográficas; as de conhecimentos gerais, semânticas[6].

Esclarecendo a diferenciação terminológica da memória declarativa em episódica e autobiográfica, Iván Izquierdo explica que

> "as lembranças de nossa formatura, de um rosto, de um filme ou de algo que lemos ou que nos contaram são memórias episódicas. As memórias episódicas são todas autobiográficas; existem na medida em que sabemos sua origem."[7]

A contribuir, Giovanni Kuckartz Pergher destaca que a memória autobiográfica é o sistema responsável pelo registro da história de vida das pessoas; são lembranças que cada um possui sobre sua própria história, seja de eventos remotos ou recentes. Elas ainda podem se referir tanto a "acontecimentos neutros (p. ex., uma reunião de trabalho) quanto aqueles emocionalmente marcantes, positivos (p. ex., aprovação no vestibular) ou negativos (p. ex., envolvimento em um acidente de carro)"[8].

Concernente ao tempo que duram, podem ser divididas entre aquelas de curta ou de longa duração. As primeiras duram entre uma e seis horas, justamente o

5. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 24-29. Livro eletrônico.
6. Ainda, dividem-se esses dois tipos de memória (declarativa e procedural) em explícitas – adquiridas com plena intervenção da consciência – e implícitas – adquiridas sem a percepção do processo. Ibid. p. 30-36.
7. Ibidem, p. 30.
8. PERGHER, Giovanni Kuckartz. Falsas memórias autobiográficas. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 101.

tempo necessário para que as memórias de longa duração se consolidem. Quando estas – as de longa duração – duram muitos meses ou anos, são denominadas memórias remotas[9].

Com exceção da memória de trabalho, as memórias explícitas – tanto declarativas como procedurais – podem durar minutos, horas, dias, meses, ou até muitas décadas. As memórias implícitas geralmente duram toda a vida. Izquierdo destaca que

> "de fato, conservamos só uma fração de toda a informação que passa por nossa memória de trabalho; e uma fração menor ainda de tudo aquilo que eventualmente conservamos por um tempo nas nossas memórias de curta e de longa duração. Nossas memórias remotas são às vezes intensas e quase sempre valiosas; porém, representam somente uma pequena parte de tudo aquilo que alguma vez aprendemos e lembramos."[10]

Em que pese o referido autor trabalhar com diversas classificações, ressalta que a memória se constitui de misturas de memórias de vários tipos, inclusive de antigas com aquelas que estão sendo adquiridas ou evocadas no momento[11].

Ademais, as que interessam ao presente estudo são as memórias declarativa episódica e autobiográfica, já que, consoante dito acima, referem-se ao registro de fatos e eventos dos quais o indivíduo assiste ou participa, podendo declarar que a lembrança existe e relatar como a adquiriu[12]. Dito de outra forma, as lembranças autobiográficas armazenadas por uma pessoa que foi vítima ou testemunha de um fato, por vezes, são a única prova de que a justiça dispõe para a elucidação do caso sob julgamento. Logo, o estudo da memória autobiográfica – e suas possíveis distorções – está intimamente ligado ao estudo da psicologia do testemunho[13].

Izquierdo observa, ainda, que as memórias declarativas de longa duração levam tempo para serem consolidadas e podem sofrer diversas interferências capazes tanto de melhorar a qualidade da lembrança como de ocasionar a sua perda.

---

9. IZQUIERDO.Op. cit., p. 36-37.
10. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 36-40. Livro eletrônico.
11. Ibidem, p. 41.
12. Ibidem, p. 30.
13. PERGHER, Giovanni Kuckartz. Falsas memórias autobiográficas. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 112.

Nesse sentido, a memória também é entendida como o processo de aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição também pode ser chamada de aprendizado ou aprendizagem; a evocação, ao seu turno, também pode ser chamada de recordação, lembrança, recuperação. Ou seja, "só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido"[14].

Cabe dizer, aqui, que nosso cérebro também lembra quais são as memórias que quer evitar recordar, como situações desagradáveis, inconvenientes ou de humilhação, tornando-as de difícil acesso[15]. Esse mecanismo seletivo do cérebro pode ser verdadeiramente prejudicial, quando o objeto da lembrança trata-se de um fato delituoso.

Outrossim, as memórias são moduladas pelo nível de consciência, pelas emoções e pelos estados de ânimo, sendo que estes dois últimos são os maiores reguladores da aquisição, da formação e da evocação das memórias. Segundo Izquierdo,

> "nas experiências que deixam memórias, aos olhos que veem se somam o cérebro – que compara – e o coração – que bate acelerado. No momento de evocar, muitas vezes é o coração quem pede ao cérebro que lembre, e muitas vezes a lembrança acelera o coração."[16]

Nesse ponto, Cristina Di Gesu assevera que o delito gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima e é justamente essa emoção que a mente humana tende a guardar. Ocorre que, com isso, deixa-se no esquecimento detalhes que seriam importantes a serem relatados no processo, restando uma memória contaminada pela emoção, pelo subjetivismo e por juízos de valor[17]. Até porque, como alerta Osnilda Pisa, "a memória não funciona como uma filmadora, que grava a imagem e essa pode ser vista e revista diversas vezes"[18].

14. IZQUIERDO. Op. cit., p. 11-36.
15. Ibidem, p. 11.
16. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 14. Livro eletrônico.
17. DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 111.
18. PISA, Osnilda. *Psicologia do testemunho*: os riscos na inquirição de crianças. 2006. 21 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006. Disponível em: [http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/20/TDE-2006-10-26T162523Z-89/Publico/38413 2.pdf]. Acesso em: 07.09.2017.

Traçando-se um paralelo do processo de formação da memória com o de formação do testemunho, traz-se o entendimento de José Carlos G. Xavier de Aquino, o qual entende serem três as fases de formação do testemunho: o conhecimento do fato, a conservação desse conhecimento e, posteriormente, a sua declaração. Impende ressaltar que para a aquisição do conhecimento – aprendizagem – não basta que o sujeito tenha tido contato com um objeto através de seus sentidos para percebê-lo, é necessário que tenha tido atenção e compreensão[19]. Uma pessoa pouco alerta não formará corretamente memórias daquilo que presenciou; outra que, pelo contrário, estiver bem alerta, conseguirá recordar muito bem o fato[20].

Assim, nesse primeiro momento, da aquisição ou do conhecimento do fato, ocorre a integração entre estímulos relacionados ao evento que está sendo processado. No entanto, nem todas as memórias adquiridas serão preservadas, e mesmo estas apresentarão diferentes níveis de detalhamento e intensidade[21].

Isso porque os estímulos podem ser influenciados por diversos fatores capazes de desfigurar a realidade de um acontecimento, a exemplificar as condições do tempo, como neblina e chuva, e os sons, como ruídos de trânsito e música, fazendo com que a testemunha perceba erroneamente o que viu ou ouviu[22]. A agravar essa situação é o fato de que o cérebro, ao reter e conservar a memória já adquirida equivocadamente, pode, também, transformar a realidade e, por vezes, modificá-la, o que vem a demonstrar o sério risco que corre o processo ao se utilizar tão somente a prova testemunhal[23].

Entra-se, então, no segundo momento da formação da memória e, consequentemente, do testemunho: a conservação do conhecimento. Essa fase resume-se

19. O autor assevera, ainda, que o conhecimento é adquirido em razão da percepção dos fatos pelos sentidos. No processo penal, a audição e a visão são os sentidos de maior utilidade.(AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 25-33).

20. IZQUIERDO.Op. cit., p. 87.

21. KERR, Daniel Shikanai. *Angiotensina II bloqueia a consolidação e a evocação de memórias aversivas*. 2004. 5f. Dissertação (Mestrado em Bioquímica) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Biológicas: Bioquímica, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 2004. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5283/000423811.pdf?sequence=1]. Acesso em: 07.09.2017.

22. AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 26-27.

23. DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 104.

no ato de manter gravado um fato anteriormente presenciado[24]; é o processo de filtração e fixação do traço mnemônico ocorrido entre a aquisição e a evocação[25]. É a própria memória.

Posteriormente, adquirido o conhecimento e conservado na memória, tem-se o terceiro e último momento do processo mnemônico: a evocação da informação, ou seja, a declaração do conhecimento perante o juízo criminal.Izquierdo explica que "no momento da evocação, o cérebro deve recriar, em instantes, memórias que levaram horas para ser formadas" e que, por vezes, estão inibidas por diversos mecanismos. O autor exemplifica a inibição citando a máxima "tenho o nome na ponta da língua, mas não consigo lembrar". Contudo, quando a inibição é superada, a evocação da memória ocorre de forma rápida, podendo ser, inclusive, muito detalhada[26].

De outro lado, Aquino assevera que na declaração do conhecimento relata-se o que foi aprendido e registrado na memória. E salienta que é somente neste momento que a prova testemunhal se completa, na medida em que, ao transmitir o seu conhecimento, o sujeito deixa de ser apenas a pessoa que conhece os fatos e passa a ser prova[27].

Há de se ressaltar, nesse ponto, a possibilidade de alteração do conteúdo da memória pela inclusão de material no momento de sua evocação. Izquierdo exemplifica que, nos idosos, a simples passagem dos anos é capaz de deformar as lembranças até o ponto de transformá-las em memórias falsas. Inclusive, o neurocientista destaca que o tema é de grande interesse sob o ponto de vista jurídico, já que

> "durante o interrogatório de uma testemunha, um advogado astuto pode introduzir mudanças no material evocado através das palavras usadas na própria interrogação (onde estava o *assassino* no momento do disparo – perdão, senhor Juiz, quis dizer o *acusado*...)."[28] (destaque do original).

24. AQUINO.Op. cit., p. 37.
25. KERR, Daniel Shikanai. *Angiotensina II bloqueia a consolidação e a evocação de memórias aversivas*. Dissertação (Mestrado em Bioquímica) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Biológicas: Bioquímica, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 2004. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5283/000423811.pdf?sequence=1]. Acesso em: 07.09.2017.
26. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 79. Livro eletrônico.
27. AQUINO.Op. cit.,p. 41-42.
28. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 85.Livro eletrônico.

Diante de todas essas adversidades que a memória pode apresentar e que refletem diretamente na qualidade da prova oral e no resultado do processo criminal, é que se faz necessário estudar a problemática das falsas memórias posta em questão.

2. Considerações acerca dos estudos das falsas memórias

O fenômeno das falsas memórias pode ser compreendido como um processo mnemônico composto "[...] no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade". Não são mentiras ou fantasias dos indivíduos, são lembranças semelhantes às memórias verdadeiras[29], contudo, de fatos que não aconteceram.

As pesquisas sobre a falsificação da memória humana buscam compreender as circunstâncias em que pessoas normais – que não apresentam patologias – lembram de fatos específicos como se tivessem ocorrido durante determinados episódios de suas vidas quando, em verdade, não ocorreram naquele momento ou jamais ocorreram[30]. Há de se ter em mente, inclusive, que as falsas memórias são fruto do funcionamento normal da memória humana, e não patológico[31].

Carmen L. W. Welter e Leandro da Fonte Feix destacam que

> "no plano teórico, as FM colocaram em xeque o modelo de memória como um 'gravador' que apenas reproduzia literalmente a experiência vivida. Em campos aplicados, as FM têm levantado dúvidas acerca da confiabilidade dos relatos de experiências passadas, tanto em contextos jurídicos, como clínicos."[32]

29. NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 22.
30. BRAINERD, C.J. Prefácio. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 15.
31. NEUFEULD.Op. cit., p. 22.
32. WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 167.

Os autores explicam, ainda, que as falsas memórias podem ser geradas de forma espontânea, pelo funcionamento endógeno normal da memória, ou provocadas a partir da sugestão de informações falsas apresentadas de maneira deliberada ou não[33]. É com base nessa síntese que se desenvolverão os próximos tópicos, tendo como objetivo principal a revisão da literatura, sem a ambição de exaurir as fontes de informações acerca das falsas memórias inseridas em pessoas adultas que presenciaram a prática de um fato delituoso ou dele foram vítimas e suas implicações no processo criminal brasileiro.

Nessa perspectiva, verifica-se que o falseamento da memória ainda é um objeto tímido de pesquisa no campo das ciências jurídicas no Brasil. Poucos são os pesquisadores que aqui se dedicam ou já se dedicaram ao estudo do impacto desse fenômeno no âmbito processual penal.

Sobre essa temática, encontram-se, em especial, as obras *Prova penal e falsas memórias,* de Cristina Di Gesu[34], e *Falsas memórias e sistema penal*: aprova testemunhal em xeque, de Gustavo Noronha de Ávila[35]. Também, como expoente do assunto no país, sob o viés da psicologia e da neurociência, é a obra *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas, organizada por Lilian Milnitsky Stein[36]. São obras fundamentais para o entendimento da fragilidade da prova oral produzida no contexto da persecução criminal.

Stein destaca que

> "hoje o tema das falsas memórias já é bem mais conhecido na América Latina, em especial por suas implicações no campo forense. Todavia, ainda existe um longo caminho a percorrer, se compararmos os avanços das pesquisas sobre falsas memórias em diversos países europeus, norte-americanos e da Oceania. Nesses países, os avanços científicos também têm impactado áreas aplicadas, como a da Psicologia do Testemunho, por exemplo, nas práticas de entrevistas para obtenção de testemunhos e nas técnicas de reconhecimento de suspeitos. Tais impactos levaram a mudanças na legislação desses países, tanto em

33. Ibidem, p. 167.
34. DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
35. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
36. STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

> relação a essas práticas quanto a outras questões acerca da apreciação dos depoimentos das testemunhas."[37]

Não obstante as primeiras pesquisas sobre o falseamento da memória, no Brasil, remontem à década de 1990, o interesse sobre esse tema, especialmente para o campo da psicologia e da psiquiatria, é antigo. Já no final do século XIX e no início do século XX, a partir de pesquisas realizadas em alguns países europeus, começou-se a construir o conceito de falsas memórias[38]. Em 1881, o psicólogo francês Theodule Ribot já tratava de casos nos quais a lembrança existia, mas estava errada, batizando esse fenômeno de *falsas lembranças*[39].

Todavia, os primeiros estudos específicos sobre as falsas memórias foram conduzidos por Alfred Binet, em 1900, na França, que analisou as características de sugestionabilidade da memória, tanto de origem interna como externa, categorizando a sugestão da memória em autossugerida – de processos internos do indivíduo – e deliberadamente sugerida – decorrentes do ambiente[40].

Posteriormente, em 1932, na Inglaterra, Frederic Charles Bartlett foi pioneiro em pesquisas sobre falsas memórias em adultos, tendo descrito a recordação como um processo reconstrutivo, com base em esquemas mentais e no conhecimento geral prévio da pessoa, ressaltando o papel da compreensão e a influência da cultura nas lembranças, bem como das expectativas individuais para o entendimento dos fatos. Destacou, também, como as lembranças poderiam ser afetadas por essas expectativas[41].

Em 1959, o estudo das falsas memórias teve uma importante contribuição de James Deese, que propôs um procedimento com uma série de listas de palavras semanticamente associadas a uma palavra que não era incluída no material de

37. STEIN, Lilian Milnitsky. Apresentação. In: Ibidem, p. 13.

38. NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 22-23.

39. SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória*: como a mente esquece e lembra. Trad. Sueli Anciães Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 114.

40. BINET, Alfred, 1990, apud NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 23.

41. BARTLETT, Frederic Charles, 1932, apud Ibidem, p. 23-24.

estudo. O objetivo era verificar se a associação entre as palavras estudadas produzia efeitos diferentes na sua recuperação e se as pessoas submetidas às listas recordavam de informações novas que não estavam listadas. Constatou-se que a maioria das pessoas submetidas aos testes produziu altos índices de falsa recordação de palavras não apresentadas na lista original[42].

O trabalho de Deese foi retomado em 1995 por Henry L. Roediger III e Kathleen McDermott, que adaptaram 24 listas com o objetivo de verificar a criação de falsas memórias. Esses experimentos deram origem ao Paradigma DRM, batizado com as iniciais do sobrenome dos três autores[43].

Ainda, de grande relevância para o estudo das falsas memórias em adultos, foram os experimentos da psicóloga americana Elizabeth Loftus no final da década de 1970, tendo ela retomado os estudos sobre sugestão inicialmente propostos por Binet[44].

Loftus desenvolveu uma extensa pesquisa acerca da natureza das falsas memórias, especialmente voltada para o campo jurídico. Seus experimentos revelaram como a memória humana pode ser alterada por fatos, ideias, sugestões e informações pós-evento. Inclusive, desenvolveu com colaboradores o paradigma conhecido como Informação Pós-evento Enganosa – IPE, denominada originalmente como *Misleading Postevent Information*, com vistas a investigar fatores que afetam a acuidade ou a distorção da memória[45].

Nesses estudos realizados sobre os efeitos da informação incorreta, foi demonstrado que, quando as pessoas assistem a um evento e, posteriormente, são expostas a uma informação nova e enganosa, suas recordações tornam-se, frequentemente, distorcidas. Os participantes de sua pesquisa viram um acidente

42. DEESE, James. 1959, apud Ibidem, p. 24.

43. ROEDIGER, Henry L., III, & MCDERMOTT, Kathleen T.,1995apud ÁVILA, Luciana Moreira; BRUST, Priscila Goergen; NEUFEULD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky; WILLIAMS, Anna Virgínia. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 24.

44. NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p.24.

45. BELLI, Robert. F. & LOFTUS, Elizabeth. F., 1996 apud GAUER, Gustavo. Falsas memórias. In: OLIVEIRA, Alcyr Alves (Org.). *Memória*: cognição e comportamento. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 170. Livro eletrônico.

de automóvel simulado em um cruzamento com um sinal de Pare; após o presenciado, metade dos participantes recebeu a informação de que o sinal de trânsito era o de Preferencial. Quando questionados posteriormente sobre qual sinal de trânsito haviam visto no cruzamento, aqueles que foram sugestionados tenderam a afirmar que viram o sinal de Preferencial. Já aqueles que não receberam a informação falsa foram mais precisos em recordar qual era o sinal de trânsito[46]. Esse é apenas um dos diversos experimentos realizados pela cientista.

Loftus afirma, ainda, que as pesquisas começaram a dar uma compreensão de como falsas recordações de experiências completas, emocionais e autoperceptivas são criadas em adultos[47]. No entanto, assevera que a ciência da psicologia ainda não desenvolveu uma maneira confiável para classificar as memórias como verdadeiras ou falsas, pois muitas das memórias falsas são expressas com grande confiança[48].

De qualquer sorte, elenca três fatores que contribuem para a formação de falsas memórias, quais sejam: a exigência social que há sobre o indivíduo para que se recorde dos fatos; a construção de memórias pelo processo de imaginar quando a pessoa está tendo dificuldade de se recordar e é encorajada para tanto; e o encorajamento para o indivíduo não pensar se as suas construções são reais ou não[49].

Esses fatores trazidos pela psicóloga americana são facilmente enquadráveis ao testemunho. Isso porque recai sobre a testemunha ou a vítima de um delito uma cobrança, às vezes explícita, para que recorde dos acontecimentos presenciados ou vividos com nitidez de detalhes. Também, quando seu relato em juízo não coincide fielmente ao relato prestado na fase policial, a leitura das declarações lá prestadas por quem a está inquirindo força a testemunha a ter uma recordação não espontânea. E a hipótese de uma contradição entre as duas narrativas beira ao inaceitável pelos atores judiciais.

---

46. LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. *Scientific American*, [S.l.], v. 277, n. 3, 1997. Disponível em: [http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm]. Acesso em: 08.09.2017.

47. Idem.

48. Id. Our changeable memories: legal and practical implications. *Nature Reviews Neuroscience*, [*online*], v. 4., p. 232. mar. 2003. Disponível em: [http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/2003Nature.pdf]. Acesso em:08.09.2017.

49. LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. *Scientific American*, [S.l.], v. 277, n. 3, 1997. Disponível em: [http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm]. Acesso em: 08.09.2017.

O depoimento como coletado hoje no inquérito policial e no processo criminal, em um ambiente desacolhedor, por si só, gera uma preocupação e, até mesmo, um temor no depoente em prestar informações fidedignas aos fatos presenciados e que confirmem aquelas anteriormente fornecidas. No atual contexto de coleta da prova oral, inevitável que tanto a vítima como a testemunha se sintam pressionadas a ter uma boa lembrança dos fatos, embora acabem por não ter espaço para evocar uma memória livre de qualquer sugestão, seja ela de ordem interna ou externa.

Aliás, nesse sentido é o estudo realizado por Stein e Ávila no relatório nacional sobre a Psicologia do Testemunho, apresentado ao Ministério da Justiça, no qual concluíram que os questionamentos formulados pelo juiz repercutem na tentativa de recuperar as memórias da testemunha[50]. Aliás, a sugestionabilidade a qual o depoente é exposto em sua oitiva é tema que será adiante abordado em tópico específico.

Já no Brasil, com o objetivo de estudar a criação de falsas memórias, Stein, Feix e Gustavo Rohenkohl adaptaram o Paradigma DRM para a realidade do país, denominando a versão de Procedimento de Palavras Associadas. A adequação do Paradigma de Deese, Roediger e McDermott se mostrou necessária em razão das "[...] limitações inerentes à mera tradução e adaptação das listas de palavras, em que a questão da adequação cultural do material ficou muito prejudicada [...]", levando os pesquisadores a "[...] construir e normatizar novas listas de palavras semanticamente associadas para o Português Brasileiro." Além disso, incluíram oito novas listas de palavras com conteúdo emocional[51]. Segundo se depreende do estudo, "a inclusão da variável 'Emoção' no material brasileiro foi uma inovação que buscou fornecer subsídios para futuras pesquisas no âmbito da relação entre emoção e memória", importante quando se fala em memória destinada a recordar um fato delituoso violento.

50. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 08.09.2017. p. 67.

51. STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços metodológicos no estudo das falsas memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas. *Psicologia*: reflexão e crítica [*online*]. 2006, v.19, n.2, p. 167. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/prc/v19n2/a02v19n2.pdf]. Acesso em: 10.09.2017.

O que se verifica da literatura, portanto, é que o estudo sobre a criação de falsas memórias é incessante, apresentando um vasto campo de experimentos, aberto, ainda, a novos testes e descobertas, interessando tanto a pesquisadores estrangeiros como a nacionais, ademais de não ser apenas objeto de observação por especialistas da área da psicologia, mas, também, de especialistas da área jurídica. Aliás, as manipulações experimentais realizadas em laboratório oferecem grandes subsídios para a área forense, uma vez que trazem clareza a situações reais, na medida em que se observa que a forma como é feita a entrevista com vítimas e testemunhas oculares pode ser responsável pela falsificação da memória[52].

Ademais, as falsas memórias, repisa-se, referem-se ao fenômeno de lembrar-se de algo que não aconteceu, tendo, o indivíduo, como verdadeiro, aquilo que declara, mas não sendo sua informação fiel ao fato realmente ocorrido[53], o que a difere da mentira, na qual a pessoa sabe que o evento não é verdadeiro[54].

Cumpre destacar, aqui, que, embora uma série de pessoas acabe criando falsas memórias após serem submetidas a técnicas inadequadas de entrevista, isso não ocorre com todos os indivíduos, mesmo quando expostos às mesmas técnicas. Assim como duas pessoas podem presenciar um mesmo evento e apenas uma delas falsear a memória[55]. A ciência da Psicologia já vem estudando a relação entre as diferenças individuais e a criação de falsas memórias e buscando responder o que torna algumas pessoas mais suscetíveis do que outras na produção e aceitação de falsas informações. Apesar de ainda ser escassa a literatura científica nesse sentido, os estudos já apontam que características de

52. ÁVILA, Luciana Moreira; BRUST, Priscila Goergen; NEUFEULD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky; WILLIAMS, Anna Virgínia. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:-fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 63.

53. PISA, Osnilda. *Psicologia do testemunho*: os riscos na inquirição de crianças. 2006. 12 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006. Disponível em: [http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/20/TDE-2006-10-26T162523Z-89/Publico/38413 2.pdf]. Acesso em: 10.09.2017.

54. DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 137.

55. ÁVILA, Luciana Moreira de; BARBOSA, Márcio Englert; FEIX, Leandro da Fonte; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 134.

desenvolvimento e traços de personalidade exercem impacto sobre o funcionamento da memória e a sua distorção.

Por exemplo, as falsas memórias criadas internamente pelo indivíduo aumentam ao longo do desenvolvimento humano – "idosos apresentam mais FM que adultos jovens que por sua vez apresentam mais do que crianças". Contudo, quando se trata de sugestões externas, "as falsas informações são mais facilmente incorporadas à memória por crianças [...] e por idosos do que por adultos jovens". Ademais, pessoas com acentuada ansiedade também têm se mostrado mais suscetíveis às falsas memórias. Isso demonstra que a vulnerabilidade da memória a distorções é um fenômeno complexo e cercado de inúmeras variáveis[56], e que ainda demanda muitos estudos de forma aprofundada.

De outra banda, consoante já mencionado, o falseamento da memória pode se dar tanto por um processo interno do indivíduo como por aspectos externos e sugestões. Esses processos são classificados pela literatura como falsas memórias espontâneas e falsas memórias sugeridas, respectivamente[57].

2.1. Falsas memórias espontâneas

As falsas memórias geradas espontaneamente são resultado do processo normal de compreensão; como obra de processos de distorções mnemônicas endógenas[58]. Essas distorções endógenas, também denominadas autossugeridas, ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa à pessoa[59].

56. ÁVILA, Luciana Moreira de; BARBOSA, Márcio Englert; FEIX, Leandro da Fonte; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 134-149.

57. Ibidem, p. 134.

58. STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. *Psicologia*: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 354, 2001. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf]. Acesso em: 07.09.2017. No mesmo sentido NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

59. NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al.

Stein e Giovanni Kuckartz Pergher explicam a formação de uma memória falsa resultante de fatores internos do indivíduo com o seguinte exemplo:

> "Você pode lembrar vividamente que ouviu sua colega dizer que a prova de biologia seria no dia dois de maio. Na verdade, as exatas palavras da colega teriam sido 'Vamos ter uma prova de biologia logo após um feriado' (grifo dos autores). É claro que o dia dois de maio é logo após um feriado, porém existe uma grande diferença entre lembrar-se exatamente do que você ouviu da colega e relatar uma inferência consistente com o que você ouviu."[60]

Outra falsa memória espontânea comum é recordar de uma informação que se refere a um determinado evento como pertencente a outro. Por exemplo, lembrar que um amigo contou uma história quando, na verdade, as informações são provenientes de um programa de televisão[61].

Nessa perspectiva, Daniel L. Schacter trabalha com a definição de atribuição errada da memória, que ocorre com muito mais frequência do que as pessoas se dão conta e envolve atribuir uma lembrança a uma fonte errada: "[...] confundir fantasia com realidade ou lembrar incorretamente que um amigo lhe contou um fato inconsequente que na verdade você ficou sabendo ao ler no jornal". Isso pode, inclusive, implicar em problemas jurídicos, já que erros de atribuição são responsáveis por identificações equivocadas por testemunhas de um crime[62].

O psicólogo explica, ainda, que

> "[...] muitas vezes as pessoas têm lembranças incompletas dos detalhes de experiências prévias – quando e onde encontraram uma pessoa ou objeto. Essa

Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 25.

60. STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. *Psicologia*: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 354, 2001. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf]. Acesso em: 18.09.2017.

61. NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 25.

62. SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória*: como a mente esquece e lembra. Trad. Sueli Anciães Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 16-19.

> falta de precisão é um solo fértil para a ocorrência de 'atribuições erradas de fonte', nas quais as pessoas lembram corretamente um fato que aprenderam antes, ou reconhecem com precisão uma pessoa ou objeto visto anteriormente, mas atribuem seu conhecimento a uma fonte errada."[63]

Inclusive, é o que ocorre com vítimas ou testemunhas de crimes que acabam por reconhecer como autor do crime pessoas inocentes apenas pela familiaridade do rosto[64].

A distorção espontânea da memória é objeto dos experimentos realizados com a aplicação do Paradigma DRM, bem como pelo Procedimento de Palavras Associadas, desenvolvido por Stein, Feix e Rohenkohl[65], antes referidos. Nos estudos em que são apresentadas listas de palavras semanticamente associadas, a falsa memória espontânea ocorre quando o participante lembra ter escutado uma palavra que não foi apresentada a ele, ainda que possua relação semântica com as palavras do material[66].

Contudo, em que pese o avanço nas pesquisas sobre o falseamento da memória, ainda se esbarra na dificuldade de identificar, na prática, quando uma memória é, efetivamente, verdadeira ou falsa[67].

2.2. Falsas memórias sugeridas

As falsas memórias sugeridas, por sua vez, são resultado de um processo de interferência externo ao sujeito, por uma fonte alheia à pessoa. Nesse tipo de falsificação da memória, há uma recordação de fatos como se tivessem sido realmente vividos, quando, na verdade, foram sugeridos[68].

---

63. Ibidem, p. 119.
64. Ibidem, p. 117-119; NEUFEULD.Op. cit., p. 22.
65. STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços metodológicos no estudo das falsas memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas.*Psicologia*: Reflexão e Crítica, [*online*]. 2006, v.19, n.2, p. 166-176. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/prc/v19n2/a02v19n2.pdf]. Acesso em: 18.09.2017.
66. ÁVILA, Luciana Moreira; BRUST, Priscila Goergen; NEUFEULD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky; WILLIAMS, Anna Virgínia. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 45.
67. Ibidem, p. 45.
68. STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. *Psicologia:* Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v.

Essa influência externa pode ocorrer quando o indivíduo é interrogado e manipulado com determinadas informações ou mesmo quando fala com outras pessoas que possam induzir à alteração da versão dos acontecimentos até então adquirida. Além disso, a própria mídia, ao noticiar um fato criminoso com base das hipóteses levantadas pela investigação, pode incutir no indivíduo que o presenciou uma nova informação, fazendo com que a sua versão do acontecimento seja alterada[69].

Schacter destaca que a sugestionabilidade é uma tendência do indivíduo de incorporar às suas recordações pessoais informações enganosas de fontes externas e está bem próxima da atribuição errada, "no sentido de que a transformação de sugestões em lembranças erradas deve envolver a atribuição errada". O que as difere, todavia, é que a atribuição errada ocorre na ausência de uma sugestão clara[70].

Nesse sentido, são os diversos estudos realizados por Loftus e colaboradores, voltados à verificação do falseamento da memória em pessoas que presenciaram eventos e foram, posteriormente, expostas à sugestionabilidades. Além do exemplo já trazido – do acidente de automóvel simulado com o sinal de Pare –, outro experimento de suma importância para a averiguação das falsas memórias sugeridas, com implicações diretas no processo penal, realizado pela psicóloga americana em parceria com John C. Palmer, abordou a ligação entre linguagem e memória.

Nesse estudo, vários participantes divididos em grupos foram submetidos a dois testes após assistirem a vídeos de acidentes automobilísticos. No primeiro teste[71], após a exibição de filmes, os participantes foram questionados a respeito

14, n. 2, p. 353, 2001. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf]. Acesso em: 18.09.2017.

69. LOFTUS, Elizabeth F. Memórias fictícias. *Psicologia*. Lisboa, n. 3-4, p. 337-338, 2006. Disponível em: [https://webfiles.uci.edu/eloftus/Loftus_Lusiada_Portuguese06.pdf?uniq=fvdrl]. Acesso em: 19.06.2017.

70. SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória*: como a mente esquece e lembra. Tradução de Sueli Anciães Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 143.

71. Quarenta e cinco alunos participaram de grupos de vários tamanhos. Foram apresentados sete filmes, cada um representando um acidente de trânsito. Esses filmes eram segmentos do filme de educação do motorista emprestado do Conselho de Segurança Evergreen e do Departamento de Polícia de Seattle. A duração dos segmentos do filme variou de 5 a 30 segundos. Tradução Livre. (LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, [S.l.], n.13, p. 585-589, 1974. Disponível em: [www.academia.edu/3138634/Reconstruction_of_automobile_destruction_An_example_of_the_interaction_between_language_and_memory]. Acesso em: 19.09.2017).

da velocidade dos automóveis no momento da colisão, empregando-se para cada grupo um verbo que expressasse a batida dos carros.

O grupo que respondeu à pergunta "Quão rápido os carros estavam indo quando eles se esmagaram um no outro?" teve uma estimativa de velocidade maior comparada àqueles em que foram empregados os verbos *colidiram*, *chocaram*, *entraram em contato* e *bateram*, no lugar de *esmagaram*. As estimativas de velocidade para cada verbo foram, aproximadamente, as seguintes: 65km/h para *esmagaram*; 63km/h para *colidiram*; 61km/h para *chocaram*; 55km/h para *bateram*; e 50km/h para *entraram em contato*[72].

No segundo teste[73], após a exibição do filme, os participantes também foram questionados acerca da velocidade dos carros no momento da colisão, contudo, uma semana após, sem rever os vídeos, os participantes foram submetidos a várias perguntas, entre elas: "Você viu algum vidro quebrado?"[74]. Aqueles que foram questionados sobre a colisão com o emprego do verbo *esmagar* eram mais propensos a responder *Sim*, mesmo que no vídeo não tivesse vidros quebrados.

O que se concluiu dos experimentos, então, foi que a forma como uma pergunta é feita pode efetivamente influenciar a resposta que é dada. Ademais, a partir do momento em que a informação adquirida pela percepção do evento presenciado se integra à sugestão externa fornecida após o fato, não é possível identificar o que é verdadeiro ou falso daquilo que foi recordado, pois tudo se torna uma memória só[75].

---

72. Tradução livre da língua inglesa para a língua portuguesada pergunta *About how fast were the cars going when they smashed into each other?* e dos verbos*smashed, collided, bumped, contucted* e *hit*. (LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, [S.l.], n.13, p. 585-589, 1974. Disponível em: [www.academia.edu/3138634/Reconstruction_of_automobile_destruction_An_example_of_the_interaction_between_language_and_memory]. Acesso em: 19.09.2017).

73. Cento e cinquenta alunos participaram de grupos de vários tamanhos. Foi apresentado um filme de um minuto de duração, sendo que o acidente durou 4 segundos. Um grupo de 50 alunos foi perguntado sobre: "Quão rápido os carros estavam indo quando eles se destruíram?"; outro grupo de 50 alunos foi perguntado sobre: "Quão rápido os carros estavam indo quando eles se bateram?"; e um terceiro grupo também de 50 alunos não foi questionado sobre a velocidade dos veículos. Tradução Livre. Ibidem, p.585-589.

74. Tradução livre da língua inglesa para a língua portuguesada pergunta: *Did you see any broken glass?*. Ibidem, p.585-589.

75. LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning*

Deparando-se com o resultado desses experimentos e propondo-se a pensar na prova oral atualmente produzida dentro do processo penal, a conclusão é preocupante. Especialmente porque a distorção da memória de uma testemunha pode refletir no cerceamento da liberdade de um cidadão submetido à persecução penal.

Contudo, Schacter assevera que a sugestionabilidade é um problema fácil de ser neutralizado, na medida em que as influências externas podem ser controladas com técnicas de entrevista adequadas, com perguntas simples e abertas, sendo de grande importância que os entrevistadores saibam o que não fazer para evitar as consequências prejudiciais da sugestão[76]. Nesse mesmo sentido, Welter e Feix afirmam que é fundamental conhecer de que formas e sob que condições a memória pode ser distorcida, a fim de se adotar caminhos que permitam a coleta de um relato preciso e confiável, capaz de aumentar o valor e a consistência da prova testemunhal[77].

Assim, a fim de se verificar de que forma podem ser produzidas falsas memórias na testemunha, passa-se ao estudo das sugestionabilidades encontradas no processo penal.

3. Sugestionabilidades afetas ao processo penal: os fatores de contaminação da prova testemunhal

As disposições normativas sobre o testemunho pressupõem que o indivíduo seja capaz de capturar objetivamente os acontecimentos que presencia e de fixá-los na memória como imagens de um filme ou sons gravados[78]. Ocorre que os estudos sobre a memória, base da prova testemunhal, apontam para um sentido

and Verbal Behavior, [S.l.], n.13, p. 585-589, 1974. Disponível em: [www.academia.edu/3138634/Reconstruction_of_automobile_destruction_An_example_of_the_interaction_between_language_and_memory]. Acesso em: 19.09.2017.

76. SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória*: como a mente esquece e lembra. Trad. Sueli Anciães Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 170.

77. WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 159.

78. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.p. 50.

contrário, mostrando que o processo mnemônico não é um caminho reto, mas, sim, sinuoso e sujeito a distorções.

Se não bastasse esse tratamento dissociado da legislação para com esse meio probatório que depende essencialmente da memória, a realidade de que a testemunha ou a vítima não é capaz de reconstruir a lembrança de um fato delituoso da mesma forma como este ocorreu é praticamente ignorada pelos processualistas[79]. Esse panorama mostra-se contraditório diante da importância que a prova testemunhal reconhecidamente desempenha na formação do convencimento do julgador e, consequentemente, no resultado final do processo penal, que tem implicações diretas no exercício de um direito fundamental do cidadão: a liberdade.

Em que pese estudos apontarem que os atores jurídicos possuem um desejo em realizar o melhor de seu trabalho, ainda que em condições estruturais desfavoráveis, diante da indisponibilidade de perícias técnicas e do excesso de investigações e de ações penais, poucos têm consciência da gama de fatores que podem impactar a fidedignidade das informações obtidas através do testemunho, tampouco que a forma ou técnica empregada na inquirição é decisiva para a qualidade do depoimento. O desconhecimento acerca dos avanços científicos sobre a memória e as técnicas de coleta da prova testemunhal que podem ser concretamente empregadas na prática forense pelos atores jurídicos é notório[80].

Nesse sentido, Di Gesu afirma que, infelizmente, a realidade vivenciada na atividade forense não escapa das conclusões sobre sugestionabilidade dos estudos científicos realizados. Segundo a autora, "há uma tendência, por parte daquele que interroga o imputado e colhe declarações das vítimas e testemunhas, se houver, em explorar unicamente a hipótese acusatória, induzindo os questionamentos. E, na maioria das vezes, diante da ausência de demais elementos probatórios o magistrado profere a sentença com base unicamente na palavra do(a) ofendido(a)"[81].

79. DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 104.

80. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 19.09.2017. p. 70.

81. DI GESU. Op. cit., p. 135.

É nessa perspectiva que o estudo sobre as sugestionabilidades que envolvem o processo penal se mostra pertinente. Consoante já abordado, somente o conhecimento acerca das formas de distorção da memória é que possibilita a adoção de práticas capazes de minimizar a criação de falsas memórias em vítimas e testemunhas.

Ávila assevera que, no âmbito do processo penal, aqui compreendido tanto pela fase policial como pela judicial propriamente dita, a formação de falsas memórias pode ser provocada, resumidamente, pelos seguintes fatores: "[...] sugestão por terceiro, insistência na pergunta (repetição), utilização de palavras associadas (diferenças semânticas sutis), o julgamento moral, a pressão social, o histórico pessoal do inquirido e possíveis traumas"[82].O autor destaca, ainda, que o tratamento dado hodiernamente aos fatos delituosos pela mídia é outro fator importante que pode influenciar no testemunho, assim como o é, também, o tempo do processo[83].

Na mesma linha, Nereu José Giacomolli e Di Gesu destacam que, além das falsas memórias espontâneas, há uma gama de fatores de contaminação da prova e entre os mais importantes estão: o transcurso do tempo, a mídia, o viés do entrevistador e o subjetivismo do magistrado[84].

Opta-se, no presente estudo, por dividir esses fatores de contaminação em três tópicos e abordá-los nessa respectiva ordem: o tempo do processo, a mídia e os entrevistadores. Isso porque se entende ser o transcurso do tempo e a abordagem midiática sobre o processo penal elementos que se somam à sugestionabilidade perpetrada pelos entrevistadores.

Ora, se a pessoa que presenciou um delito ou que dele foi vítima pode ser sugestionada ao ponto de alterar sua versão dos fatos em decorrência do esquecimento inerente à passagem do tempo e das informações (quando não são efetivas opiniões) dos meios de comunicação, e tomar para si como se verdadeiras fossem falsas memórias, o entrevistador, por ser igualmente humano – seja ele o promotor de justiça, o defensor ou o juiz –, também está exposto a esses fatores, que poderão influenciar na postura a ser adotada na entrevista. Principalmente pelo contexto punitivista inquisitorial que ainda – e cada vez mais – assola o processo penal brasileiro.

82. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 161.

83. Ibidem, p. 67-72.

84. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.).*Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 21.

3.1. O tempo do processo

O inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação[85]. Essa garantia constitucional busca evitar tanto a tramitação demorada, desnecessária e indevida do feito, como um julgamento rápido, sem o exame devido das provas constantes nos autos e o amadurecimento da decisão proferida que violaria os princípios mais comezinhos do direito processual, como o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões judiciais.

A esse respeito, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró asseveram que, apesar de o processo não ser "[...] um instrumento apto a fornecer uma resposta imediata àqueles que dele se valem, isto não pode levar ao extremo oposto de permitir que a solução jurisdicional seja dada a qualquer tempo". O órgão julgador não dispõe de tempo ilimitado para oferecer a resposta pleiteada[86], do contrário, a demora injustificada implicaria em verdadeira negativa à prestação jurisdicional.

A passagem do tempo, nesse passo, ganha relevância no âmbito da prova testemunhal, na medida em que ninguém é capaz de lembrar-se, ao longo dos anos, de todos os detalhes de um fato presenciado, como o rosto de uma pessoa ou a cor da roupa que ela estava vestindo[87]. O tempo exerce uma influência determinante para a qualidade das declarações das testemunhas[88] e a gradual deterioração da memória em função da passagem dos anos aumenta as chances de as declarações virem a ser contaminadas, seja por processos internos ou externos ao indivíduo[89]. Abre-se espaço, então, à criação de falsas memórias.

Aliás, há de se ter em consideração que, diante do "hiato existente entre a oitiva em delegacia e o testemunho perante o magistrado", o último relato da

85. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm]. Acesso em: 20.09.2017.

86. LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 06.

87. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.p. 84. Livro eletrônico.

88. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 72.

89. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.09.2017. p. 21-22.

testemunha não será mera repetição daquilo que foi dito há um longo tempo atrás[90].

Dito de outra forma, o transcurso do tempo é a base do esquecimento. Além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é complexa, não permitindo que se busque no cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida, como se buscássemos algum arquivo em uma gaveta. A cada evocação da informação, esta acaba sendo modificada[91].

De outro lado, embora o tempo possa ter influência negativa na memória, pelo esquecimento parcial ou completo das lembranças, bem como pelo aumento de chance de ocorrer distorções, não significa que o testemunho seja inválido por ser coletado em um determinado período após o evento. Isso porque, se a memória foi bem codificada e mantida de forma adequada, não necessariamente irá se apagar[92].

Giacomolli e Di Gesu afirmam que, diante da conflituosa relação entre tempo, memória e esquecimento, a coleta da prova testemunhal em um prazo razoável pode aumentar a sua confiabilidade ou, pelo menos, minimizar os danos em relação à falsificação da memória, na medida em que quanto menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações da testemunha, menor será a possibilidade de haver esquecimento ou de haver influências externas ao conhecimento[93]. Tomar consciência desse fato é imprescindível para que se comece a pensar em buscar formas de reduzir o período temporal entre a aquisição do conhecimento e a declaração deste, sem, contudo, descuidar da qualidade da técnica necessária para a obtenção de um bom relato, aqui entendido como aquele rico em detalhes e livre de sugestões.

No entanto, o caminho para se chegar ao adequado prazo não é simples, sofrendo interferência de vários fatores. Ávila assevera que "trabalhar com a idéia

90. ÁVILA.Op. cit., p. 72.

91. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.).*Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 24.

92. STEIN; ÁVILA, p. 22.

93. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.). *Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 24-25.

do que seria prazo razoável parece bastante movediça", na medida em que dependerá sempre de um referencial[94].

Voltando-se ao Código de Processo Penal brasileiro, os artigos 400 e 531[95], com a redação dada pela Lei 11.719[96], de 20 de junho de 2008, estabelecem prazos máximos para a realização da audiência de instrução para os ritos ordinário e sumário, sendo de 30 (trinta) dias para este e 60 (sessenta) dias para aquele.

Contudo, a efetividade da fixação destes prazos, embora tenha como objetivo minimizar o dano em relação ao lapso temporal, favorecendo a recordação dos fatos, esbarra na realidade do cotidiano forense. A observância da determinação legal fica obstada devido à dificuldade de pauta de audiências dos magistrados de primeira instância e, por vezes, à complexidade dos casos com pluralidade de vítimas, testemunhas e réus[97].

Outro ponto que ganha relevância na discussão envolvendo tempo, memória e esquecimento no âmbito da prova testemunhal é a possibilidade de produção antecipada da prova prevista no artigo 366 do CPP defendida por Rafael Altoé e Ávila[98].Os autores fazem uma abordagem do tema contrapondo-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça consolidado na Súmula 455, cujo texto assim dispõe: "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base

94. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.76.

95. BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm]. Acesso em: 21.09.2017.

96. BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*.Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm]. Acesso em: 21.09.2017.

97. DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.173.

98. ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 255-270, jan.-jun. 2017. Disponível em: [http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1272/465]. Acesso em: 21.09.2017.

no art. 366 do Código de Processo Penal deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo"[99].

Segundo asseveram, ao contrário do que preconiza o enunciado sumular,

> "[...] a antecipação da prova no processo, quando da hipótese do artigo 366 do Código de Processo Penal deveria ser automática e obrigatória em todos os casos, situando-se como uma decorrência natural da decisão."[100]

Isso porque

> "os riscos que o tempo opera na memória são extremamente nocivos e substancialmente maiores do que ordinariamente se crê, de modo que se deve ter por presumida, em todos os casos envolvendo a prova testemunhal, a *necessidade* que a Súmula 455 do STJ exige na condição de uma fundamentação de cunho excepcional."[101] (destaque do original).

Ademais, destacam que a antecipação da prova testemunhal não implicaria no cerceamento do contraditório e da ampla defesa, a um porque o processo não seria sentenciado em seu mérito enquanto o acusado não fosse localizado; a dois porque a autorização para produção antecipada da prova sem a presença do réu não exclui a necessidade da presença de advogado no ato. E mais, vindo o acusado ao processo, a ele se possibilitaria o amplo conhecimento acerca dos testemunhos coletados[102].

Logo, a coleta antecipada da prova deponencial premiaria "[...] a confiabilidade do testemunho, evitando-se distorções que o tempo pode causar, cujo risco, inclusive, recai sobre os interesses do próprio réu [...]", ante a possibilidade do surgimento de falsas memórias em determinadas circunstâncias[103].

---

99. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 455*.A decisão que determina a produção antecipada de provas combase no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada,não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27]. Acesso em: 21.09.2017.
100. ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*.Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 265, jan.-jun. 2017. Disponível em: [http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1272/465]. Acesso em: 21.09.2017.
101. Ibidem, p. 265-266.
102. Ibidem, p. 265.
103. Ibidem, p. 265.

De qualquer sorte, o que se deve buscar é o equilíbrio entre o aceleramento do procedimento, capaz de atropelar as garantias constitucionais, e a demora na prestação da resposta ao jurisdicionado, capaz de contribuir para o esquecimento de um fato juridicamente relevante, haja vista que tanto um quanto o outro pode levar ao comprometimento da qualidade da prova oral.

3.2. A mídia

A mídia é um fenômeno que invade a todos, estabelecendo formas e normas sociais, fazendo com que um grande número de pessoas enxergue o mundo por seus vieses, reordenando percepções e fazendo brotar novos modos de subjetividade. Este fenômeno apresenta suas vantagens, na medida em que alcança aos cidadãos informações a fim de que formem suas opiniões e participem da democracia, não se mantendo inertes diante das injustiças sociais. Grande parte do que é discutido nos diversos segmentos sociais tem origem nos meios de comunicação[104].

Por outro lado, apresenta também desvantagens, já que a mídia, por possuir grande força e acúmulo de poder, é capaz de construir a realidade[105]. Por vezes, jornais, emissoras de televisão e rádios veiculam conteúdos de interesses particulares, omitindo dados importantes, a fim de manipular a opinião pública, sem se esquecer da atual contribuição das redes sociais na disseminação desses conteúdos.

Ávila assevera que "[...] toda essa conectividade, em uma sociedade punitivista, pode levar a pré-julgamentos inaceitáveis de acordo com preceitos democráticos, quando todos se tornam agentes de segurança pública"[106]. É por isso que a mídia, mais precisamente a influência que exerce sobre as pessoas, acaba por se tornar um fator de contaminação da prova testemunhal.

---

104. SILVA, Ellen Fernanda Gomes; SANTOS, Suely Emilia de Barros. O impacto e a influência da mídia sobre a produção da subjetividade. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSICOLOGIA SOCIAL – ABRAPSO, 15., 2009, Maceió. *Psicologia social e políticas de existência*:fronteiras e conflitos. Maceió: ABRAPSO, p. 1-5, 2009. Disponível em: [www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/447.%20o%20impacto%20e%20a%20influ%CAncia%20da%20m%CDdia.pdf]. Acesso em: 21.09.2017.

105. Ibidem, p. 5.

106. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 68-69.

Não se pode ignorar o fato de que as notícias postas nos jornais e veiculadas pela televisão, após o acontecimento do delito, influenciam as pessoas envolvidas no cenário de um determinado processo, devido a sua carga de sensacionalismo e emotividade[107]. Mas não só aos meios de comunicação que se deve atribuir a enxurrada de notícias policiais que se vê diariamente, mas também à população, que, curiosa acerca da tragédia alheia, incita a mídia a esgotar os detalhes dos atos criminosos.

Francesco Carnelutti já atentava para o fato de que os jornais ocupavam boa parte de suas páginas para a crônica de delitos e dos processos, pois eram por estes que as pessoas se interessavam, na medida em que o crime e o processo penal eram uma forma de diversão, pois com eles se fugia da própria vida para ocupar-se com a dos outros[108].

A exemplo disso, no Rio Grande do Sul, tem-se o caso Bernardo Boldrini, ocorrido em abril de 2014, na cidade de Três Passos/RS, cujas investigações foram acompanhadas passo a passo pela mídia. Somados às entrevistas com a avó materna do menino e demais pessoas da comunidade na qual ele estava inserido, a mídia divulgou diversos trechos de gravações de brigas entre Bernardo, seu pai e a madrasta. Outro caso de grande repercussão no Estado Gaúcho que tomou conta dos noticiários foi o acidente na Boate Kiss, na cidade de Santa Maria/RS.

Ambos, inclusive, ganharam um espaço especial no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[109], no qual se pode visualizar o histórico do fato; os dados do processo; as datas e os locais das audiências de instrução, com o número de testemunhas ouvidas, tanto da acusação, como da defesa; a linha do tempo; a situação atual; os próximos passos; e, ainda, todas as notícias relacionadas. Ao caso da Boate Kiss acrescenta-se, ainda, o acesso aos dados da limpeza do prédio, bem como traz a relação de outros cinco processos, cíveis e criminais, ligados ao fato.

Pode-se citar, ainda, a atual abordagem da mídia sobre as ramificações das fases de investigação da Operação Lava Jato e da posterior fase judicial, bem como

---

107. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.). *Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 30-32.

108. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009. p. 7-8.

109. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Caso Bernardo*. Porto Alegre, [2017?]. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/casobernardo/]. Acesso em: 21.09.2017.RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça.*Boate Kiss*. Porto Alegre, [2017?]. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/boatekiss/]. Acesso em: 21.09.2017.

casos mais antigos que igualmente ganharam a atenção dos meios de comunicação: o Caso Richthofen; Caso Isabella Nardoni; Caso Eliza Samudio; Caso Marcos Kitano Marsunaga (executivo da Yoki Brasil).

Sobre isso, Giacomolli e Di Gesu asseveram que a mídia acaba familiarizando a população com as investigações policiais, com as decisões acerca de buscas e apreensões, prisões cautelares, com as versões apresentadas pelos acusados e testemunhas do caso, induzindo-a, sempre de forma parcial, pois revelam apenas trechos, sem que se tenha conhecimento acerca da realidade que foi carreada no processo. Tal comportamento gera um imenso grau de contaminação[110]. O cenário imposto pela mídia, afirma Di Gesu, pode confundir a testemunha sobre aquilo que efetivamente percebeu no momento do delito, com o que leu ou ouviu sobre o fato[111].

Assim, como forma de minimizar os sugestionamentos e as contaminações da testemunha pela mídia, em especial nos casos de grande repercussão, deve o processo penal atentar, mais uma vez, para a produção da prova oral em um prazo razoável, a fim de não afetar a exatidão das recordações pela influência de fatos sabidos posteriormente através da televisão e dos jornais[112].

3.3. Os entrevistadores

Não menos importante ao estudo dos fatores de contaminação da prova testemunhal é a direção tomada pelo entrevistador no momento da oitiva da testemunha, tendo em vista que, consoante já visto por ocasião da abordagem das falsas memórias sugeridas, a forma como a pergunta é formulada pode confundir o entrevistado e alterar a versão que sabe sobre os fatos. Di Gesu afirma, inclusive, que a linguagem e a metodologia empregadas pelo entrevistador são fundamentais na avaliação da confiabilidade dos relatos das vítimas e testemunhas[113].

A par disso, Izquierdo afirma que "[...] muitos detalhes de fatos presenciados se perdem ao longo dos anos, e muitas outras memórias de situações semelhantes

110. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.). *Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 29.

111. DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 185.

112. Ibidem, p. 185.

113. GIACOMOLLI. Op. cit., p. 26.

podem se misturar com a da pergunta, dando lugar a respostas falsas"[114]. É o que concluíram Loftus e Palmer dos estudos envolvendo a sugestionabilidade da memória pelo uso da linguagem antes retratados no experimento do acidente automobilístico.

Assim, o viés do entrevistador caracteriza aquelas entrevistas em que o tomador das declarações tem prévias convicções sobre a ocorrência de certos eventos e, como resultado, molda a entrevista para produzir declarações do entrevistado consistentes com essas convicções[115]. Esse viés pode ser observado em comportamentos sutis, como um sorriso, um movimentar da cabeça, o tom da voz ou o modo de formular uma pergunta, o que vem a contaminar como os eventos são codificados e depois lembrados[116].

Essa situação é agravada pelo resquício do sistema inquisitorial que ainda assombra o processo penal brasileiro, no qual o juiz conduz a prova por um caminho que, geralmente, confirma a hipótese acusatória, julgando o caso, posteriormente, com base naquele caderno probatório que ele próprio ajudou a produzir[117]. Isso porque, mesmo que obedecida a ordem de inquirição das testemunhas preconizado no artigo 212, parágrafo único, do CPP, ao magistrado é permitido complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos. Ocorre que, nesse momento, ele já estabeleceu uma linha hipotética e buscará consolidá-la através de suas indagações, provavelmente de caráter confirmatório. E "separar a hipótese acusatória daquela construída mentalmente pelo magistrado, no momento de seus questionamentos, é missão bastante improvável"[118].

---

114. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 84. Livro Eletrônico.

115. CECI, Stephen; BRUCK, Maggie, 1996, apud PISA, Osnilda. *Psicologia do testemunho*: os riscos na inquirição de crianças. 2006. 53 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006. Disponível em: [http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/20/TDE-2006-10-26T162523Z-89/Publico/384132.pdf]. Acesso em: 21.09.2017.

116. PISA, Osnilda. *Psicologia do testemunho*: os riscos na inquirição de crianças. 2006. 54 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006. Disponível em: [http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/20/TDE-2006-10-26T162523Z-89/Publico/38413 2.pdf]. Acesso em: 21.09.2017.

117. DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 177.

118. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Enrico Altavilla, ao tratar do tema, já afirmava que a testemunha não tem, em geral, qualquer interesse na conservação integral das suas recordações, pelo que é levada, por um instintivo movimento egoísta, a evitar aborrecimentos e, por consequência, adaptar-se, facilmente, ao pensamento de quem a interroga. Refere, ainda, que a testemunha fica escrava do seu primeiro depoimento, se ele é mais agradável ao instrutor, do que aquele que um exame mais atento de suas recordações a induziria fazer; num segundo depoimento, a testemunha tem o receio de parecer falsa e mentirosa, evitando, por isso, divergir do que disse anteriormente[119].

Nicola Framarino Dei Malatesta, em sentido semelhante, também já asseverava que o interrogante deve proceder com habilidade, para fazer com que a verdade surja da consciência do interrogado, pois a resposta da testemunha pode vir inspirada na pergunta do juiz. O depoente, seja por leviandade, para ser dispensado mais depressa e ver-se livre de embaraços, seja por timidez, ou, ainda, por julgar estar o magistrado mais bem-informado de tudo do que ele, e temendo contradizê-lo, prefere compartilhar das convicções deste. Nesse caso, "a sugestão conduz à falsidade"[120].

A corroborar, Ávila destaca que as perguntas formuladas pelo juiz são capazes de produzir profundos efeitos em termos de sugestionabilidade, na medida em que o julgador representa um símbolo de imparcialidade para a testemunha[121]. Nesse ponto, não raras vezes, a idolatria à figura do juiz acaba também por influenciar uma evocação equivocada da verdade.

Não só apenas quanto ao julgador essa tendência deve ser observada, mas, também, em relação à acusação e à defesa. Isso porque, buscando demonstrar suas teses, podem desvirtuar a resposta da testemunha com a sugestionabilidade do questionamento, causando no depoente confusão mental e induzindo a uma resposta distante da realidade do fato investigado.

---

119. ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 3, p. 28.

120. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61577]. Acesso em: 04.09.2017. p. 393.

121. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 19.

O CPP[122], em seu artigo 212, segunda parte, já atenta a isso quando prevê que o juiz não deverá admitir perguntas que possam induzir a resposta. Embora não seja a única solução para evitar o viés do entrevistador, a proibição da formulação de perguntas sugestivas, vedando-se aquelas prejudiciais à sinceridade das respostas, é uma forma de minimizar tal influência[123].

Ademais, a importância da postura adotada pelo entrevistador e a necessidade de se evitar perguntas sugestivas pode ser perfeitamente transportada para a fase da investigação criminal, no tocante à tomada de depoimentos nas Delegacias de Polícia. Consoante atenta Di Gesu,

> "o ideal é que todos os profissionais, mas, principalmente, policiais e delegados – considerando serem os primeiros a ter contato com os ofendidos e com eventuais testemunhas – estivessem treinados para lidar com essa situação, a fim de obter declarações da forma mais neutra possível, despidas de induções e sugestionamentos, até mesmo para que a investigação preliminar cumpra com sua função de filtro de acusações infundadas."[124]

Para tanto, seria essencial que as alterações começassem ainda "[...] na estrutura curricular dos Cursos de Direito para incorporação de disciplina especifica a contemplar o conteúdo da Psicologia do Testemunho, para além dos conhecimentos generalistas trabalhados hoje na graduação",[125]isso quando são trabalhados. Aproximar o tema dos estudos acadêmicos refletirá diretamente na formação dos profissionais, ao menos para que se tome conhecimento da existência desse fenômeno ainda pouco debatido nos cursos jurídicos.

No que toca a uma possível proposta de reforma da legislação, o relatório nacional sobre Psicologia do Testemunho apresentado ao Ministério da Justiça

122. BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm]. Acesso em: 21.09.2017.

123. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.).*Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 23.

124. DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 180.

125. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al.*Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 21.09.2017. p. 70.

concluiu ser imprescindível a incorporação de subsídios científicos ao conteúdo da lei, notadamente, de técnicas de entrevista investigativa para obtenção de informações de melhor qualidade e maior quantidade, como é a técnica da Entrevista Cognitiva que a seguir será analisada[126].

3.4. Entrevista cognitiva: uma tentativa de minimizar as falsas memórias

Consoante Feix e Pergher afirmam, as "pesquisas sobre o funcionamento da memória têm mostrado que, ao vivenciar uma situação, as pessoas focam apenas alguns aspectos do evento", não armazenando na memória todas as informações dessa situação. Na tentativa de recordar-se de todos os detalhes que ocorreram, o indivíduo pode criar falsas memórias[127].

Por conseguinte, como se analisou, a qualidade das informações fornecidas pela vítima ou pela testemunha está intimamente ligada à postura adotada pelo entrevistador. O tipo de entrevista empregado para se obter os testemunhos e as circunstâncias em que ela – a entrevista – é conduzida são fatores determinantes para o resultado da prova oral, uma vez que é nesse contexto que, geralmente, costuma ser observado o fenômeno da sugestionabilidade[128].

Como ressalta Di Gesu, de nada adiantará uma boa aquisição e retenção da memória pelo indivíduo se houver falha justamente no momento da recuperação da lembrança. Contudo, o que se vê dos profissionais encarregados da investigação e da instrução processual é uma despreocupação geral acerca da psicologia do testemunho[129].

O relatório nacional sobre Psicologia do Testemunho, buscando traçar as estratégias de entrevistas atualmente empregadas na prática na tomada de depoimento de vítimas e testemunhas, tanto na fase investigativa como na fase

126. Ibidem, p. 71.

127. FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209.

128. WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 173.

129. DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 199.

judicial, constatou uma ausência generalizada de treinamento especializado por parte dos atores judiciais, que aprenderam a coletar o testemunho *na prática*, representando um distanciamento acentuado em relação à utilização das técnicas mais adequadas de acordo com a literatura científica[130].

Verificou-se que as estratégias de acolhimento do depoente – consistente na criação de um ambiente receptivo – e de perguntas abertas – constituídas por perguntas mais abrangentes, que não possuem resposta específica e abrem espaço para um relato mais livre – são pouco utilizadas no âmbito processual, não obstante sejam as mais adequadas. Por outro lado, a prática da leitura da denúncia para situar a testemunha acerca do fato sob julgamento; a adoção do sistema presidencialista de inquirição, com o juiz à frente da entrevista formulando perguntas antes mesmo das partes; e o uso de pressão consistente na advertência das consequências penais no caso de a testemunha não dizer a verdade mostraram-se bastante corriqueiras[131].

Ademais, observou-se que grande parte das entrevistas é conduzida com a utilização de perguntas fechadas que restringem as possibilidades de respostas a "sim" ou "não" e possuem grande potencial de contaminação da memória. Isso porque já incluem informações ainda não reveladas pelo depoente, levando-o a lembrar-se de detalhes que não estavam presentes e de coisas que de fato não ocorreram[132].

Outra pesquisa importante a respeito das circunstâncias em que as entrevistas são conduzidas na fase policial, quando se tem o primeiro contato com os depoentes, foi realizada aqui no Rio Grande do Sul, por Maria da Graça Ballardin e Lilian Milnitsky Stein, com a colaboração de Rebecca Milne. O estudo teve como

130. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 22.09.2017. p. 63.

131. Ibidem, p. 58-59.

132. A exemplificar, são os questionamentos relativos às vestimentas do suspeito/acusado, a cor do cabelo, a existência de tatuagens, bem como sobre as ações. Ao se questionar se "o assaltante portava um revolver?", a vítima ou a testemunha pode ser induzida a lembrar falsamente que o assaltante portava uma arma, quando, de fato, não foi vista arma alguma. (STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 22.09.2017. p. 51).

objetivo geral realizar um levantamento das características do entrevistador consideradas relevantes na obtenção de testemunhos com quantidade de informações e acurácia, de acordo com a percepção de entrevistadores e entrevistados no contexto do inquérito policial[133].

Participaram do estudo 30 pessoas: 15 policiais federais, entre delegados e escrivães, classificados como entrevistadores, e 15 testemunhas que prestariam declarações acerca de algum delito, classificadas como entrevistados. Os fatos delituosos relacionados aos depoimentos das testemunhas eram crimes contra a fé pública, contra a administração pública e crimes eleitorais, todos tipificados no Código Penal. Os participantes formavam pares que, efetivamente, possuíam agendadas as oitivas objeto do levantamento[134].

Os resultados indicaram que as características do entrevistador que facilitam a construção de um "clima relaxante" são consideradas relevantes por entrevistados e entrevistadores, sugerindo que uma entrevista em que se estabelece uma relação de tranquilidade e acolhimento, com clareza de comunicação, em que ambos estão à vontade, tende a ser mais exitosa na qualidade e quantidade das informações obtidas. Contudo, foi constatado também que, não obstante haja uma percepção da importância destas características, elas não são efetivamente empregadas na prática. Ademais, observou-se que mesmo nas oitivas em que o entrevistador acreditou ter empregado práticas que facilitam a instituição de um ambiente acolhedor, tal situação não foi percebida pela testemunha entrevistada. Em conclusão, as pesquisadoras apontaram haver uma necessidade de capacitação e treinamento de entrevistadores, com foco no papel que desempenha e nos aspectos individuais do seu comportamento relacional, para além das técnicas empregadas na oitiva[135].

133. BALLARDIN, Maria da Graça; STEIN, Lilian Milnitsky; MILNE, Rebecca. Além das técnicas de entrevista: características individuais em entrevista com testemunhas.*Revista Brasileira de Segurança Pública*.São Paulo, v. 7, n. 2, p.6-16, ago.-set. 2013. Disponível em: [http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/336]. Acesso em: 22.09.2017.

134. BALLARDIN, Maria da Graça; STEIN, Lilian Milnitsky; MILNE, Rebecca. Além das técnicas de entrevista: características individuais em entrevista com testemunhas.*Revista Brasileira de Segurança Pública*.São Paulo, v. 7, n. 2, p.9, ago.-set. 2013. Disponível em: [http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/336]. Acesso em: 22.09.2017.

135. Ibidem, p.10-14.

Diante desse panorama, é possível listar dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses, quais sejam: a) não explicar o propósito da entrevista; b) não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; c) não estabelecer um ambiente acolhedor; d) não solicitar o relato livre; e) basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; f) fazer perguntas sugestivas e/ou confirmatórias; g) não acompanhar o que a testemunha recém disse; h) não permitir pausas; i) interromper a testemunha quando ela está falando; e j) não fazer o fechamento da entrevista[136].

Como alternativa para minimizar a prática dessas falhas, muitas técnicas de entrevista investigativa têm sido desenvolvidas com o objetivo de se obter declarações mais verossímeis. Contudo, a mais pesquisada[137], respeitada e utilizada no mundo todo, principalmente com testemunhas e vítimas adultas, é a técnica da Entrevista Cognitiva, tendo sido adotada como o padrão a ser seguido por lei em vários países como Inglaterra, Nova Zelândia, Austrália, entre outros[138].

O objetivo principal da entrevista cognitiva é obter depoimentos ricos em detalhes com a maior quantidade e qualidade de informações. Desenvolvida originalmente em 1984 por Ronald Fischer e Edward Geiselman, tem sua base nas ciências da Psicologia Social e da Psicologia Cognitiva, integrando, desta, os saberes sobre o funcionamento da memória e, daquela, o conhecimento sobre a comunicação nas relações humanas[139].

Ademais, essa técnica é organizada em torno de cinco etapas, cada uma envolvendo fundamentos e objetivos específicos[140].

A primeira delas destina-se à construção do *Rapport*, ou seja, ao estabelecimento pelo entrevistador de uma condição favorável ao entrevistado, com a

136. FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 211-213.

137. Ibidem, p. 210.

138. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al.*Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 22.09.2017. p. 71.

139. FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 210.

140. Ibidem, p. 212.

criação de um ambiente acolhedor e demonstrações de empatia em relação à testemunha ou vítima, procurando-se, inicialmente, conversar sobre assuntos neutros. Posteriormente, buscando-se personalizar a entrevista, devem ser explicados os objetivos da técnica que está sendo aplicada, transferindo-se ao entrevistado o controle da narrativa. Além disso, esta fase serve, também, para que o entrevistador tenha alguma noção do nível cognitivo e de desenvolvimento da linguagem da pessoa que irá entrevistar, permitindo, assim, uma melhor comunicação entre as partes[141].

Na segunda etapa, deve-se tentar recriar o contexto original, convidando que a testemunha se coloque, mentalmente, de volta na situação em que o crime ocorreu, utilizando todos os sentidos possíveis, como visão, audição, olfato etc. É preciso que as instruções referentes à recriação do evento sejam dadas de forma lenta e pausada pelo entrevistador, com o intuito de auxiliar o entrevistado a acessar as informações armazenadas em sua memória[142].

Estabelecido esse contexto, passa-se para a etapa seguinte, consistente na narrativa livre da testemunha. A técnica central, aqui, é buscar um relato livre, sem nenhuma interferência por parte do entrevistador, a não ser estimular que a testemunha fale mais com base no que conseguir recordar. Assim, a instrução dada aos entrevistados é no sentido de tentarem se reportar a absolutamente tudo que lembram, mesmo que considerem detalhes irrelevantes ou que só tenham lembranças parciais[143].

Nesse momento, é de suma importância que o ouvinte não interrompa a fala do narrador, fazendo anotações do que precisará retomar posteriormente, atentando-se para anotar, inclusive, os mesmos termos e informações trazidos pela testemunha, a fim de evitar eventual acréscimo ou edição nas perguntas que se seguirão[144].

---

141. Ibidem, p. 212-216.

142. Ibidem, p. 216-217.

143. STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 22.09.2017. p. 25.

144. FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 218.

A quarta etapa se iniciará somente após esgotar todas as possibilidades de um relato livre por parte do entrevistado; é a chamada etapa do questionamento. Aqui, serão feitas as perguntas tendo por base as informações trazidas neste relato livre, buscando-se seguir a linha da narrativa e as informações trazidas, sem protocolos pré-estabelecidos[145].

A quinta e última etapa destinar-se-á ao fechamento da entrevista com a síntese dos dados levantados. Ainda, retomando-se o *rapport*, o entrevistador deverá deixar aberto um canal de comunicação com o entrevistado, no caso de ele recordar-se de eventuais detalhes não relatados durante a entrevista[146].

Em que pese a entrevista cognitiva exista há mais de um quarto de século, Ávila destaca que ela não está totalmente dominada e explorada no campo da prática. Até mesmo nos países que mais desenvolvem e propõem a sua aplicação, o emprego dessa técnica ainda encontra um número reduzido de pesquisas[147]. E ressalta que, até mesmo nos países onde essa técnica é aplicada, os profissionais apresentam carências e dificuldades na sua utilização[148].

Gesu, por sua vez, assevera que, como todo procedimento, a entrevista cognitiva apresenta vantagens e inconvenientes:

> "Entre as vantagens estão a aquisição de informações muito mais ricas, havendo minimização dos riscos de uma possível indução das respostas pelo entrevistador e, consequentemente, a produção de uma prova oral com maior qualidade. Dentre os inconvenientes, destacam-se o custo temporal e a complexidade, pois a técnica, além de requerer um lapso temporal maior do que o comum, necessita o treinamento dos entrevistadores"[149].

145. STEIN.Op. cit., p. 26. No mesmo sentido, ibidem, p. 218.

146. FEIX.Op. cit., p. 222.

147. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 146.

148. Ibidem, p. 146.

149. DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 202. No mesmo sentido, Leandro da Fonte Feix e Giovanni Kuckartz Pergher asseveram que a técnica da entrevista cognitiva apresenta algumas limitações práticas para a sua efetiva utilização e citam as três principais delas, quais sejam: a necessidade de treinamento extensivo e dispendioso dos entrevistadores; a necessidade de condições físicas e tecnológicas adequadas; e a necessidade de um certo nível de capacidades cognitivas por parte do entrevistado. (FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as

Todavia, a autora arremata afirmando que os benefícios dessa técnica são muito maiores que as suas desvantagens, haja vista que um depoimento mal produzido ou induzido em erro traz consequências imensuráveis, custando a vida e a liberdade das pessoas[150]. E mais do que reduzir os riscos de criação de falsas memórias, proporcionando um testemunho com maior quantidade e precisão de informações, a entrevista cognitiva minimiza outro problema muito comum em investigações e processos criminais: a revitimização daqueles que prestam depoimento. Não raras vezes, quando um depoimento é mal conduzido, há necessidade de se inquirir novamente a vítima ou a testemunha, expondo-as repetidas vezes às lembranças negativas, o que poderia ser evitado se a primeira entrevista realizada fosse suficientemente completa e gravada[151].

Além disso, reduzindo-se o número de vezes que a pessoa precisa declarar o que se lembra dos fatos, diminuem-se, também, as chances de o indivíduo ser exposto a sugestionabilidades. O resultado é a redução da possibilidade de se sujeitar os relatos à contaminação por falsas memórias[152].

Logo, embora não exista um método perfeito de coleta da prova oral, os avanços científicos na área da Psicologia do Testemunho têm demonstrado que a técnica da entrevista cognitiva se apresenta como uma alternativa eficaz para a redução das chances de se produzir falsas memórias e ter um testemunho mais fidedigno aos fatos presenciados. Pensar-se sobre a inserção dessa técnica no cotidiano forense pode ser o início do longo caminho a se percorrer no campo da boa recuperação da memória das vítimas e testemunhas.

Considerações finais

A prova testemunhal é facilmente suscetível a falhas, sejam elas externas ou internas. Pelo estudo das fases de formação do testemunho, verificou-se que este passa por alguns processos desde a aquisição do conhecimento até a sua declaração, momento em que pode haver contaminação da narrativa.

Assim, a formação do testemunho inicia-se com a aquisição do conhecimento, que é o presenciar dos fatos, de forma atenta e consciente, pois de nada adianta

falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 224).

150. DI GESU. Op. cit., p. 203.

151. FEIX. Op. cit., p. 223.

152. Ibidem, p. 223.

uma testemunha de um crime que no momento do acontecimento estava distraída e não pode perceber todas as circunstâncias que rodeavam o evento. A conservação do conhecimento, etapa entre a aquisição e a declaração, nada mais é do que a própria memória, momento em que se armazena o conhecimento adquirido. A declaração do que se testemunhou, por fim, é o momento em que o saber é transmitido ao processo; é a confirmação do meio probatório em tela, pois é só neste momento que se terá efetivado a prova testemunhal, já que, antes disso, se tem apenas uma pessoa conhecedora de um fato e nada mais.

As falibilidades do testemunho são representadas, principalmente, pela criação de falsas memórias, que podem provir da própria falha na percepção dos fatos pela testemunha ou da emoção gerada pelo evento presenciado, como a experiência de ter vivenciado um acidente de trânsito grave ou o homicídio de uma pessoa querida, capaz de causar um trauma. O entrevistador, ao dirigir a entrevista para o viés da acusação, também pode criar falsas lembranças na testemunha e modificar seu relato sem que ela perceba, ao induzir as respostas através de perguntas subjetivas. Outro fator que pode ser prejudicial à memória da testemunha é o transcurso de tempo entre a data do crime e da declaração do conhecimento adquirido ao presenciar o evento, sendo causador do esquecimento e da formação de ideias incorretas. A mídia, igualmente, pode ser fonte de criação de falsas memórias quando aborda nos noticiários, às vezes por semanas, a reconstituição do fato criminoso e o desenrolar da investigação, criando, a testemunha, uma versão distante daquela experiência vivenciada, com base nas notícias veiculadas na televisão, jornais e rádios.

Percebe-se que não se pode impedir a criação de falsas memórias na testemunha quando se trata de um erro de percepção desta em razão de ser um fenômeno intrínseco do ser humano, mas pode-se evitar a sua formação através da implementação de um processo mais célere, a fim de evitar que o transcurso do tempo resulte no esquecimento dos fatos ou que nesse período a testemunha seja influenciada pelas versões do crime apresentadas pela mídia. Quanto ao viés do entrevistador, é importante que se busque incluir nos currículos acadêmicos e nos órgãos públicos espaço que se volte ao conhecimento da existência desse fenômeno psicológico na evocação de um testemunho, aproximando o mundo jurídico dessa temática, capacitando policiais civis, delegados de polícia, magistrados, promotores de justiça e advogados para a tomada de oitiva com a formulação de questionamentos com vistas a evitar as sugestionabilidades.

Assim, é incontroverso que a prova testemunhal é um meio probatório frágil em razão de todas as falhas que lhe são inerentes e que foram aqui estudadas. Ainda mais quando existem meios probatórios capazes de alcançar a certeza ao juiz,

como é o caso da prova pericial. Esta é capaz de evidenciar o autor de um crime de homicídio, por exemplo, pelo levantamento realizado na cena do delito, pelas digitais deixadas na arma utilizada na ação, pelo posicionamento do projétil no corpo da vítima. Elementos que, muitas vezes, não são capazes de serem identificados por uma pessoa que testemunhou o ilícito.

No entanto, é do conhecimento geral a situação precária dos institutos periciais brasileiros, em especial pelo déficit de peritos, e dos inúmeros casos não solucionados diante da demora na realização da perícia técnica, o que faz com que grande parte das demandas judiciais na esfera criminal sejam resolvidas apenas com base na prova testemunhal.

Assim, por ser obra humana e, consequentemente, imperfeita, a prova testemunhal exige que as partes do processo busquem técnicas ou formas de minimizar a ocorrência de falsas memórias. Mas, principalmente, serão os princípios orientadores do processo penal que deverão guiar a adequada utilização desse meio probatório tão frágil, mas, ao mesmo tempo, tão essencial ao Direito Processual Penal.

Referências

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 3.

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 255-270, jan.-jun. 2017. Disponível em: [http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1272/465]. Acesso em: 21.09.2017.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Luciana Moreira de; BARBOSA, Márcio Englert; FEIX, Leandro da Fonte; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

ÁVILA, Luciana Moreira; BRUST, Priscila Goergen; NEUFEULD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky; WILLIAMS, Anna Virgínia. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

BALLARDIN, Maria da Graça; STEIN, Lilian Milnitsky; MILNE, Rebecca. Além das técnicas de entrevista: características individuais em entrevista com testemunhas. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. São Paulo, v. 7, n. 2, p.6-16, ago.-set. 2013. Disponível em: [http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/336]. Acesso em: 22.09.2017.

BRAINERD, C.J. Prefácio. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:-fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Carlos Eduardo TrevelinMillan. São Paulo: Pillares, 2009.

DI GESU, Cristina.*Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

GAUER, Gustavo. Falsas memórias. In: OLIVEIRA, Alcyr Alves (Org.). *Memória*: cognição e comportamento. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. Livro eletrônico.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla.Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.). *Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. Livro eletrônico.

KERR, Daniel Shikanai. *Angiotensina II bloqueia a consolidação e a evocação de memórias aversivas*. 2004. 47 f. Dissertação (Mestrado em Bioquímica) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Biológicas: Bioquímica, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 2004. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5283/000423811.pdf?sequence=1]. Acesso em: 07.09.2017.

LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior,* [S.l.], n.13, p. 585-589, 1974. Disponível em: [www.academia.edu/3138634/Reconstruction_of_automobile_destruction_An_example_of_the_interaction_between_language_and_memory]. Acessoem: 19.09.2017.

LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. *Scientific American*, [S.l.], v. 277, n. 3, 1997. Disponível em: [http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm]. Acesso em: 08.09.2017.

LOFTUS, Elizabeth F. Memórias fictícias. *Psicologia*. Lisboa, n. 3-4, p. 335-350, 2006. Disponível em: [https://webfiles.uci.edu/eloftus/Loftus_Lusiada_Portuguese06.pdf?uniq=fvdrl]. Acessoem: 19.09.2017.

LOFTUS, Elizabeth F. Our changeable memories: legal and practical implications. *Nature Reviews Neuroscience*, [*online*], v. 4., p. 232. mar. 2003. Disponível em: [http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/2003Nature.pdf]. Acesso em: 08.09.2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61577]. Acesso em: 04.09.2017.

NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

PERGHER, Giovanni Kuckartz. Falsas memórias autobiográficas. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

PISA, Osnilda. *Psicologia do testemunho*: os riscos na inquirição de crianças. 2006. 133 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006. Disponível em: [http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/20/TDE-2006-10-26T162523Z-89/Publico/384132.pdf]. Acesso em: 07.09.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça.*Boate Kiss*. Porto Alegre, [2017?]. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/boatekiss/]. Acesso em: 21.09.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Caso Bernardo*. Porto Alegre, [2017?]. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/casobernardo/]. Acesso em: 21.09.2017.

SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória*: como a mente esquece e lembra. Trad. Sueli Anciães Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SILVA, Ellen Fernanda Gomes; SANTOS, Suely Emilia de Barros. O impacto e a influência da mídia sobre a produção da subjetividade. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSICOLOGIA SOCIAL – ABRAPSO, 15., 2009, Maceió. *Psicologia social e políticas de existência*: fronteiras e conflitos. Maceió: ABRAPSO, 2009. Disponível em: [www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/447.%20o%20impacto%20e%20a%20influ%CAncia%20da%20m%CDdia.pdf]. Acesso em: 21.09.2017.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky. Apresentação. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*:fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.09.2017.

STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços metodológicos no estudo das falsas memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas.*Psicologia*: Reflexão e Crítica [*online*]. 2006, v.19, n.2, p. 116-176. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/prc/v19n2/a02v19n2.pdf]. Acesso em: 10.09.2017.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. *Psicologia*: reflexão e crítica. Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf]. Acesso em: 07.09.2017.

WELTER, Carmen LisbôaWeingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais, de Lilian Milnitsky Stein e Maria Lúcia Campani Nygaard - *RBCCrim* 43/151-164 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* (DTR\2003\816);
- A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho, de Caio Badaró Massena - *RBCCrim* 156/23-59 (DTR\2019\31664);
- Depoimento sem dano e falsas memórias, de Eduardo Cambi e Priscila Sutil de Oliveira - *RePro* 235/21-50 (DTR\2014\9806);
- Em que medida a dialética gadameriana pode tornar acusatória a produção da prova testemunhal no processo penal, de Eduardo Neves Lima Filho e Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo - *RBCCrim* 164/67-91 (DTR\2019\42733); e
- Se não me falha a memória – Breve discussão sobre a suscetibilidade da prova testemunhal, de Maria Cecilia Pereira de Mello e Luiza Cobra Gervitz - *RDM* 2 (DTR\2019\35439).

Notas sobre a instituição do *plea bargain* na legislação brasileira

Notes on the institution of plea bargain *in Brazilian law*

Orlando Faccini Neto

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2017). Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Professor do Curso de Mestrado do IDP – Brasília. Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – ESM/Ajuris. Juiz de Direito em Porto Alegre – RS.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5934-7119
ofneto@tjrs.jus.br

Recebido em: 22.02.2019
Aprovado em: 08.12.2019
Última versão do (a) autor (a): 11.12.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O texto pretende analisar os aspectos gerais do *plea bargain* e, particularmente, o modo como se pretende inserir o modelo de soluções negociadas em nosso país. A partir de revisão bibliográfica, busca-se discutir a inserção de um modelo de acordos no âmbito de variadas culturas jurídicas, o seu fundamento e, ainda, abordar os principais aspectos problemáticos da sua aplicação.

Palavras-chave: Plea Bargain – Acordos em direito penal – Projeto Anticrime.

Abstract: The text intends to analyze the general aspects of plea bargain and, in particular, the way in which the model of solutions negotiated in our country. From the literature review, we seek to discuss the insertion of a model of agreements within the scope of various legal cultures, its foundation and also address the main problematic aspects of its application.

Keywords: Plea Bargain – Agreements in Criminal Law – Anticrime Law Project.

Sumário: 1. Introdução. 2. Esboço geral do *plea bargain* e sua vinculação a uma dada cultura processual. 3. Enquadramento à crítica 4. O *plea bargain* e a sua constitucionalidade. 5. Os celebrantes do acordo, a igualdade e as vítimas. 6. A experiência da colaboração premiada e uma certa cultura discricionária. 7. Aspectos pontuais do acordo penal. 8. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A partir da apresentação do designado Projeto Anticrime, instaurou-se no país debate a respeito da introdução de modelo negocial para a solução de casos penais, nomeadamente *plea bargain*, com inspiração inequívoca na tradição americana[1].

Há um razoável conjunto de argumentos disputando a posição sobre se o sistema do *plea bargain* viabilizar-se-ia em modelos processuais essencialmente diferentes daqueles do *common law*, mormente com as características ostentadas no Brasil, seja em termos jurídicos e de prática forense, como também no concernente a seus corolários.

Pretendemos, ao tratar do *plea bargain* tal qual delineado no Projeto, formular indagações a respeito do modelo em debate, apontando desenvolvimentos favoráveis e contrários, em ordem a ampliar o escopo de uma reflexão que não se pode tingir de preconceitos ou de inconsistências, dada a magnitude do que pode revelar o porvir. Assumida que seja a viabilidade constitucional de um modelo de acordos em Direito Penal, ademais, cumpre a elaboração de sugestões e críticas, tendentes ao aperfeiçoamento dos dispositivos legais que se almeja alterar.

2. Esboço geral do *plea bargain* e sua vinculação a uma dada cultura processual

Define-se o *plea bargain* como mecanismo processual por meio do qual a acusação e a defesa têm a possibilidade de entrar em acordo sobre o caso penal, com a consequente imposição de pena, sendo o avençado sujeito à homologação judicial.

O acordo pode assumir diversas formas e, em geral, consiste em o acusado declarar-se culpado de um ou mais crimes, de modo que, como contrapartida, a acusação deixa de lado outras imputações, ou aceita que o réu se declare culpado de crimes de menor gravidade, ou, ainda, não se opõe a que o acusado receba

1. Na doutrina brasileira, para um amplo exame da matéria, Cf. BRANDALIDE, Rodrigo. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais penais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, *passim*.

determinada sentença, em patamar inferior àquela que eventualmente exsurgiria de sua normal condenação no processo[2-3].

No essencial, o Projeto Anticrime afina-se a tal definição, ao estatuir que, até o início da instrução, as partes poderão requerer, mediante acordo penal, a aplicação imediata das penas.

Sem ingressar em controvérsias estatísticas, estima-se, com razoável grau de certeza, que mais de noventa por cento dos casos criminais norte-americanos alcançam o seu desfecho a partir de uma negociação ao modo do *plea bargain*[4]. Tanto assim que há mesmo os que aduzem não ser o *plea bargain* uma parte acessória do sistema de justiça criminal americana, mas, sim, que o *plea bargain* é o sistema criminal americano[5].

Sabemos que há duas formas sob as quais se apresentam os modelos processuais, consideradas, sobretudo, a pluralidade de atividades cabíveis para cada um dos atores no processo. Há padrões tendentes a uma maior inércia do juiz, com ampliação de atuação das partes, bem como, ainda que com graus variáveis, existem concepções segundo as quais o juiz atua mais intensamente no que alude ao desenvolvimento do processo e à marcha de sua instrução.

O modelo processual em que floresceu o *plea bargain*, de caráter adversarial, caracteriza-se pela consagração de amplos poderes de atuação às partes do processo, donde exsurge, como consequência, que o juiz do caso possui expressivos limites,

2. LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The globalization of Plea Bargaining and the Americanization thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 01, 2004, p. 35.

3. Na síntese de HEUMANN: "*Plea bargain is the process by which the defendant in a criminal case relinquishes his right to go to trial in exchange for a reduction in charge and/or sentence*", isto é, consiste o *plea bargain* no processo pelo qual o réu, em um processo criminal, renuncia ao seu direito de ir a julgamento, em troca de uma redução na acusação e/ou sentença. (HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining: The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*. Chicago: The University Chicago Press, 1981. p. 01).

4. Para uma análise estatística apenas nas cortes federais americanas, e apontando um incremento que, no ano de 1984 aludia a 84% dos casos resolvidos pelo *plea*, e, já em 2001, de 94% de adoção deste modelo, Cf. FISHER, George. *Plea Bargaining´s Triumph: a History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 223.

5. RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a excepção transformada em regra. *Julgar*, v. 19, Coimbra, policopiado, 2012, p. 208. Igualmente, HEUMANN, para quem: "*notwithstanding the nomenclature, the ´trial court´ is really a ´plea bargaining court´*", quer dizer, não obstante a nomenclatura, a Corte de julgamento é, na verdade, uma Corte de acordos. (HEUMANN, *Plea Bargaining*..., p. 01).

cumprindo-lhe, fundamentalmente, zelar pelo atendimento da disciplina formal do processo, sem ingerência no que lhe é substantivo, máxime a produção de provas.

Num modelo em que a principal característica é uma espécie de disputa entre as partes, parece curial que essas mesmas partes possam negociar uma solução[6]. Nossa cultura nacional não se forjou do mesmo modo, e é facilmente observável que, tanto no nível legislativo, como também na própria prática judiciária, temos um bom contingente de juízes que não acolhem a passividade *tout court* como um padrão de comportamento endoprocessual. Sem avaliações sobre as virtudes ou vícios deste modo de atuação, certo é que o acatamento do *plea bargain* impor-nos-á, antes de tudo, uma mudança de cultura.

Com a previsão, na proposta apresentada, de o juiz encetar recusa à homologação do acordo, se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional, abre-se a possibilidade de intervenções judiciais num nível forte, dada a vagueza do que se pode afigurar desproporcional, minando a ideia básica de favorecimento à autonomia das partes.

Parece írrita, noutro giro, a possibilidade de não se homologar o acordo, nos casos em que as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. Ora, se o espaço temporal do acordo alude a momento ulterior ao recebimento da denúncia, e prévio à instrução, fica difícil conceber tenha sido a peça incoativa penal recebida numa hipótese de manifesta insuficiência probatória, sem que deste momento, até o da feitura do acordo, tenha-se apresentado qualquer fase de coleta de elementos de convicção.

Ademais, quando se fala em ajuste, impõe-se compreender que o *plea bargain* requer, para sua real implementação, uma perspectiva de vantagens consistentes para as partes, sobretudo no pertinente à aferição do binômio abdicação do processo pela acusação/pena inferior à que seria possível para o acusado. Destarte, não é trivial a observação de que a cediça expressividade das penas criminais, nos Estados Unidos da América, dá contributo à numerosidade dos casos resolvidos por negociação, na medida em que a gravidade da ameaça da pena possível estimula à aceitação de sanções menores, de maneira a minimizar o período de encarceramento.

As penas criminais em nosso país, contudo, estão balizadas em patamares significativamente inferiores e, ainda que assim não fosse, as frações relacionadas ao sistema de progressão de regime carcerário fizeram despontar uma inequívoca percepção geral de brandura, que é fator dissuasório à celebração das avenças.

6. LANGER, *From Legal*..., p. 21-2.

Há, portanto, dificuldades de ordem cultural, seja quanto à esperável atuação dos juízes num modelo de *plea*, quanto ao nível de interesse das partes, para a sua concretização, que militam no sentido de um refreamento das expectativas, e que impõem cuidado e reflexão sobre o desiderato que se pretende alcançar. Numa metáfora tosca, trata-se de algo similar à introdução de um típico americano, a tocar bumbo na Marquês de Sapucaí: pode resultar bem, e da experiência extrair-se um carnaval animado; mas a cena toda pode revelar-se grotesca, confrangendo músico e espectadores num espetáculo olvidável.

3. Enquadramento à crítica

O *plea bargain*, antes de tudo, já cumpriu importante papel: explicitou a incongruência de algumas vertentes doutrinárias, que haverão, agora, de revisar determinados postulados. Com efeito, é preciso esclarecer que o rechaço à teoria retributiva da pena é aliado do *plea bargain*; que a defesa de um sistema acusatório idealizado é aliada do *plea bargain*; e que a refutação à pretensão de verdade no processo penal é aliada do *plea bargain*.

Curioso será observar se os críticos da pena retributiva, da atuação judicial no processo e da pretensão de verdade, estão a recusar o modelo negocial, fruto inegável de suas premissas. São explicações que a própria doutrina haverá de fornecer.

Veja-se que, como explica Ruga Riva, os corolários do chamado *direito penal premial* somente encontram a sua legitimidade enquanto coerentes com uma racionalidade do Direito Penal *orientado a fins*, ao modo de uma *Zweckgedanke*, hoje preponderante na ciência penal[7]. Noutras palavras, mostra-se evidente que os defensores de uma *teoria retributiva* da pena terão muito mais razões para profligar um modelo de acordos penais, razões essas, saliente-se, que faltarão àqueles que, na exaltação das *consequências*, e das razões de *política criminal* que a cercam, olvidaram o corolário que é o de conceber-se um Direito Penal que venha a ser, destarte, qualificado como *eficiente*.

Não será de duvidar que, passe a ironia, adiante a teoria retributiva angarie novos adeptos. Pois seus críticos têm incrementado o ônus argumentativo para encetar a profligação do *plea bargain*.

7. RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 09-10.

Uma ideia de justiça, atrelada ao princípio da culpabilidade, e ordenada à retribuição, pertence ao pré-jurídico, fragilizado pelo sistema de acordos. Já a ideia de *função* se exprime num conceito operatório, que refere um elemento de um sistema com uma particular atividade e a que se reconhecem certos efeitos no sistema e através dele, dado esse relevo "e aptidão sistémicos, certos fins (objectivos) e de que se esperam certos resultados ou efeitos"[8].

De modo que se opera uma inversão, pois não será a "estrutura/sistema a determinar a função ou funções", mas a funcionalidade de um ponto de vista de referência e de "objectiva relevância a determinar a estrutura/sistema que seria correlativamente adequada"[9]. E essa é a razão por que o funcionalismo jurídico, expressado, em nossa hipótese de trabalho, numa lógica eficientista, ao pretender responder à pergunta básica sobre a concepção do Direito, converte-a numa outra, que é: *para que serve*?[10].

Para Wedy, o funcionalismo jurídico tende para a exacerbação da ideia de eficiência, isto é, tende para "o acirramento e para a radicalização da ideia estratégica de fins a serem alcançados pelo sistema"[11]. Destarte, o Direito se "compreenderá segundo uma função e não segundo objectivos materiais ou intenções teleologicamente orientadas"[12].

Ficará, assim, sempre, por explicar a dependência implicada numa possível variação dos fins ou objetivos a realizarem-se a partir de sua instrumentalidade. Agora, o clamor em favor da eficiência, da maximização dos resultados e até mesmo da prevenção; amanhã, sabe-se lá qual o desiderato em que se refundarão as premissas dogmáticas, ao sabor ou dissabor de contingências nem sempre controláveis.

Não há, desse modo, apelo a uma legitimação extrínseca ao sistema, como um conjunto de valores superiores, mas apenas à necessidade pressuposta, e não demonstrada, de preservação do sistema[13], o que significa que, mais radicalmente,

8. CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 217.
9. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*…, p. 218.
10. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*…, p. 224.
11. WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no Direito Penal e no Processo Penal*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016. p. 152.
12. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*…, p. 260.
13. PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal. Parte geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013. p. 41.

o vício reside em apagar a "necessidade de fundamentação extrínseca do sistema e da sua lógica, como se a ética não fosse uma necessidade humana e social e uma condição de aceitabilidade do sistema"[14].

Por isso que a própria antecedência dos variados e profundos entendimentos sobre a Teoria do Crime estarão em causa num modelo cabal e ilimitado de acordos[15].

Quando a lei entrega à disposição das partes a solução de questões como a existência ou os limites da causas de justificação, a presença ou irrelevância de justificantes ou dirimentes da culpabilidade, bem como a própria extensão do que se convencionou designar como grau de culpa, tendente à delimitação da consequência penal, já aí os alicerces dogmáticos que lhes são prévios desnudam-se de sentido, porquanto é no cálculo instrumental da obtenção de melhores resultados que residirá a base de atuação sobre a qual cada uma das partes haverá de atuar. Noutras palavras, a doutrina penal, como a concebemos, se não se torna imperiosamente insubsistente, no mínimo abre ensanchas para que se veja convolada em despicienda.

Em termos processuais, também é de ser chamada a atenção quanto à posição dos críticos. A discussão referente ao papel do juiz na produção da prova no processo penal sempre esteve vinculada a uma crise de identidade de nosso modelo processual: qual é, afinal, o sistema adotado, se o inquisitório ou o acusatório? Alguns resolvem a questão desenvolvendo uma linha evolutiva dotada de simplificações, como se o modelo inquisitório representasse as trevas da Idade Média, remontando às práticas do Santo Ofício, e, nessa narrativa, o processo penal teria um ponto de partida essencialmente inquisitorial e um ponto de chegada

14. PALMA, *Direito penal*…, p. 42.

15. Ao formular a pergunta sobre o *sentido* da teoria geral do crime, JESCHECK aduz que não lhe compete estudar cada um dos tipos de delito, senão que deve vocacionar-se aos componentes do conceito de crime, que são comuns a todos os fatos puníveis. Esse modo de conceber a teoria do crime, com o desiderato de apreender teoreticamente a ação punível como um todo, destina-se a proporcionar tratamento igualitário na solução de determinadas questões e, sobretudo, a fornecer segurança jurídica. (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 194-5). No geral, os sistemas de *common law* já por si dão conta da dispensabilidade de uma teoria do crime forjada a partir da abstração de conceitos ou com estruturação prévia aos problemas que propende a resolver. (FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, *passim*; DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001, *passim*).

puramente acusatório e adversarial. O inquisitorialismo, associado ao autoritarismo, e sua refutação, um imperativo da instauração de um Estado Democrático de Direito[16].

No âmbito da função do juiz na atividade probatória, surge uma chave de leitura imutável: cada inovação que a restringe é tida como um avanço; toda proposta, todavia, que mantém ou amplia a iniciativa judicial é qualificada como retrocesso e alcunhada de inválida perante a ordem jurídica democrática. O ideal perseguido é o de que o processo passe a ser uma disputa, mesmo um "jogo", entre duas partes concorrentes, e que o juiz se limite ao papel de árbitro, a quem é vedada, por imposição da sua imparcialidade, qualquer intervenção no resultado da contenda[17].

O problema é que a crítica assim formulada, calcada num idealismo irrealizável, vê-se, agora, numa aporia: em boa medida, os defensores de um sistema acusatório caracterizado pela figura do juiz inerte não compraram o pacote todo, e refutam as soluções negociais, que dele são parte inexcedível.

O imaginário que contrapõe o sistema inquisitório como resquício do clericalismo medieval ao sistema acusatório enquanto conquista da secularização moderna, é construção artificial. Os dois modelos têm raízes medievais de natureza arbitrária[18], assim como ambos os sistemas, como chegaram até nós atualmente, são produto do paradigma de pensamento dos primórdios da modernidade, embora de diferentes matizes[19]. Assim, se à luz do pensamento contemporâneo o inquisitorialismo apresenta notórias incompatibilidades – o solipsismo do intérprete, o desdém pelo contraditório e pela pluripessoalidade das soluções –, o modelo acusatório idealizado também as oferece – disponibilidade da acusação, discricionariedade e voluntarismo do sujeito acusador, ausência de controle

16. Desmitificando, em boa medida, tal tipo de compreensão, Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. Trad. Alaor Leite. In: *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º anoversário em 2 de Setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 631-648.
17. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 657.
18. BERMAN, Harold J. *Law and revolution, II*: The impact of the protestant reformations on the western legal tradition. Cambridge/London: Belknap/Harvard University Press, 2003. p. 133.
19. Sobre o tema, Cf. LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 02 ss.

intersubjetivo –, e pela mesma razão: a origem racionalista comum dos seus institutos básicos[20].

Andrade refere que seria problemática a postura que preconiza um *tipo ideal* de sistema acusatório, pela circunstância de que os tipos ideais concedem, no fim das contas, plena liberdade de escolha dos critérios conformadores, o que acabaria por revelar uma espécie de "cobertura científica", para omissões ou manipulações concretizadas por certos setores doutrinários ou acadêmicos[21]. Fica sempre por dizer, no discurso idealizado a propósito do sistema acusatório, de seus problemas em países nos quais a sua adoção mais estrita jamais impediu o encarceramento massivo de acusados, como também resulta olvidado um certo rechaço que lhe tem sido conferido no âmbito processual exercido nos assim chamados tribunais internacionais.

Se essas, todavia, não são questões a serem enfrentadas neste ensejo, é-o a já a esta altura conhecida distinção, situada no âmbito mesmo da estrutura acusatória, entre um modelo de *adversary system* e outro designado como *inquisitorial system*. No primeiro, deveras, mais amplamente se constata a passividade judicial, ao passo que no segundo, entretanto, exsurgem admissíveis, de acordo com a lei de regência respectiva, atos judiciais na busca de dados e elementos que lhe sirvam de aporte no momento de decidir. Ambas derivações, seja dito, alocáveis dentro do que se pode qualificar como sistema acusatório. Por isso que, *data venia*, é equivocada a afirmação de Lopes Jr., no sentido de que a atribuição de qualquer poder instrutório ao juiz acaba por sepultar "qualquer esperança de imparcialidade", detonando os fundamentos do sistema acusatório[22].

É de ser realçada a imbricação entre este ponto de vista, que assinala uma contenção expressiva do julgador, com o desfavorecimento a qualquer *pretensão de verdade* no âmbito da avaliação das provas[23].

---

20. A esse respeito, com méritos, se os há, ao coautor, Cf. FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 27-52.
21. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 41-45.
22. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal:* fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 173.
23. LOPES JR., *Direito processual penal...*, p. 569-578.

Taruffo ressalta que a exaltação da passividade do juiz terminaria "*con lo svolgere un ruolo controepistemico*", na medida em que se consentiria que o processo fosse dominado pelos sujeitos que "*nella maggior parte dei casi sono indifferenti – si non ostili – rispetto alla scoperta della verità*"[24].

Aqui, surge o núcleo dessa reflexão: há, realmente, uma ligação relevante entre a defesa entusiasmada de um sistema acusatório que propenda à maior passividade do juiz, e a refutação de uma qualquer *pretensão de verdade*, a ser conquistada pela via do processo.

Como ressalta Langer, se na estrutura inquisitorial a pretensão de verdade surge com características mais absolutas, num modelo de acordos, apanágio de um "processo de partes", o conceito de verdade é mais consensual e relativo, de maneira que é menos importante determinar realmente como os eventos sucederam[25]. Só que tal perspectiva fortalece um modelo negocial, visto que neste, deveras, a atuação acordada incumbe primacialmente às partes e, naturalmente, abdica-se de qualquer tentativa de reconstrução da *verdade*, já que essa torna-se meramente relativa, sucedâneo do que for estabelecido pelas partes.

A descrença, na verdade, faz do sujeito um protagonista, sob cujo domínio tornar-se-á plausível qualquer arremedo de versão. Assim, a discussão sobre o *relativismo* vem ao caso aqui, porque há uma ligação indissociável entre a noção de *verdade* que se tenha no plano jusfilosófico e o desenvolvimento da atividade probatória no processo: não é possível riscar uma cisão radical entre a *produção* da prova – como atividade exclusiva das partes na instrução processual – e a *análise* dessa prova – como atividade exclusiva do juiz na sentença. Em outras palavras, a defesa do absenteísmo judicial na produção probatória é o outro lado da moeda da postura relativista.

Em não podendo o juiz exercer um mínimo controle quanto ao acordo realizado, concede-se, como corolário, um poder absoluto e potestativo ao órgão acusatório, inclusive, notemos bem, no que diz respeito à promoção da improcedência de uma hipótese acusatória, ainda que atue por vontade subjetiva ou por erro grosseiro. Trata-se de uma aposta demasiada, e, que essa aposta seja sucedâneo da postura teórica dos mais fervorosos defensores do sistema acusatório, e dos contestadores da *pretensão de verdade*, é algo que tomamos como um paradoxo, um contrassenso, e que faz inequívoco para certa doutrina o dever de se explicar.

24. TARUFFO, Michele. *La semplice verità*: il giudice e la costruzione dei fatti. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 121.

25. LANGER, *From Legal*..., p. 10.

O Projeto em discussão resolve muito limitadamente a questão, porquanto o controle da base fática, pelo magistrado, sucede apenas na hipótese de manifesta ausência de elementos para um virtual juízo de procedência. Só que o acordo se propõe tão logo recebida a denúncia, e antes de qualquer ato instrutório. Noutras palavras, até então, não atuou a defesa do acusado, quanto à indicação de qualquer elemento de convicção.

Os profanadores da verdade devem se conformar, pois o *plea bargain* é derivação das características mais fortes de um sistema processual do tipo acusatório, e nele se abdica de uma *pretensão de verdade*, em benefício da negociação *tout court* das partes; cumpre verificar se o modelo de acordos é constitucional.

4. O *PLEA BARGAIN* E A SUA CONSTITUCIONALIDADE

O *plea bargain*, tal qual proposto no Projeto Anticrime, não afronta a Constituição.

Como se sabe, o Brasil possui normatização própria ao tratamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, que abarcam as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supere dois anos prisão, sendo certo que, nestes casos, são admitidos acordos entre o Ministério Público e o autor do fato, antes mesmo do oferecimento de qualquer denúncia, ou seja, da dedução formal da acusação perante o juiz. Esses acordos, porém, limitam-se, por força de lei, à aplicação imediata de penas restritivas de direitos ao autor do fato, jamais privação de liberdade, e está sedimentado em nossa jurisprudência constitucional, sem nenhuma chance de mudança, que, mesmo em sendo descumprido o acordo, daí não se extrairia a segregação da liberdade, senão que, meramente, a retomada do processo, com a formulação da denúncia. Essa mesma linha, vale dizer, seguiu o Projeto, no estabelecimento do chamado acordo de não-persecução penal, para crimes cuja pena não supere quatro anos, e cuja análise está fora de nossas pretensões neste momento.

Isso, porém, serve para dizer que, num quadro como o brasileiro, a cláusula do *devido processo legal* é lida como tendente a vedar a privação de liberdade, sem que minimamente se tenha, usemos uma expressão de antanho, instaurado a instância penal.

O Projeto, neste ponto, afina-se a essa perspectiva, visto que não é admitido o acordo, senão após o recebimento da denúncia. E é, mesmo, o recebimento da denúncia, um pressuposto para que se cogite de solução negocial tendente à aplicação de pena privativa de liberdade. É que a lógica de nosso sistema, como tal estabelecida, acentua que a prova produzida em fase policial não pode,

exclusivamente, lastrear a condenação penal; e o acordo redunda em sentença penal condenatória, como acertadamente prevê o Projeto.

Noutros termos, qualquer acordo celebrado antes da denúncia não viabiliza a segregação da liberdade, visto que, necessariamente, possui como esteio apenas a prova policial, e essa é insuficiente para o efeito. Como consequência, há a necessidade de denúncia, e, dir-se-ia, de algum elemento probatório, para que, somente aí, seja encetado o acordo, sem que se afigure desrespeitada a cláusula do devido processo legal.

Isso afasta, segundo pensamos, o alvitre que pretende antecipar a possibilidade de soluções negociais a momentos precedentes ao recebimento da denúncia, máxime a assim chamada audiência de custódia. Na pressuposição de nosso devido processo legal está a vedação a acordos que ensejem prisão, antes de recebida a denúncia. A adequação constitucional do *plea bargain* está na dependência do desenvolvimento de algum tipo legal de processo, ainda que abreviado ou sumário, como tal fixado no Projeto Anticrime.

Agora, cabe indagar se as razões que mobilizam à adoção do modelo continuam sustentáveis, diante da constatação de que algum desenvolvimento processual se apresenta como premissa para a sua constitucionalidade. Ou seja, cumpre um prognóstico[26], que não pode descurar de uma evidência: se, para viabilizar-se constitucionalmente, o *plea bargain* exige uma certa movimentação do aparato Judiciário – beneficiando, é certo, as instâncias recursais, porque em havendo acordo, não haverá recurso –; ao passo que, quando sucede no sistema americano, a opção ao *plea* é, no geral, *trials* a que se seguirá o júri, procedimento muito mais alongado e custoso, intuitivamente se extrai que os benefícios da solução negociadas são maiores, e, deste modo, igualmente maior é a economia de recursos, alhures. Noutros termos, a benesse eficientista do modelo do *plea bargain* encontra mais ressonância no sistema americano do que noutros.

É de se gizar que, ao argumento de que, com os acordos, a ineficiência do sistema criminal será minimizada, pode-se contrapor o risco de que, justamente para aqueles em desfavor de quem se tiverem coletado mais elementos de convicção

26. Segundo Marcilla Córdoba, a qualidade dos debates legislativos, as eventuais prognoses sobre os efeitos de legislação vindoura, bem como se essa pode ser considerada justificada em vista dos objetivos que almeja alcançar, compõem uma espécie de racionalidade legislativa, suscetível de avaliação, sob o ponto de vista da constitucionalização dos princípios reitores do Direito Penal. (MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de ley penal. In: Constitución y sistema penal. HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 86-87).

ou provas, a celebração do negócio será mais vantajosa. Com efeito, para dissipar os inerentes riscos de uma condenação criminal provável, o potencial de convencimento de uma medida tendente à minimização dos consectários penais será tanto maior. Com isso, a pretexto de uma maior eficiência da justiça criminal, pode-se vir a ter a utilização da via negocial exatamente por parte dos indivíduos mais perigosos, dos presos em flagrante, isto é, daqueles que serão mais brandamente punidos do que o seriam no modelo convencional, ao passo que, e a outra face da moeda igualmente não se pode desconsiderar, em certas circunstâncias os riscos inerentes de uma jurisprudência oscilante, somados ao estigma do processo e, nalguns casos, de seu próprio custo, tudo isso pode levar a que casos duvidosos, em que a custosa tentativa de obtenção de uma sentença absolutória se mostre arriscada, sejam solucionados, simplesmente, com a aceitação de sanções intensamente menores, por virtuais indivíduos inocentes, e que, a partir de critérios de conveniência de qualquer ordem, assumem uma responsabilidade que deveras não possuem.

Dos dois lados, portanto, em que se enfocar a realização de acordos, surgem riscos, que, não obstante a constitucionalidade afirmada, devem ser considerados com seriedade, diante dos benefícios, e dos custos, que a solução negocial propende a oferecer.

5. Os celebrantes do acordo, a igualdade e as vítimas

No sistema americano, a prerrogativa decisiva para a propositura do *plea bargain* está com a acusação. Convivemos nós, todavia, com o princípio da obrigatoriedade da ação penal[27], o qual, entre outras premissas, está fundado no mandamento da igualdade, em ordem a que não fique a critério do Ministério Público a seleção sobre quem denunciar ou deflagrar a persecução penal.

É necessário delinear, num sistema de acordos, se a sua realização é prerrogativa ínsita àquele que formula a acusação, ou se se trata de direito subjetivo do acusado. Qualquer das opções, aqui, produz consectários importantes, e o Projeto Anticrime omite resolução apropriada para essa questão.

27. Ao discutir, amplamente, o princípio da obrigatoriedade, Silva Jardim acentua o seu "indelével caráter democrático", justamente porque a "aplicação da norma penal cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos". (SILVA JARDIM, Afrânio. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 56).

A rigor, no modelo americano está com o órgão responsável pela persecução penal a decisão sobre saber-se em benefício de qual acusado se proporá o acordo. Sendo esse o caminho adotado, em nosso país será preciso aprender a conviver com punições diferentes, dadas a casos similares, por conveniências nem sempre exteriorizáveis, e, assim, insuscetíveis de controle, por parte do Ministério Público.

A recusa, demais disso, para a solução negocial, vem apontada no Projeto como relacionada à gravidade do crime e às circunstâncias da infração penal; nada mais é explicitado, em ordem a, por exemplo, responder-se como seria solucionada a hipótese de um Promotor de Justiça que, em dada comarca, proclamasse que jamais celebrará acordos penais com assaltantes ou estupradores. Inserir-se-ia no âmbito de suas prerrogativas o rechaço peremptório a avenças alusivas a determinados tipos de crimes? Porque, se a resposta for positiva, novamente deparamo-nos com problemas ao nível da igualdade constitucional, se em cidades vizinhas casos criminais da mesma estirpe renderem ensejo a corolários penais muito diferentes. De outra banda, se respondermos negativamente à indagação, ficará por explicar como suprir a recusa do Ministério Público na feitura do acordo penal, se o Projeto deixa demarcada a impossibilidade desta suprir-se por intermédio da atividade judicial.

A perplexidade somente haverá de aumentar se introduzirmos elementos mais gravemente caricaturais, como fundamento para a não concretização da avença: um representante do Ministério Público poderia assentar que não celebra acordos penais com jovens? Com negros? Com mulheres ou com pequenos traficantes, seja lá quais forem os motivos subjacentes a tais invocações?

A legitimação de tais fatores de recusa parece, evidentemente, inaceitável, mas o seu afastamento não deixa de requerer algo que, minimamente, o Projeto não cuidou de trazer, como seja a necessidade de que, no mínimo, sejam expressas e fundamentadas as razões por que o Ministério Público deixou de aderir à hipótese de acordo, instituindo-se, além disso, mecanismos tendentes ao controle deste comportamento processual. Do contrário, reitere-se, ter-se-á um brutal agigantamento dos poderes do órgão ministerial e, em particular, de seus agentes, ao preço de uma desigualdade inequívoca entre os consectários da prática de crimes em comarcas próximas ou vizinhas, tudo somado à legitimação de razões recônditas que, algumas vezes, generalizações procuram simplesmente esconder.

Numa outra perspectiva, é importante notar que, em termos teóricos, a exaltação da teoria do bem jurídico acabou por fazer-se à custa da vítima, e isto é o mesmo que dizer que o estabelecimento do bem jurídico como ponto de referência

político-criminal conduziu a algo como uma marginalização da vítima, olvidada, portanto, da dogmática criminal[28]. Propende-se a uma abstração institucional, como se o homicídio fosse um crime contra a vida, mas não em consideração à vida suplantada em desfavor da vítima morta, ou como se o roubo fosse um ataque à propriedade, mas não especificamente da propriedade de alguém[29].

Na atualidade, há autores que intentam inserir o ponto de vista da vítima como critério a ser levado em conta no ensejo da reprovação, e, deste modo, mesmo na aplicação da pena. É que a atribuição de culpa enseja um juízo de desaprovação, o qual se apresenta, de outra parte, como uma mensagem para a vítima; a condenação contém um juízo sobre a extensão dos direitos da vítima e sobre a demarcação de sua esfera, frente à ação do delinquente, assinalando, em última análise, que a vítima não necessita aceitar a conduta que violou o seu direito[30].

Por isso, é criticável o modo de conceber-se a pena criminal pautado, exclusivamente, num cálculo instrumental de eficiência, na medida em que este olvida um cogitável direito da vítima em relação à punição do criminoso[31].

Qual é o papel da vítima, entrementes, no modelo do *plea bargain* no Projeto Anticrime?

A pergunta exsurge importante, porquanto definir-se pela impossibilidade de sua atuação em qualquer fase do acordo significa deixar o ofendido ao olvido, arriscando a sua insatisfação com a consequência advinda ao ofensor, tudo em

28. ESER, Albin. *Rechtsgut und Opfer*: zur Überhöhnung des einen auf Kosten des anderen. Sonderdruck aus: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel Dieter Heuter (Hrsg.). Festchrift für Ernst-Joachim Mestmäcker. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1996. p. 1006.

29. ESER, *Rechtsgut...*, p. 1017.

30. HÖRNLE, Tatjana. Die Opferperspektive bei der Strafzumessung. In: *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA. Bernd Schünemann und Markus Dirk Dubber (Hrsg.). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 2000. p. 175-200.

31. Em sua narrativa sobre a multiplicidade de condutas maldosas e violadoras das pessoas, Holloway aponta para a necessidade de atentarmos à degradação da vítima; degradação na medida em que transformada muitas vezes em *coisa*, visto que certos tipos de crimes lesam os indivíduos bem no núcleo de sua humanidade. O objetivo do sistema criminal deve propender para o reconhecimento de que a pessoa prejudicada necessita ter a sua humanidade restaurada por um ato que não olvide a sua degradação; isto haveria de ser o primeiro elemento em um sistema jurídico sensato. (HOLLOWAY, Richard. *Entre o monstro e o santo*: reflexões sobre a condição humana. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2013. p. 51-53).

benefício de uma necessidade de eficiência do sistema. A ausência de previsão legal acerca de qualquer coleta de manifestação da vontade da vítima, no Projeto em análise, representa a subjugação de seus interesses, dos interesses da parte violada pelo crime, em nome de um valor que lhe é exterior, qual seja, a maximização de resultados. A inserção da vítima, ou de seus familiares, quando da celebração da avença, é curial, importará na necessidade graduar-se o seu poder de intervenção, porque não é desarrazoado supor, evidentemente, que os sentimentos despertados pela própria condição de vítima, mobilizem o ofendido a simplesmente tornar o acordo intransponível. Seja como for, a omissão do tema, no Projeto, não pode subsistir, e deve ser suprida pela atuação legislativa.

A condição de vítima faz despontar um conjunto de emoções, a cuja exigência de moderação ou justiça não pode propender a ordem jurídica, senão que, efetivando a punição de quem violou direito de terceiro, minimiza-se ou aplaca-se, nunca integralmente, os corolários produzidos pelo crime; isto para dizer que a eficiência ou a rapidez do processo, a pretexto da celebração de acordo que minore demasiadamente a sanção a ser estabelecida, pode resultar numa banalização dos interesses do ofendido[32].

6. A experiência da colaboração premiada e uma certa cultura discricionária

O balizamento das penas criminais, em seus patamares mínimo e máximo, tem a virtude do asseguramento da igualdade, ainda que a definição concreta da sanção, isto é, a sua individualização, tenha justamente o objetivo de, dentro de tais balizas, produzir as distinções de grau, decorrentes da culpabilidade de cada qual. Além disso, encerra, a delimitação legal, a característica da previsibilidade, a partir da qual será a abstração das leis que estabelecerá os limites dentro dos quais o indivíduo será punido. No modelo de acordos, de sua parte, o governo não é o das leis, visto que serão os agentes públicos, mormente aqueles que atuam

32. Diversa é a situação instituída por mecanismos de uma designada justiça restaurativa, quando, sempre respeitando o interesse do ofendido, viabilizam-se composições, acordos, perdões, entre este e o agressor, sem prejuízo de a persecução penal desenvolver-se normalmente, se bem que, em certos casos, com a fixação de consequências penais menos gravosas ao réu. Nessa hipótese, veja-se bem, a vítima é protagonista, sem limitar a atuação do Ministério Público, ao passo que o *plea bargain*, se desatento em sua ordenação ao que se acabou de dizer, faz do Ministério Público protagonista, e da vítima, mero espectador.

em órgãos de persecução penal, que, em última análise, vão delinear as consequências advindas da prática de determinado fato.

Vale dizer que o princípio da igualdade, de um lado, dirige-se ao próprio legislador, determinando-lhe a criação de um direito igual para todos os cidadãos[33], mas realiza-se, ademais, na concretização normativa equânime, tendente a dissipar subjetividades do aplicador. Com efeito, a isonomia, reduzida a um mero postulado de universalização, pouco adiantaria, já que acabaria por permitir discriminações quanto ao conteúdo normativo[34].

Claro que, como adverte Alexy, se o dever de igualdade na criação do Direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador, esse dever, entretanto, não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e estejam nas mesmas condições fáticas. Por isso, a igualdade, tal como dirigida ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos[35]. Contudo, isso não afasta que, previstas consequências jurídicas determinadas ao fato, os seus limites legislativos sejam considerados apanágio da isonomia constitucional, de modo que seu rebaixamento, em virtude de avenças destituídas de controle gere, por exemplo, que em comarcas contíguas certos fatos típicos encontrem solução muito diversas, dadas as condições dos celebrantes. De maneira que as considerações que faz Alexy a respeito da igualdade, situando-a num plano valorativo, por intermédio do qual se há de exigir *prima facie* um tratamento igual, sem prejuízo de que, se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório[36], confirmam o alvitre, dado que essa razão suficiente, em termos de apenamento criminal, prende-se deveras à culpabilidade do agente diante do fato cometido, não podendo o princípio constitucional restar afastado pela razão instrumental da eficiência, cuja envergadura axiológica é inferior, a olhos de ver, ao mandamento maior.

33. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426.
34. CANOTILHO, *Direito constitucional*…, p. 427.
35. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 359-360.
36. ALEXY, *Theorie*..., p. 372-373.

Como sabemos, há institutos com alguma parecença ao *plea bargain* no Brasil, os quais são concebidos como direito subjetivo do acusado ou réu, a exemplo da transação penal, em casos de crimes cuja pena não supere dois anos, e mesmo da suspensão condicional do processo. Compelir, porém, uma das partes ao acordo já destoa da ideia inerente às negociações, qual seja a da livre disposição das partes. E não afasta os riscos de que a avença seja suscitada em bases tão desvantajosas, que deveras a sua realização mostrar-se-á uma quimera, e, assim, a própria afirmação do direito subjetivo não passará de letra morta.

Exige-se, pois, que as balizas do acordo sejam delimitadas pela lei, resolvendo a questão alusiva à primazia para a sua propositura, bem como os limites dentro dos quais cada um dos envolvidos pode cingir a sua proposta. Do contrário, para além dos riscos à igualdade constitucional, à partida as partes processuais encontrar-se-ão num tal desnível de posições, que o próprio equilíbrio requerido para a idoneidade de uma negociação afigurar-se-á prejudicado.

O Projeto Anticrime, contudo, não resolve essa questão, ao contrário, produz-lhe sensível agravamento, na medida em que institui a possibilidade de a barganha redundar em redução à metade das penas, ou alteração do regime de cumprimento, ou, ainda, a sua substituição por restritivas de direitos. Note-se que a alternatividade como tal estabelecida não afasta, no limite, um acordo que indique ao homicida o mero cumprimento de prestação de serviços à comunidade, ou a fixação de regime de aberto, se, em qualquer caso, não se cuidar de acusado reincidente, ou criminoso profissional ou habitual.

Em situação de demarcação legal muito mais específica, como é a hipótese da delação premiada, uma persistente cultura da discricionariedade[37], entre nós, viabilizou barganhas bastante destoantes da ordem legal, de maneira que, com a abertura estabelecida no Projeto, os riscos se afiguram ainda mais graves[38].

A colaboração premiada, é verdade, assumiu enorme importância, dada a sua capacidade probatória, introduzindo no sistema penal integrantes da elite política e empresarial, antes infensos à normativa criminal. O instituto se situa, por

37. A esse respeito, entre tantos textos do mesmo autor, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade *à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 292; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 06.

38. Com variados exemplos de acordos de delação celebrados à margem da normativa de regência, Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: , 2018. p. 167-177.

evidente, num contexto de solução negociada para o caso penal, na medida em que, desde que empreendida a colaboração, por avença entre as partes, minimizam-se, ou mesmo se afastam, os consectários criminais alusivos à prática do ilícito. O contumaz desatendimento, entretanto, dos limites legais que lhe foram impostos, revela a exaltação de uma concepção discricionária no manejo do Direito, sobretudo no Brasil, que, transportada a um modelo de acordos despido de regulação cabal, pode encetar dificuldades insuperáveis.

A justificativa da delação premiada está no fato de que, segundo Tiedemann, é uma posição *ideológica* a concepção segundo a qual os interesses a serem protegidos pelo Direito Penal teriam de ser reconduzíveis a uma perspectiva individual, sobretudo tendo-se na devida conta que não deixa de ser uma atribuição do Direito Penal contribuir para a solidificação de novos valores na sociedade[39]. Os objetivos de justiça social, por exemplo, são fortemente prejudicados com a disseminação da corrupção e a atividade estatal, especialmente no desenvolvimento das prestações sociais, que ocorrem particularmente em benefício dos menos favorecidos, deve ser preservada, e isto apenas se faz com a incidência do mais severo mecanismo de controle, que é o Direito Penal. É arriscado dizer, mas, observando uma realidade em que a elite empresarial e política desenvolveu mecanismos de obtenção ilícita de recursos públicos, parece que se trata de uma nova forma de exploração dos *mais fortes sobre os mais fracos*. Portanto, há razões jurídicas e, poderíamos dizer, morais, para impelir o Estado no combate à corrupção e à violação de interesses coletivos, por meio do Direito Penal e, sendo certo o direcionamento da colaboração premiada ao desvendamento de tais tipos de crimes, a sua legitimação não é de se questionar: sem os instrumentos necessários, a persecução destes ilícitos seria mero discurso.

A mesma razão de fundo, entretanto, não é encontrável no nível da legitimação dos acordos, tal qual o delineamento do Projeto Anticrime. Aqui, não há um direcionamento específico, no nível *probatório*, a um particular tipo de criminalidade, senão que a ilimitação quanto a seu cabimento faz o acordo cabível a toda e qualquer espécie de violação da lei penal. Ou seja, não se cuida da criação de mecanismos de prova sem os quais a apuração de determinados crimes restaria fragilizada, e, sim, de uma espécie de ajustamento do sistema criminal, em sua perspectiva endógena, para beneficiar a celeridade e a já apontada eficiência[40].

---

39. TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1969. p. 119-120.

40. A ausência de propostas tendentes à reformulação da investigação criminal, do papel das polícias e da estrutura subjacente ao processo penal trará sempre o risco de manutenção de alguma seletividade, em que o baixo número de casos solucionados persistirá, todavia estes,

No caso da delação premiada, as normas legais permitem que o juiz: (i) conceda o perdão judicial, (ii) reduza a pena privativa de liberdade em até dois terços (2/3) ou (iii) a substitua por medidas alternativas, nomeadamente penas restritivas de direitos, e isso se o criminoso auxiliar na identificação dos demais autores dos fatos, revelar a estrutura hierárquica da organização criminosa ou contribuir para a recuperação total ou parcial do produto das infrações penais. Esse é o teor expresso na Lei 12.850/13. Porém, são cediços os casos em que, não obstante, nomeadamente na Operação "Lava Jato", fixaram-se penas a serem cumpridas numa heterodoxia de regimes, com progressões indistintas e à margem de qualquer prazo legal, muitas vezes com a adoção de prisão domiciliar, saltando-se, ao depois de certo interregno, para o regime aberto ou para a mera prestação de serviços comunitários. Sem esmiuçar a casuística, a verdade é que em algumas situações a pena privativa de liberdade superior a mais de cem anos de reclusão não implicou nem mesmo em quatro anos de segregação.

Há um equívoco lógico e um desrespeito normativo neste modo de proceder. E ambos não se afiguram inusuais. São *três* os modos de premiar o delator, portanto: concedendo-lhe o perdão judicial; reduzindo-lhe a pena em até dois terços; e, finalmente, substituindo-lhe a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos. Não orienta a concessão do benefício uma lógica simplista de que "*quem pode o mais, pode o menos*".

Essa lógica singela norteou em demasia o caso criminal específico, nomeadamente a Operação Lava Jato, em que a delação tem produzido retumbante efeito[41].

O axioma "*in eo quod plus est sempre inest et minus*", vale dizer, a argumentação "*a maiori ad minus*", não se compraz com situações definidas pelo próprio

---

doravante, resolver-se-ão pelo mecanismo do acordo. O que equivale a dizer que em termos de redução da designada impunidade, a contribuição da solução negociada é pouca.

41. Em dois *Habeas Corpus*, de números 360.896 e 360.884, da relatoria do Ministro Felix Fischer, no Superior Tribunal de Justiça, a adoção dessa lógica foi repelida, e vale, aqui, uma breve explicação lateral: nas duas situações, o Ministério Público Federal havia postulado a *prisão preventiva* de acusado na Operação "Lava Jato", e o magistrado, não acolhendo essa pretensão, decretou, entretanto, e *de ofício*, a *prisão temporária*. Para tal, aduziu o "*quem pode o mais, pode o menos*". Ou seja, segundo o entendimento adotado, se era possível decretar-se a preventiva requerida, poderia decretar a prisão temporária, sobre a qual ninguém tratou. Não poderia, contudo. Naqueles casos, porquanto, digamos o óbvio, no Brasil, *a prisão temporária não se pode decretar de ofício* e, ademais, há a razão muito trivial de que existem crimes que admitem a prisão preventiva, mas nunca a prisão temporária. Num exemplo banal: quem pode o *mais* num furto qualificado, que é decretar a prisão preventiva, jamais poderá o *menos*, concernente à temporária.

legislador, sob pena de se consentir com o exercício de poderes, pela autoridade judicial, que não lhe foram conferidos ou foram-lhe mesmo negados. Na lição de Maximiliano, a conclusão do "a *minori ad majus* nem sempre será lógica e verdadeira", e, para tanto, basta lembrar que os textos proibitivos e os que impõem condições "quase sempre se incluem no Direito Excepcional, sujeitos a exegese estrita e incompatível com o processo analógico, ao qual pertencem os três argumentos – *a pari, a majori ad minus, a minori ad majus*."[42]

Donde se deve concluir que *o acordo de colaboração premiada deve estar adstrito aos termos da legislação que o regulamenta*, não se admitindo, por consequência, que, sob o argumento frágil de que sendo o perdão judicial um dos benefícios possíveis, todo e qualquer tipo de construção a respeito do cumprimento da pena barganhada se possa realizar, incluindo-se progressões de regime a destempo e prisões domiciliares fora de qualquer ditame legal.

As propostas de acordo de colaboração premiada que implicassem em benefícios diversos daqueles que, segundo a lei, podem ser conferidos ao criminoso delator, não deveriam ser homologadas. Nesse âmbito, a única lógica aceitável é a da legalidade estrita, segundo a qual há três modos de compensar o criminoso que colabora, e apenas três. Qualquer construção, máxime aquelas pautadas na debilidade de um raciocínio deveras simplista, convola-se em conferir poder aos celebrantes do acordo, ou à autoridade judicial que o homologa, numa extensão não concebida pelo legislador, o que, por outras palavras, significa pura e simplesmente a condescendência com a ilegalidade.

O transplante dessa mesma lógica, ao acordo penal, diante da vagueza concernente ao estabelecimento das sanções, introduz ampliação desmedida do poder das partes celebrantes, em detrimento das balizas normativas que fixam as penas criminais. É preciso, portanto, cautela, e atuação legislativa consistente, no mínimo para deixar demarcada a base dentro da qual se podem mover as concessões prometidas de parte a parte. O Projeto, nesse ponto, carece de melhor regulamentação, justamente para evitar que a cultura discricionária, que qualificamos de persistente, propenda a acordos de inusitado teor, sendo certo que, vale essa observação, na possibilidade de avenças sem limites definidos, reside o corolário, sempre lembrado, de o inocente aderir a penas brandas, assumindo uma responsabilidade que não tem, para afastar, assim, os riscos e os custos de um processo criminal. Com efeito, se o acordo é limitado, por exemplo, categoricamente no

42. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 200-201.

limite da metade da pena, sem barganha de regime, e respeitado o quadro legal da substituição por restritiva de direitos, muitas vezes valerá a pena enfrentar-se o processo, com o escopo de demonstração de alguma fragilidade probatória, justificante ou exculpação; se, porém, o acordo é pouco, a sanção é branda demais, mesmo quem tenha em seu favor este nível de argumentação, vê-se compelido a aderir, afastando custos e riscos, e para mais da terrível situação que é o consentir-se com a potencial responsabilização de inocentes, há, ainda, a outra face, de que isto sempre implica na ausência de responsabilização de quem é deveras culpado.

7. Aspectos pontuais do acordo penal

Finalmente, cumpre examinar mais pontualmente algumas diretrizes da normativa pretendida para o acordo penal, incluindo-se propostas de refinamento da inovação proposta, bem como reparos, tendentes a afastar problemas de ordem constitucional e de atendimento a demais comandos de nosso quadro normativo.

O projeto assinala que, após o recebimento da denúncia ou queixa, e até o início da instrução, as partes poderão requerer, mediante acordo penal, a aplicação imediata das penas. Não há restrição quanto ao tipo de crime, ao *quantum* de apenamento, e nem alusão às hipóteses de cumulação de acusações. Ou seja, não se prevê, tal qual no modelo americano, possa a pena de um ou outro delito ser simplesmente olvidada, em benefício da avença. A demarcação temporal do acordo, ademais, reveste-se de idoneidade, visto que iniciada a instrução e a coleta de provas, já não faz mais sentido, diante do paradigma eficientista, anuir-se com negociações que mais embaçariam o regular desenvolvimento do processo, do que o contrário.

Sendo a confissão circunstanciada um dos requisitos para a celebração do acordo, surge uma questão de imensa significação, resolvida equivocadamente pelo Projeto. Trata-se do caso em que o magistrado, por alguma razão, não homologue o acordo. Nesse caso, previsto no Projeto para as hipóteses de o juiz conceber que o acordo é ilegal ou manifestamente desproporcional à infração, desentranha-se o acordo não homologado dos autos, vedando-se, às partes, e ao juiz, quaisquer referências a seus termos e condições. Mas o juiz permanece o mesmo.

Ora, no sistema americano, a ausência de acordo implica em julgamento pelo Júri, órgão diverso daquele perante o qual as negociações transcorriam. Fica mesmo difícil sustentar a ausência de comprometimento da imparcialidade no

caso em que, vejamos bem, o acusado confessou circunstanciadamente a infração, quis o acordo, de resto não homologado, mantendo-se no julgamento o mesmo magistrado que tomou conhecimento do conteúdo da confissão.

Não deixa de ser ilusória a perspectiva segundo a qual a mera remessa a outro magistrado dissiparia tais riscos, na medida em que, por óbvio, tal sucederia ao fundamento de que o acordo não foi homologado, no que pressuposta a confissão e o desejo de sua celebração, e isto, realmente, está em indicar um dos problemas radicais do modelo de acordo: uma vez desenrolado o fio do acordo, fica difícil escapar de seus nós.

Seja como for, a transferência do caso a outro juiz minimiza, ao menos parcialmente, os riscos de um julgamento calcado na prévia ciência de uma confissão cabal do réu.

Ainda no concernente ao marco temporal, tendente à celebração do acordo, é importante dizer ser acertada a perspectiva do Projeto, no sentido da exigência de, ao menos, para o efeito existir o precedente recebimento da denúncia. É que, para tal, ter-se-á avaliado a justa causa, ou seja, o suporte probatório mínimo, tendente à deflagração da instância penal, viabilizando a evitação de propostas ao arrepio de elementos minimamente consistentes.

Nessa linha, e sabedores que somos de algum anseio no sentido de que, já na audiência de custódia, poder-se-ia viabilizar a solução negocial, cabe enfatizar a inadequação da pretensão, de resto afastada pelo Projeto. É que, neste momento precoce do desenvolvimento da marcha processual, a circunstância mesmo da prisão em flagrante do increpado, somada à ausência de tempo razoável para reflexões acerca da abdicação do exercício do direito de defesa, tornam demasiadamente vulnerável uma das partes da avença, que, por isso, mobilizar-se-ia para o acordo em condições desfavoráveis, afastando o equilíbrio necessário para a sua adequada efetivação.

De dizer-se que o Projeto encerra ampliação das hipóteses de utilização da videoconferência, sem, todavia, especificar vedação que se nos afigura decisiva, no sentido de que, para a audiência de homologação do acordo, como tal prevista para a verificação de sua legalidade e voluntariedade, há de exigir-se a efetiva presença do réu.

No fundo, o acordo representa a abdicação do direito de defesa, o consentimento com a aplicação imediata de pensas, inclusive de privação de liberdade, e em seu pressuposto está a confissão circunstanciada da infração penal. As verificações, a tal respeito, que devem ser empreendidas pelo magistrado, ver-se-iam altamente prejudicadas, acaso fosse admitida a feitura de tal ato solene por

intermédio da videoconferência. Neste aspecto, militam razões de ordem constitucional, sobre ser a avaliação da voluntariedade do acusado ato que se deva efetivar pelo contato pessoal, sob pena de a assepsia das regras vindouras, quanto à presença dos acusados em audiências variadas, conduzir à contaminação da manifestação da vontade de um dos envolvidos.

Tema olvidado pelo Projeto, no que institui a possibilidade de acordos para todos os tipos de crime, é a peculiar situação dos casos de crimes dolosos contra a vida. De início, é preciso relembrar que, para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória. Sendo isso verdadeiro, já é caso de dizer que, em boas palavras, a prolação de sentença condenatória, nos casos de crimes dolosos contra a vida, somente pode ser feita pelo Júri Popular.

É que, como cediço, nenhum órgão jurisdicional altera, no que chamamos de mérito, as decisões do Tribunal do Júri. Ou seja, por crimes dolosos contra a vida, estabelece a Constituição que apenas o Tribunal do Júri pode condenar.

Destarte, sob pena de violação à Constituição, no que estabelece a competência privativa do Tribunal do Júri, para o julgamento – de absolvição ou condenação –, nos crimes dolosos contra a vida, de duas, uma: ou se afastam, das hipóteses em que o acordo é admissível, os crimes dolosos contra a vida, ou, expressamente, criam-se mecanismos por intermédio dos quais os acordos celebrados nessas situações submeter-se-ão a algum tipo de crivo do Júri. Operacionalmente, haverá alguma dificuldade, superável, diga-se, à segunda solução, mas é o ônus necessário para que, nesta parte, não padeça o Projeto de inconstitucionalidade, por suprimir competência de órgão de julgamento fixado pela própria Constituição.

8. Considerações finais

À guisa de conclusão, é preciso fixar a premissa de que, ao modo como delineado no projeto Anticrime, o modelo do *plea bargain* está afinado aos ditames de nossa Constituição, não lhe impondo gravame. Porém, a solução negociada pertence a um universo cultural, e jurídico, muito diferente do nosso, de modo que a inexistência de uma prognose legislativa consistente faz precoce a cogitação de sua implantação.

É certo que a postura teórica de refutação à pretensão de verdade no processo, de enaltecimento da cabal inércia judicial e de anatematização da pena retributiva encontra, na postulação do modelo negocial, o paradoxo de sua crítica, o que implica em incremento do ônus argumentativo.

Seja como for, no fundo, o *plea bargain* faz derruir a teoria do crime, como a conhecemos, e culmina, a nosso ver, na substituição de uma ideia de Justiça, por eficiência.

Se, na análise do Projeto, compelimo-nos à apresentação de sugestões, como a necessidade de introdução da vítima no âmbito da avença, da fixação de balizas do negociável pela lei, de resolução da questão alusiva à competência do Tribunal do Júri, de afastamento do magistrado que recusou homologação ao acordo e da impossibilidade de a sua efetivação dar-se em audiência feita por videoconferência, isto de apresentar ideias e sugestões, presente que seja a constitucionalidade e a discricionariedade política e legislativa, não nos impede de alcançar a conclusão final, no sentido da postulação pela recusa a um modelo de acordos, em nosso Direito Penal.

Referências

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

BERMAN, Harold J. *Law and revolution, II*: The impact of the protestant reformations on the western legal tradition. Cambridge/London: Belknap/Harvard University Press, 2003.

BRANDALIDE, Rodrigo. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais penais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3.

DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001.

ESER, Albin. *Rechtsgut und Opfer*: zur Überhöhnung des einen auf Kosten des anderen. Sonderdruck aus: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel Dieter Heuter (Hrsg.). Festchrift für Ernst-Joachim Mestmäcker. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1996.

FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FISHER, George. *Plea Bargaining´s Triumph*: a History of Plea Bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining*: The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys. Chicago: The University Chicago Press, 1981.

HOLLOWAY, Richard. *Entre o monstro e o santo*: reflexões sobre a condição humana. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2013.

HÖRNLE, Tatjana. Die Opferperspektive bei der Strafzumessung. In: *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA. Bernd Schünemann und Markus Dirk Dubber (Hrsg.). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The globalization of Plea Bargaining and the Americanization thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 01, 2004.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de ley penal. In: *Constitución y sistema penal*. HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal. Parte geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a excepção transformada em regra. *Julgar*, v. 19, Coimbra, policopiado, 2012.

RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. Trad. Alaor Leite. In: *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º anoversário em 2 de Setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SILVA JARDIM, Afrânio. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità*: il giudice e la costruzione dei fatti. Roma-Bari: Laterza, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1969.

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

WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa - *RBCCrim* 161/249-276 (DTR\2019\41040);
- Colaboração premiada: visão a partir do garantismo e do modelo cooperativo de processo, de Rogério Filippetto e Gustavo Henrique Alves Esteves - *RT* 1011/325-354 (DTR\2019\42223);
- *Plea Bargaining* e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil, de Alamiro Velludo Salvador Netto - *RBCCrim* 155/229-264 (DTR\2019\27866); e
- Sentença penal negociada e verdade processual: uma análise de riscos a partir da experiência Estadunidense, de Gabrielle Thomaz Todeschini - *RT* 1008/307-342 (DTR\2019\40781).

Quem está ao telefone? Escuta telefônica e a questão do foro dos interlocutores

Who's on the phone? Telephone listing and the question of the interlocutors forum

Renata Costa Farias Simeão

Doutoranda em Direito (ciências jurídico-criminais) pela Universidade de Lisboa (Portugal).
Mestre em Ciência Política pelo Centro Universitário Unieuro/Brasília, em 2009.
Professora de Direito Penal da Faculdade Ari de Sá/Fortaleza.
renata_cfarias@hotmail.com

Recebido em: 24.01.2019.
Aprovado em: 03.06.2019.
Última versão do(a) autor(a): 14.06.2019.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O objetivo desse estudo é verificar a questão da competência e da valoração da prova decorrente de uma escuta telefônica, quando os interlocutores possuem foro de processamento distinto, mas especificamente quando uma autoridade é fortuitamente escutada. A partir da análise de casos concretos ocorridos no Brasil e em Portugal, criamos um caso paradigma para responder algumas indagações acerca da prova, como a possibilidade de valoração desta no processo de 1º grau de jurisdição. Para tanto, iremos tratar de conhecimento fortuito e de investigação, de proibições e de valoração da prova, assim como da questão da competência. Não obstante diversas correntes acerca da valoração da prova que possui conhecimentos fortuitos, concluímos, dentro do nosso paradigma, pela possibilidade de utilização do resultado da interceptação telefônica no processo que deu origem à prova, desde que não se trate de tema proibido de prova.

Palavras-chave: Interceptação telefônica – Autoridade – Foro por prerrogativa de função.

Abstract: The purpose of this study is to verify the competence and the assessment of the evidence resulting from a wiretapping when the interlocutors have a different processing forum, but specifically when an authority is randomly listened to. Based on the analysis of concrete cases in Brazil and Portugal, we created a paradigm case to answer some inquiry about the evidence, such as the possibility of valuing it in the 1st jurisdiction court suit. For this, we will deal with fortuitous knowledge and with investigation, prohibitions and validity of evidence, as well as the matter of legal jurisdiction. In spite of several currents regarding the validity of evidence that possesses fortuitous knowledge, we conclude, within our paradigm, for the possibility of using the result of telephone monitoring in the judicial proceeding that gave rise to the evidence, as long as it is not a prohibited subject of proof.

Keywords: Wiretapping – Authority – Forum by function prerogative.

Simeão, Renata Costa Farias. Quem está ao telefone? Escuta telefônica e a questão do foro dos interlocutores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

Sumário: Introdução. 1. A interceptação telefônica e as autoridades: caso português, caso brasileiro e nosso paradigma. 1.1. Caso português. 1.2. Caso Brasileiro. 1.3. Semelhanças e diferenças entre os casos português e brasileiro. 1.4. A delimitação do caso e as inúmeras possibilidades. 2. Conhecimento da investigação *versus* conhecimento fortuito, um paralelo com a proibição de produção e valoração da prova. 2.1. Dos conhecimentos. 2.2. Das proibições. 2.3. Das valorações. 3. A questão da competência. 3.1. Competência para ordenar a interceptação telefônica ou outra comunicação de pessoa com foro privilegiado. 3.2. Competência para determinar a junção aos autos ou destruição de conversas telefônicas ou outras comunicações em que intervenham pessoas com foro privilegiado. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Muito se discute sobre a interceptação telefônica, por vezes chamada de escuta telefônica[1], talvez pelo grau de lesividade que esse tipo de prova traz para a intimidade e a privacidade da pessoa contra a qual a medida é deferida, mas também em relação a todas as pessoas que não são parte no processo penal e terão seus direitos fundamentais violados por se comunicarem com o alvo da prova.

A gravação colhida através de escuta, conforme explica Lorena Winter, é uma medida necessária em uma sociedade democrática, mas deve ser analisada caso a caso, pois "atendendo aos legítimos interesses da investigação e a persecução do fato delituoso, resulta justificável sacrificar um determinado interesse jurídico tão relevante como a intimidade e a liberdade individual." Continua a autora afirmando que é impossível fazer a valoração entre a necessidade da prova e a proporcionalidade de uma medida que restringe um direito fundamental, com uma regra absoluta, como se fosse uma equação matemática[2] (tradução nossa).

Diferente da dignidade humana, a intimidade pode sofrer restrições e ser quebrada pelo Estado, desde que haja uma causa legal e que seja feita uma análise adequada por uma autoridade.

1. Utilizaremos os termos interceptação telefônica e escuta telefônica como sinônimos, uma vez que a legislação brasileira faz uso do primeiro termo e a portuguesa do segundo.
2. WINTER, Lorena Bachmaier. Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Coordenação: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes. Lisboa: Almedina, 2010. p. 171.

Vivemos em um mundo no qual o conceito de privacidade se diferencia do que outrora entendíamos sobre o assunto. As redes sociais, os *reality shows* e a exposição massificada da vida através da internet modifica todo entendimento sobre privacidade, mas nesses casos, a exposição da vida privada é feita com consentimento ou mesmo pela própria pessoa, o que não ocorre nos casos de escuta. Esse tipo de prova só possui eficácia se for sigilosa, com o total desconhecimento do investigado e de seus interlocutores.

O tema a ser tratado no presente artigo diz respeito a uma questão bem específica no campo da interceptação telefônica. Como fica a prova colhida licitamente em processo de primeiro grau de jurisdição quando uma autoridade (detentora de foro por prerrogativa de função) é fortuitamente escutada? A prova pode ser valorada? Há necessidade de alteração de instância?

Partiremos de dois casos em que a "autoridade fortuita" [3] possuía o mais alto cargo de uma República. Em Portugal, o caso envolveu o Primeiro Ministro e, no Brasil, a Presidente. Os acontecimentos foram amplamente divulgados nos meios de comunicação nacionais e internacionais. A partir desses dois casos, que, apesar de semelhantes, têm contornos jurídicos bem diferentes, criamos um evento paradigma com a finalidade de delimitar com precisão o que iremos tratar e quais os problemas que pretendemos resolver.

O tema "conhecimento de investigação e conhecimento fortuito" será tratado no trabalho, juntamente com a proibição de produção e de valoração da prova, pois esses quatro fatores influenciam diretamente na conclusão do nosso problema.

A análise da questão da competência, posto que estamos tratando de fatos jurídicos que possuem competências jurisdicionais diferentes, também será feita no trabalho, incluindo aí a competência para determinar as escutas telefônicas, a junção aos autos e a destruição da prova.

Assim, esperamos entender melhor qual a consequência do aparecimento de uma autoridade com foro privilegiado em uma interceptação telefônica que corre em grau de jurisdição diferente daquele que tem a competência para processar e julgar tal autoridade.

3. Chamaremos de "autoridade fortuita" a pessoa detentora de cargo público possuidora de foro privilegiado que não é alvo da interceptação telefônica, mas que será escutada fortuitamente. O termo faz um paralelo com os conhecimentos fortuitos, sendo ambos imprevisíveis quando do deferimento da prova.

1. A interceptação telefônica e as autoridades: caso português, caso brasileiro e nosso paradigma

Quando um juiz de primeiro grau defere um pedido de interceptação telefônica a pedido do Ministério Público ou da autoridade Policial em face da existência de uma investigação criminal, não consegue imaginar o que será descoberto diante das gravações. É previsível que se descubram fatos relativos ao crime investigado, outros inúmeros fatos que não dizem respeito à investigação e nem mesmo à esfera penal e também que apareçam conhecimentos fortuitos, dos quais nos ocuparemos mais adiante. O certo é que ninguém pode prever o que efetivamente restará descoberto após as escutas.

Certo também, para não dizer óbvio, é que, para além da intromissão do Estado na intimidade da pessoa alvo da medida judicial, outras pessoas "não alvo" do meio de prova também terão sua privacidade violada[4]. Costa Andrade lembra que as escutas telefônicas podem "abrir a porta à devassa da privacidade de pessoas a quais, de um modo ou de outro, a lei outorga o direito (ou impõe mesmo o dever) de recusa de depoimento"[5], como o defensor ou mesmo o ministro de confissão religiosa.

A escuta telefônica, quando se trata de meio de produção de prova, "sobressai ainda, para além da sua eficácia do ponto de vista da perseguição penal, pela sua manifesta e drástica danosidade social. Isso atento quer ao número de direitos ou interesses atingidos, quer à gravidade da respectiva lesão".[6]

Hassemer, ao tratar sobre direitos fundamentais e processo penal, afirma que as escutas, assim como outros meios ocultos de investigação, modificam intensamente

4. Sobre a danosidade do regime de escutas e a necessidade de respeitar os direitos fundamentais, Inês Ferreira Leite leciona "Num Estado de Direito Democrático, a perfeição do funcionamento das instituições e o absoluto respeito pela ordem jurídica instituída são fins que não permitem o recurso a quaisquer meios. São, aliás, finalidades quase programáticas, uma vez que, a partir de um certo limite, nenhum meio pode ser legitimo para os alcançar, mesmo que seja o único (como acontece com a tortura, por exemplo). O Estado de Direito Democrático, assente na autonomia e dignidade da pessoa humana e no pluralismo, tem, forçosamente, de conviver com o fracasso e de reconhecer que, no caminho da prossecução da justiça, há por vezes, um dever de recuar face à prevalência de direitos fundamentais." (LEITE, Inês Ferreira. O novo regime das escutas telefônicas. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 257).
5. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 282.
6. Ibid., p. 281.

a tradição clássica do processo penal. Continua afirmando que as escutas só funcionam quando efetivamente ocultas, sob pena de não haver efetividade, pois o visado pode comportar-se de forma estratégica ao saber que está sendo monitorado (é o chamado *nemo tenetur se ipsum acusare)*, e que tais meios de prova atingem necessariamente outras pessoas, dentro do círculo de relação do investigado.[7]

O que pesquisaremos durante esse trabalho é um ponto pouco explorado pela doutrina, que muito se ocupa com as proibições e valorações da prova, incluindo os conhecimentos fortuitos, mas pouco pondera quanto ao surgimento de uma "autoridade fortuita" durante uma interceptação telefônica realizada em instância inferior à competente para processar e julgar tal autoridade.

Várias situações podem surgir, mas, antes de adentrar em tais possibilidades, vamos inicialmente fixar os casos reais ocorridos no Brasil e em Portugal para, em um segundo momento, determinar nosso paradigma, que será o objeto de estudo.

Tanto Brasil como Portugal tiveram casos de interceptações telefônicas que esbarraram nas mais altas autoridades de uma República, seja ela Presidencialista ou Semipresidencialista. É bem verdade que essas autoridades não eram alvos das decisões judiciais que determinaram a escuta mas, conforme já mencionado, como não é possível prever com quem o arguido irá conversar, elas acabaram sendo interceptadas e, por esse motivo, o desfecho da prova foi completamente diversos do que teria ocorrido se o arguido tivesse conversado apenas com pessoas sem foro privilegiado.

A descrição dos dois casos tomará por base notícias amplamente divulgadas na imprensa portuguesa e brasileira, ou seja, serão utilizados dados de conhecimento público e que não geraram, à época, nenhuma contestação. E tendo em vista que tanto o caso brasileiro como o português já foram decididos pela mais alta corte constitucional de cada país, iremos descrever as semelhanças e as diferenças entre eles.

1.1 Caso português

O Ministério Público de Aveiro, através de inquérito em um processo penal, investigava o cometimento de crimes de corrupção passiva e ativa, figurando no

7. HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. *Jornada de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Lisboa: Almedina, 2004. p. 21.

polo passivo diversos suspeitos, alguns deles detentores de altos cargos públicos e privados. A investigação ficou amplamente conhecida como "Face oculta".[8]

Durante a investigação, foram deferidas pelo Juiz de Instrução interceptações sob os aparelhos telefônicos de alguns dos investigados.

Em fevereiro de 2010, Portugal foi tomado pela notícia de que o Primeiro-Ministro havia sido interceptado em ligações telefônicas com um dos arguidos (Armando Vara[9], consultor do Millennium BCP), na oportunidade, investigado pelo crime de tráfico de influência. Os áudios das gravações foram divulgados pela imprensa, revelando, assim, um possível esquema de controle sobre os meios de comunicação social.

A prova, em sua origem, havia sido decretada por Juiz competente, posto que se tratava de pessoa não detentora de foro privilegiado. O juiz e o membro do Ministério Público, ao se depararem com a escuta do Primeiro-Ministro e a possibilidade de cometimento, por parte deste, de um "crime de catálogo", determinaram a expedição das certidões que foram enviadas ao Procurador-Geral da República, que transmitiu os registros ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

Tendo em vista a redação do art. 11, alínea b), n º 2, do Código de Processo Penal, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça considerou as interceptações nulas e ordenou a sua destruição, com a concordância do Procurador-Geral da República.[10]

1.2. Caso Brasileiro

No Brasil, a história se repetiu com desfecho diferente. Referimo-nos à operação Aletheia, 24ª fase da Lava Jato, março de 2016. O processo judicial tinha por objetivo apurar supostos crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro cometidos pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva[11] e outros investigados. O juiz

8. ANDRADE, Manuel da Costa. Escuta telefónica, conhecimento fortuitos e primeiro ministro. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n. 3962, ano 139, 2009. p. 270.
9. Armando Vara foi condenado a cinco anos de prisão efetiva, tendo sido confirmada a sentença pelo Tribunal da Relação do Porto.
10. Mais adiante iremos demonstrar os fundamentos jurídicos de tal decisão.
11. O processo encontra-se julgado em primeira instância. O arguido foi condenado a uma pena de 9 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado. Contra a decisão a defesa interpôs recurso que ainda não foi analisado.

responsável pelo caso determinou a escuta telefônica do ex-Presidente, conforme requerido pelo Ministério Público.

A escuta foi realizada, assim como outras medidas constritivas, como busca e apreensão e condução coercitiva. Por entender que não seria mais necessária a continuação da escuta, o juiz responsável determinou, via processo eletrônico, a suspensão das interceptações às 11h12min. Na decisão, o juiz determinou que fosse informada, com urgência, a Polícia Federal, para fazer cessar as escutas. É certificado nos autos que o Delegado da Polícia Federal responsável pelo caso foi cientificado da decisão por meio telefônico às 11h44min.

Ocorre que, às 13h32min, foi interceptada uma conversa entre o arguido anteriormente citado e a então Presidente do Brasil. Pelos horários divulgados, é fácil perceber que a conversa entre o investigado e a detentora de foro privilegiado ocorreu mais de duas horas após a decisão judicial de suspensão da interceptação.

A conversa interceptada é breve. A ligação parte do Palácio do Planalto. A Presidente fala com o ex-Presidente sobre um termo de posse que seria levado até ele e que poderia ser usado em caso de algum mandado de prisão ser expedido contra ele.[12]

O Supremo Tribunal Federal decretou a nulidade da prova em virtude da falta de ordem judicial para escuta, uma vez que ela foi colhida após a determinação de cessação da escuta.

Não é o momento para análise da legalidade ou ilegalidade da prova, o que será feito *a posteriori*. Nesse primeiro momento, limito-me a narrar os casos para, a partir daí, adentrar no tema central a que me proponho.

1.3. Semelhanças e diferenças entre os casos português e brasileiro

Em comum entre os casos narrados no Brasil e em Portugal temos a competência da autoridade que determinou a ordem para produção da prova. Em nenhum momento foi discutida a legalidade da competência em determinar as escutas das pessoas objeto da investigação, posto que não eram detentoras de foro privilegiado e a ordem respeitou os termos da legislação vigente em cada país.

12. Em virtude das investigações contra o ex-Presidente na 13ª Vara de Curitiba, Lula seria nomeado Ministro Chefe da Casa Civil e, nesse caso, os processos judiciais que tramitavam contra ele deveriam ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal em virtude do foro privilegiado estabelecido no art. 102, I, *b*, da Constituição do Brasil. A ligação da então Presidente era justamente para informá-lo que estava enviando por um portador o termo de posse assinado, e que poderia usá-lo em caso de ameaça real de prisão.

Durante o processo de escuta, surge a primeira diferença. No Brasil, a conversa com a autoridade detentora do foro privilegiado foi realizada após a ordem de suspensão da prova pela autoridade judiciária. O que, de plano, gerou em parte da comunidade jurídica brasileira a defesa de que a prova era ilegal, pois havia sido realizada sem ordem judicial, tornando-a imprestável para fins processuais.

A Presidente da República ingressou com uma Reclamação[13] no Supremo Tribunal Federal, que declarou a nulidade do conteúdo das conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas, assim como reconheceu a violação de competência do Supremo por parte do juiz de primeira instância ao determinar a quebra de sigilo das interceptações e ao valorar a prova como lícita.

Já em Portugal, as escutas foram todas realizadas dentro do período determinado, não ocorrendo a mesma problemática que no Brasil. Lá, a questão central é a interpretação dada ao art. 11, alínea b) do n º 2 do Código de Processo Penal, que fixou, como competência do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, a autorização da interceptação, da gravação e da transcrição de conversações ou comunicações em que intervenham o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro, assim como determinar a respectiva destruição dessas provas, nos termos dos artigos 187 a 190.

Com base nesse artigo, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça declarou a nulidade das escutas telefônicas que tinham o Primeiro-Ministro como interlocutor e determinou a sua destruição.

1.4. A delimitação do caso e as inúmeras possibilidades

Conforme mencionado, os casos ocorridos no Brasil e em Portugal são semelhantes, mas não idênticos. Apesar de ponto de partida para o que será a *posteriori* investigado, torna-se necessária a fixação de um paradigma, posto que, em se tratando de escutas telefônicas, inúmeras possibilidades de temas jurídicos surgem, sendo impossível a análise mais detalhada de todos os pontos, o que escaparia do objetivo do presente trabalho.

Então vejamos, nosso objeto de investigação parte do seguinte caso: uma escuta telefônica legalmente deferida por juiz de 1º grau de jurisdição intercepta a conversa do investigado com uma autoridade detentora de foro para julgamento e processamento em instância jurisdicional diferente daquele que autorizou a escuta.

13. Reclamação n. 23.457/PR. Disponível em: [www.stf.jus.br].

Desse caso apontam algumas possibilidades: (a) a escuta contém conhecimentos fortuitos que implicam a participação da autoridade como autora de crime; (b) ainda que haja conhecimentos fortuitos contra a autoridade, a gravação é de extrema relevância para a defesa de um dos investigados no processo; (c) há apenas conversas que interessam ao processo de primeiro grau como meio de prova, sem qualquer implicação para a autoridade.

Nas três situações expostas, é possível a utilização da prova no processo de primeiro grau? Faz diferença o tipo de conhecimento, fortuito ou de investigação, a que a "autoridade fortuita" se envolve? Essas são as questões que tentaremos resolver ao longo deste trabalho.

Importante ressaltar que partiremos do seguinte pressuposto: a interceptação telefônica deferida no processo de primeiro grau não possui qualquer nulidade. O pedido e o deferimento desse meio de prova seguiram pormenorizadamente a legislação em vigor. A alteração desse ponto de partida possui consequências diretas nas hipóteses a serem analisadas e inviabilizaria a tratativa a que nos propomos.

Concordamos com o posicionamento de Roxin[14], ao afirmar que uma escuta que não tenha sido legalmente autorizada pelo juiz, nos termos da lei, sob a alegação de que, se tivesse sido requerida ao juiz, este a teria seguramente ordenado, jamais poderá ser legitimada.

2. Conhecimento da investigação *versus* conhecimento fortuito, um paralelo com a proibição de produção e valoração da prova

Não é nosso objetivo esgotar esse ponto, mas se torna impreterível a reflexão do tema entre a distinção de conhecimento fortuito e conhecimento de investigação, principalmente porque Brasil e Portugal fazem tratamento diferente sobre a questão[15]. Aproveitaremos para traçar um paralelo entre esses tipos de conhecimento e o sistema de proibição e valoração de provas.

14. ROXIN, apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 110.

15. Sobre as diferenças de tratamento do regime das escutas no Brasil e Portugal, vide SANTOS, Diego Prezzi; AMARAL, Antonio José Mattos do. Sigilo telefônico nas constituições de Brasil e Portugal: análise do tratamento da medida na lei e na jurisprudencial e o limite entre proteção deficiente e eficiente. *Revista do Direito Público*, v. 11, n. 1, p. 9-39, 30 abr. 2016. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.5433/1980-511x.2016v11n1p9].

2.1. Dos conhecimentos

Em se tratando de investigação criminal, há, na busca da verdade material[16], a possibilidade de serem encontrados conhecimentos da investigação, mas também conhecimentos fortuitos. A diferenciação desses dois tipos de conhecimento, que requerem tratamento distinto, não é tarefa fácil, porém necessária.

A valoração da prova oriunda da interceptação telefônica irá depender de que tipo de conhecimento estamos tratando, assim como de qual corrente doutrinária nos filiarmos, motivo pelo qual fica justificada a importância dessa diferenciação.

Segundo Aguilar, conhecimentos da investigação

> "serão os factos, obtidos através de uma escuta telefônica legalmente efectuada, que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela ou a outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele."[17]

Em outra perspectiva, conhecimentos da investigação são "todos aqueles factos que estão estreitamente conexos ou coligados sob o ponto de vista objectivo, probatório e finalístico em relação ao crime que motivou a interceptação nas telecomunicações".[18]

---

16. Segundo Manuel Valente o processo penal possui duas finalidades: realização da justiça e a descoberta da verdade material. Dentro de um Estado Democrático de Direito não é aceito "que se obtenham provas que ofendam a essencialidade da dignidade da pessoa humana, como através da ofensa da integridade física, de métodos enganosas, da ingerência ilegítima e ilícita da vida intima de outrem e, por outro, impõe-se-lhe que descubra a verdade, que promova o exercício efetivo dos direitos fundamentais de todos os cidadãos (arguidos e não arguidos), o que implica a restrição dos direitos fundamentais (...)". (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Conhecimento fortuito*: a busca de um equilíbrio apuleiano! Coimbra: Almedina, 2006. p. 22).
17. AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004. p. 17-18.
18. RODRIGUES, Cláudio Lima. *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*. Lisboa: Verbo Jurídico, 2013. p. 29. Disponível em: [www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/claudiorodrigues_conhecimentos-fortuitos.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

Já os conhecimentos fortuitos, caracterizam-se por serem

> "aqueles factos ou conhecimentos obtidos através de uma escuta telefônica legalmente efectuada e que não se reportem, nem ao crime cuja investigação determinou a realização daquela, nem a qualquer outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele."[19]

No Direito Processual Penal, o conhecimento fortuito[20] se encontra dentro do princípio da serendipidade, que significa "o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto das investigações".[21]

Segundo Luiz Flávio Gomes[22], o fenômeno da serendipidade reside na possibilidade de aparecer, durante as investigações, outros envolvidos ou "outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação." Para o autor a serendipidade "significa procurar algo e encontrar coisa distinta (buscar uma coisa e descobrir outra, estar em busca de um fato ou uma pessoa e descobrir outro ou outra, por acaso)".

O encontro de conhecimentos fortuitos durante uma interceptação telefônica não é algo improvável de ocorrer, sendo necessário estabelecer, com segurança, o que poderá ou não ser valorado. Apenas a título ilustrativo, podemos citar a interceptação de conversa entre o investigado e seu advogado, ao qual a lei garante o sigilo profissional.

Não podemos esquecer que estamos diante de um meio de prova capaz de causar uma enorme danosidade social, pois não é possível que se limitem as escutas apenas aos conhecimentos de investigação. Para além de interferir no direito da privacidade e intimidade do arguido, interlocutores de boa-fé também terão seus direitos fundamentais violados.

---

19. AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas...*, cit., p. 17-18.
20. Sobre as possibilidades de nomenclatura Luiz Flávio Gomes explica que "A doutrina denomina esse fenômeno de 'encontro fortuito' (hallazgos fortuitos) ou 'descubrimientos casuales' ou 'descubrimientos acidentales' ou, como se diz na Alemanha, Zufallsfunden. Damásio E. de Jesus ainda menciona: conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido." (GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em: [ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595]. Acesso em: 06.06.2019.
21. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 639.
22. GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em: [ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595]. Acesso em: 06.06.2019.

2.2. Das proibições

Antes de expor as posições acerca da valoração das escutas, tendo em vista o tipo de conhecimento (fortuito/investigação), cabe aqui uma breve referência sobre o tema proibições de prova, mais especificamente sobre "temas proibidos de provas".

Apesar da necessidade de elementos que esclareçam os fatos dentro do processo, nem todas as provas podem ser utilizadas. "Existen unos parámetros, estatutos, reglas tanto para su obtención como para su aportación, y unas garantías que deben ser respetadas so pena de considerarla prohibida dentro de la causa que se adelanta".[23]

Segundo Gössel[24], há uma subdivisão corrente acerca do tema proibições de produção de prova. São quatro as espécies, assim divididas: temas proibidos de provas; meios de prova proibidos; métodos proibidos de provas e proibição de provas relativas.

Das quatro subdivisões supra, apenas a primeira tem relevância para o tema aqui tratado, já que nosso caso paradigma parte sempre do pressuposto de que a interceptação telefônica realizada pelo juiz de primeiro grau não possui qualquer vício que possa acarretar sua nulidade.[25]

Em se tratando de temas proibidos de prova, Portugal possui disposição expressa em seu Código de Processo Penal sobre o assunto. Segundo os arts. 137 e 182 do CPP/P, fica proibida a produção de provas que tratem de segredo de Estado,[26] segredo profissional ou de funcionário.

---

23. RICO, Ricardo Hernán Medina. *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal*. Análisis teórico-práctico en derecho comparado. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017. p. 23.
24. GÖSSEL, Karl-heinz. As proibições de provas no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, 1992. p. 399.
25. No mesmo sentido, Paulo de Sousa Mendes fazendo menção apenas às três primeiras subdivisões: As proibições de provas no processo penal. *Jornada de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2004. p. 135.
26. Segundo Adriano Moreira segredo de Estado é definido como "os factos e procedimentos do poder político, e das suas estruturas auxiliares, que apenas podem ser do conhecimento de um círculo formalmente delimitado de agentes, e que o alargamento do círculo referido, proveniente da acção interna ou externa ao mesmo é ilegal." (Notas sobre segredo de Estado. *Revista de Ciência Política*, n. 5, Lisboa, 1987. p. 31).

A Lei portuguesa n. 6/94 esclarece o que pode ser considerado segredo de Estado, bem como prevê um rol de matérias que podem ser assim classificadas. O art. 2º, n. 1, menciona que

> "são abrangidos pelo segredo de Estado os documentos e informações cujo conhecimento por pessoas não autorizadas é susceptível de pôr em risco ou de causar dano à independência nacional, à unidade e integridade do Estado e à sua segurança interna e externa."

No Brasil, não há legislação semelhante[27]. A única referência ao termo "segredo de Estado" advém da Lei de imprensa de 1967[28], que dispõe ser crime a divulgação de segredo de Estado,[29] mas não menciona nenhuma conceituação.

Em se tratando de Administração Pública[30], a regra deve ser sempre a da publicidade, sendo o sigilo exceção que deve alcançar apenas informações imprescindíveis para a segurança da sociedade e do Estado, conforme previsto no art. 5º, XXXIII, da Constituição Brasileira e nos arts. 137 e 182 do CPP Português.

27. "A classificação de alguns assuntos como matéria protegida pelo segredo de Estado somente é justificada, quando for claro que referida imposição visa a preservação de interesses intimamente relacionados com os fundamentos da República Federativa do Brasil, podendo em algumas hipóteses excepcionais, servir como condição restritiva do direito à informação. Assim, é possível verificar que segredo de Estado é uma modalidade de segredo relacionado à segurança do Estado, estando protegido pelo sigilo imposto aos funcionários públicos e pessoas que dele conhecerem em virtude de cargo ou função, sob o enfoque restrito dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil e da manutenção do Estado Democrático de Direito, não podendo ter sua conceituação alargada, para abranger assuntos ou fatos não relacionados com a proteção de interesses dessa magnitude." (SERGIO SOBRINHO, Mario. *Segredo de Estado e prova ilícita*. 2000. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime 42.pdf]. Acesso em: 06.06.2019).
28. Referida lei foi declarada como não recepcionada pela Constituição Federal brasileira de 1988 através do julgamento da ADPF 130, em abril de 2009.
29. SERGIO SOBRINHO, Mario. *Segredo de Estado e prova ilícita*. 2000. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime 42.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.
30. No Brasil a Lei Federal 8.159/91 regulamenta o sigilo de documentos relacionados à segurança da sociedade e do Estado, ficando no máximo de 30 anos restrito, com possível prorrogação por igual período. Observe-se que o Poder Judiciário pode determinar a exibição reservada de tais documentos, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou ao esclarecimento de situação pessoal da parte.

Quando estamos diante da revelação de um segredo de Estado, não podemos falar de afetação ao direito à intimidade da pessoa humana. "A divulgação desta espécie de segredo atinge as relações estatais essenciais, exigindo apurada interpretação das hipóteses concretas em que referido segredo possa ser trazido ao processo penal através das provas."[31]

Por não possuir uma legislação específica sobre o assunto, a interpretação do que pode ou não ser considerado segredo de Estado, no Brasil, fica a cargo do Poder Judiciário, na análise de cada caso.

Essa judicialização também se faz necessária em Portugal, pois a apreciação do risco de que trata o artigo 2º, n. 2 da Lei n. 6/94, também precisa ser feita em relação ao fato concreto, não sendo automática em razão da matéria tratada.

Já em relação ao tema segredo profissional ou de funcionário, tanto Brasil como Portugal possuem disposições sobre proibição de testemunhar. As pessoas que devem guardar segredo em razão da função, ministério, ofício ou profissão são proibidas de prestar depoimento. O CPP brasileiro fez constar a ressalva de que, quando desobrigadas pela parte interessada, caso queiram, essas pessoas podem depor (art. 207 do CPP Brasileiro).

O certo é que a classificação do fato como "segredo de Estado", assim como fatos abrangidos pelo sigilo profissional[32], acarretam a proibição de produção da prova.

Em se tratando de escuta telefônica, e por não ser possível saber o que será captado, ocorrendo uma "produção antecipada da prova" [33], entendemos que o

31. SERGIO SOBRINHO, Mario. *Segredo de Estado e prova ilícita*. 2000. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime 42.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

32. Há nesse ponto que lembrarmos da relação: Advogado e cliente (recaindo sobre este a escuta). "Nestes casos é posto em causa o direito que assiste ao arguido de a todo tempo estabelecer livremente comunicação oral com o seu defensor (§ 148 da StPO). As provas do cometimento de crimes pela pessoa vigiada, adquiridas através das escutas, estão a coberto de proibição de valoração, decorrente do mencionado direito de, a todo tempo e sem quaisquer limites, comunicar oralmente com o defensor. Só não será assim se sobre o próprio defensor impender a suspeita de autoria ou participação no mesmo crime, uma vez que neste caso teria sido já possível ordenar diretamente a escuta contra o defensor." (GÖSSEL, Karl-heinz. As proibições de provas no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, 1992. p. 415).

33. Utilizamos o termo "produção antecipada da prova" no sentido de que em se tratando de interceptação telefônica não há possibilidade de proibir a produção com fundamento em segredo de Estado antes que a prova seja colhida.

conhecimento advindo da escuta que tenha esse conteúdo, seja fortuito ou de investigação, encontra-se no campo da prova proibida, que, necessariamente, nesse caso, implica impossibilidade de valoração dessa prova, prejudicando, na sua integralidade, o uso da prova.

O próprio art. 188, n. 6, b), do CPP Português corrobora esse entendimento ao afirmar que o Juiz deve determinar a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios que tratem de segredo profissional e de funcionários ou de Estado.

Os "temas proibidos de prova", por serem provas proibidas, não podem ser utilizadas no processo, "por razones de orden público, de seguridad jurídica o de seguridad nacional el legislador la ha apartado del momento procesal decisorio".[34]

2.3. Das valorações

Tudo que for colhido em uma escuta telefônica legalmente deferida pode ser objeto de valoração? Vamos aqui fazer três análises distintas: temas proibidos de prova, conhecimentos de investigação e conhecimentos fortuitos.

(i) Tratando-se de "temas proibidos de provas", conforme mencionado, estamos diante de uma proibição de produção de prova, que a nosso ver, tornaria a prova impossível de ser valorada.

Kai Ambos ensina que a doutrina alemã faz distinção entre a proibição de produção de provas (*Beweiserhebungsverbote*) e a proibição de utilização de provas (*Beweisverwertungsverbote*). "Las primeras regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas."[35]

Alguns autores defendem não haver uma relação direta e necessária entre proibição de produção e proibição de valoração. É possível valorar uma prova que esteja contaminada pela proibição de produção. Assim como é possível que não se possa valorar uma prova que não contenha qualquer vício de produção.[36]

34. RICO, Ricardo Hernán Medina. *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal*. Análisis teórico-práctico en derecho comparado. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017. p. 91.

35. AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Chile, n. 7, 2009. p. 5-6.

36. Sobre o assunto MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de provas no processo penal. *Jornada de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2004. p. 141 e ss.

Gössel menciona que essa desvinculação é generalizadamente aceita, mas que existe uma parte da doutrina que sustenta a necessária vinculação entre proibição de produção de prova (limitação já ao nível dos próprios fatos a investigar) e proibições de valoração de provas (impedindo que determinados fatos sejam objeto da sentença), em que "todas as proibições de prova seriam, ao mesmo tempo, proibições de valoração da prova, e não seria possível distinguir entre as proibições de valoração que determinam a revista da sentença e as demais e simples proibições de prova."[37]

"Para llegar realmente a una prohibición de utilización de pruebas, es necesaria o bien una *disposición legal* expresa o bien una fundamentación teórica con base en la *doctrina* de las prohibiciones de utilización de pruebas."[38]

Concordamos com a desvinculação entre produção e utilização da prova, mas não quando se trata da espécie "temas proibidos de prova". Nesse caso, advogamos a favor da tese da impossibilidade de valoração, por se tratar de temas que podem atingir as relações estatais, assim como a confiança em determinadas relações profissionais.

> "Pense-se na possibilidade de, por essa via, se frustrar o segredo profissional do advogado, do médico, do ministro de confissão religiosa, pondo-se em crise, ao mesmo tempo, a correspondente relação de confiança, com o seu irrecusável relevo institucional."[39]

(ii) Em relação aos conhecimentos de investigação, sejam eles pertencentes ao catálogo ou não, entendemos pela integralidade da sua valoração, uma vez que guardam estreita relação com os fatos que desencadearam o deferimento da interceptação telefônica.

Para Inês Leite a valoração dos conhecimentos, sejam fortuitos ou de investigação, depende de tratar-se de crime dentro do catálogo, quando, nesse caso, poderão ser sempre usados, desde que respeitados os requisitos dos arts. 187 e 188. Em se tratando de crimes fora do catálogo, os conhecimentos (fortuitos ou

37. GÖSSEL, Karl-heinz. As proibições de provas no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, 1992. p. 399 e 460.

38. AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Chile, n. 7, 2009. p. 7.

39. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, p. 369-408, 1991.

de investigação) "não podem ser valorados como prova, nesse ou em outro processo, podendo apenas dar origem à notícia do crime."[40]

Em sentido diverso, Kai Ambos, em referência à doutrina alemã, leciona que "por una parte, puede ser admisible una utilización de los conocimientos relacionados con hechos delictivos que no aparecen en el catálogo cuando estos se encuentran en relación (procesal) directa o estrecha con un hecho taxativamente catalogado".[41]

Limitar os conhecimentos de investigação à *notitia criminis*, quando tratamos de crimes fora do catálogo, não garante a proteção da intimidade ou de qualquer outro direito fundamental do arguido, mas faz com que haja um dispêndio de tempo e de energia em relação à investigação e ao processo, que, muitas vezes, pode frustrar as investigações em decorrência da perda do elemento surpresa.

(iii) Entendimento um pouco mais complexo e divergente na doutrina encontramos em relação à possibilidade de valoração ou não dos conhecimentos fortuitos.

A lei brasileira que trata das interceptações telefônicas nada mencionou sobre conhecimento de investigação ou conhecimento fortuito, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência a discursão acerca da matéria.

Segundo Faccini Neto, "no Brasil, não obstante certa instabilidade doutrinaria, parece-se que, em termos jurisprudenciais, o tema dos conhecimentos fortuitos obteve maior continuidade".[42-43]

---

40. LEITE, Inês Ferreira. O novo regime das escutas telefônicas. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 269.

41. AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Chile, n. 7, 2009. p. 7.

42. FACCINI NETO, Orlando. Prova ao acaso – os conhecimentos fortuitos nas escutas telefônicas, os limites do direito e as vanidades normativas – Portugal e Brasil. *Revista Jurídica Lex*, n. 58, p. 360-399, 2012. p. 383.

43. Na Itália aconteceu fatos semelhantes aos narrados neste trabalho com a escuta fortuita do Presidente da República. Mario Deganello em artigo sobre o tema afirma que a legislação Italiana não trata especificamente sobre o assunto, mas que o Tribunal Constitucional ao se manifestar afirmou que "ciò non comporta che le intercettazioni in questione debbano ritenersi consentite e suscettibili di utilizzazione processuale, sulla base dell'argomento che quanto è fortuito non può formare oggetto di divieto ... se il fondamento della tutela della riservatezza delle comunicazioni presidenziali

Há, nos Tribunais Superiores brasileiros, uma ampla jurisprudência admitindo a utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escuta telefônica, inclusive para casos em que a lei não permite a interceptação, como para investigação de crimes punidos com detenção, ou, até mesmo, para procedimentos sancionadores na esfera administrativa.

Segundo Pacelli, o encontro fortuito de provas, que tanto pode ser a título de autoria como de materialidade, é absolutamente válido e não pode fugir à apreciação do Poder Judiciário, uma vez que a colheita dessa prova partiu de ordem judicial categoricamente lícita. "(...) tudo que vier ao conhecimento da autoridade competente (de fatos pretéritos ou futuros, acentua-se) deverá ser devidamente apurado, havendo ou não conexão entre os fatos originários e continência entre autores e investigados".[44]

Thiago Ávila[45], no mesmo sentido que Pacelli, menciona que "(...) na ponderação dos interesses envolvidos entre um direito fundamental já (validamente) violado e os interesses do processo criminal em apurar outro ilícito descoberto sem arbitrariedade, deve prevalecer o segundo". Para ele o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas tem como eixo central evitar que as autoridades

... consiste nell'essenziale protezione delle attività informali di equilibrio e raccordo tra poteri dello Stato [...]" (DEGANELLO, Mario. *Presidenza della repubblica ed intercettazioni fortuitamente apprese*: una decisione non sufficientemente meditata della corte costituzionale. 2014. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it/upload/1393057562DEGANELLO_2014.pdf]. Acesso em: 06.06.2019). Ainda sobre as interceptações no Direito Italiano, Glauco Giostra afirma que a Lei 140 de 2003 excedeu a Constituição ao trazer restrições à utilização dos resultados das interceptações quando há a escuta de um parlamentar, sendo necessário autorização da Câmara a que o membro parlamentar pertence. Em caso de negativa por parte da Câmara, a documentação das interceptações deve ser imediatamente destruída (art. 6). O autor chama isso de sistema de privilégio processual dos parlamentares. GIOSTRA, Glauco. *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*. 2007. Disponível em: [www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0017_nota_390_2007_giostra.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

44. PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8. ed. São Paula: Atlas, 2016. p. 558.

45. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação%20%20THIAGO%20ANDRÉ%20PIEROBOM%20DE%20ÁVILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

encarregadas da persecução penal ajam com arbitrariedade, o que não ocorre nos conhecimentos fortuitos, quando os agentes policiais agem de boa-fé.

Para W. Schunemann também "podem valorar-se todos os conhecimentos adquiridos a partir de uma escuta telefônica legalmente admissível. Isso porquanto só há limites legais à valoração de provas quando estas assentam num modo não permitido de produção."[46]

Em tese absolutamente oposta, Prittwitz[47] afirma que, em nome do princípio da reserva legal, todo conhecimento fortuito deve ter sua admissibilidade de valoração negada. Estaríamos, portanto, diante de uma proibição de utilização da prova, já que a escuta não poderia sofrer uma proibição de produção.

Costa Andrade[48] informa que as teses extremadas e opostas de Shunemann e Prittwitz não possuem eco significativo, prevalecendo o entendimento de que os conhecimentos fortuitos podem ser valorados quando fizerem parte do catálogo de crimes que admitem a intercepção telefônica.

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Alencar[49] impõem cautelar para admitir a licitude da prova encontrada fortuitamente. Segundo os autores, é necessário que haja relação de conexão ou continência entre os fatos investigados e os conhecimentos fortuitos. Em não havendo essa correlação, a "prova obtida não será válida, mas será fonte de prova, isto é, será considerada *notitia criminis*, sendo motivo suficiente para deflagrar outra investigação."[50-51]

---

46. W. SCHUNEMANN apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 279.
47. PRITTWITZ apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições*..., cit., p. 283.
48. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, 1991. p. 405.
49. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 640.
50. Nesse sentido, STJ, 5.ª T., HC 33.462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, *DJU* 07.11.2005. Em sentindo contrário, admitindo a utilização dos encontros fortuitos, "Não há ilicitude no encontro fortuito de prova em interceptação telefônica, sendo possível o uso do elemento probatório colhido, ainda que o réu não figure como investigado na diligência efetivada e que o crime descoberto não guarde elemento de conexão com aquele que motivou a interceptação." (STJ, 6.ª T., REsp 1.465.966/PE, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJU* 19.10.2017.
51. A jurisprudência espanhola se manifesta sobre os *hallazgos casuales* levando em consideração a existência ou não de conexão com o crime que determinou a interceptação. Conforme Rafael Vargas, se durante a escuta surgir conhecimentos fortuitos em relação

Em Portugal, a reforma de 2007 do Código de Processo Penal implementou o que, para Francisco Aguilar, trata da legitimidade para valoração dos conhecimentos fortuitos.[52]

Interessante perceber a modificação de entendimento de Aguilar[53] acerca da possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos. Antes da reforma do Código de Processo Penal, em 2007, entendia o referido autor, com base no princípio da reserva legal, que era ilegítima a valoração dos conhecimentos fortuitos. Estariam abraçados pela lei (art. 187 e s. do CPP) apenas os conhecimentos da investigação, carecendo de regulamentação legal qualquer valoração dos conhecimentos fortuitos. A reforma de 2007 teria suprido essa omissão legislativa com a redação do n. 7 do art. 187, "(...) tornando constitucionalmente legítima a valoração dos conhecimentos fortuitos" no ordenamento processual penal português.

Como a legislação portuguesa faz referência aos conhecimentos fortuitos, devem aqui ser respeitados os ditames legais que limitam a utilização desses conhecimentos. Segundo art. 187, n. 7, apenas podem ser utilizados quando se trata

---

a um crime intimamente ligado com o crime investigado, não há necessidade de ampliação da ordem judicial. Se o conhecimento diz respeito a um crime do catálogo, mas não havendo conexão com o crime investigado, haverá necessidade do juiz se manifestar sobre a ampliação do objeto da escuta. Em caso de surgimento de crimes fora do catálogo ou de pessoas que não estão sendo investigadas, não há a possibilidade de incluí-los dentro da ordem original. Mas em todo caso há a possibilidade de se tornarem *notitia criminis* de uma nova investigação. VARGAS, Rafael Gullok. *Las intervenciones telefónicas*: con jurisprudencia de la Sala constitucional. San Joaquín de Flores: Escuela Judicial, 2008. p. 7-/77.

52. Segunda Inês Ferreira Leite, antes da reforma de 2007 existiam três teses sobre os conhecimentos fortuitos: a) impossibilidade total de conhecimento dos conhecimentos fortuitos (mesmo quando crimes de catálogo), enquanto que os conhecimentos de investigação sempre poderiam fundamentar a validação da prova (ainda que a crimes fora de catálogo); b) possibilidade de conhecer os conhecimentos fortuitos quando referente aos crimes de catálogo, enquanto que os conhecimentos de investigação sempre poderiam fundamentar a validação da prova (ainda que a crimes fora de catálogo); c) conhecimentos fortuitos e de investigação poderia ser conhecidos quando referentes a crimes do catálogo. Após a reforma o legislador adotou expressamente a terceira tese, "tornando-se, então irrelevante a distinção entre conhecimento fortuito e de investigação." (LEITE, Inês Ferreira. O novo regime das escutas telefônicas. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 268).

53. AGUILAR, Francisco. Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de Processo Penal português. *O Direito*, Lisboa, ano 148, n. III, p. 559-583, 2016.

de crimes previstos no catálogo do n. 1 do mesmo artigo. Em relação aos demais crimes, fora do catálogo, as gravações não poderão figurar como meio de prova, mas, conforme os art. 187, n. 7 c/c art. 248, serão utilizadas como fonte de prova para *notitia criminis*.

Costa Andrade, ainda antes da reforma do CPP/P, que fez incluir a possibilidade de utilização dos conhecimentos fortuitos e, fazendo um paralelo com a doutrina e com a jurisprudência alemã, já afirmava que a exigência mínima para o uso desse conhecimento era que ele deveria se reportar a um crime de catálogo.[54]

Gössel, em alusão à legislação e à jurisprudência alemã, informa que a lei prescreve a proibição de valoração de todos os conhecimentos que não se reportem aos crimes de catálogo, ou a crimes que não tenham com ele alguma conexão, uma proibição que se estende inclusive ao efeito-a-distância, segundo o BGH.[55] Há uma ressalva quando se trata de crime que constitui a finalidade ou a atividade da associação criminosa, entendendo o BGH pela possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos, ainda que os crimes não pertençam ao catálogo, bem como quando a acusação de associação criminosa acabe por não se confirmar.[56-57]

A criação de um catálogo de crimes que permita a intromissão do aparato investigativo do Estado visa salvaguardar direitos fundamentais dos cidadãos, bem como evitar abusos por parte dos órgãos estatais. Ao se limitar a valoração dos

54. Cf. Costa Andrade, impossível criar um modelo perfeito para utilização dos conhecimentos fortuitos, haja vista as inúmeras possibilidades que podem decorrer de uma escuta telefônica. O autor faz um paralelo entre a jurisprudência e a doutrina alemã e o entendimento Português sobre valoração de conhecimentos fortuitos. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, p. 369-408, 1991.

55. GÖSSEL, Karl-heinz. As proibições de provas no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, 1992. p. 412-413.

56. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, 1991. p. 406.

57. Cf. Roxin, a valoração de conhecimentos fortuitos decorrente de uma interceptação telefônica gerada para investigar uma associação criminosa que não se confirma, pode facilmente, "induzir o expediente fácil da invocação de um crime de associação criminosa, apenas com o propósito de, em contravenção da intencionalidade da lei, estender as escutas telefônicas a crimes a que a medida não poderia, pura e simplesmente, aplicar-se." (Apud ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, 1991. p. 407).

conhecimentos fortuitos aos crimes pertencentes ao catálogo, evita-se que agentes do Estado possam burlar a limitação imposta pela lei, para se chegar ao descobrimento de crimes que não podem ser objeto de interceptação telefônica.

Assim, concluo que, não se tratando de temas de provas proibidas, estando presentes conhecimentos fortuitos decorrentes de uma interceptação telefônica licitamente deferida, devem ser eles valorados, mas apenas quando se trate de crimes pertencentes ao catálogo.

3. A questão da competência

3.1. Competência para ordenar a interceptação telefônica ou outra comunicação de pessoa com foro privilegiado

Quando a autoridade é o alvo da interceptação telefônica ou de qualquer outro tipo de comunicação, tanto Brasil como Portugal possuem reserva de jurisdição acerca do tema.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 102, I, *b*, traz a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os crimes comuns do Presidente da República. Não há menção expressa na CF sobre os meios de provas, também não há necessidade, posto que o termo "processar" envolve todos os atos do processo.

O art. 1º da Lei Federal n. 9.296/96, que dispõe acerca do tema, determina que a interceptação de comunicação telefônica é de competência do juiz da ação principal, não havendo qualquer dúvida acerca da competência do STF como único órgão competente, capaz de determinar a interceptação telefônica do Presidente da República.

O que não consta referência no Brasil, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, é o que ocorre quando essa autoridade aparece como interlocutora de uma conversa legalmente interceptada.

Em Portugal, a disposição legislativa é um pouco diferente do que consta no Brasil. O Código de Processo Penal, em seu art. 11, alínea b do nº 2, textualmente, se refere como sendo de competência do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça a autorização da interceptação, assim como a gravação e a transcrição da conversa em que intervenha o Primeiro-Ministro.

A palavra "intervenha", constante no artigo anteriormente referido, amplia o alcance da norma. Intervir significa participar, interceder, entrar como parte, ou seja, basta que o Primeiro-Ministro faça parte da conversa para que a competência passe a ser do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

Simeão, Renata Costa Farias. Quem está ao telefone? Escuta telefônica e a questão do foro dos interlocutores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

A nosso ver, esse art. 11, alínea b do n º 2 do CPP contém um grave problema contextual, que se revelou quando da interceptação telefônica do Primeiro-Ministro português, no caso conhecido como "Face-oculta".

Segundo Inês Leite[58], o artigo referido causou uma redução na competência jurisdicional do juiz das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça, que ficam responsáveis por todos os atos na fase de inquérito dos crimes praticados pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia da República e pelo Primeiro-Ministro no exercício das funções, conforme art. 11, nº 7, com exceção da interceptação telefônica que deverá ser requerida pelo Ministério Público ao Presidente do STJ (estando ou não o crime dentro das funções das autoridades referidas).

Conforme a autora, há uma razão para tal separação de competência, uma vez que, em relação às escutas telefônicas, o legislador visou

> "proteger a reserva no exercício dessas funções (dado o caráter amplamente difuso das escutas no que respeita à intromissão no exercício das funções) e o controle do carácter sigiloso de eventuais segredos ou questões de Estado que venham a ser abrangidas pelas escutas."

Mas e quando a autoridade é fortuitamente escutada? "Se houver indícios de autoria de crime atribuível ao agente com prerrogativa de função, a interceptação não deve prosseguir se a ordem não tiver sido emanada do órgão do Poder Judiciário competente para processá-la e julgá-la."[59]

O Superior Tribunal de Justiça no Brasil já decidiu que o simples fato de constar a escuta acidental de uma autoridade com foro privilegiado não faz com que os autos sejam remetidos automaticamente à autoridade competente para processá-la. Há necessidade de um contexto fático claro

> "do qual se possa, com segurança, depreender, a partir dos diálogos dos investigados com pessoa detentora de foro especial, que há indícios concretos de envolvimento dessa pessoa com a prática de crime(s), que será imperativo o envio dos elementos de informação ao tribunal competente."[60]

58. LEITE, Inês Ferreira. O novo regime das escutas telefônicas. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). D*ireito da investigação criminal e da prova*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 267.

59. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 641.

60. "Nem mesmo a referência a favores pessoais, a contatos com terceiros, a negociações suspeitas implica, *de per si*, a inarredável conclusão de que se está diante de práticas criminosas

Ou seja, é indispensável que haja, por parte da autoridade policial e judiciária responsáveis pela escuta telefônica, uma avaliação para formar convencimento de que a autoridade possui algum envolvimento com o crime.

Nestor Távora e Rosmar Alencar discordam da interpretação dada pelo Tribunal brasileiro, entendendo que fere a competência do foro privilegiado deixar a interpretação a cargo "da autoridade policial ou do juiz, a respeito do possível envolvimento da pessoa com prerrogativa de função em infração penal". Segundo eles, seria melhor ter fixado jurisprudência no sentido de que os autos fossem enviados ao juízo competente para julgar a autoridade, sempre "diante do travamento de conversa indicativa de qualquer suspeita, e não somente dos chamados 'indícios concretos'." [61]

Um pouco diferente e amplo é o entendimento que devemos ter em relação à legislação portuguesa. Em caso de escuta acidental das três maiores autoridades da República, independentemente da existência ou não de indícios de participação no crime, deverão ser imediatamente remetidas ao Presidente do STJ, nos termos do art. 11, n. 2, b.[62]

Havendo fundadas suspeitas de que a autoridade com foro privilegiado é autora ou coparticipante do crime, resta caracterizada a incompetência do juízo de

merecedoras de imediata apuração, notadamente quando um dos interlocutores integra um dos Poderes da República e, portanto, pode ter sua honorabilidade e imagem pública manchadas pela simples notícia de que está sob investigação. Isto é: aquilo que se imagina ser uma prerrogativa e uma proteção ao agente político, a depender da situação, pode converter-se em precipitada conclusão tendenciosa e nefasta ao patrimônio moral da autoridade. Dito de modo mais específico, a simples captação de diálogos de quem detém foro especial com alguém que está sendo investigado por práticas ilícitas não pode conduzir, tão logo surjam conversas suspeitas, à conclusão de que a referida autoridade é participante da atividade criminosa investigada ou de outro delito qualquer, sendo mister um mínimo de avaliação quanto à idoneidade e à suficiência de dados para desencadear o procedimento esperado da autoridade judiciária responsável pela investigação. Em verdade, há de se ter certo cuidado para não se extraírem conclusões precipitadas ante a escuta fortuita de conversas." (STJ. Informativo n. 575, de dezembro de 2015 a fevereiro de 2016 (Sexta Turma, HC 307.152/GO, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 15.12.2015). Disponível em: [ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo]. Acesso em: 10.07.2018.

61. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 642.

62. Nesse sentido: LEITE, Inês Ferreira. O novo regime das escutas telefônicas. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 267.

1º grau, devendo a análise das provas colhidas durante a interceptação telefônica ser enviada ao Ministério Público competente para proceder com as medidas judiciais cabíveis.

Por ser o *dominus litis* da ação penal, é o representante do Ministério Público que deve analisar as gravações e decidir se a autoridade interceptada atua como suspeito, arguido ou intermediário.

Quanto ao processo no qual figuram no polo passivo pessoas com e sem foro por prerrogativa de função, há sempre a possibilidade de desmembramento dos autos, com o processamento em instâncias judiciais diferentes. Mas e a gravação que acidentalmente implicou a participação da autoridade no crime investigado poderá ser replicada e utilizada também no processo em 1º grau? Entendemos que, não se tratando de segredo profissional, de funcionário ou de Estado e havendo importância das gravações para o perfeito andamento do processo, devem as gravações, ainda que contenham conversas com pessoas detentoras de foro privilegiado, ser utilizadas no julgamento de 1º grau.

Assim como também entendemos que, após a análise do órgão ministerial acerca da inexistência de participação da autoridade no cometimento do crime, mas havendo importâncias das gravações ao processo de 1º grau, devem elas ser enviadas a esse juízo para serem utilizadas no processo que lhe deu causa. Aqui também vale a ressalva do tema relativo ao segredo de profissão, de funcionário ou de Estado.

Não faz sentido que a prova colhida em uma interceptação telefônica seja destruída pelo simples fato de constar como um interlocutor acidental uma autoridade com foro privilegiado. O que faz a prova se tornar imprestável, ilícita e, por consequência, ocasionar sua inutilização, é a forma como ela é colhida ou seu conteúdo, jamais em virtude de uma imunidade em relação à pessoa.

3.2. Competência para determinar a junção aos autos ou destruição de conversas telefônicas ou outras comunicações em que intervenham pessoas com foro privilegiado

Voltando rapidamente aos casos apresentados, em que as escutas telefônicas foram pelas instâncias superiores decretadas nulas, é hora de fazer a seguinte pergunta: de quem é a competência para determinar a junção aos autos ou a destruição das conversas ou outras comunicações em que intervenham pessoas com foro privilegiado?

Costa Andrade, ao escrever artigo intitulado "Escutas telefônicas, conhecimento fortuito e Primeiro Ministro", deixa claro seu posicionamento sobre as

Simeão, Renata Costa Farias. Quem está ao telefone? Escuta telefônica e a questão do foro dos interlocutores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

competências do Presidente do STJ e do juízo de primeiro grau que decretou as escutas com relação à interpretação da alínea b, do n. 2 do art. 11 do CPP Português. Segundo ao autor:

> "Se aqui se suscitasse, por qualquer razão de fundo, de forma ou de procedimento, o problema da validade das escutas, a resposta caberia não ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, mas ao juiz da instrução do processo em cujo âmbito a escuta foi *ab initio* autorizada e realizada. E, sendo caso disso, com recurso para Relação competente. Ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça cabe apenas decidir da admissibilidade da valoração ou aproveitamento probatório dos conhecimentos fortuitos."[63]

São postas duas competências diferentes, sem que uma intervenha na outra, deixando claro que cada órgão jurisdicional terá seu campo de atuação dentro dos limites legais estabelecidos na legislação. Ao juiz que decretou a escuta cabe a competência de validar ou não a prova. Já ao Presidente do STJ, a quem o Código de Processo Penal determinou a competência para autorizar a interceptação, gravação e a transcrição de conversas em que intervenha o Primeiro-Ministro, bem como determinar a destruição nos termos do art. 187 a 190, caberia a competência apenas da valoração dos conhecimentos fortuitos.

Costa Andrade nos faz lembrar que a interpretação da norma nunca pode ser feita apenas na sua literalidade, muito menos de forma isolada, sem contextualização, como se fosse autossuficiente e não fizesse parte de um conjunto. Como poderia o juiz de primeira instância, ao determinar escuta telefônica de um arguido envolvido em crimes como corrupção, antever que, nessa prova, iriam ser colhidas conversas com pessoa detentora de foro privilegiado? Se isso fosse possível, não estaríamos falando de juízes, mas sim de mágicos, bruxos ou coisas semelhantes.

Não nos parece fazer sentido que a alínea b, do n. 2 do art. 11 do CPP tenha se referido a toda e qualquer conversa que intervenha o Primeiro-Ministro, mas sim às conversas que tenham como alvo tal autoridade.

> "Pela natureza das coisas, a recolha dos conhecimentos fortuitos tem a marca incontornável da álea e da surpresa: não pode ser antecipada ou prevista, menos ainda acautelada. A legalidade da sua recolha e a legitimidade da sua valoração não dependem, por isso, de uma – impossível – autorização do juiz

63. ANDRADE, Manuel Costa. Escuta telefónica, conhecimento fortuitos e Primeiro Ministro. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n. 3962, ano 139, 2009. p. 287.

> de instrução. A legalidade e a validade dos conhecimentos fortuitos dependem exclusivamente da legalidade e validade originária das escutas em cuja rede eles acabaram por cair. Os problemas de proibição de produção de prova que teoricamente poderiam referenciar-se em matéria de conhecimento fortuito confundem-se, pura e simplesmente, com os problemas de proibição de produção que, à partida, possam ou não inquinar as próprias escutas que permitiram alcançar aqueles conhecimentos."[64]

Ampliando o alcance dos ensinamentos de Costa Andrade e não se limitando aos conhecimentos fortuitos, temos que, em uma interceptação telefônica, estaremos sempre diante de um binômio: prejuízo *versus* lucro, e a surpresa será sempre elemento essencial desse tipo de prova. Não se pode prever com quem o interlocutor irá conversar, nem mesmo se dessa conversa surgirão apenas conhecimentos da investigação ou também conhecimentos fortuitos.[65]

Não faz sentido o legislador, na redação da alínea b, do n. 2 do art. 11 do CPP, ter criado uma nulidade absoluta das provas obtidas mediante interceptações telefônicas sempre que uma das autoridades lá referidas intervenha na conversa, uma vez que a prova não foi deferida pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça investido na figura de juiz da instrução. Seria como se a legislação criasse quase que uma barreira, tornando inatingível a autoridade que venha a ser interceptada em uma conversa que está sendo legalmente escutada.

Porém, o Presidente do STJ, em decisão que obteve a concordância do Procurador-Geral da República, manteve entendimento diferente. Para eles as escutas telefônicas que interceptaram o Primeiro-Ministro são nulas por violarem o referido artigo do CPP, ou seja, só poderia haver interceptação telefônica do Chefe de Governo, seja ele alvo direto da investigação ou apenas um interlocutor de um

64. Ibid., p. 286.

65. Conhecimento da investigação "serão os factos, obtidos através de uma escuta telefônica legalmente efectuada, que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela ou a um outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele." Já os conhecimentos fortuitos se caracterizam por serem "aqueles factos (ou conhecimentos obtidos através de uma escuta telefônica legalmente efectuada e que não se reportem, nem com crime cuja investigação determinou a realização daquela, nem a qualquer outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele." (AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004. p. 17-18).

dos alvos do processo investigatório, quando referida prova fosse deferida pelo Presidente do STJ.[66]

Outro entendimento surge com António Henriques Gaspar[67], ao entender que o Presidente do STJ é responsável pela gravação, transcrição e destruição das interceptações que tenham o Primeiro-Ministro como interlocutor do arguido. A interceptação ficaria a cargo do juiz presidente do processo em curso. Nesse caso, haveria uma cisão do texto da alínea b, do n. 2 do art. 11 do CPP, o que implica uma interpretação não literal do disposto.

Nesse momento, necessário fazer uma distinção entre as etapas de uma interceptação telefônica. Renato Brasileiro explica que:

> "Quanto à natureza jurídica da interceptação telefônica em sentido estrito, deve-se entender que as comunicações telefônicas, *de per si*, são fontes de prova, pois é delas que se extrai a comprovação de uma infração penal ou o envolvimento de um agente com o crime. A interceptação telefônica, por sua vez, funciona como meio de obtenção de prova, mais especificamente, como medida cautelar processual, de natureza coativa real, consubstanciada em uma apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica. De seu turno, a gravação da interceptação das comunicações telefônicas é o resultado da operação técnica e, portanto, a materialização da fonte de prova. Por fim, a transcrição das gravações funciona como o meio de prova, que será juntado aos autos para que possa ser valorado pelo magistrado."[68]

Ada Pellegrini também se manifesta nesse sentido ao afirmar que a conversa telefônica não pode ser meio de prova[69]. Para a autora o meio de prova será "o instrumento idôneo para atestar a sua existência, isto é, sua representação

66. ANDRADE, Manuel Costa. Escuta telefónica, conhecimento fortuitos e Primeiro Ministro. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n. 3962, ano 139, 2009. p. 271.

67. GASPAR, António Henriques et al. *Código de Processo Penal comentado*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 57.

68. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 739.

69. Nesse sentido, Guedes Valente: "a escuta telefônica apenas serve para obter prova, pois não é por si só uma prova." (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado: buscas domiciliares nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações. *Criminalidade organizada e criminalidade de massa*: interferência e ingerências mútuas. Coimbra: Almedina, 2009, p. 175).

(documentação) ou eventualmente sua reconstrução histórica (narração de testemunhas). A conversa telefônica, pois, é fonte, e não meio de prova".[70]

Diante dessa diferenciação, não podemos entender possível o Presidente do STJ ser responsável pela gravação, transcrição e destruição das interceptações, conforme citado anteriormente no entendimento de Henriques Gaspar. A interceptação (medida cautelar processual) e a gravação (resultado da operação técnica) constituem duas faces da mesma moeda, quando se trata de uma interceptação telefônica em sentido estrito.[71] Ao tomar conhecimento que um dos interlocutores é pessoa detentora de foro privilegiado, a transcrição da conversa, que constitui efetivo meio de prova, deve, nos termos da alínea b, do n. 2 do art. 11 do CPP Português, ficar a cargo do Presidente do STJ. Essa é, a nosso sentir, a interceptação que se vislumbra mais viável diante da confusa redação do texto legislativo.

Costa Andrade, ao se referir aos meios ocultos de investigação, diz que o Direito português "caracteriza-se pelas lacunas e descontinuidades, incongruências e inconsistências e, sobretudo, por insustentáveis contradições e assimetrias normativas, axiológicas e político-criminais."[72] É o que se vê com a redação do CPP referente às escutas telefônicas das altas autoridades da República.

Em nosso entendimento, o juiz da operação "face oculta", ao perceber a interceptação do Primeiro-Ministro, agiu corretamente ao remeter as gravações ao Procurador da República. Apenas o representante do Ministério Público, por ser o *dominus litis* da ação penal, tem competência para analisar se há ou não participação da autoridade no cometimento do crime. Lembrando que a destruição das gravações pelo Presidente do STJ só pode ser realizada de forma imediata quando presente uma das hipóteses do n. 6 do art. 188 do CPP, o que não ocorreu no caso.

70. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 264.

71. Interceptação em sentido estrito diz respeito à captação de comunicação telefônica entre pessoas por um terceiro, sem que haja o conhecimento dos interlocutores. Já a escuta telefônica é a captação de conversa telefônica com o conhecimento de um dos interlocutores. Sobre o assunto cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 736-737. A legislação portuguesa refere-se à escuta telefônica o que o Brasil tem como interceptação telefônica.

72. ANDRADE, Manuel Costa. *"Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. 7. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 109.

Caberia ao juiz que determinou a interceptação em que o Primeiro-Ministro foi interceptado requerer ao Presidente do Supremo as transcrições das conversas que tenham interesse para descoberta da verdade processual, conforme consta no art. 187 do CPP. Apenas com o deferimento do Presidente do STJ é que o meio de prova, consubstanciado pela transcrição da conversa, poderá fazer parte do processo de 1º grau e, consequentemente, ser valorado pelo juiz.

A negativa de transcrição por parte do Presidente do STJ deve seguir as regras previstas nos art. 187 e seg. do CPP, não sendo válido o argumento de que a interceptação telefônica e inválida por não ter sido deferida por ele, nos termos da alínea b, do n. 2 do art. 11. Não o foi e nem poderia ser, já que estamos tratando de conhecimento fortuito. Mas a existência de segredo de Estado é matéria legítima para o Presidente do STJ determinar a destruição da prova.

A autorização dada pelo Presidente do STJ para transcrição das conversas que têm como interlocutor o Primeiro-Ministro configura, a nosso sentir, uma ampla autorização ao juízo de 1º grau de utilização da prova, seja em nível de defesa, seja em nível de acusação, restando claro aqui que a autoridade detentora do foro não é o arguido da lide e, nem pode ser, sob pena de ferir a competência do pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (art. 11, alínea a, inciso 3 do CPP).

No Brasil, tal interpretação não é possível, em virtude da falta de disposição legislativa similar ao que consta no art. 11 do CPP Português. Existe uma larga jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) acerca da intercepção telefônica. Três entendimentos são importantes para traçar um paralelo com a pergunta constante no início deste tópico.

Maria Thereza de Assis[73], ao analisar as interceptações telefônicas na jurisprudência brasileira, no ponto referente aos conhecimentos fortuitos, informa que o importante para os Tribunais é saber se a interceptação foi validamente decretada, tendo observado todos os requisitos legais[74] impostos para o deferimento da

73. MOURA, Maria Thereza de Assis. Interceptação telefônica e telemática na jurisprudência brasileira. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons/CEDPAL, 2017. p. 177.

74. No Brasil, a Lei n. 9.296/1996 regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal ("é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"). Referido inciso já traz uma restrição às interceptações quando determina que a medida apenas pode ser usada para fins de investigação criminal ou instrução

medida excepcional. Nesse caso, é possível a utilização dos conhecimentos fortuitos, inclusive para subsidiar denúncia por crime punido com detenção, que pela via expressa da lei, não pode ser alvo desse tipo de prova.

Um segundo entendimento diz respeito à possibilidade de utilização dos elementos colhidos na interceptação telefônica validamente decretada em investigação criminal, em outros processos sancionadores, seja no âmbito penal ou administrativo[75].

Por fim, a lei que regulamentou as interceptações criou cláusula de reserva de jurisdição ao restringir as interceptações à ordem do juiz competente da ação principal. Nesse ponto, os Tribunais admitem a validade das interceptações realizadas por juiz incompetente, na medida em que, à época das investigações, os fatos demonstravam a competência do juízo, mas que, diante do avanço da apuração, há a descoberta de novos elementos capazes de alterar a competência inicial.

Em síntese, temos que a jurisprudência brasileira admite a utilização do empréstimo da prova colhida pela interceptação telefônica em processos não penais; admite igualmente a interceptação decretada por juiz inicialmente competente que, durante as investigações, se tornou incompetente; bem como a utilização dos conhecimentos fortuitos para fundamentar denúncia de crime punido por detenção. Então, por que a prova decorrente da interceptação telefônica decretada por juiz competente e que, por uma eventualidade, interceptou conversa com pessoa detentora de foro privilegiado deve ser nula apenas por não ter sido deferida pelo Tribunal responsável pelo processamento e julgamento de tal autoridade?

Aqui cabe uma ressalva. O Supremo Tribunal Federal no Brasil, ao decretar a nulidade da prova no processo, a que nos referimos, o fez apenas ao que foi colhido após a ordem judicial de cessação das escutas, o que incluiu a conversa com a Presidente da República. O fundamento foi que a interceptação era nula por carecer de ordem judicial, o que fere frontalmente a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XII. Durante a argumentação, o Ministro relator inclusive

processual penal. A Lei regulamentadora acrescentou os seguintes requisitos: ordem judicial decretada por juiz competente para o processamento da ação principal; indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; a prova não puder ser feito por outros meios disponíveis; o fato investigado deve ser punido com pena de reclusão e o pedido deve conter descrição clara da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

75. MOURA, Maria Thereza de Assis, op. cit., p. 186.

corrobora com o entendimento segundo o qual a simples aparição de indícios contra a autoridade não torna a prova inválida por si só:

> "É certo que eventual encontro de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro especial durante atos instrutórios subsequentes, por si só, não resulta em violação de competência desta Suprema Corte, já que apurados sob o crivo de autoridade judiciária que, até então, por decisão da Corte, não violava competência de foro superior (RHC 120379, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, *DJe* 24.10.2014; AI 626214-AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJe* 08.10.2010; HC 83515, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, *DJ* 04.03.2005; Rcl 19138 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, *DJe* de 18.03.2015 e Rcl 19135 AgR, Relator(a): Min. TEORI Zavascki, *DJe* de 03.08.2015; Inq 4130-QO, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 23.09.2015)."[76]

Parece uma contradição com o que vem logo a seguir. Em linhas posteriores, o Min. Relator entendeu que o juiz de primeiro grau exorbitou sua competência, ao decidir valorar a prova, e, consequentemente, violou a competência do Supremo em relação à decisão de cisão das investigações que contenham pessoas detentoras de foro por prerrogativa de função.

> "Enfatiza-se que, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal, e não a qualquer outro juízo, decidir sobre a cisão de investigações envolvendo autoridade com prerrogativa de foro na Corte, promovendo, ele próprio, deliberação a respeito do cabimento e dos contornos do referido desmembramento (Rcl 1121, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 04.05.2000, DJ 16.06.2000 PP-00032 EMENT VOL-01995-01 PP-00033; Rcl 7913 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12.05.2011, *DJe*-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09.09.2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00066). No caso em exame, não tendo havido prévia decisão desta Corte sobre a cisão ou não da investigação ou da ação relativamente aos fatos indicados, envolvendo autoridades com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, fica delineada, nesse juízo de cognição sumária, quando menos, a concreta probabilidade de violação da competência prevista no art. 102, I, *b*, da Constituição da República. 8. Diante da relevância dos fundamentos da reclamação, é de se deferir a liminar pleiteada, para que esta Suprema Corte, tendo à sua disposição o inteiro teor das investigações promovidas, possa, no exercício de sua competência constitucional, decidir acerca do cabimento ou não do seu desmembramento, bem como sobre a legitimidade ou não dos atos até agora praticados."

76. Rcl 23457, rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. 22.03.2016, *DJe* 30.03.2016.

Apesar da fundamentação de nulidade ter sido baseada na falta de ordem judicial, em virtude da hora em que se deu a interceptação da conversa com a Presidente da República, o corpo da decisão traz diversas teses jurídicas acerca da valoração da prova, prerrogativa de foro, cisão das investigações e violação de competência constitucional.

O caso brasileiro serve apenas como norte para a investigação a que o presente trabalho se pretende. O fato da conversa gravada, na qual um dos interlocutores era detentor de foro privilegiado, ter sido realizada mais de duas horas após a ordem de cessação da escuta é causa legítima para invalidar a escuta, conforme decisão do STF.

Mas, digamos que a conversa tenha sido interceptada ainda quando existente a ordem judicial, seria ela inválida por ferir a competência do STF? Entendemos que a ordem de interceptação, gravação, transcrição e juntada do meio de prova aos autos seriam legítimas, pois há o cumprimento efetivo das normas que regem a matéria. Não haveria aqui possibilidade de cisão, conforme entendemos ser possível diante do CPP português.

Considerações finais

Relembrando nosso caso paradigma: uma escuta telefônica legalmente deferida por juiz de 1º grau de jurisdição. O meio de prova intercepta a conversa do investigado com uma autoridade. Essa autoridade possui foro especial para processamento e julgamento em instância jurisdicional diferente daquela que autorizou a escuta.

Desse caso apontam algumas possibilidades: (a) a escuta contém conhecimentos fortuitos que implicam a participação da autoridade como autora de crime; (b) ainda que haja conhecimentos fortuitos contra a autoridade, a gravação é de extrema relevância para a defesa de um dos investigados no processo que lhe origina; (c) há apenas conversas que interessam ao processo de primeiro grau como meio de prova, sem qualquer implicação para a autoridade.

Nas três situações expostas, é possível a utilização da prova no processo de primeiro grau? Faz diferença o tipo de conhecimento, fortuito ou de investigação em que a "autoridade fortuita" se envolve? Essas foram as perguntas a que nós nos propusemos a responder e, em termos de conclusões, vejamos:

(i) Em caso de conhecimentos fortuitos que impliquem a participação da autoridade como autora de crime, tanto a legislação portuguesa como a brasileira determinam a remessa dos autos ao Tribunal competente, sob pena de violação da prerrogativa de foro e da competência jurisdicional imposta pela Lei.

Em caso de confirmação da participação ativa da autoridade, a prova decorrente da escuta telefônica poderá ser utilizada pela instância superior, seja para dar início a uma investigação, seja para consubstanciar uma denúncia, podendo até ser utilizada como meio de defesa.

Ressalvamos aqui, conforme o entendimento explicitado no item 2, que os conhecimentos fortuitos só poderão ser objetos de valoração processual quando se trate de crimes pertencentes ao catálogo. Em se tratando de condutas que não façam parte dessa listagem, poderão as informações ser utilizadas como *notitia criminis* para dar início a um novo processo investigativo.

(ii) Uma vez remetidos os autos à instância jurisdicional competente para o processamento da autoridade e constatada a existência de conhecimentos fortuitos que a impliquem como autora do crime, há possibilidade de ocorrer o desmembramento do processo. Retorna-se ao juízo de primeiro grau o processo referente à(s) pessoa(s) que não detêm a prorrogativa.

Nesse caso, e não se tratando de "temas proibidos de prova", entendemos ser possível que o resultado da escuta telefônica possa ser utilizado como prova no processo de 1º grau de jurisdição, tanto pela acusação quanto pela defesa.

Ainda que a instância superior declare a prova imprestável de ser valorada contra a autoridade, entendemos que sua utilização no processo que lhe deu origem deve ser ampla e irrestrita, principalmente em se tratando da defesa, baseado no princípio basilar da ampla defesa.

(iii) Quando a autoridade é interceptada fortuitamente, mas não havendo qualquer indício de participação em crime, não vislumbramos a necessidade de envio dos autos ao órgão jurisdicional superior, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Em Portugal, tendo em vista a redação da alínea b, do n. 2 do art. 11 do CPP, entendemos ser de responsabilidade do Presidente do STJ a determinação para transcrições das conversas, momento em que pode ser avaliada a existência ou não de segredo de Estado ou indícios de cometimento de crime por parte da autoridade. Não ocorrendo nenhuma das duas hipóteses, não nos parece juridicamente correto que o Presidente do STJ determine a destruição das provas ou mesmo impeça a sua valoração pelo juiz de 1º grau.

Deixamos registrado que nossa hipótese de investigação não contempla os casos em que investigadores maliciosos se utilizam das escutas, de forma transversa, para se chegar até uma autoridade, sabedores de que não detêm competência para tal ato em virtude do foro diferenciado. Nesse caso o efeito-à-distância seria a

Simeão, Renata Costa Farias. Quem está ao telefone? Escuta telefônica e a questão do foro dos interlocutores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

> "única forma de impedir que os investigadores policiais, os procuradores e os juízes menos escrupulosos se aventurem à violação das proibições de produção de prova na mira de prosseguirem sequências investigatórias às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição pelo Estado de Direito".[77-78]

No Brasil, ressalvada essa possibilidade e, havendo nas gravações apenas conhecimento de investigação que não implique cometimento de crime por parte da autoridade, defendemos que o juiz de 1º grau tem toda autonomia para valoração da prova, sem a ingerência das instâncias superiores, inclusive podendo figurar no processo a autoridade como testemunha, nos termos da legislação processual.

Referências bibliográficas

AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004.

AGUILAR, Francisco. Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de Processo Penal português. *O Direito*, Lisboa, ano 148, n. III, p. 559-583, 2016.

ANDRADE, Manuel Costa. *"Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. 7. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

ANDRADE, Manuel Costa. Escuta telefónica, conhecimento fortuitos e primeiro ministro. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n. 3962, ano 139, p. 269-289, 2009.

ANDRADE, Manuel Costa. Métodos ocultos de investigação: plädoyer para uma teoria geral. In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

77. MENDES, Paulo de Sousa. O efeito-à-distância das proibições de prova. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 74, p. 219-228, 2013. Disponível em: [www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401215359.pdf]. Acesso em: 10.06.2019.

78. A doutrina dos "frutos da árvore envenenada", como é conhecida no Brasil a teoria estadunidense acerca da contaminação das provas secundárias (efeito-à-distância) que derivam de provas que atentam contra os direitos de liberdade, não é objeto de estudo no presente texto, haja vista o corte epistemológico traçado pela autora. O objeto de estudo, conforme já mencionado, gira em torno da legalidade da recolha da prova, sendo analisada e discutida a possibilidade de valoração ou não da prova.

ANDRADE, Manuel Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

ANDRADE, Manuel Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, p. 369-408, 1991.

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal: Revista electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Chile, n. 7, p. 1-51, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação%20%20THIAGO%20ANDRÉ%20PIEROBOM%20DE%20ÁVILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf]. Acesso em: 06.06.2018.

CORREIA, João Conde. *Contributo para análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

DEGANELLO, Mario. *Presidenza della repubblica ed intercettazioni fortuitamente apprese: una decisione non sufficientemente meditata della corte costituzionale*. 2014. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it/upload/1393057562DEGANELLO_2014.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

FACCINI NETO, Orlando. Prova ao acaso – os conhecimentos fortuitos nas escutas telefônicas, os limites do direito e as vanidades normativas – Portugal e Brasil. *Revista Jurídica Lex*, n. 58, p. 360-399, 2012.

GASPAR, António Henriques et al. *Código de Processo Penal comentado*. Coimbra: Almedina, 2014.

GIOSTRA, Glauco. *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*. 2007. Disponível em: [www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0017_nota_390_2007_giostra.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

GOMES, Luiz Flávio. Escutas telefônicas. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. 2009. Disponível em [ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595]. Acesso em: 06.06.2019.

GÖSSEL, Karl-heinz. As proibições de provas no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 3, p. 397-441, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Linhas Gerais sobre direito sucessório na antiguidade: do Egito ao direito Romano. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, p. 118-141, nov. 2014.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. *Jornada de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Lisboa: Almedina, 2004.

LEITE, André Lamas. As escutas telefónicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 01, p. 09-58, 2004.

LEITE, Inês Ferreira. O novo regime das escutas telefônicas. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Lisboa: Almedina, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de provas no processo penal. *Jornada de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa. O efeito-à-distância das proibições de prova. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 74, p. 219-228, 2013. Disponível em: [www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401215359.pdf]. Acesso em: 10.06.2019.

MOREIRA, Adriano. Notas sobre segredo de Estado. *Revista de Ciência Política*, Lisboa, n. 5, 1987.

MOURA, Maria Thereza de Assis. Interceptação telefônica e telemática na jurisprudência brasileira. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons/CEDPAL, 2017.

PRADO, Geraldo. Limites às interceptações telefônicas: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a alteração introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei n. 48/2007). In: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho (Org.). *Processo penal do Brasil e de Portugal*. Estudo comparado: as reformas portuguesas e brasileira. Lisboa: Almedina, 2009.

RODRIGUES, Cláudio Lima. *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*. Lisboa: Verbo Jurídico, 2013. Disponível em: [www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/claudiorodrigues_conhecimentosfortuitos.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

RICO, Ricardo Hernán Medina. Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.

SANTOS, Diego Prezzi; AMARAL, Antonio José Mattos do. Sigilo telefônico nas constituições de Brasil e Portugal: análise do tratamento da medida na lei e na jurisprudencial e o limite entre proteção deficiente e eficiente. *Revista do Direito Público*, v. 11, n. 1, p. 9-39, 30 abr. 2016. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.5433/1980-511x.2016v11n1p9].

SERGIO SOBRINHO, Mario. *Segredo de Estado e prova ilícita*. 2000. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime 42.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado: buscas domiciliares nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações. *Criminalidade organizada e criminalidade de massa*: interferência e ingerências mútuas. Coimbra: Almedina, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Conhecimento fortuito: a busca de um equilíbrio apuleiano! Coimbra: Almedina, 2006.

VARGAS, Rafael Gullok. *Las intervenciones telefónicas*: con jurisprudencia dela Sala constitucional. San Joaquín de Flores: Escuela Judicial, 2008.

VON BELING, Ernest. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal. In: VON BELING, Ernest; AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julian. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009.

WINTER, Lorena Bachmaier. Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Coordenação: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes. Lisboa: Almedina, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Considerações sobre a quebra do sigilo de dados telefônicos, de João Daniel Rassi e Luís de Carvalho Cascaldi - *RDCom* 3/97-124 (DTR\2011\1891);
- Diagnóstico sobre o uso das interceptações telefônicas no Brasil: uma análise quantitativa e comparativa dos dados até 2018, de Antonio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares - *RBCCrim* 161/101-130 (DTR\2019\40776); e
- Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato?, de Leonardo Augusto Marinho Marques - *RBCCrim* 122/205-227 (DTR\2016\22990).

Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal

Cooperation agreements and negotiations in Brazilian criminal justice: agreements to penal sanction based on the defendant conformity

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF (mestrado/doutorado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da RBDPP. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal. orcid.org/0000-0003-2020-5516
vinicius.vasconcellos@ueg.br

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo pretende apresentar o cenário atual dos acordos para aplicação de sanção penal por consenso do réu no processo penal brasileiro. Para tanto, expõe-se as características básicas do processo penal brasileiro, os mecanismos atuais de acordos criminais e a descrição da aplicação prática dos acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato. Conclui-se que, embora ainda inexista mecanismo que possibilite uma condenação sem processo, os institutos atuais autorizam a imposição de sanções penais sem processo e caracterizam hipóteses que fogem à lógica tradicional da obrigatoriedade da ação penal. Assim, com certas distinções, pode-se verificar no Brasil a tendência de administrativização da justiça penal.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Acordos penais – Justiça criminal negocial – Administrativização – Processo penal.

Abstract: This article intends to present the current situation of agreements for criminal sanction with the defendant's consent in the Brazilian criminal justice. To this end, it will expose the basic characteristics of the Brazilian criminal process, the current mechanisms of criminal agreements, and the description of the practical application of collaboration agreements in *Operation Lava Jato*. It concludes that, although there is still no bargain that allows a conviction without process, the current mechanisms authorize the imposition of criminal sanctions without process and characterize hypotheses that diverges of the traditional logic of legality in criminal procedure of non-adversarial systems. Thus, with certain distinctions, the tendency of administratization of criminal justice can be verified in Brazil.

Keywords: Cooperation agreements – Plea bargaining – Negotiated criminal justice – Administratization – Criminal procedure.

Vasconcellos, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 166. ano 28. p. 241-271. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

Sumário: Introdução. 1. Premissas sobre o processo penal brasileiro. 2. Justiça criminal negocial no Brasil. 3. A colaboração premiada no processo penal brasileiro. 4. Os mecanismos de acordos penais brasileiros diante da tendência internacional de expansão do consenso e administrativização da justiça criminal. Considerações finais. Referências.

Introdução

De[1] um modo distinto da maioria dos países latino-americanos, o Brasil ainda não realizou uma reforma ampla em sua justiça criminal, que segue regida por um Código de Processo Penal de 1941, embora com alterações significativas em alguns capítulos.[2] Além disso, o Brasil parece ainda resistir à tendência internacional de expansão e generalização de acordos penais para imposição de sanções sem a necessidade do transcorrer integral do processo penal, com todas as suas garantias tradicionais.[3]

Nos últimos anos, inovações legislativas inseriram mecanismos de consenso penal, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada. Os três primeiros mecanismos citados possuem aplicabilidade limitada a crimes de menor gravidade, sem a possibilidade de imposição de pena de prisão, mas somente sanções não restritivas de liberdade, além de não ocasionar uma condenação formal contra o réu.

1. Este artigo é versão revisada e ampliada de relatório apresentado no "Seminario internacional. Justicia penal, abreviación y negociación en América Latina. Los aportes de la investigación empírica", coordenado pelos professores Máximo Sozzo e Máximo Langer, realizado nos dias 5 e 6 de dezembro de 2019 na Universidad Nacional del Litoral em Santa Fé/Argentina. Agradece-se aos referidos professores e aos demais pesquisadores presentes no seminário por suas críticas e sugestões a este artigo.
2. Sobre as reformas latino-americanas, ver: LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, p. 617-676, 2007.
3. Sobre tais tendências internacionais: ALKON, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant: a good idea for troubled criminal justice systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 19, p. 355-418, abr. 2010; TURNER, Jenia I. Plea barganing across borders. New York: Aspen, 2009; DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *World plea bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010; LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019.

Contudo, excluem por completo a necessidade do processo e de produção de provas para comprovação da culpa do imputado.

Já a colaboração premiada, em regra, mantém a necessidade de processo e tem finalidade exatamente probatória, pois impõe ao réu o dever de cooperar com a acusação para possibilitar, por exemplo, a punição dos corréus. Além disso, estruturou-se na Lei um sistema de negociações limitadas e necessária submissão à legalidade. Contudo, o exame dos dispositivos inseridos pela Lei 12.850/13, que, de modo inovador ao ordenamento brasileiro, regularam aspectos procedimentais da colaboração premiada, é fundamental, mas claramente insuficiente. A prática de realização da justiça criminal negocial no Brasil tem destoado profundamente das balizadas normativas impostas,[4] o que, inclusive, pode ser apontado como uma consequência inevitável das brechas que invariavelmente permeiam o cenário das negociações sobre a sanção criminal.

Examinar a legislação sobre colaboração premiada no Brasil e pensar que os acordos têm seguido os critérios e limites previstos na Lei é erro semelhante ao estudo de Lei de Execuções Criminais brasileira com a ideia de que todos os direitos dos presos ali louvavelmente previstos se realizam na prática, consolidando um sistema penitenciário que seria exemplar e elogiável, mas na realidade caracteriza cenário de graves violações a direitos fundamentais.[5] Portanto, a colaboração premiada no Brasil precisa ser analisada a partir de sua aplicação prática, com o exame de acordos realizados, especialmente em grandes operações investigativas (ex. Lava Jato), e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que interpretaram os dispositivos legais e complementaram omissões relevantes no procedimento negocial.

Nesse sentido, este estudo se fundamentará na análise de acordos realizados na operação Lava Jato e algumas das decisões proferidas no curso do referido processo. Neste trabalho, portanto, estudar-se-ão os acordos de colaboração

4. BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, ago. 2016. p. 376.

5. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu um "estado de coisas inconstitucional" no sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista as constantes e generalizadas violações a direitos fundamentais diante da superlotação em um cenário de encarceramento em massa. Assim, determinou a adoção de medidas para tentar reduzir os dados causados, como a realização de audiências de custódia, o descontingenciamento do fundo penitenciário (STF, ADPF 347 MC, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 19.02.2016).

premiada firmados, no âmbito da operação Lava Jato, entre o Ministério Público Federal e os acusados: Paulo Roberto Costa (Pet. 5.210 STF),[6] Alberto Youssef (Pet. 5.244 STF),[7] Delcídio do Amaral (Pet. 5.952 STF),[8] José Sérgio Machado (Pet. 6.138 STF)[9] e Joesley Batista (Pet. 7.003 STF).[10] Tais pactos já foram homologados pelo Supremo Tribunal Federal e divulgados publicamente na internet.

Assim, pretende-se verificar se os mecanismos consensuais e os acordos no processo penal brasileiro podem ser comparados ao cenário internacional de expansão da justiça criminal negocial e da barganha. Além da análise dos distintos institutos, em relação à colaboração premiada, questiona-se se os acordos realizados na operação Lava-Jato se conformam com os dispositivos legais vigentes no Brasil. Ademais, problematiza-se a possibilidade de conformação do cenário brasileiro atual ao fenômeno descrito por Máximo Langer como administrativização das condenações criminais.[11]

Assim, a partir das características dos mecanismos atuais de negociação no processo penal brasileiro, conclui-se que, embora ainda inexista possibilidade de

6. Acordo de colaboração firmado nas ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-71. 2014.404.7000 e na representação nº 5014901-94.2014.404.7000, todos perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf]. Acesso em: 14.11.2019.
7. Acordo de colaboração premiada realizado no âmbito das ações penais nº 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707-53.2014.404.7000, perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf]. Acesso em: 14.11.2019.
8. Acordo de colaboração premiada firmado no bojo dos Inquéritos n. 4170 e 3989 do STF. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/delacao-premiada-delcidio-amaral.pdf]. Acesso em: 14.11.2019.
9. Acordo de colaboração premiada firmado nos Inquéritos n. 4215/DF e 3989/DF e na Reclamação 17.623/PR, todos do STF. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf]. Acesso em: 14.11.2019.
10. Acordo de colaboração premiada firmado com a Procuradoria-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-as-condicoes-do-acordo-de-delacao-de-joesley-da-jbs]. Acesso em: 14.11.2019.
11. LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019. p. 2.

condenação sem processo, os institutos atuais autorizam a imposição de sanções penais sem processo e caracterizam hipóteses que fogem à lógica tradicional da obrigatoriedade da ação penal. Assim, com certas distinções, pode-se verificar no Brasil a tendência de administrativização da justiça criminal e das sanções penais impostas pelo Estado.

1. Premissas sobre o processo penal brasileiro

Inicialmente, em uma visão geral, o sistema processual penal brasileiro é descrito por parte da doutrina nacional como misto, porque estruturado em uma primeira fase inquisitiva, de investigação preliminar, e outra acusatória, de julgamento.[12] Em outro sentido, corrente crítica de autores sustenta ser ele, na verdade, inquisitivo em essência, pois permite-se a produção de provas de oficio pelo julgador[13] e não se delimita uma separação clara entre as fases investigativa e de julgamento.[14-15] Contudo, em termos constitucionais, afirma-se que a Constituição de 1988 consolidou um sistema acusatório, ao determinar, no art. 129, inc. I, que ao Ministério Público cabe, privativamente, a promoção da ação penal pública.[16]

12. NUCCI, Guilherme S. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 50.

13. Nos termos do art. 156 do CPP brasileiro, o julgador pode "I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida" e "II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

14. Conforme os arts. 12 e 155 do CPP brasileiro, o inquérito deve ser integralmente anexado aos autos do processo e o juiz pode considerar seus elementos na sentença, embora isso não possa ser fundamentação suficiente para condenação: "Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra"; "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

15. Afirmando tratar-se de sistema inquisitivo: COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 01, 2001. p. 28; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134-135.

16. O Supremo Tribunal Federal tem posição consolidada no sentido da adoção de um sistema acusatório, com a separação das funções de acusar e julgar, embora, em regra,

A primeira fase da persecução penal, embora não obrigatória,[17] é a de *investigação preliminar*. Em termos estritos, ela não é considerada processual, mas antecedente e preparatória,[18] podendo ocorrer em diversas formas, como inquérito policial, inquérito civil público, investigação direta pelo Ministério Público, CPI etc.[19] A investigação é, fundamentalmente, realizada em autos escritos, com publicidade limitada, e a sua função é preparar eventual oferecimento da denúncia para início do processo, além de assegurar a obtenção de elementos probatórios irrepetíveis.[20] Contudo, em visão ampla, pode-se afirmar que "a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto".[21]

O exercício do direito de defesa durante a etapa investigativa é parcialmente restringido. Embora nos últimos anos a atuação do defensor técnico e o seu acesso aos autos do inquérito tenham sido progressivamente assegurados,[22] ainda inexiste regulamentação sobre investigação defensiva e a possibilidade de efetiva produção de provas defensivas em tal momento é limitada.[23]

---

não vede a iniciativa probatória do julgador. Para uma exposição de tal jurisprudência: VASCONCELLOS, Vinicius G. O "sistema acusatório" do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 181-204, jul.-dez. 2015.

17. Conforme o § 5º do art. 39 do CPP: "O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias".
18. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 35.
19. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 121.
20. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 75.
21. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107-108.
22. Cita-se, por exemplo, a súmula vinculante 14 do STF ("É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa") e a alteração trazida pela Lei 13.245/2016, que ampliou a atuação do advogado no inquérito policial (Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm]. Acesso em: 15.10.2018).
23. Sobre tal cenário, ver: SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004. p. 198-205; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação*

Como regra, a investigação ocorre por meio de um inquérito policial e aqui aponta-se uma questão caraterística do processo penal brasileiro: a figura do delegado. Trata-se de um agente policial de nível superior, responsável pelo desenvolvimento do inquérito e, portanto, por orientar a investigação. Ao final, o delegado apresenta relatório da investigação, que é enviado ao Ministério Público, que decidirá se oferece a denúncia ou pede o arquivamento ao juiz.[24] Portanto, a autoridade policial, em termos legais, não possui discricionariedade para decidir o que investigar ou arquivar autos de inquéritos, pois tudo deve ser submetido ao Judiciário.[25]

Há discussão sobre a atuação do Ministério Público em relação ao inquérito policial. Afirma-se que, como responsável pela acusação, também deve dirigir as investigações, possuindo, assim, maior controle sobre os rumos do inquérito policial. Contudo, especialmente diante de resistências da categoria dos delegados, ainda se discute o poder do MP em relação à investigação policial e à independência do delegado.[26] Por outro lado, o STF declarou a constitucionalidade de investigações realizadas diretamente pelo MP, sem intermédio da polícia.[27]

A função do judiciário na fase de investigação preliminar é, fundamentalmente, resguardar direitos fundamentais e limitar os poderes investigativos estatais. Ministério Público e polícia não podem realizar prisões, salvo em flagrante, ou praticar meios de investigação invasivos, como interceptação telefônica ou quebras de sigilo, sem autorização judicial. Portanto, qualquer medida nesse sentido é submetida à apreciação do juiz natural do caso.[28]

Vale ressaltar que até recentemente não havia no CPP brasileiro a figura do juiz de garantias e que o julgador da fase processual tinha a sua competência determinada pelo critério da prevenção, ou seja, o mesmo juiz que acompanhava

---

criminal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 124-132; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 303-304; LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 468.

24. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 145-150.
25. Art. 17, CPP: "A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito".
26. Em relação a tal debate, ver: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 243-249.
27. STF, Recurso Extraordinário 593.727/MG, julgado em 14.05.2015.
28. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258-260.

o inquérito e, eventualmente, decidia sobre medidas cautelares ou investigativas, continuava responsável pelo processo e pelo posterior julgamento.[29] Contudo, em dezembro de 2019 foi promulgada a Lei 13.964/19, que alterou o CPP para criar a figura do juiz de garantias, determinando ser ele o responsável por atos decisórios na fase investigatória e, consequentemente, impedido de julgar o mérito do processo penal posteriormente. Tal representativa inovação demandara regulamentação pelos Tribunais, que certamente gerará relevantes debates na jurisprudência e na doutrina.[30] Atualmente, a eficácia dos novos dispositivos está suspensa por decisão cautelar do Min. Luiz Fux em sede das ADIs ajuizadas ao Supremo Tribunal Federal, onde se questiona a constitucionalidade de tal alteração.[31]

Como regra, a ação penal é de iniciativa pública, sendo iniciada pelo Ministério Público por meio de uma denúncia. Nesses casos, afirma-se que vige no Brasil o princípio da obrigatoriedade, de modo que, havendo elementos probatórios suficientes a indicar a ocorrência de um crime (justa causa), o processo penal deve necessariamente ser iniciado por meio da acusação.[32] Ou seja, na visão majoritária e tradicional, inexistiriam espaços de oportunidade ou discricionariedade ao MP, em que a denúncia poderia deixar de ser oferecida por critérios distintos da existência/comprovação de crime.[33]

---

29. Sobre a imparcialidade do julgador e o critério da prevenção como definidor da competência, ver: MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal da prevenção:* da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

30. Disponívelem:[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm]. Acesso em: 26.12.2019.

31. Medida cautelar proferida pelo Min. Luiz Fux como relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 em 22.01.2020, cassando decisão anterior do Min. Dias Toffoli tomada durante o período de recesso forense. Mérito ainda pendente de julgamento pelo Plenário do STF (em 03.03.2020).

32. JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública:* princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 92-99; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 263. Interpreta-se que o CPP brasileiro impõe o princípio da obrigatoriedade nos arts. 42 ("O Ministério Público não poderá desistir da ação penal") e 576 ("O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto").

33. Recentemente, a Lei 12.850/2013 regulou inovadora hipótese de "não oferecimento da denúncia" para casos específicos de colaboração premiada, quando o acusado for o primeiro a colaborar com a justiça e não for o chefe da organização, prestando contribuição muito relevante à persecução penal (art. 4º, § 4º).

Em relação à fase de juízo, o julgamento é, em regra, realizado em primeiro grau por somente um juiz togado.[34] O júri é excepcional, somente para crimes dolosos contra a vida.[35] O procedimento penal ordinário brasileiro é eminentemente escrito, havendo um momento de oralidade na "audiência de instrução de julgamento", quando se ouvem testemunhas, peritos e réus (art. 400, CPP). Contudo, em geral, todos os demais atos são escritos e, como já exposto, atos da investigação preliminar também podem ser considerados pelo julgador na sentença.

Embora se afirme que a liberdade deve ser a regra durante o processo,[36] o Brasil apresenta percentuais elevados de presos cautelares, girando em torno de 40% do total de pessoas segregadas.[37] Recentemente, a partir de decisões do STF, passou a ser obrigatória a realização de audiência de custódia para o controle de prisões em flagrante, em no máximo 24h após a prisão.[38]

Costuma-se afirmar que o sistema recursal brasileiro possui um número excessivo de recursos cabíveis em matéria penal. A Constituição brasileira de 1988 afirma que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, CF). Assim, a execução de uma pena somente pode se iniciar após o exaurimento de todos os recursos, de modo que a segregação antes do trânsito em julgado seria autorizada quando motivadamente se decretar prisão preventiva ou temporária. Tal posição foi recentemente reiterada no

34. Nos termos da Constituição brasileira de 1988 (arts. 102 e 105, por exemplo), existem hipóteses de foro privilegiado (foro por prerrogativa de função), em que pessoas que ocupam funções relevantes ao Estado são julgadas diretamente por Tribunais colegiado, como Tribunais de Justiça estaduais, Tribunais Regionais Federal, Superior Tribunal de Justiça ou até pelo Supremo Tribunal Federal.

35. Art. 74, § 1º, CPP. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm]. Acesso em: 16.10.2018.

36. O Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradamente que não podem existir prisões automáticas, pelo simples fato do início do processo penal ou pela gravidade abstrata do crime imputado. Existem duas espécies de prisões cautelares, preventiva (CPP) e temporária (Lei 7.960/89), que podem ser motivadamente decretadas pelo julgador, a partir de fundamentos cautelares. Contudo, o CPP prevê que a prisão preventiva pode ser decretada para resguardar a "ordem pública" (art. 312), um conceito aberto que permite abusos para restrição à liberdade sem motivação cautelar, além de que não existem prazos máximos determinados em lei.

37. Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça referentes ao ano de 2018. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf]. Acesso em: 13.11.2019.

38. STF, ADPF 347 MC, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 19.02.2016.

julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em que o Plenário da Corte, em votação apertada (6x5), declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP e proibiu a execução provisória da pena após o julgamento por Tribunal de segundo grau.[39]

A sentença condenatória ou absolutória pode ser revista por tribunal de segundo grau por meio do recurso de apelação. Trata-se de meio de impugnação sem maiores formalidades e requisitos, que devolve toda a matéria para reexame, de modo escrito e sem imediação. Embora o CPP autorize a reprodução de provas em segundo grau, tal dispositivo quase nunca é utilizado na prática. Portanto, decide-se o recurso com base nos elementos produzidos pelo juiz de primeiro grau e documentados nos autos do processo.[40]

Depois, existem os recursos especial e extraordinário, respectivamente direcionado ao Superior Tribunal de Justiça (por violação à dispositivo de lei federal, como o CPP, ou divergência entre Tribunais de segundo grau) e ao Supremo Tribunal Federal (por violação à Constituição). Embora abstratamente possam ser utilizados em qualquer caso, tais meios de impugnação se submetem a controles rígidos, com requisitos de admissibilidade que dificultam o conhecimento dos recursos pelos Tribunais superiores.

2. Justiça criminal negocial no Brasil

Pode-se afirmar que os mecanismos negociais não são generalizados no processo penal brasileiro, atualmente sendo cabíveis somente em casos específicos e a partir de critérios regulados em Lei. Na doutrina brasileira, define-se justiça criminal negocial como

> "modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual

39. STF, ADCs 43, 44 e 54, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.2019.

40. Progressivamente tem se inserido mecanismos de gravação audiovisual de audiências, de modo que os Tribunais podem reproduzir os atos por áudio e vídeo, mas isso ainda não é algo generalizado no território brasileiro.

> de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes".[41]

A Lei 9.099/95 prevê dois mecanismos negociais para espécies de criminalidade denominadas pequenas e médias.[42] A "transação penal" (art. 76) é um acordo que pode ser feito nas infrações de menor potencial ofensivo (crimes com pena máxima de até 2 anos), possibilitando a imposição de penas alternativas (não prisão) antes mesmo da abertura formal do processo, sem a caracterização de maus antecedentes ao investigado. A suspensão condicional do processo (art. 89) é um mecanismo que permite a suspensão do processo para que o réu cumpra condições (medidas alternativas, sem prisão) e seja supervisionado por determinado período, ocorrendo a extinção de sua punibilidade após tal lapso temporal.

Além dos institutos introduzidos em 1995, a colaboração premiada destaca-se no cenário negocial brasileiro. Embora tenha sobressaído para a população em geral em tempos recentes, diversas Lei previam e até hoje preveem a delação premiada para diversas espécies de criminalidade: crimes hediondos (Lei 8.072/90), crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86, conforme alteração da Lei 9.080/95), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), extorsão mediante sequestro (CP, inserido pela Lei 9.269/1996), proteção à vítima e testemunha (Lei 9.807/99), entorpecentes (Lei 11.343/2006).

Contudo, em todas essas disposições normativas, regulava-se somente a possibilidade de concessão de benefício a réu que prestasse efetiva colaboração à persecução penal, ou seja, o aspecto penal material da delação premiada, mas inexistia qualquer previsão sobre regras procedimentais ao mecanismo negocial.[43] Assim, no Brasil já era autorizada a colaboração premiada antes da Operação

---

41. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 50.

42. "[...] no campo da justiça penal consensual, a lei de 1995 não só regulou a transação prevista na Constituição, mas também criou o acordo reparatório e a suspensão condicional do processo (*probation*)." (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 74). Pensa-se, contudo, que o instituto da composição civil dos danos (art. 72, Lei 9.099/95) não se caracteriza como mecanismo negocial, pois envolve acordo entre vítima e ofensor, sem negociação com o Estado (acusador público).

43. MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, 2013. p. 2.

Lava Jato, mas havia maior insegurança e falta de previsibilidade na realização dos atos de cooperação pelo réu: cada juiz adotava um procedimento distinto, inexistindo regra sobre a concreta obtenção do benefício após a realização de atos autoincriminatórios pelo acusado.

A Lei 12.850/2013 surgiu no ordenamento brasileiro com importantes inovações ao cenário negocial. Embora ainda apresente lacunas relevantes, a norma regulou aspectos procedimentais da colaboração premiada, de modo a prever uma sistemática com o objetivo de assegurar maior segurança jurídica ao panorama brasileiro. Nos próximos itens, analisar-se-ão as características fundamentais da legislação atual e, em seguida, sua aplicação prática nos acordos e nos precedentes de Tribunais Superiores brasileiros.

Em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle administrativo do Ministério Público no Brasil, editou resolução para regular o "procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público" (Res. 181/2017).[44] Em tal documento, inseriu-se hipótese de "acordo de não persecução penal", autorizando-se a realização de barganha entre acusação e investigado nos crimes com pena mínima de até quatro anos. Em troca da confissão, evita-se eventual condenação penal com a imposição de obrigações como reparar o dano à vítima, renuncia a bens e direitos, prestar serviço à comunidade, ou mesmo outras condições estipuladas pelo MP, desde que proporcionais e compatíveis com a infração penal aparentemente praticada.[45] Trata-se de diploma normativo sem *status* de Lei, o que ensejou inúmeros questionamentos sobre a constitucionalidade formal do instituto, tendo em vista que a Constituição brasileira determina que, em regra, somente Lei Federal pode editar normas em temática penal e processual (art. 22, inc. I, CF).[46]

Em dezembro de 2019, foi promulgada a Lei 13.964/19 que, além de diversas outras alterações no sistema penal brasileiro, inseriu o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, em termos semelhantes ao anteriormente

44. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf]. Acesso em: 13.11.2019.

45. Sobre isso, ver: CUNHA, R.; BARROS, F.; SOUZA, R.; CABRAL, R. (Coord.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

46. VASCONCELLOS, Vinicius G. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, v. 25, p. 7-9, 2017.

previsto na Resolução do CNMP.[47] Nos termos do art. 28-A, "não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime", com a possibilidade de imposição de condições que não envolvam a restrição à liberdade do indivíduo. Tal mecanismo possui uma abrangência razoavelmente ampla, pois grande parte dos tipos penais brasileiros possuem pena abstrata mínima inferior a 4 anos, o que acarretará uma expansão da justiça criminal negocial no Brasil. Contudo, ainda não há a possibilidade de condenação ou imposição de prisão sem o processo penal, somente a partir do consenso do réu.

Em diversos projetos de Lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional almeja-se a expansão dos mecanismos penais negociais no Brasil. No projeto de novo CPP (PL 8.045/2012), aprovado no Senado e em debate na Câmara dos Deputados, é previsto "procedimento sumário", que autorizaria a "aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos", devendo ela ser concretizada em seu mínimo legal, após a confissão do acusado e a dispensa da produção de provas pelas partes. Assim, haveria a criação de um "rito alternativo" que determina o encerramento antecipado do processo em razão do consenso.[48] Contudo, na doutrina houve forte resistência, apontando inconstitucionalidades em tal proposta.[49]

47. Disponívelem:[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm]. Acesso em: 26.12.2019.

48. Nesse sentido: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 203.

49. PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial:* a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 54-56; FREITAS, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena: avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe M.; GONÇALVES, Gláucio F. M. (Coord.). *Processo & Efetividade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 22-24; CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O novo processo penal à luz da Constituição:* análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2. p. 155-157.

Além disso, vale citar o projeto de lei que originou a já mencionada recente Lei 13.964/19. O governo federal eleito em 2018 apresentou projeto de lei com o objetivo de alterar diversos aspectos da legislação penal e processual penal do Brasil, denominado "Pacote anticrime".[50] Além do "acordo de não persecução penal" anteriormente descrito, almejava-se a criação de um "acordo penal", o que autorizaria a imposição de sanções penais, inclusive prisão, em qualquer espécie de crime, sem qualquer limitação pela gravidade ou pela pena abstrata cominada. Ou seja, seria inserido mecanismo que potencialmente possibilitaria a generalização da justiça criminal negocial no processo penal brasileiro. As críticas apresentadas a tal proposta foram intensas[51] e findaram na exclusão do dispositivo em parecer de comissão legislativa preliminar. De qualquer modo, a presença constante de propostas legislativas no sentido de ampliar os mecanismos negociais demonstra a tendência de generalização do sistema na justiça criminal brasileira.

3. A COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Após analisar o cenário geral da justiça criminal negocial na justiça brasileira e as suas tendências de expansão, devemos examinar especificamente o regramento da colaboração premiada. Inicialmente, será apresentado o panorama normativo atual, a partir das disposições contidas na Lei 12.850/13. Contudo, em seguida, a partir de análise da jurisprudência de Tribunais Superiores e de acordos firmados na Operação Lava Jato, serão descritos os contornos práticos que efetivamente têm determinado a realização de acordos em casos de operações de persecução penal de delitos de colarinho branco.

A colaboração premiada no Brasil apresenta características parcialmente distintas de uma barganha penal. Afirma-se que se trata de um "meio de obtenção de prova", ou seja, possuiria uma finalidade mais probatória e investigativa, em que se incentivaria o acusado a colaborar com a persecução penal para a resolução de

50. Sobre o pacote anticrime, ver as edições especiais de abril e maio do *Boletim do IBCCRIM*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/noticia/14463-Boletim-IBCCRIM-lanca-duas-edicoes-especiais-sobre-Pacote-Anticrime]. Acesso em: 13.11.2019.

51. VASCONCELLOS, Vinicius G. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. *Boletim do IBCCRIM*, v. 27, p. 27-29, 2019.

crimes complexos.[52] Nos termos da Lei 12.850/13, as declarações do colaborador não são por si só suficientes para uma condenação (art. 4º, § 16º), de modo que o transcurso normal do procedimento penal é mantido.

Contudo, tal instituto também é classificado como um "negócio jurídico processual",[53] em que a defesa recebe um benefício (redução de pena ou até perdão judicial, por ex.) em troca de sua colaboração ao Estado, o que se dá a partir de renúncias a importantes direitos fundamentais, como a não produzir prova contra si mesmo e à defesa, de um modo amplo, visto que o réu se conforma com a pretensão acusatória.[54] Pensa-se, portanto, que, embora apresente certas distinções, a colaboração premiada pode ser definida como uma espécie de justiça criminal negocial.[55]

Inicialmente, deve-se analisar a regulamentação normativa prevista na Lei 12.850/2013 para, em seguida, a partir da análise empírica de acordos

52. "A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à 'aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória', razão por que não constitui meio de prova propriamente dito." (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Tofolli, j. 27.08.2015. p. 21). Nesse sentido, a alteração trazida pela Lei 13.964/19 inseriu o art. 3º-A na Lei 12.850/13, assentando que "o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos".

53. "(...) 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" (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 23-24).

54. Conforme Gabriel Anitua, tais institutos "têm como característica comum a outorga ao Estado (que é representado pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público) da possibilidade de reduzir a pena ou, inclusive, perdoar o acusado com base em pactos ou acordos" (ANITUA, Gabriel Ignacio. En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el "arrepentido". In: ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 154) (tradução livre). Sobre isso, ver: BRITO, Michelle B. *Delação premiada e decisão penal:* da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 127-133.

55. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 23-28; MARQUES, Antonio S. P. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,* n. 60, 2014. p. 47.

firmados na operação Lava Jato, perceber que a prática tem destoado dos limites legais e ampliado o mecanismo da colaboração premiada.

Conforme o art. 4º da Lei 12.850/2013, determinam-se os possíveis benefícios e os resultados necessário à colaboração do imputado:

> "Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
>
> I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
>
> II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
>
> III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
>
> IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
>
> V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
>
> § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração."

Da leitura de tais dispositivos, pensa-se que a lógica inserida na legislação seria no sentido de estruturar um sistema negocial limitado, com benefícios específicos e resultados esperados determinados, ou seja, com uma margem de negociação delimitada.[56] Ao prever como primeiro benefício possível a redução de pena em até 2/3, a Lei 12.850/13 parece determinar que o acordo indicaria a

56. Conforme Marcos Zilli, "não podem as partes pactuantes ampliar os prêmios para além daqueles indicados em lei", pois "aqui impera o princípio da legalidade do conteúdo" (ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, n. 300, nov. 2017. p. 4). De modo semelhante, afirmando a submissão do julgador e do acusador à legalidade estrita: CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 235.

redução de pena acordada pelas partes, mas a dosimetria da sanção continuaria a ser realizada pelo julgador.[57]

Além disso, ali se definem os possíveis resultados, ou seja, as colaborações potencialmente realizáveis pelo réu. Há, portanto, o estabelecimento de um regime aparentemente taxativo de benefícios e resultados possíveis, o que tenderia a indicar a consolidação de um modelo limitado de negociações e espaços de oportunidade no processo penal brasileiro.

O procedimento padrão da colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013, envolveria uma fase de negociações entre as partes, seguida da formalização do acordo, o que deve ser encaminhado ao juiz para homologação. Tal acordo, na prática, estrutura-se de modo semelhante a um contrato civil, com cláusulas que regulam as obrigações e as contraprestações dos envolvidos.

A redação original da Lei 12.850/13 determinava que, no momento da homologação, o juiz deveria analisar "regularidade, legalidade e voluntariedade" (art. 4º, § 7º), podendo "recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto" (art. 4º, § 8º). Na sentença, o juiz deverá analisar a efetividade da colaboração realizada pelo réu (art. 4º, § 11), restando vinculado ao acordo.[58]

Afirma-se que, se o réu cumpriu os termos do acordo e realizou colaboração efetiva, consolida-se um direito subjetivo ao benefício previsto no acordo, ao qual o julgador resta vinculado.[59] Nesse sentido, o STF assentou no HC 127.483:

57. CARVALHO, Salo. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 519-521. De modo semelhante, afirmando que após a dosimetria o julgador deve aplicar a pena concreta predefinida no acordo: FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 125.

58. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 147; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, 2013. p. 30-31.

59. "Homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas" (CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 150).

> "(...) 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".[60]

Ademais, vale destacar também a determinação no sentido de que o julgador não pode participar das negociações do acordo (art. 4º, § 6º), o que a doutrina destaca como mecanismo de proteção à imparcialidade,[61] e de que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" (art. 4º, § 16), que consolida uma "regra de prova legal negativa"[62] em razão de uma desconfiança sobre a confiabilidade de tais elementos. Sem dúvidas, inúmeras discussões surgem de tais previsões e das demais aportadas pela Lei 12.850/2013, contudo neste trabalho pretende-se focar na problemáticas relaciona às cláusulas dos acordos, especialmente nas previsões de benefícios e deveres aos colaboradores, e da corriqueira desatenção aos limites previstos na legislação atual.

Em contraposição à sistemática prevista no ordenamento brasileiro, os acordos formalizados no âmbito da operação Lava Jato têm inovado em diversos aspectos, como a previsão de "regimes diferenciados de execução de penas", a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a regulação de imunidade a familiares e terceiros ao acordo, a renúncia ao acesso à justiça e aos recursos e a imprecisão de um dever genérico de colaboração. A partir da análise dos acordos que são objeto desta pesquisa, pode-se verificar as características que tem determinado a prática negocial brasileira.

---

60. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 63. De modo semelhante: STF, QO na PET 7.074, Trib. Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017.

61. COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 105, v. 969, jul. 2016. p. 150-151; TORTATO, Moacir R. O papel do juiz na delação premiada. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense*, v. 5, jan.-dez. 2017. p. 302.

62. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 458; MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 254.

Como exemplo, em um dos termos homologados, fixou-se que, ao se atingir o montante de 30 anos de prisão nas penas unificadas em sentenças definitivas, a sanção imposta seria cumprida "em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos", com posterior progressão "diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais" (cláusula 5ª, incisos I, II, III e V, acordo na Pet. 5.244 STF). De modo semelhante, em outra colaboração determinou-se pena de prisão domiciliar por um ano (com tornozeleira eletrônica); zero a dois anos de privação de liberdade em regime semiaberto; e posterior progressão para regime aberto para o restante da pena (cláusula 5ª, inc. I, acordo na Pet. 5.210 STF).

Em negociação distinta, também no âmbito da operação Lava Jato, definiu-se o cumprimento da pena em prisão domiciliar por um ano, com progressão para regime semiaberto por período de até dois anos e para aberto ao restante da privação de liberdade (cláusula 5ª, inc. I, acordo na Pet. 5.210 STF). Segundo Aury Lopes Jr., introduziu-se, assim, regimes de cumprimento diferenciados, de "reclusão doméstica" e depois um "regime semiaberto diferenciado", que *destoam totalmente do regime previsto no CP e na LEP*, criando uma "execução penal *a la carte*".[63]

Em termos posteriores (Pet 6.138 STF), regrou-se de modo mais detalhado as características dos denominados "regimes diferenciados" que beneficiam os colaboradores no cumprimento das sanções acordadas. Foram juntados ao termo da colaboração dois anexos, em que se apontou as condições do "regime fechado domiciliar diferenciado" (em substituição ao regime fechado previsto nos arts. 34 do CP e 87 a 90 da LEP); e do "regime domiciliar semiaberto diferenciado" (em substituição ao regime semiaberto previsto nos arts. 35 do CP; e 91, 92 e 112, c/c 146-B, II e IV, da LEP). Ambos preveem cumprimento domiciliar, com diversos benefícios, como datas previstas de saídas da residência, lista de visitantes autorizados, hipóteses de exceções emergenciais etc.

Além disso, as práticas negociais brasileiras também têm autorizado cláusulas que admitem *a manutenção de bens originários das atividades ilícitas em poder do acusado ou de seus familiares*. Em âmbito da operação Lava Jato, firmou-se acordo que permitiu a permanência de bens produtos/proveitos de crimes com familiares do delator, como carros blindados e imóveis, sob a justificativa de

63. LOPES JR., Aury. Prefácio. In: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 14.

caracterizarem "medida de segurança durante o período em que o colaborador estiver preso" (cláusula 7ª, §§ 3º, 4º, 5º, e 6º, acordo na Pet. 5.244 STF).

Esses dispositivos foram impugnados, perante o STF, por corréus delatados nas colaborações premiadas. Contudo, no HC 127.483, a corte sustentou a sua legalidade por três motivos: a) as convenções de Mérida e Palermo, introduzidas no ordenamento brasileiro, autorizam tais medidas a partir de uma interpretação teleológica de seus dispositivos; b) a partir da lógica do "quem pode o mais, pode o menos", já rebatida anteriormente, não haveria impedimento a outros tipos de benefícios, ao passo que pode ser concedido até o perdão judicial ou o não oferecimento da denúncia; e, c) tendo em vista que o colaborador tem direito à proteção, o que será garantido pelo Estado posteriormente, não há motivo para vedar medidas imediatas nesse sentido.

Além das obrigações previstas como possíveis no art. 4º da Lei 12.850/13, que devem ser especificadas no termo da colaboração premiada, a prática nos pactos firmados no âmbito da operação Lava Jato tem introduzido cláusula prevendo um dever de colaborar "permanente" e "genérico". Nessa perspectiva, nos acordos da operação Lava Jato tem sido prevista cláusula que impõe ao colaborador "cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento pessoal a qualquer das sedes do MPF, da Polícia Federal ou da Receita Federal, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos na análise pericial" (cláusula 10ª, c, acordo na Pet. 5.244 STF; de modo semelhante, cláusula 12, alínea d, Pet. 7.003 STF). Assim, o acusado torna-se auxiliar da persecução penal, com o objetivo de utilizar seu conhecimento para facilitar a interpretação de documentos e o prosseguimento da investigação. Também tem sido prevista cláusula de "dever genérico/geral de cooperar", que amplia a enumeração de obrigações ao colaborador, tornando o rol previsto no acordo meramente exemplificativo (cláusula 10ª, § 1º, acordo na Pet. 5.244 STF; cláusula 15, parágrafo único, acordo na Pet. 5.210 STF; cláusula 8ª, acordo na Pet. 5.952 STF; cláusula 15ª, acordo na Pet. 6.138 STF, cláusula 14, Pet. 7.003 STF).

Diante de tal cenário, há quem defenda a ampla possibilidade de regulação de cláusulas (benefícios e deveres), ainda que não previstos na legislação atual. Conforme Andrey Mendonça, deve-se admitir analogia *in bonam partem* e não vinculação à legalidade estrita, traçando os seguintes critérios:

> "(i) o benefício não pode ser expressamente vedado por lei; (ii) deve haver relativa cobertura legal, permitindo a analogia, embora sejam possíveis adaptações ao caso concreto; (iii) o objeto do acordo deve ser lícito e moralmente aceitável; (iv) deve respeitar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa

> humana; (v) deve haver razoabilidade na concessão do princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e (vi) deve haver legitimidade do Ministério Público para conceder o benefício".[64]

Por outro lado, há quem clame por uma "*cultura de legalidade dos benefícios*",[65] de modo a assegurar a correspondência entre aquilo proposto no acordo e a posterior concretização do benefício no sentenciamento. Segundo Silva Jardim, "o Ministério Público não pode oferecer ao delator 'prêmio' que não esteja expressamente previsto na lei específica", além de que "tal limitação se refere não só ao tipo de benefício (prêmio), como também se refere à sua extensão, mesmo que temporal".[66]

Sem dúvidas, pode-se afirmar que os acordos de colaboração premiada realizados na Operação Lava Jato e analisados neste estudo previram cláusulas com benefícios e deveres distintos daqueles autorizados nos termos da Lei 12.850/2013. Ou seja, a prática da colaboração premiada brasileira, ao menos na referida operação que pode ser considerada um padrão marcante ao sistema, extrapolou e desconsiderou os limites definidos na legislação, o que foi chancelado pelo Poder Judiciário, ao menos majoritariamente. Assim, afirma-se que, na prática, adotou-se uma "visão arrojada" da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013, visto que se ampliou em muito as possibilidades de negociações em relação às disposições da referida legislação.[67]

Em dezembro de 2019 foi promulgada a Lei 13.964/19, que inseriu e alterou dispositivos relevantes sobre colaboração premiada na Lei 12.850/13. No que se relaciona ao aqui explorado, a nova legislação alterou o § 7º do art. 4º,

64. 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. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 104.

65. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259. Sobre a importância de respeito à legalidade: CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 147 e 156-157.

66. JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites? *Revista Eletrônica de Direito Processual,* Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 3.

67. Adotando tal terminologia, ver: CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 257.

determinando expressamente que, no momento da homologação do acordo, o juiz deverá analisar

> "II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo".[68]

Percebe-se, portanto, a tentativa de ressaltar na legislação a visão neste artigo denominada como limitada, no sentido de que não devem ser oferecidos benefícios destoantes do sistema de penas e regimes regulados no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Ou seja, normativamente pretendeu-se alterar o que tem sido realizado na prática dos acordos descritos anteriormente. Sem dúvidas, trata-se de dispositivo relevante, que será amplamente debatido pela doutrina e pela jurisprudência.

4. Os mecanismos de acordos penais brasileiros diante da tendência internacional de expansão do consenso e administrativização da justiça criminal

O fenômeno internacional de expansão dos mecanismos de acordos penais para imposição de penas e condenações sem processo é objeto de intenso estudo. Máximo Langer desenvolve análise acerca da introdução de mecanismos de barganha em sistemas de *civil law* (Alemanha, Itália, Argentina e França)[69] para, ainda que sem negar por completo a influência estadunidense, atestar que tais

68. Disponívelem:[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm]. Acesso em: 26.12.2019.

69. Em sede exemplificativa, aponta-se que o autor delimita diferenças entre os sistemas entre si e em relação ao modelo norte-americano, como: os poderes probatórios do juiz diante do acordo das partes na Alemanha, as limitações e consequências do *patteggiamento* na Itália, a possibilidade de absolvição e a necessidade de confissão de todos os corréus do delito na Argentina e a caracterização como um mecanismo alternativo à jurisdição na França (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *World plea bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 50-78).

importações não reproduzem em termos precisos o modelo da *common law*, e estruturar a hipótese de que há, na verdade, um fenômeno de fragmentação e divergência da *civil law*.[70]

Ademais, emblemática é a sua crítica quanto à metáfora do "transplante legal", empregada, predominantemente, em textos de análise comparativa.[71] O autor aponta suas limitações, especialmente por representar um simples "cortar e colar", que reduz a complexidade dos fenômenos transformativos.[72] Assim, propõe a definição de "traduções legais", considerando que os sistemas processuais, adversarial e inquisitorial são diferentes culturas processuais, com sistemas de produção de significados ímpares, de modo que a transferência de institutos se torna fato a ser analisado diante da linguagem e da tradição do campo importador.[73]

70. "Assim, enquanto as influências norte-americanas no mundo da *civil law* têm sido inegáveis, ao menos em seus procedimentos criminais formais, elas não estão produzindo uma forte 'americanização', ou *adversarialização*, da *civil law,* mas, na verdade, sua fragmentação. Essa fragmentação se dá ao menos em parte em razão do fato de que os sistemas inquisitoriais 'traduziram' as influências adversariais norte-americanas de modos diferentes" (LANGER, Máximo. From Legal transplants to legal translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining.* Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 79) (tradução livre). Também sustentando a tese de fragmentação, nos termos propostos por Máximo Langer: ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales.* La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 288.

71. Sobre isso: 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; VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos "legal transplants"? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-set. 2018.

72. LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining.* Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 39-42.

73. "Especificamente, as transformações que a *plea bargaining* sofreu quando foi transferida para essas jurisdições de *civil law* podem ser entendidas tanto como decisões tomadas pelos 'tradutores' (i.e., reformadores legais) ou como produto das diferenças estruturais que existem entre as 'linguagens' adversarial e inquisitorial" (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining.* Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 8) (tradução livre).

Em estudo mais recente, Máximo Langer descreve o fenômeno de administrativização das condenações criminais, a partir de dados estatísticos que demonstram o avanço dos modelos de barganha e evitação do processo pelo mundo. O autor parte do conceito de "mecanismo de condenação sem processo", que engloba qualquer instrumento processual que permita chegar a uma condenação criminal sem julgamento e processo. Assim, exclui de tal análise institutos semelhantes à colaboração premiada, visto que não afastariam a necessidade de processo.[74] Igualmente, em relação ao Brasil, Langer afirma que a transação penal não se caracteriza como instituto semelhante a *plea bargaining* porque não ocasiona uma condenação sem processo, visto que, se o acordo for descumprido pelo imputado, a persecução penal retoma o seu andamento que pode finalizar em uma condenação penal.[75]

Além disso, Langer desenvolve os contornos conceituais do fenômeno da administrativização das condenações criminais, que define a partir de duas características: "1) mecanismos de condenação sem processo têm assegurado um papel maior a atores administrativos, não judiciais, na determinação sobre a condenação de indivíduos e por quais crimes; 2) essas decisões são tomadas em procedimentos que não incluem um julgamento com os consequentes direitos e garantias do réu."[76]

Embora se concorde que os institutos consensuais brasileiros atuais não podem ser definidos como "mecanismos de condenação sem processo", sustenta-se que se conformam a tais características, de modo a ocasionar o fenômeno de administrativização da justiça criminal em termos semelhantes.

Como exposto, atualmente existem no processo penal brasileiro alguns institutos que se caracterizam como acordos entre acusação e defesa a partir do consentimento do réu: transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e colaboração premiada. Em tal cenário, o Estado oferece incentivos ao imputado para que ocorra uma facilitação à atuação dos órgãos de investigação e acusação de casos penais.[77] Em troca de benefícios, como a re-

74. LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019. p. 16 e nota 33.

75. Ibidem, p. 4, nota 4.

76. Ibidem, p. 2 (tradução livre).

77. Conforme Gabriel Anitua, tais institutos "têm como característica comum a outorga ao Estado (que é representado pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público) da possibilidade de reduzir a pena ou, inclusive, perdoar o acusado com base em pactos ou acordos" (ANITUA, Gabriel I. En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal

dução da pena, o acusado se conforma com a acusação ou colabora com a persecução penal, produzindo provas contra terceiros, confessando, devolvendo valores ilicitamente obtidos etc.

De qualquer modo, a partir de incentivos e benefícios oferecidos pelo Estado, o imputado deixa de opor resistência à persecução penal, o que se dá a partir de acordos entre acusação e defesa no processo penal. Portanto, pode-se afirmar que no Brasil já existem mecanismos negociais na justiça criminal, ao passo que "se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso."[78]

Sem dúvidas, existem relevantes distinções, o que confirma a tese de que tais influências internacionais findam em traduções de institutos que se conformam às premissas e à cultura do ordenamento receptor.[79] Não há atualmente no Brasil mecanismos que permitem a ocorrência de uma condenação formal sem o transcorrer do devido processo.

Os institutos de transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal possuem aplicabilidade limitada a crimes de menor e média gravidade, sem a possibilidade de imposição de pena de prisão, mas somente sanções não restritivas de liberdade, e sem ocasionar uma condenação formal contra o réu. Além disso, em caso de descumprimento do acordo, a persecução penal é retomada, de modo a se possibilitar a obtenção de uma condenação formal ao final.

Contudo, tais mecanismos permitem a imposição de uma sanção penal a partir do consenso do imputado, de seu aceite e sua conformidade com a acusação. Ou seja, ainda que não haja condenação formal, autoriza-se a imposição de uma sanção sem processo, sem defesa e sem a produção de provas, excluindo a necessidade de julgamento com os consequentes direitos e garantias do réu. Há, portanto, a ampliação dos poderes de atores não judiciais, especialmente do Ministério

abreviado y el "arrepentido". In: ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 154) (tradução livre).

78. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 26.

79. LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 8.

Público, que define os termos do acordo e, consequentemente, da sanção aplicada, visto que, na prática, a atuação judicial para controle do acordo na homologação é formal e, em regra, superficial ao não adentrar no mérito da culpa do acusado.

Já a colaboração premiada, em regra, mantém a necessidade de processo e tem finalidade também probatória, pois impõe ao réu o dever de cooperar com a acusação para possibilitar, por exemplo, a punição dos corréus. Contudo, como exposto, na prática atual os acordos de colaboração premiada têm ampliado em muito os poderes das partes para dispor e negociar a sanção penal, inclusive com benefícios diversos daqueles previstos em Lei e até a autorização de início da execução das penas antes da condenação, somente com base no consentimento do réu.

Portanto, não se quer aqui reduzir as relevantes distinções entre os mecanismos consensuais brasileiros e os exemplos estrangeiros semelhantes a *plea bargaining*, mas conclui-se que o cenário do Brasil permite verificar fenômeno análogo ao definido por Langer como "administrativização das condenações criminais", o que talvez poderia ser aqui denominado, de modo mias geral, de administrativização da justiça criminal ou das sanções penais.

Com a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada, conforme a maneira que tais institutos são aplicados na prática brasileira, há a consolidação de um papel maior a atores administrativos, não judiciais, na determinação sobre a culpa de indivíduos e por quais crimes e penas; e essas decisões são tomadas em procedimentos que não incluem um julgamento com os consequentes direitos e garantias do réu.

Considerações finais

Diante do exposto, retomam-se os problemas que orientaram o desenvolvimento deste trabalho: os mecanismos consensuais e acordos no processo penal brasileiro podem ser comparados ao cenário internacional de expansão da justiça criminal negocial e da barganha? Em relação à colaboração premiada, os acordos realizados na operação Lava Jato se conformam com os dispositivos legais vigentes no Brasil?

1. A transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada, nos termos aplicados na prática brasileira, consolidam mecanismos que permitem a imposição de sanções penais ao imputado a partir do seu consentimento e conformidade com a acusação, caracterizando papel maior a atores administrativos, não judiciais, na determinação sobre a culpa de indivíduos e por quais crimes e penas, por meio de procedimentos que não incluem um julgamento com os consequentes direitos e garantias do réu.

2. Pode-se afirmar que os acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato e analisados neste estudo previram cláusulas com benefícios e deveres distintos daqueles autorizados nos termos da Lei 12.850/2013, ampliando as possibilidades de negociação e a margem de controle da acusação pelo Ministério Público, o que caracteriza tensão ao princípio da obrigatoriedade classicamente descrito como regra no processo penal brasileiro.

3. Ao desconsiderar os limites previstos normativamente e, assim, a legalidade, o sistema de colaboração premiada brasileiro acaba por se aproximar de um modelo de negociações ampla, comumente denominado de barganha penal. Ou seja, é inquestionável a tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, tanto por meio de projetos de modificação de leis, como de modo informal, na própria prática da justiça criminal.

4. Embora existam relevantes distinções (o que demonstra a tradução de tais mecanismos comparados às premissas do ordenamento brasileiro), conclui-se que o cenário do Brasil permite verificar fenômeno semelhante ao definido por Langer como "administrativização das condenações criminais", o que talvez poderia ser aqui denominado, de modo mais geral, de administrativização da justiça criminal ou das sanções penais.

Referências

ALKON, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant: a good idea for troubled criminal justice systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 19, p. 355-418, abr. 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el "arrepentido". In: ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BRITO, Michelle B. *Delação premiada e decisão penal:* da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

CARVALHO, Salo. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CASARA, Rubens R. R. O Acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O novo processo penal à luz da Constituição*: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 1, p. 26-51, 2001.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

CUNHA, R.; BARROS, F.; SOUZA, R.; CABRAL, R. (coord.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena. Avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe M.; GONÇALVES, Gláucio F. M. (Coord.). *Processo & efetividade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

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

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.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, jan.-jun. 2016. https://doi.org/10.12957/redp.2016.22531

LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, p. 617-676, 2007.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *World plea bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019. https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação Preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. Prefácio. In: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

MARQUES, Antonio S. P. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 60, p. 32-66, 2014.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal da prevenção:* da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, 2013.

MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.

NUCCI, Guilherme S. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada:* legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial:* a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial.* São Paulo: RT, 2004.

TORTATO, Moacir R. O papel do juiz na delação premiada. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense,* v. 5, jan.-dez. 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*. New York: Aspen, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius G. O "sistema acusatório" do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade,* n. 47, p. 181-204, jul.-dez. 2015. https://doi.org/10.17808/des.47.604

VASCONCELLOS, Vinicius G. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM,* São Paulo, v. 25, p. 7-9, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

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

VASCONCELLOS, Vinicius G. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. *Boletim do IBCCRIM,* v. 27, p. 27-29, 2019.

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos "legal transplants"? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-set. 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, ano 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A delação nos sistemas punitivos contemporâneos, de Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner - *RBCCrim* 128/65-89 (DTR\2017\223);
- Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro, de Américo Bedê Junior e Alexandre de Castro Coura - *RT* 969/149-159 (DTR\2016\21676);
- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: Uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato", de Thiago Bottino - *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984);
- Compatibilização constitucional da colaboração premiada, de Frederico Valdez Pereira - *RT* 929/319-358 (DTR\2013\585);
- Delação premiada e idoneidade probatória, de Tiago Cintra Essado - *RBCCrim* 101/203-227 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* (DTR\2013\2653);
- O Direito de defesa na Constituição. a natureza jurídica da prisão preventiva. exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. inconstitucionalidade. Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Claudio Mariz de Oliveira - *RT* 960/299-341 (DTR\2015\13207);
- O futuro do Direito Penal negocial e o Estado Democrático de Direito, de Miguel Tedesco Wedy e Maria Eduarda Vier Klein - *RBCCrim* 156/279-306 (DTR\2019\31672); e
- Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal, de Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila - *RBCCrim* 153/109-132 (DTR\2019\23902).

Pacheco e Silva e os menores *annormaes*. Vestígios da psiquiatria organicista na trajetória de criminalização da infância e da adolescência pobre de São Paulo

Pacheco e Silva and the minor abnormal. Trace of psychioty organicista in the path of criminalization of poor childhood and adolescence of São Paulo

Ana Paula Cristina Oliveira Freitas

Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC. Pós-graduada em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pelo Instituto *Ius Gentium Conimbrigae* (ICG) – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017). Bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (2016). Advogada.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6703-5713.
apfreitas838@gmail.com

Recebido em: 06.05.2019
Aprovado em: 16.10.2019
Última versão da autora: 14.11.2019

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: O presente estudo foi elaborado com base em análises qualitativas de bibliografias e de documentos encontrados no Fundo Pacheco e Silva, localizado no Museu Histórico Professor Carlos Silva Lacaz da Faculdade de Medicina da USP. Determinado discurso médico ganhou destaque na década de 1920 com promessas de acabar com os indivíduos taxados como indesejáveis, por meio da segregação em hospícios, em especial o Hospital do Juquery. Após décadas, o mesmo discurso volta para legitimar a criação de uma unidade especialmente construída para a segregação de adolescentes, a Unidade de Saúde Experimental. Esta é a prova, não apenas vestígio, de que a psiquiatria organicista, junto

Abstract: The present study was elaborated based on qualitative analysis of bibliographies and documents found at the Pacheco e Silva Fund, located at the Professor Carlos Silva Lacaz Historical Museum of the USP School of Medicine. It was possible to understand how the medical discourse remained alive in the persecution of the childhood and poor adolescence of São Paulo. Medicine won the city's stages in the 1920s promising to wipe out those individuals labeled as undesirable, with segregation in hospices, especially at Juquery's Hospital. After decades the same discourse returns to legitimize the creation of a specially constructed unit for the of adolescents segregation, the Experimental Health Unit, is the proof, not only vestige, that the organicist psychiatry, along

à prática da eugenia, corroboram com a criminalização da adolescência. Analisando as obras do psiquiatra Antonio Carlos Pacheco e Silva, é possível encontrar ideologias criminalísticas que foram unidas ao discurso médico para auxiliar os poderes públicos na higienização de crianças e adolescentes considerados indesejáveis. Atualmente, nota-se que a manutenção da UES e a segregação de adolescentes encontram amparo nesse mesmo discurso, o qual atualiza a ideia de anormalidade, usando o vocábulo periculosidade como disfarce.

Palavras-chave: Menores anormais – Psiquiatrização – São Paulo – Pacheco e Silva.

with eugenics corroborate with the criminalization of adolescence. Analyzing the works of the psychiatrist Antonio Carlos Pacheco e Silva it is possible to find criminalistic ideologies that were joined to the discourse to help the public authorities to sanitize children and adolescents that from the temptation of the country were unwanted. Currently the same discourse is used to keep the UES active, segregating adolescents based on the idea of their abnormality disguised as dangerous.

Keywords: Abnormal minor – Psychiatry – São Paulo – Pacheco e Silva.

Sumário: 1. Introdução. 2. Trajetória metodológica. 3. Pacheco e Silva: psiquiatra comprometido com a higiene social. 4. Menores *annormaes*. 5. Psiquiatria organicista: tratamentos para menores *anormaes*. 6. A história da infância e juventude soterrada: crianças e adolescentes no Hospital Juquery. 7. Encontrando os vestígios. 8. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a presença de vestígios da psiquiatria organicista, defendida por Antonio Carlos Pacheco e Silva, na atual política de saúde mental para adolescentes em conflito com a lei e para portadores de distúrbios mentais e de personalidade. Pacheco e Silva destacou-se na década de 1920 em razão da sua dedicação à pesquisa e da tentativa de justificar a ocorrência de desvios sociais em virtude de anomalias mentais. Com base na psiquiatria organicista e na eugenia, a prática do médico tinha como propósito a segregação de um grupo em especial, qual seja, crianças e adolescentes categorizadas como menores.

No decorrer do texto, será exposto como o termo *menor* teve peso para além da norma jurídica, neste caso o Código de Menores. De maneira que – até hoje, quase um século depois – resta certa influência na criminalização de crianças e adolescentes pobres da cidade, que recebem esse título unicamente em razão do seu status social e da cor da pele. Também pretende-se sustentar que os preceitos defendidos pelo psiquiatra Antonio Carlos Pacheco e Silva corroboraram para a criminalização da infância pobre e negra de São Paulo, bem como legitimaram a criação da uma instituição à margem das leis internacionais de proteção aos

Direitos Humanos e das leis nacionais, as quais não carregam mais o discurso médico higienista desde 1988.

Em 2008, o Estado de São Paulo promulgou o Decreto 53.247/2008 para a instauração da Unidade Experimental de Saúde (UES), estabelecimento destinado à contenção de jovens diagnosticados com Transtornos de Personalidade Antissocial (TPAS) que sejam egressos da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação CASA), ou que tenham sido interditados pela Vara de Família e Sucessões: "O projeto da unidade estava em negociação (de 2002 a 2006), em fase de edificação de sua obra e de articulação das alianças psi-jurídicas".[1]

A aliança entre os saberes jurídicos e médicos, com a finalidade de contenção de adolescentes, teve início na década de 1920, quando foi construído o pavilhão para menores alienados, dentro do Manicômio Juquery. O local tinha como objetivo a segregação de crianças e adolescentes categorizados como anormais. Muitos desses internos eram encaminhados ao pavilhão pelos juízes de menores, que não sabiam como manter sob controle a rebeldia da adolescência paulista. Atualmente, a internação na UES, instituição regada de contradições, acontece quando há o encaminhamento pela Vara Especial da Infância e Juventude, nos casos em que se entende que o jovem ainda precisa de proteção estatal, mesmo depois do cumprimento da medida socioeducativa. Trata-se de adolescentes classificados como "ingovernáveis". No atual contexto, assim como na década de 1920, o discurso da segurança social ganha força, pois esses jovens são considerados perigosos para a sociedade e, dessa forma, devem receber tratamento em regime de contenção.

O personagem central é o médico psiquiatra Pacheco e Silva, que ficou conhecido por suas concepções relativas à infância e à juventude, sobretudo, os portadores de anomalias mentais. A partir do que o psiquiatra defendia, este trabalho visa a buscar a presença de vestígios que ainda podem ser encontrados no atual contexto social e destacar a maneira pela qual os preceitos do médico ainda estão sendo usados pelos seus pares, para justificar a segregação de um grupo e a perseguição dos demais que não caíram nas mãos dos poderes públicos.

1. GRAMKOW, Gabriela. *Fronteiras psi-jurídicas na gestão da criminalidade juvenil*: o caso Unidade Experimental de Saúde. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 95.

2. Trajetória metodológica

O presente artigo é parte do desenvolvimento de dissertação vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências humanas e Sociais da Universidade Federal do ABC, com o objetivo de investigar a Unidade Experimental de Saúde (UES), instituição criada em São Paulo. No decorrer da pesquisa, foi possível perceber que a unidade não foi uma novidade na capital. Os estudos histórico e documental – a partir do Fundo Pacheco e Silva, localizado no Museu Histórico Professor Carlos Silva Lacaz da Faculdade de Medicina da USP – revelaram a presença de vestígios de práticas médicas que colaboraram para o atual estado de perseguição estatal à infância pobre de São Paulo.

Para tanto, foi requerido, junto à administração do Hospital Juquery, acesso aos prontuários e documentos da época em que a instituição foi administrada por Pacheco e Silva. O requerimento foi negado com base em dois argumentos: primeiro, o incêndio que ocorreu em 2005 no prédio da administração – local onde encontrava-se a maior parte dos documentos – e segundo, a desativação, por considerável período, dos pavilhões destinados à segregação de menores. A segunda justificativa, no entanto, não encontra amparo nos documentos encontrados no Fundo Pacheco e Silva. Nestes, há evidências de que as instituições ainda estavam em atividade na década de 1950. Os relatórios usados para descrever a atividade do psiquiatra foram encontrados no Fundo Pacheco e Silva e em livros de autoria do médico. No que concerne à discussão acerca da instituição UES, o levantamento foi feito exclusivamente com base na dissertação da Dra. Fernando Amy Matsuda, pesquisadora que teve acesso aos autos do primeiro interno da unidade.

Assim, com uma análise qualitativa, foi possível encontrar a presença de vestígios, na atualidade, de práticas do médico, que fazia uso da psiquiatria organicista e da eugenia para segregar jovens que eram considerados indesejáveis socialmente.

3. Pacheco e Silva: psiquiatra comprometido com a higiene social

Antonio Carlos Pacheco e Silva nasceu em São Paulo, em 29 de maio de 1898, filho de Pérsio Pacheco e Silva e de Da. Escolástica de Lacerda Pacheco e Silva. Ele estudou nos melhores colégios do país e manteve contato com a cultura francesa. Formou-se na Universidade de Medicina do Rio de Janeiro em 1920 e, após a formatura, continuou os estudos na Europa, mais especificamente na França,

onde se aperfeiçoou em patologia nervosa, sendo assistente na Clínica Charcot, na velha Salpêtrière, em Paris[2].

Em 1921, ao regressar para o Brasil, ele começou a trabalhar no Hospício do Juquery, mais especificamente no Laboratório de Anatomia Patológica. Em 1922, o psiquiatra e diretor do Hospício, Francisco Franco da Rocha, construiu um pavilhão para segregar e separar os *menores* dos adultos, os quais eram enviados ao hospital em razão de apresentarem algum distúrbio mental[3]. É também Franco da Rocha que, em 1923, indicou Pacheco e Silva, então com apenas 24 anos, ao cargo de diretor do hospício. Antes de indicá-lo, Franco da Rocha enviou-lhe uma carta, transcrita a seguir:

> "São Paulo, 20 de fevereiro de 1923.
> Meu caro Pacheco e Silva
> Nas vésperas de me aposentar e deixar o Hospício de Juqueri que eu lhe fiz e do qual tenho um ciúme irreprimível, voltei minha esperança para o seu lado, vendo como vi, você, um estudioso, um esforçado e com grande desejo de aparecer no mundo científico em que se trata da psiquiatria.
> Vendo que nenhum outro se dedicava como você à parte científica da psiquiatria, vendo que você está disposto a abandonar tudo, clínica e mais preocupações dispersivas para só se entregar ao Hospício e à ciência de corpo e alma, resolvi apresentar o seu nome ao governo, na grande esperança que você trará fama a S. Paulo e ao Hospício que eu criei, certo de que você corresponderá à minha grande esperança.
> Para ser diretor de um instituto dessa espécie se exigem qualidades que raramente se encontram num homem, A mim me parece que você as tem. Não me desiluda. É só o que lhe peço. Sacrifiquei toda a minha vida por esse instituto. Não podia, portanto, entregá-lo, ao sair, a um qualquer, só por amizade ou por outro motivo de menos valia.
> Procurei um homem moço (24 anos), mas sério, cientista por temperamento e capaz de se sacrificar por amor à ciência. É você que vai tomar aos ombros essa pesada tarefa, que a outros menos conscientes parecerá coisa simples e lucrativa. Aceite você essa carga em benefício do Estado, pelo qual todos nós devemos nos sacrificar. Vou propô-lo ao Doutor Presidente Washington Luís Pereira de Souza, que é homem superior e corretíssimo, creio que ele aceitará.
> Disponha sempre deste seu colega e admirador.
> Franco da Rocha."[4]

2. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Reminiscências*. São Paulo: UNIÃO, 1995, p. 124.
3. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *A assistência a psicopatas no Estado de São Paulo*: breve resenha dos trabalhos realizados durante o período de 1923 a 1937. São Paulo, 1945. p. 37.
4. FRANCO DA ROCHA, F. apud PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 126-127.

A indicação do psiquiatra foi aceita, e, assim, Antonio Carlos Pacheco e Silva assumiu a direção do maior hospício da América Latina. Além da gerência deste, o psiquiatra "ocupou diversos cargos de destaque em instituições de saúde, na gestão pública e na docência nas principais instituições universitárias de São Paulo, angariando prestígio acadêmico e grande influência política"[5]. O psiquiatra publicou 16 livros e cerca de 350 trabalhos, entre monografias, artigos e conferências, todos de caráter cultural e científico, nos âmbitos nacional e internacional. Ele chamou a atenção das principais instituições e dos governantes, tornando-se também influenciador de diversas políticas públicas para a saúde mental e a segurança do Estado.

> "Antonio Carlos Pacheco e Silva teve em sua obra e em suas relações institucionais a marca da defesa de valores conservadores, nacionalistas, e de defesa dos interesses econômicos, morais e políticos das camadas mais abastadas da sociedade paulista. As crenças e a atuação de Pacheco se expressam da maneira mais radical quando verificamos a sua postura favorável ao exame pré-nupcial; a luta pela eliminação de práticas consideradas "imorais", como o espiritismo, o homossexualismo, as práticas sexuais antes do casamento, o comunismo; a imigração de determinados grupos étnicos e o apoio aberto e militância no Golpe Militar, e o autoritarismo dele decorrente, a partir de 1964."[6]

Em março de 1926, Pacheco e Silva representou a Liga Brasileira de Hygiene Mental nos Estados Unidos. No mesmo ano, o psiquiatra foi convidado pela Fundação Rockfeller para conhecer os hospitais psiquiátricos dos EUA[7]. Foi em uma visita ao país que conheceu instituições destinadas a serviços sociais para menores.

> "Para ele, cabia também às autoridades públicas organizar os serviços de assistência aos menores, sobretudo, os "anormais", a exemplo da constituição

5. TARELOW, Gustavo Querodia; MOTA, André. Eugenia, organicismo e esquizofrenia: diagnósticos psiquiátricos sob a lente de Antônio Carlos Pacheco e Silva, nas décadas de 1920-40. *Dimensões*: Revista de História da Ufes, Espírito Santo, v. 34, 2015. p. 262. Disponível em: [periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/11118/7765].
6. TARELOW, Gustavo Querodia. *Entre febres, comas e convulsões*: as terapias biológicas no hospital do Juquery administrado por Pacheco e Silva (1923/1937). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 22.
7. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 131.

> do Juizado de Menores e da construção de abrigos, institutos de pesquisa e da própria Escola Pacheco e Silva, até 1929."[8]

O psiquiatra dedicou esforços para melhorar o pavilhão que lhe foi confiado por Franco da Rocha, e contava com apoio e financiamento do governo para conseguir cuidar das crianças consideradas anormais, e honrar o nome de São Paulo. A instituição deveria cumprir rigorosamente as disposições do Decreto Federal 17.943 A, de 12 de outubro de 1927[9]. O referido decreto traz o famoso Código de Menores, que regulamentava a infância na época e que instituiu a doutrina da situação irregular. O cumprimento das disposições do decreto poderia ser alcançado se fossem desenvolvidas instituições similares às existentes dos Estados Unidos, já que no Brasil não existiam tais espaços, que abarcassem as necessidades sociais. Pacheco e Silva, então, criou a seção destinada à assistência às crianças anormais no Juquery e confiou a chefia ao pediatra Dr. Vicente Baptista, que enriqueceu a pediatria do Estado de São Paulo[10].

4. Menores *annormaes*

A nomenclatura *menor* surgiu com o objetivo de segmentar a infância. Crianças representavam aqueles que não eram abarcados pelo Código de Menores, pois eram oriundos de famílias estruturadas, com poder aquisitivo e capazes de fornecer educação moral de qualidade. *Menores*, portanto, era um termo usado exclusivamente para fazer referência aos negros e aos pobres da cidade de São Paulo, os quais eram perseguidos pelo Estado em razão da ideia predominante de que eles implicavam riscos para a nação: "Com menções à infância, à juventude e ao menor – termo alusivo, particularmente, à pobreza"[11].

8. SERRA, Lia Novaes. *Infância perdida*: a concepção de "menores anormais" na obra de Pacheco e Silva. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 107.
9. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Infância anormal e criminalidade*. Museu Histórico Professor Carlos da Silva Lacaz da Faculdade de Medicina da USP. S/d.
10. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. Homenagens ao Prof. Pacheco e Silva. *Caderno de Pediatria*, 1936.
11. MOURA, Esmeralda Blando B. de. O fim, o meio e a forma: o Brasil desejado, a infância e a lei na Assembleia Nacional Constituinte de 1934. In: MOTA, André; SCHRAIBER, Lilia Blima. *Infância e Saúde: Perspectivas históricas*. São Paulo: Hucitec/Fapesp, 2009. p. 27.

Ou seja, a divisão foi pautada pela raça e pelas circunstâncias socioeconômicas. Essa divisão ganhou mais força com a promulgação do Código de Menores de 1927, que categorizava a infância em termos de abandonados, pervertidos e delinquentes. "Tratando da classificação de menores, é preciso apontar que antes de ser encetada propriamente a classificação, há que se distinguir entre *normaes* e *anormaes*".[12] Para o médico Pacheco e Silva, havia dois tipos de menores *anormes*, pois nem todos nasciam portadores de distúrbios mentais.

> "Os fatores responsáveis pelas anomalias mentais e morais da criança podem ser divididos em dois grupos fundamentais: aqueles que agem sôbre o plasma germinativo e os que atuam diretamente sôbre o desenvolvimento do indivíduo.
>
> Entre os que atuam sôbre o plasma germinativo se incluem a herança neuro-psicopátia; a herança mórbida e tóxica, a consanguinidade e a idade avançada dos pais.
>
> Os fatores que agem diretamente sobre o indivíduo podem incidir na fase pré-natal, por ocasião do nascimento e na fase post-natal. Na fase pré-natal figuram as condições maternas físicas e mentais desfavoráveis; os elementos mórbidos agindo durante a gestação, isto é, as infecções e as intoxicações, sobretudo a sífilis, a tuberculose e o álcool; e, finalmente, os traumatismos. No que toca os fatores relacionados com o nascimento, incriminam-se a distócia, a primogenitura e o parto prematuro, sendo que as encefalias obstétricas ocupam papel de relevo entre os elementos responsáveis pela anormalidade infantil. Por fim, cumpre que se mencionem os fenômenos surgidos na fase post-natal, como sejam ainda os traumatismos, as toxi-infecções, a deficiência de nutrição e as desordens endrócrinas."[13]

Essas características abarcavam apenas as crianças pobres e, consequentemente, negras, da cidade. Para evitar que houvesse *menores anormais*, o médico defendia a esterilização de mulheres pobres, assim como o exame pré-nupcial. E quando nascia uma criança considerada anormal, as leis tratavam de persegui-la e institucionalizá-la. O Código de Menores deixou uma lacuna no que concerne à participação da medicina na vida das crianças e dos adolescentes, principalmente no que diz respeito às crianças "normais e anormais". Com o objetivo de sanar essa lacuna, foi criado o Pavilhão para *menores anormaes* no Hospital Juquery:

12. SILVA, Helio. Assistência a menores. *Correio Paulistano*, São Paulo, 16 de fev. 1930. p. 2.
13. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Psiquiatria clínica e forense*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940. p. 492.

> "Ali são recolhidos esses que, dentes, seja porque seu cérebro se rexinta de incompleto ou defeituoso desenvolvimento physiologico, ou em razão de certas causas pathologicas são incapazes de ser impressionados pelos processos educativos."[14]

O conservadorismo das concepções relacionadas a crianças e adolescentes, do responsável pela administração do Pavilhão, está de acordo com os pensamentos da época. Além das deficiências físicas e mentais, as características que estigmatizavam os jovens como *anormais* estavam relacionadas com o comportamento social. A delinquência, por exemplo, também enquadrava as crianças e adolescentes nesse rol.

> "Não obstante a delinquência infantil se apresente sob aspectos diferentes, conforme o país em que se registra, motivada por fatôres vários de ordem psico-bio-social e econômica, não padece dúvida quanto à existência de denominadores comuns, que emprestam ao problema características próprias e aspectos semelhantes, onde quer que ocorra."[15]

Conforme aponta Serra[16], a compreensão de *anormal* nas obras de Pacheco e Silva também se refere a um seguimento social. Também eram inclusos nessa modalidade aqueles que tinham deficiências física, intelectual, moral, afetiva ou sensorial. Nesse sentido, é possível vislumbrar que, para o psiquiatra, as crianças e adolescentes que viviam em situação irregular eram *anormais*. E o ideal de *menor*, promovido na época, julgava esses grupos como potencialmente perigosos. Pacheco e Silva também seguia essa vertente[17] ao colocar os *menores* abandonados e os delinquentes no mesmo patamar, e submetê-los à mesma previsão de tratamento.

No Brasil, eram poucos os estabelecimentos públicos destinados à educação mental, moral e manual (os três m's dos americanos) de menores abandonados e delinquentes, que tanto necessitam deles. Dispomos, é verdade, de algumas instituições particulares e aproveitáveis, as quais há tempos prestam inestimáveis serviços à coletividade. Muito embora nem todas obedeçam a uma orientação

14. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. Op. cit., p. 2.
15. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Desajustes Psico-sociais*. São Paulo: EDIGRAF, S/d. p. 69.
16. SERRA, Lia Novaes. Op. cit., p. 88.
17. Idem.

calcada na pedagogia moderna, a qual recorre à psicologia quando se trata de crianças normais e à psicopatologia, nos casos das anormais.[18] Para o psiquiatra, tal metodologia era um grande erro, visto que não havia separação de "aproveitáveis", que seriam os adaptáveis ao meio social e os assimiláveis ao meio escolar.[19]

O caráter de anormalidade vai além do mental. Ele incluía questões físicas, como no caso do adolescente Walter Dorin, de 16 anos, que foi diagnosticado com personalidade psicopática, pois apresentava implantação baixa de cabelo, orelha direita menor do que a esquerda, indiferença pelas convenções sociais, imaturidade, ansiedade e inadaptação, falta de harmonia psíquica, um adolescente com caráter intratensivo e impulsivo, sem anormalidade no exame eletroencefalográfico.[20] Nesse caso específico, o adolescente foi encaminhado ao hospital pelo Juiz de Menores, pois praticava furtos.

Para Pacheco e Silva[21], havia três grupos de elementos capazes de desviar o menor da vida normal: trata-se de causas patológicas, sociais e associação das duas categorias, sociais e mórbidas. A anormalidade não se resumia a fatores físicos, mas abarcava também características sociais como "filhos espúrios, educação mal orientada, abandono, miséria, vagabundagem etc."[22] De acordo com o Código de Menores, essas características também enquadravam menores na categoria de "situação irregular", visto que eles necessitavam de interferência estatal. Ou seja, a anormalidade também estava relacionada às circunstâncias sociais: "Pode-se perceber, contudo, que havia uma predileção pelo uso do termo 'menores anormais' às crianças de classes desfavorecidas, que corresponderiam também às 'crianças delinquentes' ou abandonadas"[23].

Nota-se, então, que o conceito de infância anormal se aplicava aos *menores* tidos como perigosos. Teixeira e Matsuda[24] colocam que o *menor* era alvo preferencial do aparato repressivo e das práticas policiais, e, com a influência da medicina

18. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 2.
19. Idem.
20. *Laudo psiquiátrico*. Clínica Psiquiátrica. Museu Histórico Professor Carlos da Silva Lacaz da Faculdade de Medicina da USP, 1958.
21. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 2.
22. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 3.
23. SERRA, Lia Novaes. Op. cit., p. 88.
24. TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernando Emy. Menoridade e Periculosidade: intersecções e assujeitamentos. *Plural*, Revista do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UES, São Paulo, v. 24.1, 2017. p. 12.

e a presença do discurso de Pacheco e Silva, esses *menores* se tornam também alvo da psiquiatria. Para o médico[25], era inegável que a assistência a esse público carecia da colaboração da psiquiatria, no caso, a psiquiatria organicista. Ele também acreditava ser possível evitar a incidência de crianças anormais com o controle de natalidade, seja pelo exame pré-nupcial, seja pela esterilização de mulheres com tendências a terem filhos com anomalias psíquicas.

5. Psiquiatria organicista: tratamentos para menores *anormaes*

O Brasil adotou diversas teorias que visavam à higienização da sociedade com o objetivo de criar o que se entendia por uma super raça, a qual corroboraria com o crescimento da nação. A eugenia foi uma das primeiras práticas adotadas com a finalidade de excluir aqueles que não faziam parte dos planos de desenvolvimento ou que colocavam esses planos em risco.

> "A segregação humana é uma construção social que existe desde a origem das sociedades e ainda hoje ocorre, mesmo entre as tribos mais primitivas do interior do Amazonas ou da África. No entanto a transformação da segregação em limpeza racial, em *eugenia*, só ocorreu no século XIX com Francis Galton, sobrinho de Charles Darwin, em seu livro *Hereditary Genius*, publicado em 1869."[26]

A eugenia ganhou adeptos no Brasil, especialmente em São Paulo, com Pacheco e Silva. Essa prática fica evidente, sobretudo, na defesa do exame pré-nupcial, o qual pretendia evitar a procriação dos que portavam o que era visto como desvios sociais. Ainda, o psiquiatra defendia a esterilização das mulheres pobres, pois acreditava que os filhos delas poderiam cometer futuramente atos criminosos. Tais prevenções colaborariam para o Brasil se aproximar do objetivo de ser habitado apenas pelo que se entendia como raças superiores.

> "Alinhado às concepções eugênicas, Pacheco e Silva acreditava que a eugenia era um complemento às teorias de seleção natural e evolução das espécies de Charles Darwin. Para os eugenistas era possível, em relação aos seres humanos, racionalizar esta 'seleção natural' com a finalidade de promover uma sociedade mais desenvolvida, a partir de seres humanos mais sadios e com uma

25. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 3.

26. GIOPPO, Christiane. Eugenia: a higiene como estratégia de segregação. *Educar*, Curitiba, Editora da UFPR, n. 12, 1996. p. 168.

> formação genética 'superior'. Para tanto, buscava-se controlar a natalidade e eliminar os resquícios dos 'degenerados', entendendo que as mazelas da sociedade eram oriundas da hereditariedade das 'raças menos desenvolvidas'."[27]

No final do século XIX e início do XX, a psiquiatria foi pautada na concepção organicista, que, segundo Tarelow[28], era a busca por causas orgânicas para justificar as doenças mentais, determinando comportamentos patológicos e algumas lesões ou má formação do cérebro. Pacheco e Silva tentou associar os "comportamentos anormais" dos doentes mentais a uma possível lesão cerebral.[29] Com isso, é possível estimar que a psiquiatria organicista tem o ideal de fundir as deficiências físicas com as mentais.[30]

Entre outros fatores, foi a coerência de sua prática profissional com as teorias organicistas que motivou a indicação de Pacheco e Silva por Franco da Rocha para cadeira de dirigente do maior hospício da América Latina. Seu trabalho no hospital foi pautado também pela finalidade de fazer com que a psiquiatria integrasse a patologia geral[31]. De modo que, conforme Pacheco e Silva[32] mesmo afirma, o seu primeiro cuidado foi o de instalar um Laboratório de Anatomia Patológica. Os resultados obtidos nas pesquisas realizadas nesse laboratório tornaram possível a publicação da revista científica intitulada inicialmente de "Memórias do Hospital Juquery". Esses estudos eram orientados exclusivamente pela psiquiatria organicista: "nos anos 1920-40, o modelo psiquiátrico organicista associado

27. TARELOW, Gustavo Querodia. A moral, a política e algumas questões científicas presentes no hospital do Juquery: abordagens de Pacheco e Silva (1923-1950). *Histórica* – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo, n. 51, dez. 2011. p. 3. Disponível em: [www.arquivoestado.sp.gov.br/site/publicacoes/revista_historica].
28. TARELOW, Gustavo Querodia. *Entre febres, comas e convulsões*: as terapias biológicas no hospital do Juquery administrado por Pacheco e Silva (1923/1937). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
29. TARELOW, Gustavo Querodia; MOTA, André. Eugenia, organicismo e esquizofrenia: diagnósticos psiquiátricos sob a lente de Antônio Carlos Pacheco e Silva, nas décadas de 1920-40. *Dimensões*: Revista de História da Ufes, Espírito Santo, v. 34, 2015. p. 264. Disponível em: [periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/11118/7765. p.264].
30. VENANCIO, Ana Teresa A. A construção Social da Pessoa e a Psiquiatria: Do Alienismo à "Nova Psiquiatia". *Physis*: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 3, n 2, 1993. p. 130. Disponível em: [scielosp.org/pdf/physis/1993.v3n2/117-136/pt].
31. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 17.
32. Idem.

à eugenia ganhava eco tanto nas publicações científicas quanto na formulação dos prontuários médicos dos pacientes internados."[33]

Nota-se, nos laudos médicos, a preocupação com a detecção de fatores físicos que indicassem a natureza da doença mental. Ainda, conforme consta em laudo psiquiátrico[34], a representação física não afasta a possibilidade de a doença ser explicada por meio da moral do indivíduo. E foi com base nessa doutrina que Pacheco e Silva tratou as crianças e adolescentes, o que pode ser conferido em laudos emitidos para o Juiz de Menores. Nestes, eram analisadas as questões físicas, bem como os respectivos históricos familiar-social, exames que determinavam o destino dos jovens.

O psiquiatra[35] considerava que, para tratar os *menores anormaes*, era necessário a educação moral e psicológica. Ele ainda julgava que o tratamento passava por recursos como administração de medicamentos, treponemicidas[36] e radioterapia. De maneira que determinava a fusão de medidas de prevenção e de intervenção: "O tratamento médico-pedagógico abrange as medidas profiláticas e preventivas, além do curativo, que se subdivide em cirúrgico e médico"[37]. Também, ao passo que se posicionou contra a psicanálise, Pacheco e Silva defendia tratamentos terapêuticos como a malarioterapia e a eletroconvulsoterapia[38]. À medida que foi ganhado força política, o psiquiatra passou a intervir na sociedade para prevenir os distúrbios mentais. Para tanto, ele desenvolveu programas de combate ao alcoolismo e de promoção da educação infantil. Nos documentos encontrados no Fundo Pacheco e Silva, percebe-se determinado enquadramento dos dependentes de bebidas alcoólicas, usado para fundamentar a anomalia psíquica.

Em suma, é possível notar que os efeitos da aplicação da psiquiatria organicista e de práticas orientadas pela eugenia consistiram na segregação de pessoas consideradas indesejadas, e, quando possível, na eliminação da reprodução dos

33. TARELOW, Gustavo Querodia; MOTA, André. Op. cit., p. 266.

34. Anexo 1.

35. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 493.

36. Teste para diagnosticar sífilis.

37. PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Psiquiatria clínica e forense*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940. p. 492.

38. TARELOW, Gustavo Querodia. A moral, a política e algumas questões científicas presentes no hospital do Juquery: abordagens de Pacheco e Silva (1923-1950). *Histórica* – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo, n. 51, dez. 2011. p. 2. Disponível em: [www.arquivoestado.sp.gov.br/site/publicacoes/revista_historica].

tidos como desviantes. O que permite depreender que a teoria organicista faz parte do aparato médico usado para higiene social e criação de uma sociedade superior fundada na moral e com preceitos exclusivos da branquitude.

6. A história da infância e juventude soterrada: crianças e adolescentes no Hospital Juquery

O Brasil passou por um longo caminho para conseguir efetivar os direitos de crianças e adolescentes, sendo que, durante esse percurso, foram criadas algumas instituições com o objetivo de controlar a infância. Embora não seja de conhecimento de toda a sociedade, algumas políticas para a infância e juventude acarretaram a construção da identidade nacional. Um exemplo é a ideia – cuja origem é do século passado – de que crianças e adolescentes poderiam oferecer risco ao progresso da nação, e que isso ocorreria em razão de aspectos biológicos, sociais e econômicos. Essa ideia ganha tal força que serve inclusive para segregá-los, privá-los de suas liberdades e impor tratamentos psiquiátricos.

Em 1930, na cidade de São Paulo, a institucionalização da infância contava com o amparo das seguintes instituições: Abrigo de Menores, o Instituto Disciplinar do "Belemzinho", o Instituto Disciplinar de Mogy-Mirim, patronatos agrícolas e a secção de menores do Hospital de Juquery, com a escola Pacheco e Silva[39]. O hospital, criado em 1898 pelo psiquiatra Franco da Rocha, inaugurou o pavilhão destinado aos *menores* do sexo masculino em 1922, ala gerenciada por Pacheco e Silva[40]. O psiquiatra aperfeiçoou o pavilhão, e, em 1929, convidou Noberto Souza Pinto para organizar a primeira escola pública para crianças anormais:

> "A 'secção para menores *anormaes*' inaugurava-se assim estruturada em dois pavilhões: o antigo pavilhão construído por Franco da Rocha em 1922 e um pavilhão-escola. Às meninas só restava continuar nos pavilhões adultos femininos."[41]

39. ZUQUIM, Judith. *Infância e crime na história da psicologia no Brasil*: um estudo de categorias psicológicas na construção histórica da infância criminalizada na primeira república. Tese de Doutorado, Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001. p. 157.
40. PACHECO E SILVA, A.C. Op. cit., p. 37.
41. ZUQUIM, Judith. Op. cit., p. 143.

A escolha por Pinto se deveu ao fato de o psicopedagogo ter gerido uma escola particular para crianças normais entre os anos de 1917 e 1929, quando foi convidado pelo diretor do Hospital Juquery[42]. Com a segregação dos *menores*, a direção do hospício optou por separar os internos em educáveis e ineducáveis, de maneira que os esforços seriam destinados àqueles que realmente poderiam ser *melhorados*. Com a abertura da "escola", o Juquery chamou, mais uma vez, a atenção da mídia, cuja cobertura se deteve no que considerava ser um excelente resultado do estabelecimento na recuperação dos internos.

A situação da infância só mudou com a Constituição de 1988 – sobretudo, em seu artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, criado em 1990 –, já que esse documento teve como referência normas internacionais de proteção aos direitos humanos e privilegiou a noção de igualdade, independentemente de raça, sexo, religião ou idade, ao passo que desconsiderou conceitos como a ideia de super raça. Se levarmos em conta que não foram encontradas informações sobre o fechamento da seção para menores, torna-se possível cogitar que a internação de criança e adolescentes no hospital só acabou com a promulgação da Constituição em 1988, uma vez que a instituição não estava de acordo com os fundamentos e objetivos da nova Carta Magna.

Portanto, a falta de informações sobre as atividades do hospício construído por Pacheco e Silva nos leva a crer que a instituição foi o destino, por anos, de adolescentes diagnosticados com doenças mentais. Já o Hospital Psiquiátrico Phillipe Pinel realiza três tipos de programas distintos: um deles destinado à infância e à juventude, o qual conta com uma enfermaria e um CAPS[43]. Entre os anos de 2005 e 2007, a instituição recebeu um total de 30 adolescentes encaminhados pela Fundação Centro de Atendimento (Fundação CASA), e 39 encaminhados diretamente pelas Varas da Infância e Juventude[44]. Desde 2008 – ano de criação da Unidade Experimental de Saúde –, não há informações relativas ao encaminhamento de jovens ao Phillipe Pinel. O que leva à conclusão de que a UES reinaugura um preceito de intervenção psiquiátrica que submete a infância pobre de São Paulo à segregação.

42. AYRES, Francisco. A educação das crianças anormais. *Correio Paulistano*, São Paulo, 26 de jun. 1942. p. 2.

43. MOTA, Luciana Jordão da. *Doença mental e o adolescente em conflito com a lei*: o caso do Hospital Psiquiátrico Philippe Pinel e a Unidade Experimental de Saúde na cidade de São Paulo. São Paulo: ANADEP, 2008. p. 5. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20619].

44. MOTA, Luciana Jordão da. Op. cit., p. 6.

7. Encontrando os vestígios

As práticas de medicalização, institucionalização e psiquiatrização da infância não ficaram no passado. Elas foram aprimoradas, deixaram de contar com a cobertura da imprensa e passaram a ser administradas à margem das legislações e das recomendações das áreas da saúde. Por psiquiatrização, entende-se a prevalência da psiquiatria na gestão de conflitos sociais: "O que estamos chamando de psiquiatrização é a predominância dos saberes e fazeres *psi* na gestação das problematizações e dos conflitos que setores da juventude vêm colocando ao campo social"[45]. Essas práticas ainda têm como público alvo crianças que carregam indícios de periculosidade, as quais, na maioria das vezes, já praticaram atos infracionais. As práticas de medicalização, com o objetivo de gestão da criminalidade juvenil, são mais incisivas e visam, acima de tudo, à segregação dessa população.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se sabia o que fazer com adolescentes infratores que apresentassem distúrbios mentais. Como tudo indica que as medidas de proteção não eram uma opção, esses adolescentes ficavam internados na FEBEM-SP. Tal fato levou o Ministério Público e o Departamento de Execução da Infância e Juventude de São Paulo a instaurarem um processo e uma sindicância para apurar irregularidades no atendimento de adolescentes portadores de transtornos mentais[46]. Após esses procedimentos, os adolescentes que apresentassem doenças mentais passaram a ser encaminhados a um hospital psiquiátrico.

Com a prática do ato infracional, no caso do adolescente ser diagnosticado com algum transtorno mental, os devidos tratamentos devem ser iniciados. Todavia, esse tratamento só será possível se o juiz, responsável pelo processo de apuração do ato infracional, impor ao adolescente uma das medidas protetivas.

No século passado, esses adolescentes seriam encaminhados ao Pavilhão de Menores. Desde o ano 2000, no entanto, o destino passou a ser o Hospital Psiquiátrico Phillippe Pinel, pois esse conta com um programa de atendimento para crianças e adolescentes. Nesse cenário, pressupõe-se que houve uma ordem judicial para o cumprimento da medida protetiva, que pode ser o tratamento ambulatorial, conforme previsto no artigo 101, inciso V, do Estatuto da Criança e

45. VICENTIN, Maria Cristina G.; GRAMKOW, Gabriela; ROSA, Miriam Debieux. A patologização do jovem autor de ato infracional e a emergência de "novos' manicômios judiciários. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, 2010. p. 62.

46. VICENTIN, Maria Cristina G.; GRAMKOW, Gabriela; ROSA, Miriam Debieux. Op. cit., p. 64.

do Adolescente. Peculiarmente, esse hospital foi criado por Pacheco e Silva, em 1929. Na época, o objetivo do hospital era atender às famílias mais ricas do estado, e, em 1944, a instituição passou a ser responsabilidade do poder público. Até hoje, o local continua com o objetivo de atender pessoas carentes da cidade de São Paulo. Entre os anos de 2005 e 2007, o hospital recebeu 30 adolescentes da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente[47]. Ao longo desses três anos, o número de internações por motivos "jurídicos" cresceu: 33 em 2005, 54 em 2006 e 78 em 2007[48]. Também consta a informação de que os adolescentes que tiveram a internação determinada pela justiça se destacavam de forma negativa no que tange à disciplina.

É justamente a falta de aderência às regras da instituição total que caracterizam o adolescente como um possível portador de transtorno mental. Conforme aponta Gramkow[49], os argumentos que sustentam os pedidos de exames, por parte do juiz e do Ministério Público, são relativos à gravidade do ato infracional e à proteção da sociedade. Atualmente, jovens autores de atos infracionais graves – que tenham sido diagnosticados com distúrbio de personalidade, considerados como perigosos ou ainda tenham suas medidas socioeducativas convertidas em medidas protetivas – são encaminhados à Unidade Experimental de Saúde, para receberem tratamento psiquiátrico como recurso para a contenção. A instituição foi criada após o Decreto 53.427, de 16 de setembro de 2008, após os poderes públicos e o judiciário não saberem como atender aos anseios sociais motivados pelo caso do adolescente conhecido como *Champinha*. O objetivo seria o de segregar o jovem por um prazo indefinido.

O caso em questão concerne à acusação – do adolescente que então tinha 16 anos de idade, em 20003 – de prática de crime de extorsão mediante sequestro com resultado em morte (artigo 159, § 3º, do Código Pena), estupro (artigo 213 do Código Penal), homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, incisos III, IV e V, do Código Penal) e ocultação de cadáver (artigo 211 do Código Penal). O adolescente teria confessado os crimes e apontado mais quatro homens, com idades entre 32 e 50 anos, como partícipes. Esses, no entanto, apontaram o jovem como o

47. MOTA, Luciana Jordão. Op. cit., p. 06.

48. MOTA, Luciana Jordão. Op. cit., p. 07.

49. GRAMKOW, Gabriela. *Fronteiras psi-jurídicas na gestão da criminalidade juvenil*: o caso Unidade Experimental de Saúde. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 102.

mentor. Fernanda Emy Matsuda[50] – que teve acesso aos autos do processo, com as devidas autorizações do adolescente e de seus representantes legais – apresenta o percurso do processo, desde a internação nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente, e propõe a articulação entre justiça e saber médico com a finalidade de internação do jovem por tempo indeterminado, em regime de contenção, o que seria explicado com a alegação da existência de uma doença mental.

Atualmente, assim como na década de 1920, os primeiros a identificarem a necessidade de segregação dos adolescentes são as autoridades jurídicas e seus auxiliares. Posteriormente, a decisão é legitimada pelo diagnóstico de profissionais da área de saúde mental.

> "Em primeiro lugar são apresentados os discursos proferidos pelos profissionais que atuam nas equipes psicossociais da Fundação do Bem-Estar do Menor (FEBEM) e do Departamento e Execuções da Infância e Juventude (DEIJ). Em seguida, os discursos dos *experts* que realizaram as perícias. Os discursos dos atores do Judiciário, notadamente os representantes da magistratura e do Ministério Público, bem como da Procuradoria de Assistência Judiciária, que se encarregou da maioria dos atos de defesa, encontram-se intercalados com os dos técnicos e dos peritos."[51]

É possível relacionar o caso do adolescente que motivou a criação da UES com os laudos encontrados no Fundo Pacheco e Silva. Nestes, percebe-se a preocupação em traçar uma linha que justificasse, de forma hereditária, as causas que levaram o jovem a cometer o ato infracional. Em primeiro plano, os antecedentes familiares eram analisados e, posteriormente, os pessoais, que eram examinados de forma minuciosa. Após analisar o adolescente com o recorte social, exames somático, neurológico, psíquico e complementares eram realizados. Já no processo do caso de Roberto, vulgo *Champinha*, Fernanda Matsuda constatou que os médicos se detiveram na análise da trajetória do adolescente até o envolvimento com o delito que acarretou a sua internação. Foram levados em consideração, portanto, "as dificuldades de aprendizado escolar, as repetências, o contato precoce e esporádico com o álcool e a maconha – tudo é registrado"[52].

50. MATSUDA, Fernanda Emy. *A medida da maldade*: Periculosidade e controle social no Brasil. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.
51. MATSUDA, Fernanda Emy. Op. cit., p. 63.
52. MATSUDA, Fernanda Emy. Op. cit., p. 82.

A UES nasceu com a proposta de conter corpos que ofereciam risco à ordem social e para evitar que adolescentes – que cometeram crimes graves, caracterizados como de alta periculosidade – voltassem ao convívio social. Nesses casos, as autoridades recorrem ao aparato médico para segregar aqueles que ofereciam, ou seriam capazes de oferecer, perigo à sociedade.

> "A proposta da Unidade Experimental de Saúde permite várias possibilidades de análise. A primeira delas passa pela questão da periculosidade. Considerando que, se num primeiro momento, a instituição foi criada para abrigar adolescentes com distúrbios psicológicos, há um rompimento com tal objetivo, passando a ter um novo intento: abrigar jovens diagnosticados com distúrbios de personalidade, de alta periculosidade e interditados civilmente."[53]

A internação de Roberto abriu margem para a segregação de outros jovens considerados inaptos ao convívio social pelas autoridades – *a priori,* o judiciário. De maneira que eles permanecem segregados e recebem tratamento sob regime de contenção: "Roberto e os demais jovens que estão detidos na UES são os anormais da contemporaneidade, uma vez que reúnem os conceitos de loucura, crime e periculosidade básicos para a construção da categoria anormal".[54] O caso dessa instituição, portanto, permite afirmar que a doutrina da década de 1920 ainda está presente mesmo após as promulgações da Constituição Federal e do ECA. As autoridades encontraram, em uma pecha da lei e no discurso médico, um meio de higienizar adolescentes considerados *anormais*. Assim como a seção para *menores anormaes*, a UES foi construída com o amparo do saber médico, que justifica a necessidade de construção de uma "prisão-hospício", e faz uso de exames e diagnósticos que advêm da criminologia e não da área da saúde[55].

8. Considerações finais

Após a abolição da escravatura, as crianças e os adolescentes tomaram as ruas como espaços de lazer, moradia e de trabalho. A presença desse grupo, no entanto, não agradava a elite e, consequentemente, o poder público. Para solucionar o

53. ROSATO, Cássia; FILHO, Pedro de Oliveira. Judicialização de vidas indignas: o caso da Unidade Experimental de Saúde em São Paulo. *Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais*, São João Del Rei, v. 13, n. 2, maio-agosto de 2018. p. 06. Disponível em: [www.seer.ufsj.edu.br/index.php/revista_ppp/article/view/2971].

54. Idem.

55. ROSATO, Cássia; FILHO, Pedro de Oliveira. Op. cit., p. 06.

problema, as autoridades aproveitaram da ascensão da credibilidade do discurso médico para conter quem considerava indesejável, o que, para o poder público, também significava agir nas causas da criminalidade. Para alcançar tal objetivo, o Estado de São Paulo tinha como aliado um cientista, o qual crescia rapidamente em seu meio de saber e que tinha, como método de intervenção nos tidos como anormais e/ou criminosos, práticas baseadas nas doutrinas da eugenia e da psiquiatria organicista

A psiquiatria organicista é a busca por causas orgânicas para justificar as doenças mentais, ou seja, certos comportamentos patológicos são explicados por lesões ou má formação do cérebro. Esta doutrina e a da eugenia fomentaram a perseguição de um grupo específico: as crianças e adolescentes presentes nas ruas na década de 1920. Essas crianças, via de regra, eram pobres e negras, população cujo nascimento deveria ser prevenido, segundo o que defendia o psiquiatra, partidário do exame pré-nupcial e da esterilização de mulheres que não pudessem arcar com o que era entendido por educação moral de qualidade. Ainda, essas mulheres trariam ao mundo um perfil de crianças repugnadas pelo poder público, que almejava a criação de uma raça superior, a qual não incluía pessoas negras.

Estigmatizar o indivíduo como perigoso é um discurso conveniente para segregar e higienizar aqueles que são indesejados pela sociedade nas ruas da cidade. O que fazia desses jovens perigosos era, em primeira instância, a sua condição social, pois a falta de educação moral – mesmo nos tempos atuais – faz com que o indivíduo não saiba diferenciar o certo do errado. Ainda, a pobreza em que vivem essas crianças e adolescentes impõe a eles buscas por meios de sobrevivência, e as ruas são os locais ideais para isso, o que não implica necessariamente a prática de crimes. A sociedade e o poder público elitizado, contudo, entendem que a ocupação do espaço público por esses indivíduos acarretará na infração da lei penal.

Pacheco e Silva acreditava que os *menores* poderiam ser divididos em educáveis e ineducáveis, separação que seria importante na definição do tratamento adequado. Já a UES tem por objetivo segregar aqueles adolescentes que não podem voltar ao convívio social, segundo o discurso de alguns saberes, pois provavelmente recairiam em delitos graves, uma vez que a periculosidade é considerada inerente às suas respectivas personalidades. A segregação indefinida, portanto, encontra amparo nessas premissas.

Há quem se valha do discurso da proteção integral para fundamentar a manutenção da UES, discurso que apresenta consideráveis semelhanças com o das autoridades da década de 1920, particularmente o de Pacheco e Silva. A ideia de segregação, como forma de proteção, tem como objetivo mascarar a ideia de

higienização daqueles tidos como indesejáveis socialmente. O efeito é que se gera a impressão de que o Estado seria protetor da parcela mais vulnerável da população, ao passo que ela está efetivamente sendo reprimida.

Fazer uso de discurso médico para justificar a prática delituosa e a segregação sem prazo determinado era, e ainda é, um aspecto da criminologia, uma vez que se entende que a liberdade não poderá ser concedida, já que a periculosidade não cessará em razão da doença mental. Os laudos baseados em questões criminais demonstram que o uso do discurso médico está sendo usado para justificar a higienização da infância pobre. Ao invés de levar em considerar as diretrizes do Sistema Único de Saúde, o tratamento da saúde social se limita à reclusão por causa da fundamentação do que seria perigoso à sociedade.

O caso do menino *Champinha* foi o estopim para uma nova instauração de políticas públicas de segregação. O argumento de conter o adolescente, então, como sustentação do discurso de proteção integral e da internação em instituições totais, primeiramente na Febem e posteriormente no Hospital Phillipe Pinel. Uma vez que completou 21 anos, o jovem não poderia mais ser mantido sob tutela do Estado com fundamento na proteção integral, de forma que os saberes médicos e judiciários se uniram para a criação de uma instituição para conter, sem prazo determinado, aquele que era repudiado pela sociedade. Nesse caso, a mídia teve papel particular, ao promover matérias e discursos sobre segurança pública. Desse modo, também para atender o clamor popular que a Unidade Experimental de Saúde foi criada, instituição que atualizou o conceito de anormais e se tornou o destino dos adolescentes diagnosticados com distúrbio de personalidade e que praticaram crimes graves.

A análise do desenvolvimento da história da infância e juventude no país, em especial em São Paulo, e dos documentos encontrados no Fundo Pacheco torna possível constatar que o discurso médico, que tinha como objetivo segregar e higienizar os mais pobres, não foi extinto. Ele apenas saiu das manchetes da imprensa, uma vez que, atualmente, seria considerado violação dos direitos humanos e do que é assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. As práticas continuaram vigentes, mas à margem das regulações legais. Quando o poder público e a mídia fizeram uso de um caso para aterrorizar a sociedade e manipular o desejo por vingança, teve-se a legitimação para a criação da UES. Quanto ao exercício da psiquiatria organicista, a análise realizada aqui encontra impasses, uma vez que os poucos relatos encontrados acerca dos tratamentos na Unidade asseguram que o mesmo não existe, e que a unidade é apenas uma forma de exclusão social, ou seja, uma ferramenta para higienizar os indesejáveis.

Por fim, se faz necessário a ponderação de que, embora o atual sistema de higienização use o discurso médico para legitimar a prática, o detentor do poder é o sistema judiciário, já que o fim da internação só pode se dar com a autorização do juiz. Ainda que o médico emita um laudo afirmando que não há necessidade de contenção ou que essa já pode cessar, fica a cargo do magistrado definir o fim da internação do adolescente. Ou seja, por mais que o saber médico tenha construído uma base sólida para fundamentar e legitimar suas práticas e tenha ganhado apoio da sociedade e do poder público competente pela criação de políticas públicas, é o judiciário quem comanda a máquina de higienização da infância e da adolescência pobre de São Paulo. O que leva à conclusão de que discurso médico tornou-se uma mera ferramenta conveniente para aqueles que querem excluir e segregar um grupo do convívio social.

Referências bibliográficas

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1968.

AYRES, Francisco. A educação das crianças anormais. *Correio Paulistano*, São Paulo, 26 de jun. 1942.

AYRES, Francisco. Homenagens ao Prof. Pacheco e Silva. *Caderno de Pediatria*, 1936.

CECHINEL, Andre; FONTANA, Silvia Aparecida Pereira; GIUSTINA, Kelli Pazeto Della; PRADO, Silvia Salvador do. Estudo/análise documental: uma revisão teórica e metodológica. *Unesc*, Criciúma, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2016.

DURKHEIM, ÉMILE. *As regras do método sociológico*. Revisão da tradução de Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. "A vida dos homens infames". In: *Ditos e Escritos*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003. v. IV.

GRAMKOW, Gabriela. *Fronteiras psi-jurídicas na gestão da criminalidade juvenil*: o caso Unidade Experimental de Saúde. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

MATSUDA, Fernanda Emy. *A medida da maldade*: Periculosidade e controle social no Brasil. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

MONARCHA, Carlos. Escola "Pacheco e Silva" anexada ao Hospital de Juqueri (1929-1940). *Bol*. - Acad. Paul. Psicol., São Paulo, v. 30, n. 1, p. 7-20, jun. 2010. Disponível em: [pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2010000100002&lng=pt&nrm=isso]. Acesso em: 24.08.2018.

MOTA, André; SCHRAIBER, Lilia Blima. *Infância e Saúde*: Perspectivas históricas. São Paulo: Hucitec/Fapesp, 2009.

MOTA, Luciana Jordão da. *Doença mental e o adolescente em conflito com a lei*: o caso do Hospital Psiquiátrico Philippe Pinel e a Unidade Experimental de Saúde na cidade de São Paulo. São Paulo: ANADEP, 2008. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20619].

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Psiquiatria clínica e forense*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940.

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Tratamento e assistência aos menores anormais*. Museu Histórico Professor Carlos da Silva Lacaz da Faculdade de Medicina da USP, s/d.

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Infância anormal e criminalidade*. Museu Histórico Professor Carlos da Silva Lacaz da Faculdade de Medicina da USP, s/d.

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Ofício ao Dr. Sales Junior.* Museu Histórico Professor Carlos da Silva Lacaz da Faculdade de Medicina da USP, s/d.

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *A assistência a psicopatas no Estado de São Paulo*: breve resenha dos trabalhos realizados durante o período de 1923 a 1937. São Paulo, 1945.

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Desajustes Psico-sociais*. São Paulo: EDIGRAF, 1970.

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. *Reminiscências*. São Paulo: UNIÃO.

PIMENTEL, Alessandra. O método da análise documental: seu uso numa pesquisa historiográfica. *Cad. Pesqui,* São Paulo, n. 114, p. 179-195, novembro de 2001. Disponível em [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742001000300008&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 23.05.2018.

POLLAK, Michael. Memória e identidade social. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 200-215, jul. 1992. ISSN 2178-1494. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1941/1080]. Acesso em: 20.08.2018.

ROSATO, Cássia; FILHO, Pedro de Oliveira. Judicialização de vidas indignas: o caso da Unidade Experimental de Saúde em São Paulo. *Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais*, São João Del Rei, v. 13, n. 2, maio-agosto de 2018. Disponível em: [www.seer.ufsj.edu.br/index.php/revista_ppp/article/view/2971].

SERRA, Lia Novaes. *Infância perdida*: a concepção de "menores anormais" na obra de Pacheco e Silva. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SILVA, Helio. Assistência a menores. *Correio Paulistano*, São Paulo, 16 de fev. 1930.

SILVA, Helio. A "Escola Pacheco e Silva" para menores *anormaes* em Juquery. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 29 de nov. 1929.

TARELOW, Gustavo Querodia. *Entre febres, comas e convulsões*: as terapias biológicas no hospital do Juquery administrado por Pacheco e Silva (1923/1937). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

TARELOW, Gustavo Querodia. Humores, Choques e Laboratórios: o Juquery administrado por Pacheco e Silva (1923-1937). Texto integrante dos *Anais do XX Encontro Regional de História e Liberdade*. ANPUH/SP – Franca. 2010.

TARELOW, Gustavo Querodia. A moral, a política e algumas questões científicas presentes no hospital do Juquery: abordagens de Pacheco e Silva (1923-1950). *Histórica* – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo, n. 51, dez. 2011. Disponível em: [www.arquivoestado.sp.gov.br/site/publicacoes/revista_historica].

TARELOW, Gustavo Querodia; MOTA, André. Eugenia, organicismo e esquizofrenia: diagnósticos psiquiátricos sob a lente de Antônio Carlos Pacheco e Silva, nas décadas de 1920-40. *Dimensões*: Revista de História da Ufes, Espírito Santo, v. 34, p. 225-279, 2015. Disponível: [periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/11118/7765]. Acesso em: 22.09.2018.

TEIXEIRA, Alessandra. *Construir a delinquência, articular a criminalidade*: um estudo sobre a gestão dos ilegalismo na cidade de São Paulo. São Paulo: FFLCH/USP, 2015.

TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernando Emy. Menoridade e Periculosidade: intersecções e assujeitamentos. *Plural*, Revista do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UES, São Paulo, v. 24.1, p. 10-27, 2017.

VENANCIO, Ana Teresa A. A construção Social da Pessoa e a Psiquiatria: Do Alienismo à "Nova Psiquiatia". *Physis*: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 1993. Disponível em: [scielosp.org/pdf/physis/1993.v3n2/117-136/pt]. Acesso em: 22.09.2018.

VICENTIN, Maria Cristina G.; GRAMKOW, Gabriela; ROSA, Miriam Debieux. A patologização do jovem autor de ato infracional e a emergência de "novos' manicômios judiciários. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, 2010.

ZUQUIM, Judith. *Infância e crime na história da psicologia no Brasil*: um estudo de categorias psicológicas na construção histórica da infância criminalizada na primeira república. Tese de Doutorado, Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A socioeducação e a repetição do discurso ressocializador, de Lara Maria Tortola Flores Vieira - *RBCCrim* 130/369-397 (DTR\2017\665);
- Apontamentos para uma abordagem criminológica do sistema socioeducativo a partir da aproximação entre o Estatuto da Criança E DO Adolescente e a Lei dos Juizados Especiais, de Nayara Aline Schmitt Azevedo - *RDIJ* 2/177-200 (DTR\2013\12540); e
- Estado, biopoder e UPPS: a vida nua das favelas e o genocídio negro enquanto projeto de Estado, de Fernanda Martins e Guilherme Filipe Andrade dos Santos - *RBCCrim* 135/131-162 (DTR\2017\5636).

Tatuagens de cadeia como expressão da cultura carcerária

Prison tattoos as an expression of the prison culture

Daniel Babo de Resende Carnaval

Mestre em Sociologia pela UFMG. Especialista em Direito Penal pela PUC Minas. Membro do Instituto de Ciências Penais (ICP). Pesquisador do Centro de Estudos sobre Criminalidade e Segurança Pública da UFMG (CRISP/UFMG).

ORCID 0000-0001-7158-6705.

danielbabo.adv@hotmail.com

Recebido em: 17.05.2018
Aprovado em: 16.10.2019
Última versão do autor: 28.10.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo tem como objetivo discutir um tema pouco abordado pela literatura sociológica sobre prisões no Brasil: as ditas "tatuagens de cadeia" e suas funções no sistema carcerário. Feitas em um contexto único, qual seja o de aprisionamento, as tatuagens de cadeia possuem características próprias que, em alguns casos, são especificamente voltadas para a dinâmica criminal. Com base em dados coletados durante os meses de agosto a outubro de 2017 em uma penitenciária da região metropolitana de Belo Horizonte/MG, onde 30 homens privados de liberdade foram entrevistados e, aqueles que apresentavam tatuagens, fotografados por um pesquisador do Centro de Estudos sobre Criminalidade e Segurança Pública da UFMG (CRISP/UFMG), este artigo pretende discutir a seguinte hipótese de pesquisa: tatuagens de cadeia são marcas que têm como propósito orientar a interação entre os presos no contexto prisional; elas funcionam como métodos de informação entre os reclusos. Os resultados obtidos por meio das entrevistas e fotografias permitiram estabelecer tipos de tatuagens de cadeia comumente feitas pelos presos daquela

Abstract: This article aims to discuss a subject not often studied by the sociological literature on prisons in Brazil: the so – called "prison tattoos" and their functions in the prison system. Made in a unique context, such as imprisonment, prison tattoos have their own characteristics that in some cases are specifically geared towards criminal dynamics. Based on data collected during the months of August to October 2017 in a penitentiary in the metropolitan region of Belo Horizonte / MG, where 30 men deprived of their liberty were interviewed and those who had tattoos were photographed by a researcher from the Center for the Study of Crime and UFMG Public Security (CRISP / UFMG), this article intends to discuss the following research hypothesis: prison tattoos are trademarks whose purpose is to guide the interaction between prisoners in the prison context; they function as methods of information among prisoners. The results obtained through the interviews and photographs allowed to establish types of prison tattoos commonly made by the inmates

unidade prisional, bem como as funções e significados de cada uma delas para seus portadores.

Palavras-chave: Sociologia – Tatuagens de cadeia – Sistema penitenciário – Sociologia do corpo – Sociologia do crime.

of that prison unit, as well as the functions and meanings of each of them for their carriers.

Keywords: Sociology – Prison tattoos – Penitentiary system – Sociology of the body – Sociology of crime.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Resultados. 3.1. Tatuagens estéticas. 3.2. Tatuagens de homenagem. 3.3. Tatuagens de apologia. 3.4. Tatuagens de gangues e facções criminosas. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) informam que o Brasil conta hoje com pouco mais de 700.000 presos[1]. Este expressivo número coloca o país entre os que mais prendem no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (EUA) e da China[2]; mas, além de prender muito, no Brasil prende-se mal. Não é de hoje que os meios de comunicação denunciam as péssimas condições em que se encontram milhares de presos, como o episódio das celas-container localizadas no Estado do Espírito Santo no ano de 2010[3] ou então a situação precária do Presídio Central de Porto Alegre/RS, que levou o Brasil, no ano de 2013, a ser denunciado na Organização dos Estados Americanos (OEA)[4]. Acompanham estas notícias outras ainda mais macabras envolvendo massacres nas unidades penitenciárias, não sendo necessário

1. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização – Junho de 2017. Brasília, junho de 2017. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf]. Acesso em: 21.10.2019.
2. VEJA. *Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo*. 08 dez. 2017. Disponível em: [veja.abril.com.br/brasil/brasil-tem-a-3-maior-populacao-carceraria-do-mundo/]. Acesso em: 21.10.2019.
3. GALLUCCI, Mariângela. *STJ proíbe contêiner em presídios do ES*. *Estadão*, 24 mar. 2010. Disponível em: [sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,stj-proibe-conteiner-em-presidios-do-es,528366]. Acesso em: 25.10.2019.
4. CARRERA, Matheus. *Brasil é denunciado na OEA por situação precária de presídio no RS*. *O Globo*, 10 jan. 2013. Disponível em: [oglobo.globo.com/brasil/brasil-denunciado-na-oea-por-situacao-precaria-de-presidio-no-rs-7253673]. Acesso em: 23.04.2018.

retroceder demasiadamente na linha do tempo; basta lembrar dos casos de Pedrinhas (2013) em São Luiz/MA, onde 60 presos morreram[5], e do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus/AM, onde no início de 2017 morreram 56 internos[6].

Os exemplos retromencionados destacam como o aprisionamento em massa e assassinatos constantes fazem parte do cotidiano das unidades prisionais brasileiras, mas, além disso, existe outra faceta deste universo que ainda é pouco explorada pela literatura sociológica nacional sobre prisões: a *cultura carcerária* e suas diversas nuances, uma vez que a realidade infinita do mundo das prisões é passível das mais diversas observações, sendo a tatuagem de cadeia apenas uma delas. Importante destacar que este tema vem sendo problematizado há muitos anos pela literatura acadêmica internacional, uma vez que ela percebe a relevância da relação entre tatuagem, estilo de vida, desordem pessoal e incidência criminal. Tais estudos destacam como as tatuagens de cadeia se inserem no contexto prisional com verdadeira exuberância de funções, não sendo, na maioria das vezes, simples adornos estéticos; vide, por exemplo, a gangue conhecida como *Mara Salvatrucha* e suas tatuagens analisadas nos estudos de Etter[7]. Elas servem como expressões de pertencimento a determinado grupo, ideologia, gangues e formas de viver dentro daquele universo.

Outro exemplo é o trabalho de Jennings, Fox e Farrington[8], que discute a relação entre tatuagens e perfil de risco social aumentado para a prática de delitos. Após terem cruzado os dados criminais entre portadores de tatuagens e indivíduos não tatuados, os resultados alcançados indicam que a relação entre portar tatuagens e praticar delitos não existe, uma vez que o fator determinante para que isso ocorra é o envolvimento pregresso da pessoa com uma carreira criminosa.

5. FELLET, João. Presos relataram massacre por força estadual em Pedrinhas. *BBC News Brasil*, 14 jan. 2014. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140114_pedrinhas_presos_jf_dg]. Acesso em: 23.04.2018.
6. ALESSI, Gil. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. *El país*, 02 jan. 2017. Disponível em: [brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html]. Acesso em: 23.04.2018. Acesso em: 23.04.2018.
7. ETTER, Greg W. Mara Salvatrucha 13: A Transnational Threat. *Journal of Gang Research*, v. 17(2): 1-17, 2010.
8. JENNINGS, Wesley G.; FOX, Bryanna Hahn; FARRINGTON, David P. Inked into crime? An examination of the causal relationship between tattoos and life-course offending among males from the Cambridge Study. Delinquent Development. *Journal of Criminal Justice*, v. 42, n. 1, p. 77-84, 2014.

Já o estudo de Rozycki et al.[9] apresenta a relação entre tatuagens de cadeia, estilo de vida criminoso e reincidência criminal. Conforme os dados coletados, indivíduos portadores de tatuagens de cadeia têm mais chances de reincidência criminal, além de se destacarem com relação a infrações disciplinares em comparação aos reclusos portadores de tatuagens feitas fora do sistema prisional. Além disso, o trabalho conclui que portadores de tatuagens classificadas como antissociais (mensagens hostis, imagens agressivas, vulgares ou mórbidas, imagens demoníacas, menção a gangues ou delitos etc.) estavam no topo do risco de reincidência e lideravam o ranking de infrações disciplinares.

Na mesma linha de raciocínio, o trabalho de Demello[10] aborda como as tatuagens de cadeia criam uma categoria muito específica de corpo por ela denominado de "corpo condenado", que acaba por diferenciá-lo do restante da população extramuros. Tal corpo condenado criado pelas tatuagens de cadeia atua como uma fronteira entre a sociedade lícita e aquele indivíduo considerado como pertencente da sociedade ilícita. As consequências são diversas, com destaque para a reafirmação da cultura e comunidade carcerária que acabam por dar um novo significado de vida dentro do sistema prisional.

Para finalizar os exemplos norte-americanos, temos o estudo de Zackasee[11] sobre as formas de se reconhecer as tatuagens de gangues de cadeia. Referido trabalho chega a ensinar os oficiais do serviço prisional norte-americano a identificar as tatuagens feitas pelas seguintes gangues: *Texas Syndicate*; *The Black Guerilla Family*; *Aryan Brotherhood*; *Mexican Mafia* e *Mexikamemi*.

Partindo para a América Central, Sampó[12] aborda como indivíduos conhecidos como *maras*[13], integrantes de gangues juvenis urbanas e sua cultura de vio-

9. ROZYCKI, Alicia T., MORGAN, Robert D., MURRAY, Danielle D. e VARGHESE, Femina. Prison tattoos as a reflection of the criminal lifestyle. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 55, n. 4, p. 509-529, 2011.

10. DEMELLO, Margo. The convict body: Tattooing among male American prisoners. Anthropology Today, v. 9, n. 6, p. 10-13, 1993.

11. ZACKASEE, Thomas R. *Prison Gang Tattoo Recognition*: A Correctional Officer's Survival Guide. 2004. 114 f. Tese (Doutorado em *Criminal Justice Program*). Youngstown State University, Youngstown, Ohio, EUA. 2004.

12. SAMPÓ, Carolina. Violencia en Centroamérica: Las maras en El Salvador, Guatemala y Honduras. *Estudios de Seguridad y Defensa*, v. 2, p. 139-158, 2013.

13. Conforme Pérez, o termo *maras* tem origem na palavra "marabunta", que significa "migrações em massa de formigas legionárias que arrasam tudo quando passam". A ideia, então, é de que os maras destroem tudo por onde passam, levando caos e violência.

lência e dominação, se espalharam por vários países (destaque para Guatemala, Honduras e El Salvador) e se tornaram um problema nacional, sendo que para isso tiveram que se estruturar como verdadeiras empresas do narcotráfico, possuindo "fortes códigos de lealdade e solidariedade"[14] (SAMPÓ, 2013, p. 146, tradução nossa), onde as tatuagens são exemplos destas demonstrações.

No Brasil, os dados sobre o assunto são praticamente inexistentes. Pesquisas em sites acadêmicos de teses e dissertações apontam, principalmente, estudos desenvolvidos na área de saúde, bem como trabalhos antropológicos sobre as tatuagens, entretanto, sobre a relação *tatuagem e cadeia* apenas um trabalho foi encontrado[15].

Não se ignora a existência de trabalhos que abordam a dimensão simbólica das tatuagens ao longo do tempo, como o de Le Breton[16], que diz: "a profundida da pele é hospitaleira para todos os significados". Ainda, conforme o pesquisador, os ornamentos corporais, incluindo aí as tatuagens, contribuem de uma forma geral para a formação da aparência de alguém; eles são a forma pela qual o indivíduo "se coloca sobre o olhar apreciativo do outro"[17], tendo a função de ajudar na classificação daquela pessoa conforme as circunstâncias em que ela se apresenta na vida social.

Exemplo disso são as sociedades ditas tradicionais, sendo nelas comum que seus membros sejam considerados adultos somente após passarem por rituais em que seus corpos são marcados por tatuagens, *piercings*, escarificações e pinturas sobre a pele.

No mesmo sentido o estudo de Krutak[18], que mostra como entre os índios iroqueses do século XVIII as tatuagens ocupavam lugar de destaque, uma vez

---

PÉREZ, Jesús. Maras: una amenaza transnacional emergente en Iberoamérica. *Comunicaciones, conflictos y políticas de Seguridad y Defensa*, v. 01, n. 02, p. 39-51. 2007.

14. *Fuertes códigos de lealtad y solidaridad.*

15. Pesquisa realizada no site da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações ([bdtd.ibict.br/vufind]), utilizando as palavras-chave "tatuagem" e "cadeia" resultou em 267 resultados das seguintes áreas do conhecimento: engenharias; linguística; ciências humanas (educação, sociologia e ciência política); e ciências biológicas. Entre estes achados, apenas a dissertação de Adriana Pereira de Sousa, cujo título é "Os signos de representação do 'eu' e do 'outro': A prática da tatuagem carcerária" versava especificamente sobre tatuagens de cadeia no campo sociológico.

16. LE BRETON, David. *Sinais de Identidade*. Lisboa: Miosótis, 2004.

17. LE BRETON, David. *A sociologia do corpo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

18. KRUTAK, Lars. Tattoos, totem marks, and war clubs: projecting power through visual symbolism in northern woodlands culture. In: DETER-WOLF, Aaron;

que funcionavam como marcadores de filiações tribais, *status* social e conquistas militares. A chamada "tatuagem do guerreiro" deveria ser conquistada, e não simplesmente oferecida, pois era símbolo de distinção entre os membros de uma tribo; representava cenas das batalhas em que seu portador lutou com distinção e, por isso, obteve a vitória sobre seus inimigos.

Referidos trabalhos mostram como tatuagens no contexto de sociedades tradicionais estavam inseridas em uma totalidade simbólica grupal justamente porque seus portadores estavam submetidos a um grande corpo coletivo. Elas compartilhavam um sentido cultural e por isso não tinham qualquer vínculo com manifestações individuais de identidade, mas sim com ritos de passagem ou outro instituto coletivo.

Para não tornar exaustiva a leitura deste texto, vale dizer que outros trabalhos também abordam o tema da tatuagem em diferentes épocas, como o de Fisher[19], que mostra como a tatuagem tinha a função de ação punitiva na antiga Grécia; Gustafson[20] e sua utilização como mecanismo de controle estatal pelos romanos; Boureau[21] e a edição da bula papal *Super illius specula*, que acabou por relacionar a tatuagem com bruxaria e práticas heréticas; Fonseca[22] e a redescoberta das tatuagens por meio das grandes navegações do século XV; e Pereira[23] e a expansão das tatuagens pelo cenário europeu e demais comunidades ocidentais no século XIX por meio dos estrangeiros.

Assim, vista a escassez de publicações envolvendo o tema "tatuagens de cadeia" no campo sociológico brasileiro e tendo como norte sua relevância conforme já apontado nos estudos internacionais sobre o assunto, o presente artigo tem

---

DIAZ-GRANADOS, Carol (Org.). *Drawing with great needles*: ancient tattoo traditions of North America. EUA, Austin, Texas: University of Texas Press, 2016.

19. FISHER, Jill A. Tattooing the Body, Marking Culture. *In Body & Society*, v. 8(4), p. 91-107, 2002.
20. GUSTAFSON, W. Mark. Inscripta in Fronte: Penal Tattooing in Late Antiquity. *Classical Antiquity*, v. 16, n. 01, p. 79-105, 1997.
21. BOUREAU, Alain. *Satã Herético*: o nascimento da Demonologia na Europa Medieval (1280-1330). Campinas, SP: Editora Unicamp, 2016.
22. FONSECA, Andrea Lissett Perez. *Tatuar e ser tatuado*: "Etnografia da Prática Contemporânea da Tatuagem". 2003. 150 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2003.
23. PEREIRA, Beatriz Patriota. *"O mais profundo é a pele"*: processos de construção de identidade por meio da tatuagem. 2016. 157 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos. 2016.

como objetivo discorrer sobre os achados de pesquisa realizada na Penitenciária José Maria Alkmin (PJMA), localizada no município de Ribeirão das Neves/MG, durante os meses de agosto a outubro de 2017, envolvendo tatuagens de cadeia e sua relação com o ambiente prisional com o intuito de responder a seguinte hipótese: *as tatuagens de cadeia são marcas que têm como propósito orientar a interação entre os presos no contexto prisional; elas funcionam como métodos de informação entre os reclusos*.

2. Metodologia

A metodologia empregada foi a perspectiva dos relatos de vida como uma espécie de *framework* a orientar a busca de informações que permitam a confirmação (ou não) da hipótese de pesquisa anteriormente apresentada. De acordo com Bertaux[24], o relato de vida pode ser conceituado como "o resultado de uma forma peculiar de entrevista, a entrevista narrativa, na qual um investigador pede a uma pessoa, chamada de "sujeito", que lhe conte toda ou parte de sua experiência vivida"[25] (BERTAUX, 2005, p. 36, tradução nossa). E prossegue:

> "[...] existe relato de vida desde o momento em que um sujeito conta a outra pessoa, investigador ou não, um episódio qualquer de sua experiência vivida. O verbo 'contar' é aqui essencial: significa que a produção discursiva do sujeito adotou uma forma narrativa"[26] (BERTAUX, 2005, p. 36, tradução nossa).

Utilizar tal perspectiva qualitativa como ferramenta metodológica mostrou-se a melhor opção para esta pesquisa, uma vez que permitiu fragmentar a experiência de vida do sujeito entrevistado e, a partir de então, focando no ponto de interesse do pesquisador, captar detalhes e conceitos considerados relevantes. Ouvir o que os reclusos tinham a dizer especificamente sobre as tatuagens de cadeia mostrou-se o melhor caminho para se interpretar como aquelas pessoas vivem seus tempos de vida no contexto prisional. Além disso, o contato direto com as fontes de informações

24. BERTAUX, Daniel. *Los Relatos de Vida*: Perspectiva etnosociológica. Barcelona, Espanha: Bellaterra, 2005.

25. *El resultado de una forma peculiar de entrevista, la entrevista narrativa, en la que un investigador pide a una persona, llamada a continuación 'sujeto', que le cuente toda o parte de su experiencia vivida.*

26. *Hay relato de vida desde el momento en que un sujeito cuenta a otra persona, investigador o no, un episodio cualquiera de su experiencia vivida. El verbo 'contar' es aquí esencial: significa que la producción discursiva del sujeto ha adoptado una forma narrativa.*

de interesse permitiu aos entrevistados certa liberdade no que tange à produção dos dados, sendo que foram limitados apenas pelo relato de vida abordado no trabalho.

Por fim, considerando-se a ausência de trabalhos no âmbito nacional sobre o tema, referida metodologia também se mostra bastante útil em fornecer *insights*, uma vez que é capaz de colher com riqueza de detalhes momentos da vida de alguém, o que pode fazer surgir novas variáveis e novos questionamentos.

Importante frisar que outras metodologias qualitativas foram consideradas durante a elaboração do projeto de pesquisa, com destaque para a observação participante, contudo, a aplicação de referida metodologia restou impossibilitada em virtude da ausência de garantias quanto à segurança do pesquisador.

Como se sabe, a observação participante implica na imersão daquele que observa determinado fenômeno nas atividades de vida de um grupamento humano, podendo ele então captar face a face os dados que lhe parecem relevantes.

Não se nega que, caso fosse autorizada, a permanência do pesquisador com os observados (presos) no ambiente prisional poderia resultar em uma coleta muito mais rica de dados, uma vez que, por mais que tenha tido acesso quase que irrestrito às dependências da unidade prisional, sua permanência ali era limitada a algumas horas por dia, motivo pelo qual vários eventos envolvendo a cultura carcerária certamente não puderam ser observados.

Visto a relevância dos relatos de vida e os motivos pelos quais o método foi a melhor técnica de pesquisa para a construção deste trabalho, parte-se agora para a descrição do campo e seleção dos entrevistados.

A coleta de dados ocorreu na Penitenciária José Maria Alkmin[27] (PJMA), localizada no município de Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte/MG. A escolha desta unidade como contexto da pesquisa justifica-se por se tratar, principalmente, de uma penitenciária de grande porte (população de aproximadamente dois mil presos, apesar de ter sido projetada para abrigar 1.100[28]) e que acolhe em suas instalações condenados com sentença penal transitada em julgado em

27. José Maria Alkmin foi um político mineiro (Bocaiúva, 1901) responsável pela idealização da reforma do sistema penitenciário de Minas Gerais na década de 1930; fundou e dirigiu a PJMA quando seu nome ainda era Penitenciária Agrícola de Neves (PAN). Chegou a ser vice-presidente do Brasil em 1964 e faleceu em Belo Horizonte em 1974.

28. É importante ter em mente que a população carcerária das unidades prisionais, em geral, é flutuante, ou seja, nunca vai ser a mesma entre um período de tempo e outro, sendo que no caso da PJMA este período é diário, com destaque para a sexta-feira, dia em que normalmente um volume muito grande de presos chega e sai da unidade.

mais de um regime: fechado e semiaberto[29]. Tal realidade aumentou as chances de se entrevistar reclusos com mais experiência em relação às regras formais e informais de uma prisão localizada na região metropolitana de um grande centro urbano, como é o caso de Belo Horizonte, do que se a pesquisa tivesse sido realizada em uma unidade prisional do interior do Estado, onde, via de regra, o número de presos é bem menor e, consequentemente, a dinâmica prisional é outra.

As estruturas destinadas ao abrigo de presos na PJMA são diferenciadas. Para aqueles que se encontram no regime fechado, ela dispõe de dois pavilhões (600 vagas no total), cada um com cinco andares acessíveis por um corredor principal. Cada pavilhão se divide em duas alas, totalizando quatro alas (Cinema/Capela e Lavoura/Máxima) de celas individuais.

Os nomes de cada uma delas se justificam mais pelo passado do que pelo presente. A primeira, *Cinema*, é assim chamada devido à proximidade com um cinema que existia no segundo andar da escola da unidade, entretanto, hoje ele se encontra desativado e o local é destinado a solenidades, cursos e reuniões que necessitam de mais espaço para serem realizadas. A mesma justificativa para a *Capela*, cujo nome é devido à proximidade com a capela da penitenciária que ainda se encontra em uso. A *Máxima* era destinada aos reclusos mais insubordinados, mas, hoje, com a superlotação (a unidade abriga três detentos nas celas originalmente destinadas a um), isso não é mais critério. Por fim, a ala *Lavoura* era destinada aos reclusos que trabalhavam no campo da unidade, contudo, após a construção do alojamento avançado, hoje ela também abriga presos do regime fechado. As outras estruturas são: uma enfermaria, um alojamento interno, um anexo com alojamentos onde os presos no regime semiaberto, que trabalham fora da unidade, dormem e um alojamento avançado destinado aos reclusos que trabalham no campo.

O dia a dia dos presos da PJMA é inteiramente formado por rotinas administrativas de base rotativa; assim, a cada dia da semana, um setor é contemplado com diversos serviços como assistência social, jurídica e psicológica. O banho de sol (duas horas por dia, duas vezes na semana pela manhã ou tarde) também funciona no esquema rotativo, mas somente se aplica aos internos dos pavilhões e alojamento interno. Assim, por exemplo, em determinada semana os internos do pavilhão que abriga as alas Máxima e Lavoura terão banho de sol na segunda e na quarta-feira, sendo que a ala Máxima ficará na parte da manhã na segunda e à tarde na quarta,

29. Devido à superlotação do sistema penitenciário mineiro, a PJMA também abriga presos provisórios, mas estes constituem uma parcela mínima da população carcerária da unidade.

enquanto a Lavoura ficará com o inverso, ou seja, segunda pela tarde e quarta pela manhã. No restante do tempo os presos ficam dentro de suas celas, frequentam a escola ou são encaminhados para os setores administrativos que lhes interessam.

Apresentado o campo e uma faceta de sua dinâmica administrativa no que toca aos presos, as linhas a seguir discutirão o desenvolvimento do trabalho de campo levado a cabo pelo pesquisador durante os meses que permaneceu na unidade.

Uma vez dentro da PJMA, a primeira questão que emergiu do ponto de vista de operacionalização da pesquisa foi como escolher os detentos que se enquadravam nos quatro grupos de interesse para esta pesquisa, quais sejam: tatuadores de cadeia, presos com tatuagem de cadeia, presos com tatuagens feitas fora da cadeia e presos sem tatuagem. É de se ter em mente que as unidades prisionais de Minas Gerais não anotam nos prontuários dos reclusos sob seus cuidados informações detalhadas sobre os adornos que os mesmos portam.

Como não existe uma listagem exclusiva indicando quem são os presos tatuados, e muito menos quais possuem tatuagens feitas nas cadeias, para se ter acesso a este universo, o pesquisador se dirigiu em primeiro lugar ao pavilhão que abriga as alas Cinema e Capela e ali foi de cela em cela explicando a pesquisa para os detentos, sendo que grande parte manifestou interesse em participar. Em seguida, o mesmo procedimento descrito foi feito para selecionar entrevistados das alas Máxima e Lavoura.

Feito este contato inicial, os registros penitenciários (INFOPEN) de cada um dos interessados foi anotado, criando assim uma lista com breves indicações sobre o grupo de interesse ao qual cada um pertencia. Uma vez identificados, os interessados eram encaminhados para a barbearia da PJMA, localizada na Escola Estadual César Lombroso, para a realização da entrevista. Tal local foi escolhido para a coleta dos depoimentos dos presos por três motivos.

O primeiro era a proximidade com os pavilhões da unidade, facilitando assim o trabalho dos agentes do Grupo de Trânsito Interno (GTI), que não precisavam percorrer grandes distâncias para retirar os entrevistados de suas celas; o segundo consistia no fato de a barbearia ser um local isolado e com mínimas possibilidades de interrupção, uma vez que ficavam no local apenas entrevistador e entrevistado com a porta fechada e trancada[30]. Já o último motivo, de segurança,

30. Esse foi um ponto extremamente positivo para a realização das entrevistas, uma vez que o entrevistado se sentia muito mais confortável para fornecer as informações solicitadas. Em pesquisas anteriores a essa, o pesquisador não teve a oportunidade de ficar a sós com os entrevistados, pois os agentes penitenciários ficavam dentro da sala de

justifica-se pelo fato de que, no caso de eventual rebelião na unidade, a barbearia fica relativamente próxima do portão onde agentes penitenciários armados fazem a segurança, assim o pesquisador teria mais chances de correr até ali do que se estivesse em outro local da PJMA (isso presumindo que o agente responsável pela guarda da escola lembrasse de destrancar a porta da barbearia).

As entrevistas foram todas individuais e semiestruturadas, sendo que as perguntas referentes ao histórico das tatuagens foram gravadas. Importante destacar que as gravações só foram feitas após a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Feita a entrevista, os reclusos que apresentaram tatuagens tiveram estas fotografadas, sempre buscando seu anonimato[31].

Entre os meses de agosto e outubro de 2017, foram coletados 22 depoimentos nas alas Cinema e Capela e oito nas alas Máxima e Lavoura, totalizando 30 entrevistas; tal número abarca os quatro grupos de interesse deste trabalho. O critério utilizado para encerrar a coleta dos dados foi a saturação teórica em sua obtenção, ou seja, a partir do momento em que nenhuma nova informação sobre as tatuagens de cadeia foi obtida, não se mostrou mais necessário sua coleta, uma vez que elas não iriam mais alterar a compreensão do fenômeno estudado.

Após o campo, todas as entrevistas foram transcritas e codificadas no *software* Aquad 7, juntamente com as fotos tiradas, de tal maneira que o depoimento e as imagens de cada participante ficassem juntos. Dados como local, significados, motivos, se existem ou não regras para se fazer uma tatuagem dentro do sistema prisional, materiais utilizados, escolha dos desenhos, influência dos mesmos dentro da prisão, hierarquia e existência ou não de tatuagens de gangues e/ou organizações criminosas foram classificados.

Visto como os dados coletados na PJMA foram organizados, o item seguinte pretende apresentá-los e discuti-los.

3. Resultados

Os dados encontrados sobre as tatuagens apontam verdadeira pletora de informações, entretanto, antes de discuti-los, é preciso apresentar alguns dados básicos sobre os entrevistados, como origem; crimes pelos quais se encontram na PJMA; idade, estado civil; escolaridade; e se é reincidente ou não.

entrevista ou então deixavam a porta aberta e ficavam aguardando o final do diálogo do lado de fora, o que foi prejudicial para a coleta dos dados.

31. Pesquisa aprovada pelo COEP/UFMG sob o número 71333917.8.0000.5149.

A origem dos entrevistados não apresentou muita variação, sendo grande parte oriunda de Belo Horizonte (20) e sua região metropolitana (Betim e Contagem, cada uma com dois representantes cada). No tocante à idade, essa variou bastante, sendo que o entrevistado mais novo tinha 20 anos e o mais velho 50 anos, sendo a média de 30,7 anos. A maior parte dos entrevistados é de solteiros (21), seguidos dos casados (5), um divorciado e um viúvo (dois entrevistados não responderam essa pergunta). Sobre a escolaridade, a maioria é composta por indivíduos com o Ensino Fundamental Incompleto (11), seguidos pelos com Ensino Médio Completo (5), Ensino Médio Incompleto (3), Ensino Fundamental Incompleto (2) e Ensino Superior Incompleto (1) (oito entrevistados não responderam essa pergunta).

Acerca dos crimes pelos quais se encontram na PJMA, os delitos informados foram bastante diversos, com prevalência dos crimes contra o patrimônio; são eles: roubo (11); posse ilegal de arma de fogo (2); tráfico de drogas (11); homicídio (2); latrocínio tentado (1); corrupção ativa (1); corrupção de menores (1); posse ilegal de munição (1); e furto tentado (1). Importante dizer que, em alguns casos, o mesmo entrevistado foi condenado por mais de um delito. Por fim, quanto à primariedade ou não, a maioria é reincidente (20), sendo 10 o número de réus primários. Para garantir o anonimato dos entrevistados, cada um deles recebeu um número pelo qual será identificado ao longo do texto, o Quadro 1 resume o perfil dos entrevistados.

Quadro 1 – Informações sobre os entrevistados

Entrevistado	Origem	Idade (anos)	Estado Civil[32]	Escolaridade	Crime	Primariedade / Reincidência
01 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	26	Solteiro	Fundamental Incompleto	Roubo	Reincidente
02 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	36	Solteiro	Ensino Médio Completo	Posse Ilegal de Arma de Fogo	Reincidente
03 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	33	Divorciado	Ensino Médio Incompleto	Tráfico de Drogas	Primário
04 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	43	Solteiro	Ensino Fundamental Incompleto	Homicídio	Reincidente
05 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	23	Solteiro	Ensino Médio Incompleto	Roubo	Reincidente

32. Foram considerados solteiros os entrevistados que disseram estar "amasiados"; "amigados"; "emancipados" e demais terminologias indicativas de que dividem o domicílio com outra pessoa, mas não são com elas casados.

06 – Cinema/ Capela	Não Informou	30	Não Informou	Não Informou	Roubo	Reincidente
07 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	25	Solteiro	Fundamental Completo	Latrocínio Tentado	Primário
08 – Cinema/ Capela	Betim/MG	30	Não Informou	Não Informou	Tráfico de Drogas	Primário
09 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	25	Solteiro	Não Informou	Não Informou	Reincidente
10 – Cinema/ Capela	Ouro Preto/MG	39	Solteiro	Fundamental Incompleto	Tráfico de Drogas	Primário
11 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	31	Solteiro	Não Informou	Tráfico de Drogas e Corrupção Ativa	Reincidente
12 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	28	Casado	Ensino Médio Incompleto	Tráfico de Drogas	Reincidente
13 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	30	Solteiro	Ensino Superior Incompleto	Não Informou	Reincidente
14 – Cinema/ Capela	São Borges/RS	25	Solteiro	Não Informou	Roubo	Reincidente
15 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	20	Solteiro	Ensino Médio Completo	Roubo e Corrupção de Menores	Primário
16 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	24	Solteiro	Ensino Fundamental Incompleto	Tráfico de Drogas e Posse Ilegal de Munição	Reincidente
17 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	29	Casado	Ensino Fundamental Incompleto	Tráfico de Drogas	Reincidente
18 – Cinema/ Capela	Betim/MG	33	Casado	Não Informou	Tráfico de Drogas	Reincidente
19 – Cinema/ Capela	Belo Horizonte/ MG	20	Solteiro	Ensino Fundamental Incompleto	Roubo	Primário
01 – Não Tatuado – Capela/Cinema	Contagem/MG	30	Casado	Não Informou	Roubo	Reincidente
02 – Não Tatuado – Capela/Cinema	Belo Horizonte/ MG	37	Solteiro	Ensino Médio Completo	Tráfico de Drogas e Porte Ilegal de Arma de Fogo (restrita)	Reincidente
03 – Não Tatuado – Capela/Cinema	Pará de Minas/ MG	50	Viúvo	Ensino Fundamental Incompleto	Homicídio	Primário

01 – Máxima/ Lavoura	Contagem/MG	22	Solteiro	Não Informou	Tráfico de Drogas	Primário
02 – Máxima/ Lavoura	Belo Horizonte/ MG	29	Solteiro	Ensino Fundamental Incompleto	Roubo	Reincidente
03 – Máxima/ Lavoura	Belo Horizonte/ MG	22	Solteiro	Ensino Fundamental Completo	Roubo	Primário
04 – Máxima/ Lavoura	Belo Horizonte/ MG	37	Solteiro	Ensino Médio Completo	Não Informou	Reincidente
01 – Não Tatuado – Máxima/Lavoura	Belo Horizonte/ MG	40	Solteiro	Ensino Médio Completo	Furto Tentado	Reincidente
02 – Não Tatuado – Máxima/Lavoura	Redenção do Pará/PA	43	Solteiro	Ensino Fundamental Incompleto	Roubo	Primário
03 – Não Tatuado – Máxima/Lavoura	Belo Horizonte/ MG	34	Casado	Ensino Fundamental Incompleto	Roubo	Reincidente
04 – Não Tatuado – Máxima/Lavoura	Itaim/BA	27	Solteiro	Ensino Fundamental Incompleto	Tráfico de Drogas	Reincidente

Fonte: Elaborado pelo autor.

Com o começo do trabalho de campo, foi possível perceber que os quatro grupos anteriormente apresentados não eram mutuamente excludentes e, por isso, um sujeito com tatuagens comerciais poderia muito bem adquirir tatuagens de cadeia e, com isso, se tornar um tatuador. Assim, a proposta passou a ser organizada em torno da diversidade de tatuagens que um indivíduo tinha e em torno das informações sobre o motivo de tatuar, como tatuar e os significados destas imagens. Neste último ponto, os sujeitos sem qualquer tipo de adorno desta natureza foram indispensáveis por apresentarem uma visão mais externa ao fenômeno em questão.

No que tange aos quatro grupos de interesse, nas alas Cinema e Capela foram entrevistados três tatuadores, 12 portadores de tatuagens de cadeia, 16 portadores de tatuagens feitas fora da cadeia e três indivíduos sem tatuagens[33]. Importante destacar que, entre os grupos de tatuados, apenas três apresentaram tatuagens feitas exclusivamente na prisão e sete apresentaram tatuagens feitas

33. O baixo número de entrevistados sem tatuagens tem uma justificativa: a maioria da população carcerária da PJMA possui tatuagens. Foi extremamente difícil encontrar reclusos sem qualquer tatuagem pelo corpo, sendo que o pesquisador teve que percorrer diversas galerias das alas para encontrar os que aqui figuram como entrevistados.

exclusivamente fora da prisão, ou seja, oito indivíduos apresentaram tatuagens feitas dentro e fora da prisão. Nas alas Máxima e Lavoura foram entrevistados três tatuadores, quatro portadores de tatuagens feitas na cadeia, um com tatuagens feitas fora da cadeia e quatro pessoas sem tatuagens. Apenas um entrevistado apresentava tatuagens feitas tanto dentro como fora da prisão.

Ao todo foram visualizadas 166 tatuagens em diversas partes dos corpos dos entrevistados, sendo que o menor número foi de uma tatuagem e o maior de 19, entre tatuagens de cadeia e feitas fora do sistema prisional. Elas se localizavam em diversas partes do corpo, sendo que a maioria estava exposta em partes não cobertas pelo uniforme, como o antebraço, pulso, mãos e panturrilha.

Importante dizer que os tipos de tatuagens analisadas nas páginas seguintes foram apresentados ao longo das entrevistas com os reclusos da PJMA; são, portanto, *classificações nativas feitas pelos próprios entrevistados* ao invés de um sistema classificatório desenvolvido pelo pesquisador. Os detalhes, regras e funções de cada um deles foram discutidos com aqueles que apresentaram maior abertura para expor o tema, uma vez que se trata de uma conduta parcialmente velada pela comunidade carcerária.

Assim, é preciso alertar o leitor quanto à limitação dos dados coletados. Ainda que tivesse sido possível travar diálogo com muitos dos reclusos e captado os dados aqui dispostos, certamente algumas informações foram propositalmente omitidas, com destaque para as tatuagens de gangues e facções criminosas.

Em suma, dos 23 entrevistados que apresentaram tatuagens em seus corpos, 21 apresentaram tatuagens estéticas, 17 tatuagens de homenagem, 12 tatuagens de apologia e apenas dois portavam tatuagens alusivas à gangue ou facção criminosa. Vale destacar que dos 17 entrevistados que apresentaram mais de um tipo de tatuagem em seus corpos, um deles tinha quatro tipos, enquanto 10 tinham três e seis ostentavam dois tipos de tatuagens.

Conforme as informações apresentadas supra, foram encontrados os seguintes tipos de tatuagens na PJMA: (i) estéticas; (ii) de homenagem; (iii) de apologia; e (iv) de gangues e/ou de facções.

3.1. Tatuagens estéticas

Tatuagens tipificadas pelos entrevistados como estéticas apresentam desenhos e/ou escritos tidos como visualmente apreciáveis e que têm a função precípua de embelezar e destacar esteticamente seu portador. Elas não possuem relação com a dinâmica prisional ou com o mundo do crime. O que motiva seu porte é a ideia de adquiri-las e usufruí-las como um bem de consumo. A ausência

de relação entre referido tipo de tatuagem e o ambiente prisional foi tão evidente que um dos entrevistados chegou a afirmar que elas são feitas "lá fora", ou seja, nos estúdios profissionais, não existindo espaço dentro da cadeia para elas:

> "Agora, questão de estética, acho que eles faz (sic) lá fora, porque não tem como pensar em estética com tatuagem na cadeia. Você tem... Não tem estrutura nenhuma não, uai, a estrutura é a mínima da mínima, bem abaixo do que deveria" (Entrevistado 04 – Máxima/Lavoura).

De todas as tatuagens deste tipo que foram encontradas nos entrevistados, grande parte foi feita em estúdios profissionais, por amigos ou pelo próprio portador fora da prisão, sendo uma minoria feita dentro da PJMA ou qualquer outra unidade prisional.

No que tange às imagens encontradas, as mais comuns foram gueixas, sol, tribais, dragões, estrelas e índias. Um dos entrevistados, portador de uma tatuagem feita fora da prisão ainda na segunda metade da década de 1990, disse:

> "A tatuagem sempre foi pra mim uma marca de você se impor de alguma forma, tanto é que nessa época era até moda você fumar, quem fumava era colocado como charmoso, quem tinha uma tatuagem já era colocado como 'Nossa, olha aquele cara, todo tatuado', então eu sempre fui um cara que gostava de chamar a atenção, na época eu fiz a tatuagem porque eu queria chamar a atenção" (Entrevistado 02 – Cinema/Capela).

Outro entrevistado reforça a questão do apelo estético e de possuir uma tatuagem deste tipo:

> "Você vê todo mundo tendo, não tem jeito né, essa é a realidade. Você vê que todo mundo tem, você acha bonito o desenhado, o escrito... Você fica com aquela vontade de ter também" (Entrevistado 5 – Cinema/Capela).

Com o intuito de ilustrar o que foi dito, as páginas seguintes irão mostrar algumas das tatuagens estéticas (Figuras 1 a 6) que foram encontradas entre os entrevistados.

Figura 1 – Tatuagem estética 1

Fonte: Elaborada pelo autor.

O desenho do rosto feminino mesclado com um crânio e uma rosa foi feito no antebraço direito do entrevistado 08 do pavilhão Cinema/Capela. Lançando, mesmo que brevemente, um olhar sobre a tatuagem, é possível ver como ela apresenta vários detalhes, com destaque para os fios de cabelo da mulher, as pétalas da flor e os dentes do crânio. Além disso, o traçado varia de espessura (compare-se o traço na parte de cima da cabeça da mulher com o dos lábios; as sobrancelhas com o nariz), indicando assim o uso de vários tipos de agulhas (quanto maior o número, mais grosso o traço), o que só pode ser feito com o uso de uma máquina de tatuar ou utensílios manuais desenvolvidos especificamente para isso[34].

Figura 2 – Tatuagem estética 2

Fonte: Elaborada pelo autor.

A tatuagem da rosa foi feita no antebraço direito do entrevistado 03 do pavilhão Máxima/Lavoura. Aqui destaca-se o uso das cores (verde, vermelha e amarela), bem como da técnica conhecida como sombreamento, que consiste em aplicar maior quantidade de tinta nas partes centrais do desenho e ir gradualmente diminuindo essa intensidade à medida que se chega nas bordas do mesmo. Na imagem isso pode ser percebido, por exemplo, nas pétalas onde a cor vermelha é mais intensa no centro e aos poucos vai desbotando à medida que alcança as pontas. O mesmo efeito pode ser percebido nas folhas que variam de verde-escuro para verde-claro.

Figura 3 – Tatuagem estética 3

Fonte: Elaborada pelo autor.

34. Exemplo é o método artesanal japonês chamado *tebori*, que na tradução para o português significa "esculpir com as mãos". Utiliza-se uma haste de bambu ou marfim com pontas de aço que injetam manualmente a tinta na pele.

A tatuagem dos crânios foi feita no antebraço e mão esquerdos do entrevistado 19 da ala Cinema/Capela. Da mesma forma que a tatuagem apresentada na figura anterior, ela também se destaca pelo intenso uso de cores (vermelho, rosa, verde, preto e cinza), sombreamento e detalhamento das figuras, bem como alteração na espessura do traçado (destaque para o crânio localizado no antebraço, o qual apresenta traços sombreados, enquanto o crânio localizado na mão utiliza traços mais finos, mas não por isso menos complexos). Detalhe para os pelos do antebraço raspados, cujo objetivo é destacar mais ainda o adorno.

Figura 4 – Tatuagem estética

Fonte: Elaborada pelo autor.

Imagem de um sol feita na mão direita do entrevistado 01 do pavilhão Cinema/Capela. Apesar de não apresentar tantos detalhes quando comparada com as três tatuagens supra, ela possui leve sombreamento nos raios do sol e também na face do mesmo, que acaba por formar uma espécie de maçã do rosto. Este desenho tem como principal característica seu local de inserção: a mão. O entrevistado demonstrou orgulho em tê-la, dizendo expressamente que lhe agrada sua visibilidade: "Esse sol que... eu gosto muito desse sol, todo mundo que vê ele já até tirou cópia pra bater ele, sabe" (Entrevistado 01 – Cinema/Capela).

Outro exemplo de tatuagem estética encontrada na PJMA foi o terço tatuado no antebraço e mão esquerdos do entrevistado 01 do pavilhão Máxima/Lavoura (Figura 5). Essa foi uma das poucas tatuagens deste tipo feita dentro do ambiente prisional. Percebe-se que ela não apresenta tantos detalhes quanto as outras tatuagens supra, com destaque para as linhas que não possuem muitas variações na espessura, indicativo do uso de uma única agulha/ "aranha" (gíria prisional para a agulha de cadeia).

Figura 5 – Tatuagem estética

Fonte: Elaborada pelo autor.

Apesar de ter sido precariamente feita, a tatuagem do terço foi inserida na pele do seu portador com objetivos estéticos e nada mais. O trecho transcrito a seguir corrobora o que foi dito quanto ao porte de uma tatuagem como mero objeto de consumo, uma vez que seu portador nem religioso é:

> "Eu fiz porque desenhei na caneta e ficou, tipo... Achei mais bonito, achei que ficou bacana, fui lá e fiz. Pra mim, isso aqui não tem significado nenhum não... Tem o terço né, mas eu não tenho essas religião (sic) não. Fiz, depois eu arrependi, afastei. Isso você tem que ser católico né" (Entrevistado 01 – Máxima/Lavoura).

Os trechos e informações sobre cada um dos adornos em destaque demonstram como as tatuagens estéticas são produto de uma conduta voltada para o que seu portador entende como esteticamente apreciável, fato que corrobora posicionamentos teóricos sobre o corpo humano manipulável e as tatuagens como bens de consumo, explica-se.

A posse do corpo como bem individual passível de manipulações caracterizadas pela livre vontade da pessoa só é possível a partir do momento em que ele é visto como exterior ao próprio sujeito; os corpos são espaços de manifestações existenciais dos seus portadores. Além disso, tais manifestações podem tomar dois sentidos diferentes; de um lado são dotadas de simbologias socialmente reforçadas e de outro lado caminham para manifestações que o caracterizam como instância de contrapoder, ou seja, o espaço corporal pode ser manuseado conforme a vontade da pessoa que faz inserir nele expressões ornamentais valorizadas ou não.

Sobre as tatuagens como bens de consumo, elas retornaram ao cenário urbano a partir de 1960, no momento em que o corpo, nas palavras de Pereira[35], "se tornou um espaço de reterritorização". Cada vez mais as normas passaram a ser questionadas pelos movimentos contraculturais, como os *punks* e os *hippies*, o que ajudou a difundi-las na sociedade e consequentemente fez elevar o número de pessoas tatuadas, mas é no final do século XX, com destaque para os EUA, que as tatuagens, conforme Orend e Gagné[36], passaram a ser vistas como "modificações corporais permanentes que podem servir para ancorar o *self* em um mundo pós-moderno". Assim, tais adornos passam a fazer parte da cultura de massa onde indivíduos livres para manipular seus corpos as adquirem com o fim de

35. PEREIRA, Beatriz Patriota. *"O mais profundo é a pele"*: processos de construção de identidade por meio da tatuagem. 2016. 157 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos. 2016.

36. OREND, Angela; GAGNÉ, Patricia. Corporate Logo Tattoos and the Commodification of the Body. *Journal of Contemporary Ethnography*, v. 38(4), p. 493-517, 2009.

apresentá-las como bens estéticos do mesmo nível que brincos, pulseiras, relógios e sapatos, ou seja, elas passam a ser objetos de consumo.

O apelo para o consumo de uma tatuagem estética é tão grande que um dos entrevistados chegou a mencionar a realização de um adorno deste tipo dentro do sistema prisional, mesmo ciente de que ali não teria condições de adquirir uma tatuagem com a qualidade de um estúdio profissional:

> "E, às vezes, muitas pessoas têm vontade de fazer na rua; eu sempre tinha vontade de fazer, mas acaba que você não tem aquele tempo de fazer, você acaba entrando no crime de novo e acaba voltando pra cadeia. Como você não conseguiu fazer na rua, você acaba fazendo dentro da cadeia, porque aquela vontade de fazer na rua, você fala 'ah, vou fazer aqui mesmo e matar a minha vontade'" (Entrevistado 05 – Capela/Cinema).

Ficou patente como na PJMA os entrevistados também portam tatuagens com fins meramente embelezadores, bastando reler nas entrevistas transcritas expressões como "bacana", "bonita", "todo mundo tem" e "vontade de ter também", todas indicativas do apelo mercantil das mesmas. A finalidade destas tatuagens é uma só: expor aquilo que seu portador entende como belo. Não existe nelas o desejo de transgressão de valores, mas sim uma vontade por parte de seus proprietários de se incluírem naquilo promovido pelo mercado de consumo, mas aqui um alerta: não pode ser dito que inexiste uma preocupação com os possíveis significados dos desenhos.

Apesar da relativa discricionariedade, as tatuagens estéticas limitam-se a desenhos que são valorizados no mundo fora da prisão, ou seja: não estão relacionadas com o mundo do crime. O que interessa é fazer uma tatuagem tida como bonita, que destaque seu portador de alguma forma, mas sempre tendo em mente que o desenho se limita àquilo que não possua qualquer relação com práticas ilegais. Caso alguém decida tatuar algo vinculado à ilegalidade, mas o faz com objetivos estéticos, este adorno encontra-se em uma *zona cinzenta* onde seu portador poderá sofrer algumas represálias (uma observação nada amigável por parte de alguém ou então uma "chamada" por parte de uma autoridade policial), mas nada comparado às consequências das tatuagens "legítimas" do crime que serão abordadas no tópico oportuno.

Entre os entrevistados, poucos apresentaram tatuagens que se encontram na zona cinzenta mencionada supra (Figura 6), o que reforça a vinculação estética dos adornos deste tipo, bem como sua limitação àquilo que não seja abertamente vinculado ao universo criminoso.

Figura 6 – Tatuagem híbrida

Fonte: Elaborada pelo autor.

A tatuagem de um duende fumando maconha debaixo de um cogumelo feita no braço direito do entrevistado 03 da ala Cinema/Capela possui motivo ilícito (drogas). Apesar de estar vinculada ao universo criminoso (tráfico de drogas), tal tatuagem não pode ser classificada como sendo de apologia, uma vez que seu portador afirma não ser esse o seu desejo. Adornos que se encontram na zona cinzenta necessitam da conjugação entre o olhar técnico do observador e a volição do seu portador no momento em que decidiu inseri-lo em seu corpo. O trecho a seguir demonstra na fala do entrevistado a vinculação do adorno com a estética e não com o crime: "Aí eu resolvi tatuar um duende, um duende fumando maconha debaixo de um cogumelo, foi essa aqui, aí já tatuei essa, aí pronto, tô com três tatuagens[37], é legal, agora eu tô *fashion* né, bacana, na moda" (Entrevistado 03 – Cinema/Capela).

Dito isso, é patente que o que motiva alguém a fazer uma tatuagem deste tipo é, em primeiro lugar, o desejo de se sentir esteticamente apreciável diante de si e de terceiros, sendo certo que a preocupação com o significado existe em duas fronteiras: a primeira é aquela vinculada à ilegalidade, já explicada, e a segunda é a interpretação que o portador dá para aquele desenho, que, via de regra, é de ordem subjetiva, motivo pelo qual os significados podem ser infinitos.

Além dos significados, no que tange ao aspecto técnico, os traços destas tatuagens são mais detalhados quando comparados com os outros tipos, bem como elas são as únicas onde o uso de cores além do preto foi bastante comum. No que tange ao local de inserção, os desenhos foram feitos naqueles tidos como estratégicos por seus portadores justamente porque aparecem mais no corpo, mesmo com o uso de vestimentas, possibilitando maior visibilidade dos mesmos. Sobre isso um dos entrevistados disse:

37. O entrevistado mencionou por diversas vezes que o certo no mundo das tatuagens é tê-las em número ímpar. Ele não soube explicar o porquê disso, mas de qualquer forma a preocupação em dizer que "tô com três tatuagens" é indicativo da preocupação com as regras estéticas deste universo.

> "Tem muita gente querendo fazer tatuagem. Isso aí é tipo um... Como é que se fala? É... Sei lá, é tipo um acessório, sabe? Acha bacana e tal, sabe? Põe uma roupa e tal, com a tatuagem... Fica mais chamativo, sabe? Chama a atenção; porque tatuagem chama a atenção né, aí por isso que a maioria das pessoas quer e tal" (Entrevistado 03 – Máxima/Lavoura).

Assim, as tatuagens estéticas comportam, *pelo menos na PJMA*, pouquíssima relação com a interação e/ou orientação dos reclusos naquele contexto. Apenas nos casos em que são feitas dentro do sistema prisional elas atuam como mediadoras na troca de bens de consumo entre os reclusos (tatuador e cliente), o que significa, no mínimo, um diálogo entre as partes interessadas, mas, via de regra, elas apenas expressam e reforçam o que foi dito quanto a serem adornos vinculados ao conceito de bens de consumo e expressão de suposta individualização de seus portadores, o que não ocorre com os demais tipos.

3.2. Tatuagens de homenagem

Conforme os dados coletados, tatuagens de homenagem apresentam base motivacional e significados específicos: demonstram algo que seu portador sente por alguém ou por sua religião. Foi comum encontrar nomes de familiares, versos bíblicos, trechos de canções evangélicas e frases como "Mãe, eu te amo", "Amor eterno", entre outras. Ao contrário do primeiro tipo, nelas a estética fica em segundo plano e o que mais interessa é expressar a homenagem.

Importante destacar que tais adornos possuem relação com o mundo do crime, mas como memória vinculada às dores do encarceramento, ou seja, não exaltam a ilegalidade e a carreira de seu portador como criminoso. Sobre o tema das dores do encarceramento, o termo foi cunhado por Sykes[38] em sua obra "Sociedade dos Cativos". Ali o sociólogo afirma que elas são cinco: privação da liberdade; de bens e serviços; de relações heterossexuais; da autonomia e da segurança. Conforme Sykes (1970, p. 78, tradução nossa): "a prisão, então, é dolorosa. As dores do aprisionamento, contudo, não podem ser vistas como limitadas à perda da liberdade física"[39]; elas atingem diretamente "os próprios fundamentos do ser do prisioneiro"[40] (SYKES, 1970: 79, tradução nossa). Assim, o indivíduo aprisio-

38. SYKES, Gresham M. *The Society of Captives*. Nova Iorque, EUA: Atheneum, 1970.

39. *Imprisonment, then, ins painful. The pains of imprisonment, however, cannot be viewd as being limited to he loss of physical liberty.*

40. *The very foundations of the prisoner's being.*

nado pode até se ver como uma pessoa de valor, mas na prisão isso vai desaparecendo e os comportamentos extramuros são substituídos por reações localizadas onde o prisioneiro consegue expressar alguma liberdade.

Assim, tatuagens de homenagem estão diretamente relacionadas com as dores do encarceramento porque denunciam o único espaço que resta ao preso para exercer alguma liberdade sobre si que não seja o pensamento: o que resta é a pele. Importante dizer que os outros tipos de tatuagens de cadeia (apologia, gangue e facções) também se utilizam do tecido tegumentar como meio de expressão de suas finalidades, mas não por isso estão vinculadas ao tema das dores e isso será visto no momento oportuno.

Quando questionados sobre os motivos pelos quais alguém faz uma tatuagem de homenagem, as palavras "solidão"; "saudade" e "tristeza" se destacaram; não foram poucos entrevistados que disseram sentir muita falta da família, motivo pelo qual fazer uma tatuagem deste tipo se torna uma maneira de se sentir mais próximo dos seus entes queridos. Sobre isso um dos entrevistados disse:

> "As pessoa homenageia (sic), vamos supor, a pessoa tá presa, chegou um parente e a escolta não tirou, quer deixar uma marca né, igual eu vi vários, teve parente, teve até pai que faleceu e a escolta não tirou, aí a pessoa foi lá e tatuou pra tá lembrando aquela pessoa, pra tá homenageando aquela pessoa, a mãe, um irmão, um amigo, sempre uma pessoa que marca, às vezes partiu do mundo, mas mora no coração da gente" (Entrevistado 04 – Cinema/Capela).

No mesmo sentido, outro entrevistado, quando questionado acerca dos motivos pelos quais alguém se tatua dentro do sistema prisional, respondeu:

> "Eu acho que tem dois motivos. Um é pra passar o tempo e o outro é pra se (sic) expressar o que sente. Aqui eu fiz o nome da Jenifer, que é minha esposa, pra mostrar pra ela que eu amo ela igual ela me ama, porque ela também fez meu nome. Então, é pra expressar um pouco o que sente, e pra passar um pouco do tempo também" (Entrevistado 15 – Cinema/Capela).

Também outro entrevistado:

> "Mas, geralmente, dentro das prisões são tatuagens de, geralmente, nomes de filhos, mães, pais... Então, muitas pessoas ali, uma forma de demonstrar o seu amor pela outra pessoa, afetividade... Até pela sua mulher, pelo seu pai, pelo seu filho, num momento que ele tá passando dificuldade e carência ali, toma essa atitude de demonstrar o seu amor dessa forma, tatuando uma tatuagem" (Entrevistado 08 – Cinema/Capela).

E outro:

> "Cada tatuagem tem um significado. Tem significado e tem um amor também, né, tem um sentimento... Ninguém rabisca o corpo sem motivo algum. Eu, por exemplo, que não queria pôr negócio do crime, eu simplesmente optei por uma homenagem aos meus filhos e à minha mãe" (Entrevistado 06 – Cinema/Capela).

Assim, tatuagens de homenagem possuem um vínculo afetivo com seu portador. Elas são uma lembrança de uma pessoa importante em sua vida, bem como representam uma demonstração de fé. A motivação já não é mais voltada para o embelezamento do corpo, para a compra de mercadorias que são valorizadas fora da prisão, mas sim para a materialização de um sentimento intenso que muitas vezes só pôde se manifestar em razão da privação da liberdade. Essa intensidade parece ser alimentada pelo tempo de permanência dos reclusos dentro de suas celas, que, aliado ao ócio, acaba por instigar a realização de uma tatuagem deste tipo.

> "Dentro da cadeia, acho que é mais falta do que fazer, saudade demais... Aí você quer homenagear um parente, escrever nome... Os mais... as tatuagens de cadeia são basicamente, o que eu vejo, mais nomes, nomes de filho, nome de mãe, nome de pai... Uma coisa de passar o tempo né... Um *hobby* da pessoa uma tatuagem" (Entrevistado não tatuado 01 – Máxima/Lavoura).

Além da solidão, alguns entrevistados se referiram aos termos "reconstrução" e "resgate", indicativo de que tais adornos também funcionam como representações da busca de uma saída do mundo do crime e reconstrução de laços familiares/afetivos eventualmente enfraquecidos após a prisão de seu portador. O trecho a seguir serve como exemplo:

> "É... porque mais é nomes... De filhos, igual eu falei. Mais é uma homenagem àquelas pessoas que visitam, pessoal que deixaram lá fora, ou pessoa que magoaram (sic) lá fora e hoje estão tentando reconstruir, reconciliar... Tentando resgatar um pouco aquilo de... Tentando, um pouco, resgatar realmente aquilo que deixou de fazer lá fora e tentar retribuir isso na tatuagem" (Entrevistado 08 – Cinema/Capela).

As figuras a seguir demonstram os argumentos supra. Nomes e versos bíblicos expressam, à sua maneira, sentimentos intensos que os portadores daquelas tatuagens possuem em relação a alguém ou a fé como única possibilidade de desvinculação da carreira no crime. A transposição da fronteira estética para o campo da rusticidade é visível até mesmo ao observador não experimentado que

pode ver nos traços simples não a intensidade técnica dos tatuadores profissionais, e sim uma carga sentimental cujo núcleo é o afeto que ao mesmo tempo é margeado pelo crime.

Figura 7 – Tatuagem de homenagem 1

Fonte: Elaborada pelo autor.

Tatuagem "Ludy te amo" feita nos dedos indicador e médio da mão esquerda do entrevistado 04 do pavilhão Máxima/Lavoura em homenagem a sua filha (Ludmila). Destaque para os traços grosseiros das letras e baixa acessibilidade ao adorno que se encontra nas laterais dos dedos.

Figura 8 – Tatuagem de homenagem 2

Fonte: Elaborada pelo autor.

Tatuagem feita no antebraço esquerdo do entrevistado 05 do pavilhão Cinema/Capela. O nome "Aldiva" refere-se à mãe do entrevistado. Destaque para a irregularidade do tamanho, bem como grafia alternativa de algumas letras ("A", "D", "I", "T" e "O") e pontos com borrões (primeiro e segundo "A" do nome "Aldiva"). A espessura dos traços não é regular e apresenta pontos de desconexão (letra "T", terceiro traço horizontal da letra "E" e letra "V").

Tatuagens tipificadas como sendo de homenagem estão na fronteira da trajetória criminal de alguém. Elas indicam em alguma instância o arrependimento do seu portador em relação ao delito cometido. Elas demonstram uma busca pela reconciliação com a família que sofre com a condenação daquele ente, ainda mais se ele for a principal fonte de renda, mas, ao mesmo tempo que apontam para uma suposta regeneração social do seu portador, elas também são a lembrança indelével do delito cometido e do envolvimento do seu portador, ainda que por pouco tempo, com a trajetória criminosa. Existe aqui uma fixação com o passado, uma vez que essas tatuagens demonstram uma busca (impossível) no sentido da reconstrução discursiva de eventos ocorridos anteriormente.

Referida fronteira é perceptível nas palavras de um entrevistado:

> "Tô pretendendo fazer [uma tatuagem] na batata da perna. É até meio do crime, mas já especificando o certo. Eu vou fazer uma 9... Uma nove milímetro (sic), desenhada, e embaixo da nove eu vou por 'ex 157', porque eu saindo daqui, eu vou abandonar o crime. Já abandonei, entendeu, essa é minha meta" (Entrevistado 06 – Cinema/Capela).

Em relação à homenagem religiosa, muito pouco foi dito pelos entrevistados, mas ficou patente ao longo dos meses em que o pesquisador compareceu à PJMA que a religião evangélica está muito presente ali dentro, chegando ao ponto, inclusive, de construir uma igreja dentro do pavilhão Máxima/Lavoura.

Entre os reclusos existe um pastor evangélico que ministra seu culto às sextas à tarde. Sua presença parece exercer grande influência na massa carcerária, mas, além disso, parece ocupar uma grande parcela do ócio a que estão submetidos os reclusos. A Figura 9 mostra o pastor ministrando um culto para os reclusos da ala Cinema.

Figura 9 – Pastor evangélico ministrando culto

Fonte: Elaborada pelo autor.

No que tange aos aspectos técnicos das tatuagens de homenagem, os traços, na maior parte das vezes, são grosseiros, bem como o local de inserção não é, ao contrário das estéticas, uma preocupação constante (naquelas o portador se preocupa com sua visibilidade), ou seja, seu portador pode optar por fazê-la em um local visível ou velado, tudo a depender da forma como pretende demonstrar sua homenagem ou busca de alguma reconciliação (talvez com Deus), não sendo algo a se preocupar se terceiros terão acesso a ela. As imagens a seguir (Figuras 10 e 11) demonstram isso:

Figura 10 – Tatuagem com motivo religioso 1

Fonte: Elaborada pelo autor.

A tatuagem do nome de Cristo ao lado esquerdo do peito encontra-se em um local de inserção cujo acesso é bastante restrito. Como já dito, a religiosidade na PJMA, com destaque para os evangélicos, é algo muito latente e muitos dos entrevistados disseram acreditar em Deus.

Como consequência das manifestações religiosas mais ferrenhas ou até mesmo desesperadas, tatuagens com trechos da Bíblia e exaltações religiosas (Figura 11) foram os achados mais comuns.

Figura 11 – Tatuagem com motivo religioso 2

Fonte: Elaborada pelo autor.

A expressão "Fé em Deus" funciona como apelo a uma última instância (sagrada) onde a absolvição seja possível. O fervor religioso encontrado na PJMA e também em outras unidades prisionais é fonte de humor para alguns funcionários, sendo que alguns disseram que "Cristo é o homem mais encontrado nas prisões" ou "Todo dia Jesus vai preso, só olhar aí as tatuagens do pessoal".

Fica claro como as tatuagens tipificadas como sendo de homenagem, ainda que inseridas dentro do contexto prisional, não versam diretamente sobre o crime, mas sim sobre consequências da relação do seu portador com o mundo da criminalidade. Em alguns casos os adornos mostram a esperança de regeneração do seu portador e sua luta para sair daquele mundo, contudo, grande parte serve como prova de fidelidade àquelas pessoas que permaneceram ao lado de alguém em um momento difícil de sua vida, qual seja seu aprisionamento.

3.3. Tatuagens de apologia

As tatuagens de apologia, diferentemente das tatuagens de homenagem que conectam o indivíduo preso com afetos que foram deixados extramuros, evocam abertamente o mundo do crime. São pouco detalhadas (ausência de sombreamento e/ou jogo de cores, por exemplo) e com traços grosseiros (algumas letras são mais grossas do que as outras, são de tamanhos diferentes e não existe espaçamento adequado entre as palavras), além do que algumas já estão esverdeadas e se apagando, indicativo de que foram feitas dentro da prisão, uma vez que a tinta é de baixa qualidade e tende a se desbotar com o tempo. A figuras e frases (Figuras 12 a 17) indicam claramente o envolvimento do seu portador com a dinâmica

criminal e sua transição para o mundo do crime, pois evocam, conforme será discutido adiante, a ideia de enfrentamento e destemor de quem as porta.

Figura 12 – Tatuagem de apologia 1

Fonte: Elaborado pelo autor.

A expressão "amor só de mãe" foi tatuada no antebraço direito do entrevistado 06 do pavilhão Cinema/Capela. A tatuagem não possui espaçamento adequado entre as palavras, além do uso incorreto da crase no lugar do acento agudo, o que a transforma em uma só expressão, qual seja "Amorsòdemãe". O traço é simples e não possui variação na espessura, indicativo de uso da agulha de cadeia, também chamada de "aranha". A tinta preta já está bastante clara e apresentando sinais de falha, como na letra "m" da palavra "mãe", o que confirma a aplicação do "bambolim", nome dado na PJMA para a tinta de tatuagem de cadeia.

Foi dito que tal expressão é muito comum entre os reclusos, entretanto, ela pode ser tanto uma tatuagem de homenagem como uma tatuagem de apologia, tudo a depender do significado a ela atribuído por seu portador. Neste caso, para o entrevistado, ela remete à ideia de que o único amor que existe em sua vida é o de sua mãe, sendo que o restante é "puro ódio" e por isso nada lhe resta senão lutar "na guerra" do dia a dia e conquistar através de sua profissão, que no caso foi identificada como sendo a de "ladrão", os bens materiais que lhe interessam.

Figura 13 – Tatuagem de apologia 2

Fonte: Elaborado pelo autor.

A imagem do palhaço foi tatuada no antebraço direito do entrevistado 05 do pavilhão Cinema/Capela. Assim como no exemplo anterior, é possível observar os traços sem variação na espessura, ausência de cores, além de poucos detalhes na imagem, como sombreamento e demais minúcias. Referida imagem, conforme todos os entrevistados questionados sobre ela, remete à figura do assassino de policiais. Entretanto, isso não significa que seu portador praticou tal delito,

como é o caso deste entrevistado que se encontra na PJMA em virtude do crime de roubo (art. 157, Código Penal), o que reforça o argumento de que tatuagens de apologia são indicativos do ritual de transição/identificação daquele preso com a criminalidade. No caso desta figura, sua função/significado é declarar a vinculação de seu portador com a trajetória criminosa; sua identificação e escolha pessoal pela ocupação de ladrão[41].

Figura 14 – Tatuagem de apologia 3

Fonte: Elaborado pelo autor.

A expressão "soldado do morro" também foi feita no antebraço direito do entrevistado 05 do pavilhão Cinema/Capela. Ao contrário da tatuagem "amor só de mãe" destacada anteriormente, esta apresenta espaçamento adequado entre as palavras, o que permite a compreensão imediata da mensagem transmitida, contudo, as letras, com destaque para o "'L" da palavra "soldado", estão bastante apagadas além de apresentarem espessuras irregulares indicativo do uso manual da agulha de cadeia. Tal tatuagem é uma das várias encontradas que evocam palavras de ordem em tons de ameaça. É também um adorno ritualístico que tem a função de apresentar seu portador como alguém pertencente ao mundo do crime.

Figura 15 – Tatuagem de apologia 4

Fonte: Elaborado pelo autor.

A tatuagem contendo a expressão "Só Deus pode me julgar" ladeada por dois cifrões foi feita na perna esquerda do entrevistado 01 do pavilhão Cinema/

41. A expressão "ladrão" foi aqui utilizada conforme as declarações de alguns entrevistados que não enxergam no termo um sentido pejorativo. Ladrão ou bandido é aquele que pratica crimes contra o patrimônio em geral, o que é muito diferente, por exemplo, do traficante que não vê na sua profissão um sinônimo de bandido, pois ele é "33", em alusão ao artigo 33 da Lei 11.343/06, que dispõe sobre a figura delitiva do tráfico de drogas.

Capela. O observador incauto pode cometer o erro de considerá-la como uma tatuagem de homenagem, contudo, os dois cifrões que ladeiam a expressão retiram qualquer conotação religiosa. Da mesma forma que as outras tatuagens de apologia, essa também apresenta diversos indicativos de ter sido feita na prisão, como irregularidade no tamanho das letras, com destaque para a letra "E" da palavra "Deus", figuras borradas (cifrão logo após a palavra "julgar") e espessura pouco variada. Interessante notar que o entrevistado em comento é reincidente, tendo sido preso somente por crimes patrimoniais (furto e roubo), sendo certo que os cifrões remetem à busca por patrimônio ainda que ilegalmente.

Figura 16 – Tatuagem de apologia 5

Fonte: Elaborado pelo autor.

Tatuagem com a expressão "vida loka" feita no antebraço direito do entrevistado 02 do pavilhão Máxima/Lavoura. Ela apresenta as mesmas características dos exemplos discutidos anteriormente, o que dispensa maiores digressões. Assim como a tatuagem contendo a expressão "soldado do morro", esta também comunica o ritual de transição/identificação do seu portador com o mundo do crime.

Figura 17 – Tatuagem de apologia 6

Fonte: Elaborado pelo autor.

Condenado por roubo, quando questionado sobre o significado da tatuagem, o entrevistado disse: "É dinheiro, 157...". O desenho foi feito no pescoço e por isso é praticamente impossível de ser escondido. Adornos deste tipo são montados para refletirem o que seu portador deseja mostrar referente à sua identificação com o mundo do crime. Aqui a estética também fica em segundo plano, pois é o momento em que a tatuagem fala por seu portador, mostra quem ele é ou deseja ser. Segundo um dos entrevistados:

> "Se o cara coloca uma tatuagem, por exemplo, uma caveira com uma faca, automaticamente ele tá querendo se ver sem camisa no [banho de] sol e o outro cara ele já vai ter uma inteligência [...], o cara que tatua uma caveira se alguém for mexer com ele vai saber que o cara é disposição, é uma maneira de se autoimpor também, de se, o animal tem um jeito de saber se o outro animal está chegando, se sentir ameaçado, aqui dentro é a mesma coisa, a pessoa que se tatua aqui dentro ela tá mostrando pra quem tá vendo que 'Se você vier pra cá você vai trombar porque a disposição que você tem eu tenho'" (Entrevistado 02 – Cinema/Capela).

Estas tatuagens indicam um "rito de passagem" para o seu portador[42]. Quanto mais um determinado preso se tatua, então, maior seu vínculo com sua "nova condição". Isso pode ser confirmado pelo estudo de Lozano et al.[43], onde os pesquisadores indicam a ligação entre os criminosos que as obtêm nas cadeias e a identificação destes com a trajetória criminal. De acordo com os pesquisadores,

> "[...] imagens podem refletir a vida na prisão, como relógios, teias de aranha ou barras ou então sugerir um maior comprometimento com o estilo de vida das gangues quando indivíduos adquirem tatuagens na face, cabeça, pescoço ou mãos"[44] (LOZANO et al., 2011, p. 510, tradução nossa).

No referido estudo foram comparadas amostras de presidiários com tatuagens de cadeia, presidiários com tatuagens comerciais/artísticas, presidiários sem tatuagens e estudantes universitários com tatuagens, tendo sido descoberta uma relação dos primeiros com o estilo de vida criminoso, demonstrando, assim, que grupos tidos como desviantes acabam por desenvolver padrões próprios de comportamentos e, por conseguinte, de marcações da pele. Além disso, o estudo indicou que presos portadores de tatuagens de cadeia possuem maiores chances de reincidência do que aqueles que não as possuem, reforçando assim a tese de maior comprometimento com o estilo de vida criminoso.

---

42. SILVA, Marina Albuquerque Mendes da. As Tatuagens e a Criminalidade Feminina. *Cadernos de Campo*, v. 1, n. 1, 1991.

43. LOZANO, Alicia T. Rozycki; MORGAN, Robert D.; MURRAY, Danielle D. e VARGHESE, Femina. Prison Tattoos as a Reflection of the Criminal Lifestyle. I*nternational Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 55(4), p. 509-529, 2011.

44. "[...] *images may reflect prison life, such as clock faces, spider webs, or prison bars [...] or suggest greater commitment to criminal gang life when individuals acquired tattoos on the face, head, neck, or hands.*

Tal comprometimento pode ser verificado na fala de um dos entrevistados, condenado por roubo, que afirmou ter o desejo de tatuar a imagem de uma pistola 9mm em sua perna, sendo que posteriormente disse: "O meu negócio não é tráfico, meu negócio é assalto, eu não rodo no tráfico de jeito nenhum, eu só tenho assalto na minha pasta, eu não rodo com tráfico" (Entrevistado 6 – Cinema/Capela). A afirmação de que o seu "negócio é assalto" confirma a dedicação do entrevistado a uma carreira de assaltante, sendo que ele realça isso ao dizer que não é traficante, carreira distinta da sua.

Quanto mais um determinado preso se tatua com apologias ao mundo do crime (armas, caveiras, bordões), maior seu vínculo com sua condição de pertencente àquele universo, a qual deve ser continuada pelo sujeito, uma vez fora da prisão. A fala de um dos entrevistados retrata muito bem tal rito, nela pode-se observar como ele não se identifica como criminoso, ao passo de que "quem já é do crime" acaba por fazer tais adornos:

> "Na prisão, isso assim, eu não relaciono tatuagem com cadeia, sempre achei muito feia... Quem já é do crime mesmo aí a gente ouve aí, 'Ah, faz um palhaço', "Um Chuck" aquele brinquedo assassino, eu ouço esses pedidos pro cara fazer, mas só que... Eu não gosto, não participo, acho isso meio que uma seita sabe, tatuar aquilo porque é pra mostrar pra polícia que é matador de polícia, que é isso e aquilo entendeu" (Entrevistado 03 – Cinema/Capela).

O que motiva alguém a fazer uma tatuagem de apologia dentro da prisão é a identificação de seu portador com a identidade criminosa, como integrante do que um dos entrevistados chegou a denominar "seita". Na PJMA tal identificação ficou muito clara entre os entrevistados que portavam tais tatuagens, uma vez que elas constituem um marco no corpo do condenado, sendo indicativo incontestável de que seu portador se enxerga como desviante e pertencente a este grupo, elas marcam a regulação da vida de seu portador com esta carreira.

Quanto à ideia de que tatuar algo relacionado ao mundo do crime é sinônimo de *status* social mesmo que seu portador não esteja a ele vinculado, isso aparentemente não ocorre na PJMA. Vários entrevistados relataram o fato de que muitos criminosos tatuam imagens alusivas à criminalidade mesmo não tendo praticado nenhum delito que elas aludem. Isso não significa ascensão hierárquica ou qualquer tipo de controle sobre os demais membros da massa carcerária, mas apenas demonstram maior envolvimento e dedicação daquele indivíduo com o universo criminoso.

Sobre a questão da hierarquia, disse um dos entrevistados: "Tendo tatuagem ou não tendo tatuagem, é a mesma coisa. Nada disso [de hierarquia]. É

tudo igual, não existe na cadeia ninguém mais que ninguém" (Entrevistado 04 – Máxima/Lavoura).

Assim, ao contrário do que ocorreu, por exemplo, na União Soviética, onde, por volta de 1950, Danzig Baldaev descobriu um verdadeiro sistema hierárquico simbolizado pelas tatuagens dos prisioneiros conhecidos como *Vor V Zakone*, as tatuagens de apologia dos presos da PJMA não ditam regras para a comunidade carcerária; elas apenas representam um movimento individual daquela pessoa na busca de demonstrar sua relação com o universo criminoso. Enquanto o corpo tatuado de um *Vor* soviético demonstrava sua graduação, suas habilidades no mundo do crime e, principalmente, sua lealdade e pertencimento ao grupo, na PJMA, tais tatuagens, como dito, expressam a vontade do seu portador em se identificar com práticas ilícitas, não funcionando, pelo menos com base nos dados coletados, como marcas hierárquicas.

Vale destacar que esse papel reforçador se aplica somente às tatuagens de apologia, explica-se. Além das diferentes informações, as tatuagens de cadeia da PJMA apresentam uma gradação no que se refere a estas informações nelas contidas. Como visto, adornos estéticos se "preocupam" em mostrar aquilo que o portador vê como bonito e apreciável para si e também para os outros (limitado a motivos que não sejam ilícitos), já os de homenagem demonstram afeto e/ou arrependimento, vontade de mudar, e isso é externado para terceiros que "participam" desse diálogo. No caso das tatuagens de apologia, elas são adornos voltados para a finalidade de construir a identidade criminosa de alguém, mas são ao mesmo tempo margeadas pela ideia de enfrentamento (seja da administração prisional, seja em relação a outros detentos). Então, no caso da administração prisional, os participantes deste diálogo simbólico estão na verdade sustentando um enfrentamento quanto ao poder disciplinar, por fim, será visto adiante que tatuagens de gangues ou facções não enfrentam a administração, mas sim outras gangues e facções, entretanto, como na PJMA existe uma espécie de "acordo de paz", ali, especificamente, elas estão "mudas".

Já o local de escolha da marca tem relação, além da identificação com o mundo do crime, com a intenção de intimidar alguém, bem como com as consequências suportadas pelo indivíduo tatuado. Um dos entrevistados disse:

> "Se quiser lançar uma palhaço você lança, geralmente as pessoas gosta de lançar alguma coisa pra intimidar alguém, entendeu, um palhaço, uma arma, ou uma data que ela matou alguém, entendeu, tem as pessoas que faz (sic) isso, 'Já matei quatro, então eu vou botar quatro cruz', 'Vou botar um palhaço aqui, e se esses polícia vir eu mato eles também'" (Entrevistado 04 – Cinema/Capela).

Geralmente os problemas enfrentados pelo portador de tais tatuagens ocorrem fora da prisão, principalmente com a PM que acaba por identificar os desenhos e termina por abordar o indivíduo de maneira diferenciada, com muito mais violência. Assim, quanto mais visível uma tatuagem de apologia, como nas mãos, antebraços, pescoço e rosto, maiores as chances do seu portador sofrer represálias por parte dos agentes de segurança pública, chegando até mesmo, conforme um dos entrevistados, a retirar forçadamente os desenhos:

> "Uns amigos meus da Bahia vieram morar em BH, eles estavam me contando que a polícia lá trombou com um cidadão com um palhaço na perna, na batata da perna, a polícia lá é ruim, a polícia arrancou a pele do cara, arrancou a pele sem anestesia, sem nada, cortou a pele do cara" (Entrevistado 04 – Cinema/Capela).

Outro relato denuncia tortura praticada pelas ROTAM[45] da PMMG quando os policiais se deparam com um indivíduo que porta tatuagens de cadeia do tipo apologia:

> "No caso do símbolo do palhaço, por exemplo; se for abordado na rua e o policial te ver com um palhaço tatuado, pode ter certeza que vai tomar, no mínimo, dez tapas na orelha. Bem dado, porque... Bate, principalmente se for ROTAM. Se for a ROTAM... Ai, meu Deus do céu. Geralmente, eu já vi eles pegando uma pedra do chão e mandou o cara lixar a tatuagem com a pedra. [...] teve policial que mandou jogar álcool no cara que tinha um palhaço... O policial mandou o cara jogar álcool e incendiar, o cara não teve coragem... Aí pegou uma pedra e lixou, mas não saiu toda a tatuagem... Feriu demais!" (Entrevistado 01 – Não tatuado – Máxima/Lavoura).

Uma tatuagem de apologia fala pelo preso sem que ele pronuncie qualquer palavra, não sendo apenas tinta na pele, mas sim um sinal de quem é aquele que a porta. Importante dizer que grande parte das tatuagens deste tipo são construídas por seus portadores, entretanto, os significados são unânimes mesmo que o desenho não seja o mesmo, isso porque a motivação de todas elas possui significados de interpretação coletiva (o crime), ou seja, significam a mesma coisa em qualquer ambiente que se encontrem, não cabendo ao seu portador definir o que o adorno irá "dizer".

45. Sigla para Rondas Táticas Metropolitana ou Municipais. Trata-se de serviço especializado da PM voltado para situações ou áreas críticas de segurança onde o emprego de material humano tecnicamente qualificado para tais situações seja necessário, como risco iminente à vida ou reforço a locais classificados como críticos pelo comando da PM.

Diante do que foi apresentado, verifica-se que as tatuagens de apologia apresentam uma finalidade específica: apontam para um envolvimento mais aprofundado do seu portador com o mundo criminoso; os desenhos e frases, por mais variados que sejam, possuem significados unânimes (vinculação ao universo ilegal), entretanto, não constituem marcas de pertencimento a grupos específicos e por isso são discricionariamente tatuados por seus portadores desde que apresentem motivação com a lógica criminal, discricionariedade essa que não ocorre com as tatuagens dos dois últimos tipos que serão abordadas em conjunto: de gangues e facções criminosas.

3.4. Tatuagens de gangues e facções criminosas

Por fim, os entrevistados mencionaram a existência de tatuagens específicas de gangues e facções criminosas, com destaque para o Comando Vermelho (CV) e Primeiro Comando da Capital (PCC). Entretanto, além dos poucos que se dispuseram a mencionar este tipo de tatuagem, nenhum se identificou como membro de qualquer um destes grupos, o que impossibilitou uma análise mais aprofundada sobre tais adornos, a não ser a opinião daqueles que mencionaram sua existência.

Conforme pode ser visto (Figuras 18 e 19), tatuagens deste tipo seguem o mesmo padrão das apresentadas anteriormente, excluídas as estéticas, ou seja, são feitas com uma única agulha ("aranha") e utilizam a tinta de cadeia ("bambolim") em sua composição. Consequentemente, os traços são simples e irregulares, além de pouco detalhados e com pigmentação defeituosa.

Figura 18 – Tatuagem de facção (PCC)

Fonte: Elaborada pelo autor.

De acordo com as informações prestadas pelo entrevistado e portador da tatuagem, o símbolo do "Ying-Yang" significa o bem e o mal juntos, mas é também o símbolo da facção criminosa Primeiro Comando da Capital. Também foi dito que os números "1533" se referem à facção paulista, sendo o 15 referência à letra "P", décima quinta do alfabeto, e o 3 à letra "C", terceira letra. A prática do uso de numerais para indicar letras do alfabeto tem como objetivo principal camuflar o real significado do adorno. Essa foi a única tatuagem de facção

criminosa encontrada ao longo das entrevistas. Foi feita no tornozelo esquerdo do entrevistado 01, entretanto, o mesmo fez questão de deixar claro que não faz parte do grupo:

> "Essa tatuagem aqui ó, ela é o símbolo do PCC, mas eu não sabia, quando eu bati ela, o símbolo dela fala que tem o lado do bem e o lado do mal, mas eu não sabia, eu fiz isso aqui fazendo como se fosse o lado do mal e o lado do bem, aí eu fiz... Tem muitos PCC na cadeia, eles chegam e falam 'Você é do PCC? Você é de São Paulo?' Aí eu chego e falo 'Não, por que?' 'Não, porque você tá com a tatuagem aí, o símbolo da tatuagem nossa', muitos já chegaram e falaram isso comigo já, aí eu falo 'Não, falaram comigo que isso aqui é o símbolo do bem e do mal', não falava que era o significado do PCC deles lá sabe, de São Paulo" (Entrevistado 01 – Cinema/Capela).

Além do PCC, outra facção bastante mencionada foi o Comando Vermelho (CV), entretanto, nenhuma tatuagem referente a este grupo foi encontrada. Ao longo das entrevistas foi possível notar que a criminalidade de Belo Horizonte e sua Região Metropolitana caracteriza-se como algo mais provinciano, menos organizada quando comparada com Rio de Janeiro e São Paulo.

Figura 19 – Tatuagem de gangue

Fonte: Elaborada pelo autor.

Conforme o entrevistado, a sigla "LHP" refere-se aos termos "Lealdade"; "Humildade" e "Proceder", máximas que devem ser seguidas por todos os integrantes da gangue à qual pertence. Como toda tatuagem deste tipo, não existe escolha quanto ao desenho, ele é fixo, o que pode ser discutido é o local de sua inserção na pele do portador.

Tendo em mente a limitação dos dados coletados relativos às tatuagens de gangues e facções, pode-se dizer que essas imagens apenas indicam o pertencimento daquela pessoa ao grupo, entretanto, nada impede que existam desenhos específicos responsáveis por indicar hierarquia ou alguma especialidade daquela pessoa. De qualquer forma, tatuagens deste tipo demonstram um passo além do seu envolvimento com a dinâmica criminal: elas denotam um comprometimento com uma estrutura formalizada (gangue ou facção), e por isso vão além da carreira daqueles que tatuam imagens/frases de apologia.

Aqui seu portador, assim como nas tatuagens de apologia, também divide a experiência do crime com outras pessoas que ele entende como iguais e codetentoras do saber criminoso, entretanto, tatuagens deste tipo ultrapassam a fronteira da informalidade e colocam a pessoa em uma rede mais ou menos estruturada de parcerias criminosas (facção ou gangue).

Neste ponto vale mencionar o trabalho de Phelan e Hunt[46] em relação à *Nuestra Familia* e à carreira moral dos seus integrantes por meio das tatuagens. Tatuagens de gangues e facções possuem papel ativo na comunicação de uma identidade não só criminosa, mas além disso, comunicam uma identidade criminosa *organizacional* do seu portador, uma vez que, e isso merece ser reforçado, seu significado não permite qualquer interpretação duvidosa fora daquele círculo específico. Eles mostram a todo momento quem é aquela pessoa, a qual gangue ou facção pertence e possivelmente qual o seu posto na hierarquia daquele grupo, sendo que isso tem uma característica peculiar: a de que este trabalho de identidade não é feito voluntariamente pelo indivíduo, mas o contrário, ele é feito pela marca que possui traços e características impostos que são, assim como uma língua secreta, compreensíveis apenas por aqueles iniciados em suas regras.

Tatuagens de gangues e facções são, da mesma forma que tatuagens tradicionais, práticas cartoriais com efeitos amplos e gerais. O exemplo pode vir a esclarecer o que foi dito: enquanto para a massa carcerária comum (no sentido de não vinculada a nenhuma gangue ou facção criminosa) a tatuagem de palhaço tem relação com o indivíduo que se diz um "matador de polícia", para determinado grupo criminoso existe a possibilidade da mesma ter um sentido totalmente diferente e somente conhecido por seus integrantes. Assim, tatuagens deste tipo podem possuir um discurso tanto aberto quanto velado da identidade criminosa organizacional do seu portador.

Ao contrário de estudos internacionais, como o de Zackasee[47], que apresenta em seu trabalho os problemas que o sistema penitenciário norte-americano enfrenta com as gangues de cadeia, na PJMA, elas aparentemente não possuem

46. PHELAN, Michael P.; HUNT, Scott A. Prison Gang Members' Tattoos as Identity Work: The Visual Communication of Moral Careers. *Symbolic Interaction*, v. 21, n. 03, p. 277-298, 1998.

47. ZACKASEE, Thomas R. *Prison Gang Tattoo Recognition*: A Correctional Officer's Survival Guide. 2004. 114 f. Tese (Doutorado em *Criminal Justice Program*). Youngstown State University, Youngstown, Ohio, EUA, 2004.

tanta força. Ainda tendo como norte o estudo de Zackasee, ele menciona o fato de que tais gangues são bastante organizadas e seus membros ficam vinculados a elas pelo resto de suas vidas. Exemplo é a gangue conhecida como *Mexican Mafia*, também chamada de *La EME*. Seus membros se dividem em uma estrutura hierárquica onde os chamados generais passam instruções aos capitães, tenentes e soldados, mas é por meio das tatuagens que eles se identificam entre a população carcerária; a "*Mexican Mafia* pode usar as letras 'EME', 'MM', 'M', '13' e 'a mão negra da morte' em suas tatuagens"[48] (ZACKASEE, 2004, p. 63, tradução nossa).

O mesmo ocorre com outra gangue conhecida como *Mara Salvatrucha*. Criada, conforme Etter[49], por imigrantes salvadorenhos em Los Angeles no final da década de 1980, seus membros têm o costume de usar em seus corpos diversas tatuagens que também servem para identificação, como "MS-13, MS XIII, *La Mara*, máscaras de tragédia e comédia indicando ri agora/chora depois, três pontos em formato de triângulo indicando *mi vida loca*, dados, ossos cruzados, adagas"[50] (ETTER, 2010, p. 06, tradução nossa).

Apesar da aparente falta de força institucional no sentido de ditar regras e impor seu poder dentro da unidade, isso não quer dizer que as gangues e facções que se encontram na PJMA não sejam organizadas. Foi dito por alguns entrevistados que ali dentro parece existir um "cessar fogo" entre gangues e facções inimigas. Ficou bem claro que na PJMA existe um veto quanto a eventuais conflitos entre os reclusos[51], isso é uma coisa extramuros, intramuros, apesar da inimizade, todos estão na mesma situação, qual seja: presos. O veto a confrontos internos é na verdade uma tática de sobrevivência, pois todos que

48. *The Mexican Mafia may use the letters "EME", "MM", "M", "13", and the "black hand of death" in their tattoos.*

49. ETTER, Greg W. Mara Salvatrucha 13: A Transnational Threat. *Journal of Gang Research*, v. 17(2), p. 1-17, 2010.

50. "MS-13, MS XIII, La Mara, comedy and tragedy masks indicating laugh now/cry latter, three dots in the shape of a triangle indicating mi vida loca, dice, cross bones, daggers". Além dessas, outras tatuagens também são usadas: "lágrimas localizadas abaixo dos olhos dos membros da gangue que podem indicar um amigo abatido ou uma pessoa que um membro da MS-13 assaltou ou matou. Tatuagens de tijolos, às vezes, indicam que o membro da MS-13 serviu tempo na prisão, cada tijolo = 1 ano de tempo servido" (ETTER, 2010: p. 06, tradução nossa).

51. Os conflitos entre os presos existem na PJMA, como um dia em que durante o banho de sol um dos internos esfaqueou seu desafeto no pescoço.

estão ali sabem das consequências de eventual enfrentamento dentro dos muros da unidade: pronta resposta dos agentes penitenciários, punições administrativas e até mesmo judiciais (falta grave), o que pode piorar a situação legal do preso, como retroceder ao regime fechado, perda de benefícios como saída temporária e visita íntima.

Assim, mesmo com a proibição de enfrentamentos dentro da unidade, gangues e facções não deixam de praticar alguns atos, como auxílio material a um de seus membros. Conforme o trecho a seguir, esta ajuda existe dentro do sistema:

> "Tipo assim, que os cara (sic) lá… Como é que eu posso dizer, te… Eles te recrutam pra facção dele, na facção deles lá… Aí você tem a marca porque é, segundo eles falam, você vai ter tatuagem tal, vai conhecer fulano, vai ser apadrinhado pelo ciclano… Você não vai mais precisar … Ter que se virar dentro do sistema, por exemplo, com seus pertences de higiene etc., coisas que a cadeia não paga, porque a facção vai… Custear aquilo pra você, vai custear os gastos que a sua família tem com você, vai custear seus gastos com advogado etc. Mas, eu não quero saber se é verdade ou se é mentira, eu prefiro ficar onde eu tô mesmo… Tá ruim mas tá bom" (Entrevistado 04 – Cinema/Capela).

No que tange às consequências, foi dito que tatuagens deste tipo acabam por limitar a convivência do seu portador com membros de outras gangues ou associações consideradas inimigas. Contudo, tal limitação aparentemente não acontece na PJMA devido ao combinado tácito entre os presos de não se enfrentarem dentro da unidade. Porém, alguns entrevistados afirmaram que em outras unidades prisionais, com destaque para as de São Paulo e Rio de Janeiro, ter uma tatuagem desse tipo pode acabar resultando em morte caso o seu portador seja colocado em uma cela com membros de uma facção rival. Sobre isso, disse um entrevistado:

> "Tem, mas pra nós não, posso chegar ali 'Terceiro Comando', 'Comando Vermelho', 'ADA'[52], pra mim pouco importa, entendeu, mas geralmente em outras prisões no Estado deles eles vão encontrar um problema, se não morrer entendeu, se não morrer. Tem uma tatuagem do Comando e você cai na área do Terceiro Comando ou ADA você vai ter que comer um quilo de sal, é uma coisa que não dá pra tirar" (Entrevistado 04 – Cinema/Capela).

52. Sigla para "Amigos dos Amigos", uma organização criminosa do Estado do Rio de Janeiro.

O trecho retrotranscrito mostra o perigo iminente que membros de facções criminosas enfrentam nos sistemas penitenciários de outros estados. A colocação não é sem sentido, uma vez que a recente história carcerária brasileira foi morbidamente brindada com os episódios de Pedrinhas, no Maranhão, e do Compaj, no Amazonas, onde presos de facções rivais se enfrentaram resultando na tortura e morte de dezenas deles.

Diante do exposto, acredita-se que as páginas anteriores foram capazes de convencer o leitor acerca das especificidades das tatuagens de cadeia encontradas na PJMA. Desde a realização a partir de materiais improvisados, as consequências da inserção na pele do indivíduo, até a tipologia dos adornos, buscou-se detalhar o quanto foi possível, com base nos dados coletados, este elemento tão único da cultura carcerária.

4. Considerações finais

Todas as páginas deste trabalho foram guiadas por uma hipótese de pesquisa: tatuagens de cadeia são marcas que têm como propósito orientar a interação entre os presos no contexto prisional, elas funcionam como métodos de informação entre os reclusos. A busca pela(s) resposta(s) certamente apresentou mais informações do que esperado.

Ficou claro que as tatuagens de cadeia estão vivas no ambiente prisional, ocupam espaço relevante ali dentro, ainda que, no caso da PJMA, não tenham força determinante no que tange ao aspecto interacional entre seus portadores, elas não ditam regras de convivência, mas é importante frisar que portam consequências.

Descobriu-se que as informações contidas nas tatuagens de cadeia são de base praxeológica no sentido de comunicação da identidade do seu portador, que deve pautar suas condutas conforme os tipos de adorno que tem em sua pele. Vale reforçar: *a vinculação das condutas aos adornos limitam-se a seu portador, elas não são integrantes das leis da massa.* Talvez as tatuagens de gangues e facções vinculem-se às leis do crime, mas nada nos dados coletados pode confirmar isso, motivo pelo qual essa afirmação permanece no campo das hipóteses.

Outra questão que merece destaque é o estigma envolvendo tais adornos carcerários. Além da polícia e de eventuais empregadores, não ficou muito claro o alcance do prejuízo sofrido pelo portador destas tatuagens. Perguntas surgiram: este prejuízo é reversível? Em quais esferas de socialização ele é mais sofrido pela pessoa? Quais as consequências a curto, médio e longo prazo de se portar uma ou mais tatuagens de cadeia? Os tipos influenciam no prejuízo sofrido? Estas são

apenas algumas perguntas que surgiram, sendo certo que inúmeras outras podem ser formuladas.

Talvez um dos pontos mais importantes deste trabalho seja sua capacidade de mostrar que as prisões não são apenas locais destinados à segregação, elas também são *espaço de confluência das mais diversas ideias e comportamentos que são trazidos pelas milhares de pessoas que ali passam a habitar por determinado período de tempo*. Para quem deseja ver e aprender, a cadeia mostra, diuturnamente, a capacidade humana de se adaptar diante das mais peculiares situações, ela prova como as pessoas se reinventam e também são, em certa medida, reinventadas.

Como já dito, a tatuagem de cadeia é apenas uma minúscula faceta das incontáveis que constituem a cultura carcerária. Materializadas no corpo a partir de materiais readaptados[53], a tatuagem prisional possui suas próprias características, e todas elas avançam em direção a um ponto em comum: denunciam o

53. Por se tratar de uma prática pouco difundida e consequentemente pouco conhecida, a transcrição a seguir de um trecho de uma entrevista explica o passo a passo de como se faz uma tatuagem de cadeia: "O processo é o seguinte: pega esse tubo de caneta [BIC], coloca fogo na ponta e empurra... Deixa o clips, grampo do caderno retinho, bate ele, deixando ele retinho igual agulha, bota fogo na ponta da caneta sem o tubo de tinta, vai formar aquela massinha, que é o fogo que tá derretendo, dá uma batidinha no concreto pra entrar pra dentro um pouco o plástico queimado e engata no meio certinho do tubo queimado coloca o grampo do caderno, ao esfriar você vai modelando, modela ele bem justinho e tal que ela fica bem fixa, e aí depois é só passar na parede ou no ferro mesmo pra dar uma limada pra fazer a ponta na grade, formou a ponta, beleza, a agulha já tá pronta. Formou a ponta, pega-se o barbeador, bota fogo nele, retira a lâmina, bota fogo só no cabo, ao botar fogo vai sair uma fumaça preta mesmo, essa fumaça preta ela é armazenada debaixo do *marmitex* de alumínio que a gente chama de blindada... Põe fogo no barbeador, colocar a blindada por cima, aonde a fumaça vai entrar em contato com o alumínio e vai grudar aquele pó preto, aquela resina, tipo um carvão mesmo, esse carvão que é a tinta, então aí queima os dois barbeadores que é o nível certo da tinta pra pegar o pigmento, depois disso espera um pouquinho, vira de cabeça pra cima e deixa secar no sol, de forma a formar uma crosta, pega e raspa com uma colher um palito de artesanato, raspa certinho aquela borra preta que fica grudada lá e tal, e aquilo vai cair no papel, o bom é colocar na vasilha de alimentação que ela é boa, e pega o Paracetamol e vai adicionando até ficar consistente, até a tinta ficar grossa, espessa, e você vai vendo a textura dela, até ficar uma textura de tinta mesmo, e é isso, simples. Quando não tem Paracetamol faz com creme de pele, mas tem pessoas que faz com óleo mineral, até xampu eu já vi, já vi não, já ouvi comentando que colocaram xampu na borra, mas eu prefiro com Paracetamol que é o certo mesmo, que eu já ouvi e também não deu nenhuma coceira e nenhuma alergia" (Entrevistado 03 – Cinema/Capela).

aprisionamento de alguém. Por mais diferentes que sejam em significados conforme os tipos aqui discutidos, elas não conseguem esconder suas raízes. O estigma é inevitável (talvez seu alcance não) e seu portador, além da Certidão de Antecedentes Criminais (CAC), tem no corpo a marca de quem foi acusado pelo Estado de ter cometido um delito.

Expandindo o horizonte teórico e fomentando a curiosidade acadêmica, surgem mais perguntas: pode a tatuagem de cadeia ser considerada uma desvantagem cumulativa na trajetória criminal de alguém? Será que ela serve como última volta na tranca que abre os caminhos para a dita "ressocialização"? Aqui os ensinamentos de Sampson e Laub[54] podem servir como substrato para a formulação de novas hipóteses envolvendo a teoria do curso de vida.

As figuras das páginas anteriores certamente não atravessam a película da tensão de superfície do universo da cultura carcerária. É preciso investigar mais, coletar mais dados e traduzi-los em conteúdo confiável não só para a academia, mas também para as instituições de segurança pública que certamente poderão aproveitar estes estudos e traduzi-los para seus interesses.

Diante de todo exposto, é evidente que observar e estudar a construção da ordem prisional marginal constituída pelos elementos da cultura carcerária vão além do mero interesse acadêmico sobre o tema, tal ordem também importa para os agentes estatais vinculados à segurança pública e, porque não, para toda a sociedade, uma vez que compreender estes elementos é de crucial relevância para aqueles que se dispõem a dar uma chance aos ex-reclusos. Como visto, tatuagem de cadeia nem sempre é sinônimo de vinculação e apologia ao crime, ela pode também representar arrependimento ou simples busca de inserção de seu portador nos ditames estético promovidos pela sociedade do consumo.

"*Sapere aude!*" "Ouse saber", disse Kant. O termo utilizado pelo filósofo serve como uma luva a este trabalho e também ao atual cenário nacional sobre prisões. É preciso ousar mais, saber mais sobre os resultados da confluência de ideias e experiências no sistema prisional. Ignorar algumas destas pérolas é agir com manifesta má-fé para com o conhecimento acerca do sistema prisional, seus habitantes e também para com a sociedade.

54. SAMPSON, Robert. J.; LAUB, John H. *Crime in the Making*: pathways and turning points through life. Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 1995.

5. Referências

ALESSI, Gil. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. *El país*, 02 jan. 2017. Disponível em: [brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html]. Acesso em: 23.04.2018.

BERTAUX, Daniel. *Los Relatos de Vida*: Perspectiva etnosociológica. Barcelona, Espanha: Bellaterra, 2005.

BOUREAU, Alain. *Satã Herético*: o nascimento da Demonologia na Europa Medieval (1280-1330). Campinas, SP: Editora Unicamp, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização – Junho de 2017. Brasília, junho de 2017. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf]. Acesso em: 21.10.2019.

CARRERA, Matheus. Brasil é denunciado na OEA por situação precária de presídio no RS. *O Globo*, 10 jan. 2013. Disponível em: [oglobo.globo.com/brasil/brasil-denunciado-na-oea-por-situacao-precaria-de-presidio-no-rs-7253673]. Acesso em: 23.04.2018.

DEMELLO, Margo. The convict body: Tattooing among male American prisoners. *Anthropology Today*, v. 9, n. 6, p. 10-13, 1993.

ETTER, Greg W. Mara Salvatrucha 13: A Transnational Threat. *Journal of Gang Research*, v. 17(2), p. 1-17, 2010.

FELLET, João. Presos relataram massacre por força estadual em Pedrinhas. *BBC News Brasil,* 14 jan. 2014. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140114_pedrinhas_presos_jf_dg]. Acesso em: 23.04.2018.

FISHER, Jill A. Tattooing the Body, Marking Culture. *In Body & Society*, v. 8(4), p. 91-107, 2002.

FONSECA, Andrea Lissett Perez. *Tatuar e ser tatuado*: "Etnografia da Prática Contemporânea da Tatuagem". 2003. 150 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2003.

GALLUCCI, Mariângela. STJ proíbe contêiner em presídios do ES. *Estadão*, 24 mar. 2010. Disponível em: [sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,stj-proibe-conteiner-em-presidios-do-es,528366]. Acesso em: 25.10.2019.

GUSTAFSON, W. Mark. Inscripta in Fronte: Penal Tattooing in Late Antiquity. *Classical Antiquity*, v. 16, n. 01, p. 79-105, 1997.

JENNINGS, Wesley G.; FOX, Bryanna Hahn; FARRINGTON, David P. Inked into crime? An examination of the causal relationship between tattoos and

life-course offending among males from the Cambridge Study. Delinquent Development. *Journal of Criminal Justice*, v. 42, n. 1, p. 77-84, 2014.

KRUTAK, Lars. Tattoos, totem marks, and war clubs: projecting power through visual symbolism in northern woodlands culture. In: DETER-WOLF, Aaron; DIAZ-GRANADOS, Carol (Org.). *Drawing with great needles*: ancient tattoo traditions of North America. EUA, Austin, Texas: University of Texas Press. 2016.

LE BRETON, David. *Sinais de Identidade*. Lisboa: Miosótis, 2004.

LE BRETON, David. *A sociologia do corpo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LOZANO, Alicia T. Rozycki; MORGAN, Robert D.; MURRAY, Danielle D. e VARGHESE, Femina. Prison Tattoos as a Reflection of the Criminal Lifestyle. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 55(4), p. 509-529, 2011.

OREND, Angela; GAGNÉ, Patricia. Corporate Logo Tattoos and the Commodification of the Body. *Journal of Contemporary Ethnography*, v. 38(4), p. 493-517, 2009.

PEREIRA, Beatriz Patriota. *"O mais profundo é a pele"*: processos de construção de identidade por meio da tatuagem. 2016. 157 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2016.

PHELAN, Michael P.; HUNT, Scott A. Prison Gang Members' Tattoos as Identity Work: The Visual Communication of Moral Careers. *Symbolic Interaction*, v. 21, n. 03, p. 277-298, 1998.

ROZYCKI, Alicia T., MORGAN, Robert D., MURRAY, Danielle D. e VARGHESE, Femina. Prison tattoos as a reflection of the criminal lifestyle. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 55, n. 4, p. 509-529, 2011.

SAMPÓ, Carolina. Violencia en Centroamérica: Las maras en El Salvador, Guatemala y Honduras. *Estudios de Seguridad y Defensa*, v. 2, p. 139-158, 2013.

SAMPSON, Robert. J.; LAUB, John H. *Crime in the Making*: pathways and turning points through life. Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 1995.

SILVA, Marina Albuquerque Mendes da. As Tatuagens e a Criminalidade Feminina. *Cadernos de Campo*, v. 1, n. 1, 1991.

SYKES, Gresham M. *The Society of Captives*. Nova Iorque, EUA: Atheneum, 1970.

ZACKASEE, Thomas R. *Prison Gang Tattoo Recognition*: A Correctional Officer's Survival Guide. 2004. 114 f. Tese (Doutorado em *Criminal Justice Program*). Youngstown State University, Youngstown, Ohio, EUA, 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal, de Diogo Lentz Meller e Alexandre de Almeida Turela - *RBCCrim* 134/387-409 (DTR\2017\2540);
- Filtragem racial na abordagem policial: A "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, de Gisela Aguiar Wanderley - *RBCCrim* 135/189-229 (DTR\2017\5657); e
- Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza, de Erica do Amaral Matos - *RBCCrim* 133/257-297 (DTR\2017\1848).

A responsabilização internacional de corporações por violação de direitos humanos: o caso das prisões nos Estados Unidos

International liability of corporations for human rights violations: the case of the american private prison industry

Daniel Barcelos Vargas

Doutor e Mestre em Direito (LLM) pela Harvard Law School. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Foi subsecretário de ações estratégicas da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, onde também já atuou como assessor, chefe de gabinete, subsecretário de desenvolvimento sustentável, secretário executivo e Ministro-chefe (interino). Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-8207-4609
daniel.vargas@fgv.br

Maria Luiza Belmiro Gomes

Graduanda em Direito pela Fundação Getulio Vargas (FGV/RJ).
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2598-3130
malu.belmiro@hotmail.com

Recebido em: 22.07.2019
Aprovado em: 16.10.2019
Última versão dos autores: 05.11.2019

Áreas do Direito: Constitucional; Internacional; Penal

Resumo: As corporações são submetidas à responsabilização internacional? No Direito internacional, a resposta é negativa: empresas não possuem personalidade jurídica internacional. Podem e devem ser fiscalizadas e punidas pelos estados nacionais. Se o Estado não agir para assegurar a proteção de direitos em seu território, ele pode ser julgado e condenado perante uma Corte Internacional. O Direito Internacional opera como força subsidiária ao direito nacional. Com o avanço da globalização, contudo, assistimos ao crescente poder e influência de grandes

Abstract: Are corporations subject of international law? In international law, the answer is negative: companies do not hold international legal personality. They can and should be monitored and eventually punished by nation states. If the nation state does not act to ensure the protection of rights in its territory, then the state can be later tried and sentenced before an International Court. International law operates as a subsidiary force of national law. With the advancement of globalization, we have witnessed the growing power and influence of large

Vargas, Daniel Barcelos; Gomes, Maria Luiza Belmiro. A responsabilização internacional de corporações por violação de direitos humanos: o caso das prisões nos Estados Unidos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 166. ano 28. p. 347-375. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

corporações sobre os destinos da política e do direito nacionais, fragilizando a capacidade do Estado de regular, fiscalizar e proteger minorias. Para conter abusos corporativos contra grupos vulneráveis, mesmo em democracias maduras, é necessário criar mecanismos de responsabilização direta de corporações perante organismos internacionais. Como evidência, o artigo examina um caso exemplar: os abusos cometidos contra minorias — negros e latinos — em penitenciárias corporativas nos Estados Unidos.

Palavras-chave: Responsabilização internacional – Corporações – Direitos humanos – Estados Unidos.

corporations over the fate of national politics and law, undermining the nation states' capacity to regulate, oversee, and protect minorities. In order to contain corporate abuses against vulnerable groups, even in mature democracies, it might be necessary to design new mechanisms to introduce direct liability of corporations to international organizations. The analysis of an exemplary case – abuses committed against minorities in the American prison industry – illustrates and strengthens the argument.

Keywords: International law – Globalization – Corporate penitentiaries – Liability of corporations – Human rights violations.

Sumário: 1. Introdução. 2. Prisões nos Estados Unidos: o drama estrutural. 2.1. A privatização do sistema prisional. 2.2. *Lobby* e financiamento de campanha. 3. A responsabilização internacional de corporações. 3.1. Contexto atual e limitações. 3.2. Novas possibilidades. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

As corporações são submetidas à responsabilização internacional? No Direito internacional, a resposta é negativa: empresas não possuem personalidade jurídica internacional[1]. Podem e devem ser fiscalizadas e punidas pelos estados nacionais, segundo as suas regras. Por sua vez, os estados nacionais é que devem respeitar os preceitos de Direito Internacional, tais como os princípios de proteção dos direitos humanos. Se o Estado não agir para assegurar a proteção de direitos em seu território, ele poderá ser julgado e condenado perante uma Corte Internacional, como já ocorreu em distintas ocasiões e, especificamente, no continente americano, destaque-se a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. DE BRABANDERE, Eric. Non-state actors, state-centrism and human rights obligations. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, n. 1, p. 191-209, 2009; BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford University Press: 1990; WOUTERS, Jan; CHANÉ, Anna-Luise. Multinational corporations in international law. *Leuven Centre for Global Governance Studies,* p. 1-20, 2013; ALVAREZ, José E. Are corporations subjects of international law? *Santa Clara Journal of International Law*, v. 9, n. 1, p. 3-35, 2011.

A regra, portanto, é que as empresas são responsáveis perante os *Estados*, que são responsáveis perante as *Cortes Internacionais*. Há uma lógica na sequência. As empresas são criações jurídicas nacionais, subordinadas a regras civis, administrativas e constitucionais de um país. Se violam o direito nacional, sujeitam-se à punição do direito naquele país. O Direito Internacional serviria como força subsidiária ao direito nacional. As normas internacionais são mais genéricas e amplas, inclusive porque se aplicam a culturas e territórios muito variados. Excepcionalmente, quando o estado nacional se esgota, nasce a competência dos organismos internacionais.

Com o avanço da globalização, a divisão de trabalhos entre direito nacional e internacional é crescentemente alterada. Por um lado, a ampliação das possibilidades econômicas, dentro e fora do país, contribui para o fortalecimento de corporações globais[2]; por outro, assistimos à fragilização do Estado como agente capaz de regular, fiscalizar e orientar o funcionamento do mercado e da comunidade segundo um conjunto de princípios e regras comuns. O direito nacional é complementado ou substituído pela regulação setorial ou pela regulação espontânea do mercado. Regras, que no passado refletiam valores e prioridades políticas em uma comunidade, passam a organizar prioridades de gestão do sistema internacional.

No caso dos direitos humanos, o efeito da nova ordem é a insuficiência do estado nacional para controlar e assegurar o compromisso de corporações com princípios básicos de direito dentro de cada território. Isso porque o avanço econômico em áreas marcadas por alta vulnerabilidade, como as prisões, amplifica violações de direitos humanos que dificilmente são controláveis pelo Estado. Na raiz dessas violações, está um drama estrutural, em que o poderio econômico das empresas se alia à influência política para petrificar o *status quo*. Arbitrariedades são cometidas, garantias são violadas e, com o passar dos anos, as consequências apenas se agravam, sem que o Estado, por meio de suas estruturas jurídicas nacionais, seja capaz de prover uma solução efetiva.

O propósito central deste artigo é apresentar um argumento a favor da responsabilização de corporações perante organismos internacionais por violações de direitos humanos dentro de um país. A ideia é esta: se o direito nacional é incapaz de agir para conter violações a direitos sistematicamente estruturadas no plano nacional, não basta condenar o Estado por abusos cometidos dentro do seu território; o Estado continuará incapaz de conter violações cometidas por empresas

2. Muitas financiadas por fundos internacionais.

cada vez mais poderosas. Nova razão emerge, nesses casos, para a regulação e punição de corporações no plano global.

A força do argumento depende de evidência. Para isso, o ensaio examina um caso-situação exemplar: as violações sistemáticas aos direitos humanos cometidas contra minorias em penitenciárias corporativas nos Estados Unidos. O caso é especialmente relevante para fundamentar a tese, pois, se em situações-limite uma democracia bem organizada é incapaz de enfrentar e resolver violações crônicas a direitos humanos em seu território, as empresas responsáveis por estas violações deveriam ser responsabilizadas no plano internacional. O direito internacional, aqui, cumpriria a atribuição de apoiar a luta nacional pela realização dos direitos humanos.

É claro que violações a direitos humanos em prisões são uma constante na maior parte dos países do mundo. No Brasil, por exemplo, são frequentes os abusos, os massacres e os escândalos, amplamente noticiados e cobrados por organismos internacionais. Há uma razão especial para concentrar a atenção, neste artigo, no caso norte-americano. Como esse país é reconhecido como um dos bastiões da democracia no mundo moderno, apontar um limite estrutural da democracia nesse país é uma forma de evidenciar uma lacuna na visão tradicional de que abusos de corporações devem ser combatidos no plano nacional.

Se o argumento é válido na democracia norte-americana, abre-se o espaço para investigação de outras arenas e localidades em que vulnerabilidades estruturais exigem colaboração de mecanismos internacionais de responsabilização de empresas. O artigo, ao final, sugerirá medidas que podem ser consideradas para efetivar a responsabilização internacional das corporações.

2. Prisões nos Estados Unidos: o drama estrutural

O sistema jurídico norte-americano convive historicamente com um drama estrutural: as violações aos direitos humanos de minorias, em especial, negros e latinos, nas prisões. O problema é tradicionalmente qualificado a partir de três doenças crônicas, denunciadas de forma sistemática pela academia e imprensa dentro e fora do país.

A primeira é o superencarceramento.

Os EUA lideram o *ranking* mundial de população prisional. De acordo com levantamento feito pelo *Bureau of Justice Statistics*, no fim de 2016, aproximadamente 2.2 milhões de adultos estavam presos nos Estados Unidos. Para cada 100.000 pessoas residentes no país, aproximadamente 655 estariam

encarceradas[3], enquanto na Europa a taxa é de 133,5 por 100.000 pessoas[4]. O país possui mais presos do que a Índia e a China, mais populosos, e do que Rússia e Filipinas, menos comprometidos com liberdades[5]. Com 5% da população mundial, 25% do total de pessoas presas no mundo estão em solo estadunidense.

Entre 1970 e 2009[6], a taxa de encarceramento nos Estados Unidos cresceu 722%.

Dois episódios marcantes explicam o fenômeno: o início da chamada "guerra às drogas" e o combate ao terrorismo depois do atentado às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001.

Richard Nixon, ex-presidente dos EUA, inaugurou um intenso combate às drogas no país, que passou a ser prioridade do governo norte-americano e fundamento para novas políticas públicas. A política nacional de combate às drogas foi o evento que gerou o maior impacto sobre o sistema criminal de justiça nas últimas décadas[7]. Em 2016, houve mais 1,5 milhões de prisões por delitos ligados a drogas, sendo 80% deles somente por posse da droga[8]. Nas prisões federais, estima-se que 75% das pessoas estão presas por violações ligadas a

3. U.S. Department of Justice. Correctional Populations in the United States, 2016. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf]. Acesso em: 18.10.2018.
4. The Washington Post. Yes, U.S. locks people up at a higher rate than any other country. 07 jul. 2015. Disponível em: www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/07/07/yes-u-s-locks-people-up-at-a-higher-rate-than-any-other-country/?utm_term=.2e6592b6250d#https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/07/07/yes-u-s-locks-people-up-at-a-higher-rate-than-any-other]. Acesso em: 04.11.2017.
5. CNN. 5 facts behind America's high incarceration rate. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2018/06/28/us/mass-incarceration-five-key-facts/index.html]. Acesso em: 18.10.2018.]
6. Just Policy Institute. Gaming the system: how the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies. Jun. 2011. Disponível em: [www.justicepolicy.org/uploads/justicepolicy/documents/gaming_the_system.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.
7. MAUER, Marc; KING, Ryan. A 25-Year Quagmire: The War on Drugs and Its Impact on American Society. *The Sentencing Project*, set. 2007.
8. Drug Policy. The Drug War, Mass Incarceration and Race. Disponível em: [www.drugpolicy.org/sites/default/files/drug-war-mass-incarceration-and-race_01_18_0.pdf]. Acesso em: 19.10.2018.

drogas. Nas prisões femininas, ao menos metade das detenções é por causa de crimes ligados a drogas[9].

A linha dura do governo americano baseou-se na promulgação de leis mais rígidas. A *Three Strikes Law*[10], nesse contexto, prevê punição mais severa para o réu que cometa pela terceira vez determinado crime. Para indivíduo condenado por terceiro crime, a pena-base pode chegar a 25 anos. 28 estados adotam esse tipo de lei atualmente, tais como Califórnia, Colorado e Arizona[11]. A exemplo, no estado da Califórnia, a lei foi aprovada em 1994 e impõe a pena de morte para quase todos os crimes se o criminoso já possuir duas outras condenações por crimes considerados como sérios e violentos de acordo com o Código Penal do estado. No entanto, a lei que foi criada para combater crimes violentos acaba por ter aplicabilidade sobre os crimes não violentos, haja vista que mais da metade dos detentos são sentenciados nos EUA por crimes não violentos[12].

Depois do atentado de 11 de setembro de 2001, o governo norte-americano passou a controlar de forma mais rígida a imigração no país. Os Estados Unidos criaram o maior sistema de detenção de imigrantes do mundo[13]. Desde meados de 1990, foram introduzidas mudanças na lei de imigração tendentes a restringir os direitos dos imigrantes. Como exemplo, o *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*[14] emendou a lei de imigração norte-americana (*Immigration and Nationality Act*), para, entre outras medidas, restringir a elegibilidade dos

9. Drug Policy. The Drug War, Mass Incarceration and Race. Disponível em: [www.drugpolicy.org/sites/default/files/drug-war-mass-incarceration-and-race_01_18_0.pdf]. Acesso em: 19.10.2018.
10. UNITED STATES. The amendment of the Three Strikes Sentencing Law. Mai. 2017. Disponível em: [www.courts.ca.gov/documents/Three-Strikes-Amendment-Couzens-Bigelow.pdf]. Acesso em 04.11.2017.
11. Legal Match. Three Strikes Laws in Different States. Disponível em: [www.legalmatch.com/law-library/article/three-strikes-laws-in-different-states.html]. Acesso em: 04.11.2017.
12. Stanford Law School. Three Strikes Basics. Disponível em: [https://law.stanford.edu/stanford-justice-advocacy-project/three-strikes-basics/]. Acesso em: 10.03.2019.
13. Global Detention Project. United States Immigration Detention. Disponível em: [www.globaldetentionproject.org/countries/americas/united-states]. Acesso em: 19.10.2018.
14. Congress.gov. S.735 – Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996. Disponível em: [www.congress.gov/bill/104th-congress/senate-bill/735]. Acesso em: 19.10.2018.

estrangeiros para buscar uma dispensa discricionária de deportabilidade[15]. Além disso, as cortes federais de apelação foram destituídas da competência que detinham para julgar recurso à decisão final de deportação[16].

Em 2018, o controle recrudesceu: o governo adotou uma política imigratória de tolerância zero contra a imigração ilegal, com ameaça de prisão e separação de crianças dos pais[17]. A pressão social convenceu o atual presidente a pôr fim à prática de separação de famílias, sem alterar, contudo, o pulso firme com os imigrantes. De acordo com dados provenientes do *Immigration and Customs Enforcement*, 42.000 pessoas, em média, estavam sob custódia, por dia, durante o ano fiscal de 2018. O recorde anterior de número de imigrantes aprisionados era do ano de 2001, com uma média de pouco mais de 38.000 imigrantes presos por dia em território estadunidense[18].

A segunda doença crônica é o tratamento abusivo nas penitenciárias[19].

Em várias prisões e centros de detenção juvenil e de imigrantes, detentos são submetidos a tratamento físico degradante[20].

As condições médicas dentro das prisões têm suscitado questionamentos públicos. O caso de Claudio Fagardo-Saucedo, um mexicano preso no Texas, é notório. Pouco tempo depois de ingressar na penitenciária, Fagardo-Saucedo passou a apresentar um quadro clínico de dores constantes e de náuseas. Em dois

15. CANDIOTO, Sara. Antiterrorism and Effective Death penalty Act of 1996: Implications Arising from the Abolition of Judicial Review of Deportation Orders, The Legislative Reform. *Journal of Legislation*, v. 23, n. 1, p. 160, jan. 1997.
16. CANDIOTO, Sara. Antiterrorism and Effective Death penalty Act of 1996: Implications Arising from the Abolition of Judicial Review of Deportation Orders, The Legislative Reform. *Journal of Legislation*, v. 23, n. 1, p. 160, jan. 1997.
17. Business & Human Rights Resource Centre. USA: Govt. contractors accused of profiting from separation & detention of migrant & asylum seeking families. Disponível em: [www.business-humanrights.org/en/usa-govt-contractors-accused-of-profiting-from-separation-detention-of-migrant-asylum-seeking-families#c174447]. Acesso em: 01.11.2018.
18. CNN Politics. This year saw the most people in immigration detention since 2001. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2018/11/12/politics/ice-detention/index.html. Acesso em 10/03/2019.
19. Human Rights Watch Prison Project. Prisons in the United States of America. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/advocacy/prisons/u-s.htm]. Acesso em: 18.10.2018.
20. Human Rights Watch Prison Project. Prisons in the United States of America. Disponível em: [www.hrw.org/legacy/advocacy/prisons/u-s.htm]. Acesso em: 18.10.2018.

anos, foi levado para hospitais cerca de 18 vezes, onde lhe foi prescrito apenas remédio para dores[21]. Nos hospitais, Fagardo-Saucedo era tratado por enfermeiras, que recebiam treinamento de apenas um ano para situações básicas, como trocar curativos, verificar a pressão arterial e coletar informações. A situação do mexicano complicou-se e ele faleceu pouco tempo depois. Foi constatada a negligência hospitalar.

Outro exemplo vem de Minnesota. O estado privatizou seu sistema de saúde em 1998, estabelecendo contratos com a empresa Corizon, maior companhia de prestação de serviços médicos dentro de prisões nos EUA. Entre os anos de 2000 e 2014, nove prisioneiros morreram e 21 sofreram problemas de saúde por causa do atraso no atendimento médico[22].

A terceira doença crônica qualifica e agrava as anteriores: o racismo.

O encarceramento massivo e o tratamento degradante nas prisões em solo norte-americano afetam grupos sociais de forma diferenciada. Os mais atingidos são os negros e latinos, que correspondem a 29% da população nacional, mas integram 57% da população prisional[23].

A expectativa de prisão de homens brancos no país é de um para cada 17 pessoas[24]. Por sua vez, um em cada três homens negros pode ir para a prisão em algum momento da vida, e, no caso dos latinos, um em cada seis pode ser preso[25]. Uma vez encarcerados, a probabilidade de condenação de negros e latinos

21. The Nation. 'This Man Will Almost Certainly Die'. Jan. 2016. Disponível em: [www.thenation.com/article/privatized-immigrant-prison-deaths/]. Acesso em: 04.11.2017.

22. Prison Legal News. Another Failed Experiment: Minnesota's Private Prison Health Care Saves Money but Costs Lives. Out. 2014. Disponível em: [www.prisonlegalnews.org/news/2014/oct/3/another-failed-experiment-minnesotas-private-prison-health-care-saves-money-costs-lives/]. Acesso em: 04.11.2017.

23. U.S. Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2016, (Jan. 2018); Rastogi, S. et al. (2011). The Black Population: 2010. U.S. Census; Ennis, S. R., Ríos-Vargas, M., & Albert, N. G. (2011). The Hispanic Population: 2010. U.S. Census.

24. The sentencing project. Report to the United Nations on Racial Disparities in the U.S. Criminal Justice System. Disponível em: [www.sentencingproject.org/publications/un-report-on-racial-disparities/]. Acesso em: 18.10.2018; COLE, David. *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, 8-9, 1999.

25. ACLU. Mass Incarceration. Disponível em: [www.aclu.org/issues/smart-justice/mass-incarceration]. Acesso em: 18.10.2018.

também é mais elevada. E, uma vez condenados, negros e latinos tendem a passar mais tempo na prisão[26].

Considerando apenas os delitos relacionados à droga – a maioria nos Estados Unidos –, negros e latinos são 80% dos presos em prisões federais e 60% em prisões estaduais[27]. Das 206.000 pessoas que cumprem penas de prisão perpétua ou de morte, 48% são afro-americanas e 15% são latinos[28]. Em 2010, 8% da população adulta no país possuía um registro de condenação criminal. Entre homens afro-americanos, essa taxa era de 33%[29].

Individualmente, cada uma dessas "doenças crônicas" pode ser compreendida e explicada de forma isolada. No conjunto, contudo, apontam para um desafio mais profundo para a proteção dos direitos humanos nos Estados Unidos. Formalmente, a Constituição norte-americana assegura, pela 14ª emenda, o princípio da igualdade entre grupos sociais. Na prática, a teoria é outra: cada uma das engrenagens do sistema policial e penal é enviesado para punir, de forma diferenciada e degradante, algumas minorias. O direito nacional converte-se no próprio *médium* da violência.

2.1. A privatização do sistema prisional

O sistema prisional norte-americano tem passado, ao longo das últimas três décadas, por um processo de crescente privatização.

Atualmente, duas grandes empresas destacam-se nesse sistema: a CoreCivic, antes conhecida como Corrections Corporation of America (CCA) e atuante desde 1983, e o GEO Group, antes conhecido como Wackenhut Corrections Corporation, atuante no cenário prisional desde 1984. A CoreCivic tem sua atuação restrita aos Estados Unidos. O GEO Group opera também na Austrália, na África do Sul e no Reino Unido.

---

26. The sentencing project. Report to the United Nations on Racial Disparities in the U.S. Criminal Justice System. Disponível em: [www.sentencingproject.org/publications/un-report-on-racial-disparities/]. Acesso em: 18.10.2018.
27. Drug Policy. The Drug War, Mass Incarceration and Race. Disponível em: [www.drugpolicy.org/sites/default/files/drug-war-mass-incarceration-and-race_01_18_0.pdf]. Acesso em: 19.10.2018.
28. "Virtual life" sentences are 50 years or longer. See: NELLIS, A. (2017). Still Life: America's Increasing Use of Life and Long-Term Sentences. Washington, D.C.: The Sentencing Project.
29. SHANNON, S. K. S. *et al*. The Growth, Scope, and Spatial Distribution of People with Felony Records in the United States, 1948-2010. *Demography,* 54:1795-1818, 2017.

A forma de atuação de ambas as corporações ocorre mediante o estabelecimento de contratos com os governos dos estados ou com o governo federal dos Estados Unidos. Por meio desses contratos, as empresas habilitam-se a gerenciar os presídios. Atualmente, a CoreCivic opera 129 instalações[30] no território estadunidense, enquanto o GEO Group opera 69 instalações, além de outros centros de detenção com determinadas especificidades[31].

Cláusulas contratuais que ordenam a relação entre o Estado e as corporações penitenciárias preveem, com frequência, uma porcentagem mínima de ocupação dos presídios operados pela inciativa privada. A receita dessas corporações está diretamente ligada à taxa de ocupação dos presídios. Isso fica claro em observação feita pela CoreCivic em seu relatório anual de 2015. No relatório, a corporação aponta que atua historicamente com sucesso no preenchimento do estoque de "camas dos presídios". O preenchimento dessas camas, de acordo com a empresa, proporciona um crescimento da receita, um aumento do fluxo de caixa e dos lucros por ação[32].

O pagamento do serviço público prestado pela empresa é calculado em função do número de presos. Assim, as cláusulas que asseguram ocupação mínima das prisões também servem para preservar a rentabilidade do negócio para as empresas. Por sua vez, no lado do estado, o dispêndio de recursos para financiar o serviço prisional é avaliado em função do número de presos e da eficiência do trabalho.

Em pesquisa realizada pelo *In the Public Interest*, centro de pesquisa e política, de um total de 62 contratos analisados entre empresas gerenciadoras de presídios e governos, 65% continham cláusulas prevendo porcentagens entre 80% e 100% de ocupação[33]. No Arizona, por exemplo, três contratos previam cláusulas de 100% de ocupação e, em Oklahoma, três contratos continham cláusulas com previsão de 98% de ocupação.

30. CoreCivic. Find a Facility. Disponível em: [www.corecivic.com/facilities]. Acesso em: 04.11.2017.

31. GEO Group. Our Locations. Disponível em: [www.geogroup.com/LOCATIONS]. Acesso em: 04.11.2017.

32. CCA. Annual Report 2015. Disponível em: [www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/c/NYSE_CXW_2015.pdf]. Acesso em: 11.03.2019.

33. In the Public Interest. Criminal: How Lockup quotas and "low-crime taxes" guarantee profits for private prisons corporations, p. 5. Disponível em: [www.inthepublicinterest.org/wp-content/uploads/Criminal-Lockup-Quota-Report.pdf]. Acesso em: 05.11.2017.

O efeito dessas cláusulas em solo americano tem sido uma pressão para aumentar ou, ao menos, manter o número de presos elevado. O exemplo do Colorado esclarece o problema. Na última década, a taxa de criminalidade diminuiu um terço no estado. Cinco presídios foram fechados desde 2009. Nesse caso, apesar de não haver cláusulas contratuais prevendo uma ocupação mínima dos presídios gerenciados pela CoreCivic, foi feito um acordo entre a empresa, o Gabinete do Governador e o Comitê Orçamentário com vistas à manutenção, por parte da CoreCivic, do presídio que gerenciava[34]. Em troca de manter a *facility* aberta, foi feito um acordo prevendo que o Colorado deveria manter ao menos 3.300 presos nos três presídios gerenciados pela CoreCivic. A razão por detrás desse acordo é a de que em vez de usar o leito vazio em suas instalações estatais, o Departamento de Correções do Colorado abrigou detentos nas instalações da CoreCivic, sendo menos oneroso para o estado.

2.2. Lobby *e financiamento de campanha*

As violações aos direitos humanos nas prisões americanas não é um fenômeno isolado de gestão e aplicação das leis pelas empresas privadas. Suas raízes são mais profundas e atingem a organização da política no país.

A influência corrosiva do interesse privado sobre a produção democrática tem chamado crescente atenção da imprensa e da academia no país ao longo da última década[35]. São vários os mecanismos de operação em campos distintos da sociedade.

No caso das prisões norte-americanas, dois mecanismos centrais viabilizam a interferência de interesses privados sobre o processo político, que organiza a formação do direito[36].

Primeiro, o sistema de *lobby*.

Nos Estados Unidos, o *lobby* é atividade legalizada. Existem leis federais, estaduais e locais prevendo regras de condutas a serem observadas pelos lobistas[37].

34. In the Public Interest. Criminal: How Lockup quotas and "low-crime taxes" guarantee profits for private prisons corporations, p. 7. Disponível em: [www.inthepublicinterest.org/wp-content/uploads/Criminal-Lockup-Quota-Report.pdf]. Acesso em: 05.11.2017.

35. Corrupção institucional. Lawrence Lessig. Centro de Corrupção Institucional.

36. Corrupção institucional.

37. VINCENT, Johnson. Regulating Lobbyists: Law, Ethics, and Public Policy. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 16, 2006; National Conference of State Legislatures.

Vultosas somas de dinheiro são despendidas com lobistas para aprovar leis que afetam o encarceramento. A organização *American Legislative Exchange Council* (ALEC) cumpre um papel estratégico na defesa dos interesses das corporações penitenciárias. O grupo é integrado por grandes empresas e conta com o engajamento de legisladores parceiros. Sua função primordial é formular projetos de leis que, em segundo momento, podem ser transportados para as jurisdições estaduais[38]. Desde as décadas de 1980 e 1990, o grupo facilitou a produção de modelos de lei com foco no estabelecimento de mínimos obrigatórios para a prisão, como o caso da *Three Strikes Law*, já salientado, e o caso da legislação *Truth-in--Sentencing*, que exige que os detentos permaneçam em regime fechado e sem liberdade condicional[39]. A aprovação da *Three Strikes Law*, em pelo menos 11 estados norte-americanos, foi o resultado de proposta da ALEC[40]. Milhões de dólares têm sido gastos com os lobistas para manter a guerra às drogas e, com isso, as longas penas nos Estados Unidos[41]. A CoreCivic e o GEO Group são membros contribuintes da organização[42]. No caso da CoreCivic, desde 2003, a empresa gastou em torno de 900.000 dólares com *lobby* federal[43].

Lobbyist Activity Report Requirements. Disponível em: [www.ncsl.org/research/ethics/50-state-chart-lobbyist-report-requirements.aspx]. Acesso em: 12.03.2019.

38. DOLOVICH, Sharon. State punishment and private prisons. *Duke Law Journal*, v. 55, n. 3, p. 526, dez. 2005.
39. Just Policy Institute. Gaming the system: how the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies, p. 29. Jun. 2011. Disponível em: [www.justicepolicy.org/uploads/justicepolicy/documents/gaming_the_system.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.
40. DOLOVICH, Sharon. State punishment and private prisons. *Duke Law Journal*, v. 55, n. 3, p. 527, dez. 2005.
41. Truthout. Prison Industries: "Don't Let Society Improve or We Lose Business". Abr. 2012. Disponível em: [www.truth-out.org/news/item/8731-prison-industries-dont-let-society-improve-or-we-lose-business-part-i]. Acesso em: 04.11.2017.
42. Just Policy Institute. Gaming the system: how the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies, p. 29. Jun. 2011. Disponível em: [www.justicepolicy.org/uploads/justicepolicy/documents/gaming_the_system.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.
43. Just Policy Institute. Gaming the system: how the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies, p. 21-22. Jun. 2011. Disponível em: [www.justicepolicy.org/uploads/justicepolicy/documents/gaming_the_system.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.

Segundo, as contribuições diretas para as campanhas[44].

Desde 1989, o Partido Republicano da Flórida recebeu aproximadamente 2,5 milhões de dólares do GEO Group[45]— um importante doador do partido[46]. Ao mesmo tempo que se verifica uma influência política por parte das empresas gerenciadoras de presídio, por meio do *lobby* ou das contribuições diretas para as campanhas, também aumentam o número de presos nas cadeias e a rentabilidade dos negócios. Enquanto no ano de 1980 havia, em média, 500 mil pessoas presas pelo cometimento de crimes ligados às drogas, no ano de 2014, esse número cresceu para 1,5 milhão de pessoas encarceradas[47]. Nesse contexto, as empresas são grandes beneficiadas, ostentando receitas na escala de bilhões de dólares.

No fim do ano de 2018, a CoreCivic apresentou uma receita na escala de 1,835 bilhões de dólares, revelando, inclusive, um aumento em relação ao fim do ano de 2017, quando exibiu receita na escala de 1,765 bilhões de dólares[48]. Nesse mesmo contexto, o GEO Group divulgou receita no ano fiscal de 2018 na escala de 2,33 bilhões de dólares, a qual tende a crescer desde 2014[49].

Existe uma relação orgânica entre a alta taxa de encarceramento em solo estadunidense e o sistema de rentabilidade das empresas gerenciadoras de presídios, bem como entre a operação dessas empresas e as violações sistemáticas aos direitos das minorias negra e latina no país.

---

44. Just Policy Institute. Gaming the system: how the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies, p. 21-22. Jun. 2011. Disponível em: [www.justicepolicy.org/uploads/justicepolicy/documents/gaming_the_system.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.
45. The Washington Post. How for-profit prisons have become the biggest lobby no one is talking about. Abr. 2015. Disponível em: [www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2015/04/28/how-for-profit-prisons-have-become-the-biggest-lobby-no-one-is-talking-about/?noredirect=on&utm_term=.162b8dee88ce]. Acesso em: 03.12.2017.
46. The Center for Media and Democracy's PR Watch. Disponível em: [www.prwatch.org/news/2012/08/11591/marco-rubio-geo-group-and-legacy-corruption]. Acesso em: 04.11.2017.
47. Prison Policy Initiative. Mass incarceration: the whole pie 2018. Disponível em: [www.prisonpolicy.org/reports/pie2018.html]. Acesso em: 11.03.2018.
48. Nasdaq. Disponível em: [www.nasdaq.com/symbol/cxw/financials?query=income-statement]. Acesso em: 11.03.2019.
49. Market Watch. Disponível em: [www.marketwatch.com/investing/stock/geo/financials]. Acesso em: 11.03.2019.

A política interna, diante desse contexto, tem se mostrado incapaz de agir sobre esses problemas estruturais[50]. Nos últimos anos, soluções nacionais já foram sugeridas, em vão. A proibição de cláusulas que prevejam ocupação mínima dentro dos presídios geridos por grandes empresas, de forma a evitar o compromisso do Estado com a manutenção das taxas de encarceramento, não tem vingado no país. Outro exemplo: a criação de norma proibindo legisladores ou seus cônjuges de possuírem ações em empresas que obtêm benefícios econômicos com recrudescimento do encarceramento poderia ajudar a separar com mais clareza a política pública dos interesses empresariais. Porém, não há sinais de aprovação de qualquer medida nesta direção[51].

Diante da incapacidade de a política interna fazer frente aos interesses empresariais que ameaçam sistematicamente os direitos humanos de grupos vulneráveis, abre-se o espaço para se buscar, fora do estado nacional, novos mecanismos de proteção.

3. A responsabilização internacional de corporações

3.1. Contexto atual e limitações

A divisão de trabalhos entre o direito interno e o Direito Internacional tradicionalmente obedece a uma ordem. Ao direito interno, cumpre reger a organização do Estado e do mercado, afirmar e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, incluindo, no catálogo desses direitos, os direitos humanos consagrados internacionalmente. Por sua vez, ao Direito Internacional, resta um papel subsidiário, de reger e fiscalizar a proteção de direitos nas situações e localidades em que o direito interno se exaure — por exemplo, em situações de guerra, crimes de genocídio, entre outras.

A construção jurídica básica afirma que o "sujeito" do Direito Internacional deve possuir capacidade para *ter direitos* e *contrair obrigações*[52]. O Estado, por

50. Human Rights Watch. United States: Events of 2017. Disponível em: [www.hrw.org/world-report/2018/country-chapters/united-states]. Acesso em: 04.09.2018.

51. DOLOVICH, Sharon. State punishment and private prisons. *Duke Law Journal*, v. 55, n. 3, p. 535, dez. 2005.

52. MUHVIC, Davor. Legal Personality as a Theoretical Approach to Non-State Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations. *Pecs Journal of International and European Law*, p. 9, 2017.

exemplo, capaz de celebrar tratados bilaterais ou multilaterais, é o exemplo típico de sujeito do Direito Internacional.

Parte da doutrina ainda defende que não basta o reconhecimento desses elementos estáticos para o reconhecimento da personalidade jurídica internacional. Também seria necessário reconhecer atributos dinâmicos do sujeito, a saber, a sua capacidade de produzir efeitos a partir das suas ações[53], tais como a capacidade de concluir contratos e de arcar com a responsabilização por atos ilegais.

Em que pesem as controvérsias, o entendimento comum é de que, além do Estado, indivíduos também são sujeitos do Direito Internacional[54], em particular, nos domínios dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Internacional. O Tribunal Penal Internacional, criado a partir do Estatuto de Roma, possui jurisdição sobre pessoas responsáveis por crimes de alta gravidade e com alcance internacional (como crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão). Nesse mesmo sentido, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, que operou entre 1993 e 2017, foi criado para julgar crimes cometidos durante os conflitos nos Balcãs na década de 1990.

No caso das empresas, contudo, não há um reconhecimento pacífico de que se configuram como sujeitos do Direito Internacional. Como consequência, as normas com força vinculante no Direito Internacional não são endereçadas a elas.

Com a crescente importância das corporações nas relações econômicas, políticas e sociais no mundo globalizado, emerge também a tendência de disciplinar a atuação de empresas no plano internacional.

O recurso típico são os instrumentos de *soft law*, sem força vinculante[55]. A Organização das Nações Unidas, por meio dos Princípios Orientadores sobre

53. MUHVIC, Davor. Legal Personality as a Theoretical Approach to Non-State Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations. *Pecs Journal of International and European Law*, p. 9, 2017.

54. GORSKI, Simone. Individuals in international law. *Oxford Public International Law*, 2013. Disponível em: [opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e829]. Acesso em: 11.03.2019.

55. JENTSCH, Valentin. Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and Swiss Responsible Business Initiative. *European University Institute: Max Weber Program*, EUI Working Paper 05, p. 5, 2018; MONGELARD, Eric. Corporate Civil Liability for violations of International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 863, p. 671, sept. 2006.

Empresas e Direitos Humanos[56], atesta que as empresas devem respeitar os direitos humanos, independentemente de os Estados estarem ou não cumprindo suas obrigações nesse âmbito. Devem, para tanto, adotar uma postura de prevenção, mitigação e, quando apropriado, de remediação dos danos causados. Da mesma forma, empresas são destinatárias de códigos de conduta não vinculantes criados pela Organização Internacional do Trabalho e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico[57].

Ainda merecem atenção os Princípios Voluntários sobre Segurança e Direitos Humanos. Esses princípios foram desenvolvidos por governos, empresas dos setores extrativos e de energia e organizações não governamentais. Como um dos principais pontos dessa iniciativa, as empresas devem realizar uma avaliação de risco com relação às atividades que desempenham, de modo a garantir a segurança como premissa de suas operações com relação aos indivíduos que sejam impactados direta ou indiretamente por suas atividades[58].

Além dos mecanismos de *soft law* desenvolvidos por Organizações Internacionais, empresas e outros atores privados desenvolvem os seus próprios códigos de conduta. Trata-se de documento escrito em que a empresa estabelece um conjunto de princípios e se compromete a segui-los. Dentro desse conjunto, há os chamados Códigos de Responsabilidade Social e Corporativa, que são diretrizes desenvolvidas pelas empresas com o objetivo de revelar ao público o compromisso corporativo com o respeito aos direitos humanos[59].

Outro mecanismo tradicionalmente utilizado para coibir abusos cometidos por corporações é o reconhecimento, na legislação nacional, de direitos reconhecidos no plano internacional. A legislação norte-americana *Alien Tort Statute*

56. United Nations Human Rights office of the High Commissioner. Guiding Principles on Business and Human Rights. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf]. Acesso em: 26.10.2018.

57. KIRCHNER, Stefan. Recognition and Responsibility: A Legislative Role for Transnational Corporations in Public International Law-Thoughts from the Perspective of Human Rights. *The Indian Journal of International Economic Law*, v. 7, p. 121, 2015.

58. Voluntary Principles on Security and Human Rights: Implementation Guidance Tools (IGT). Disponível em: [www.icmm.com/website/publications/pdfs/commitments/voluntary-principles-on-security-and-human-rights-implementation#page=24]. Acesso em: 01.11.2019.

59. JENTSCH, Valentin. Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and Swiss Responsible Business Initiative. *European University Institute: Max Weber Program*, EUI Working Paper 05, p. 3, 2018.

— ATS, por exemplo, autoriza cidadãos não americanos a ajuizarem ações em tribunais federais dos Estados Unidos por violações ao Direito Internacional. O estatuto tornou-se instrumento de litigância em matéria de direitos humanos contra empresas no país[60]. Corporações e seus executivos podem ser legalmente responsabilizados pela legislação ATS por violações em matéria de direitos humanos[61]. Ao longo dos últimos anos, várias ações foram apresentadas perante Cortes norte-americanas com a alegação de violação do *Alien Tort Statute*[62]. Um caso exemplar foi a decisão proferida pelo Corte de Apelação do 11º Circuito no caso Sinaltrainal. Os réus no caso eram empresas de engarrafamento na Colômbia. Empregados sindicais arguiram no processo a responsabilização das empresas por danos sofridos pelos empregados. A Corte entendeu que as previsões do ATS alcançariam os indivíduos e as corporações[63].

Apesar dos avanços, os princípios orientadores das atividades das empresas, mecanismos *soft law*, e as medidas tomadas no plano nacional ainda são largamente insuficientes para corrigir violações sistemáticas de direitos humanos causadas por grandes empresas contra grupos vulneráveis. A existência de princípios orientadores para as ações das empresas é desejável e representa um avanço no plano internacional. No entanto, o fato de não serem vinculantes, associado à autonomia de decisão dos Estados na implementação de tais mecanismos em

60. DITTMERS, Hannah. The applicability of the Alien Statute to Human Rights Violations by Private Corporations. *JOSHA*, University of Michigan Law School, v. 4, questão 2, p. 3, 09.06.2017; Earth Rights International. The Alien Tort Statute: Holding Human Rights Abusers Accountable. Disponível em: [https://earthrights.org/how-we-work/litigation-and-legal-advocacy/legal-strategies/alien-tort-statute/]. Acesso em: 26.10.2018.

61. Earth Rights International. The Alien Tort Statute: Holding Human Rights Abusers Accountable. Disponível em: [https://earthrights.org/how-we-work/litigation-and-legal-advocacy/legal-strategies/alien-tort-statute/]. Acesso em: 26.10.2018.

62. DITTMERS, Hannah. The applicability of the Alien Statute to Human Rights Violations by Private Corporations. DITTMERS, Hannah. The applicability of the Alien Statute to Human Rights Violations by Private Corporations. *JOSHA*, University of Michigan Law School, v. 4, 09.06.2017

63. DITTMERS, Hannah. The applicability of the Alien Statute to Human Rights Violations by Private Corporations. DITTMERS, Hannah. The applicability of the Alien Statute to Human Rights Violations by Private Corporations. *JOSHA*, University of Michigan Law School, v. 4, p. 8, 09.06.2017.

seus territórios, limita sua efetividade[64]. Dessa mesma forma, a facilidade que empresas possuem de transferir suas bases operacionais para outros países pode tornar as medidas adotadas estritamente em nível nacional soluções paliativas. Se descontente com a legislação interna, basta à empresa mudar suas operações para outro país.

De um lado há violações recorrentes de direitos humanos por parte de corporações, sobretudo em países em desenvolvimento, e, de outro, uma relativa falta de regulamentação com relação às atividades dessas empresas por parte dos Estados que as recebem. Compreende-se como regulamentação a adoção de mecanismos de *accountability* para responsabilizar essas empresas em caso de violações[65]. Além de não haver uma regulamentação interna e mecanismos de *enforcement* por parte dos países receptores das grandes corporações, existe, também, o não endereçamento de *regras* do Direito Internacional a essas empresas. Como consequência, empresas não são responsabilizadas por violações de direitos humanos no plano nacional e, tampouco, no plano internacional.

Fato é que o poder econômico de algumas corporações já ultrapassa o poder dos Estados[66]. De um lado, corporações transnacionais, com investimentos e serviços globalizados, operam em distintos países; de outro, tem-se um direito nacional limitado às suas fronteiras territoriais[67]. Essa nova realidade representa um desafio para o Direito Internacional Público ainda centrado na figura dos Estados. Em um contexto em que há uma limitação territorial que impede que os Estados fiscalizem e regulem, efetivamente, a atividade das empresas com vistas a promover a proteção dos Direitos Humanos, a formulação de regras que tenha

64. International Law Blog. Corporate Social Responsibility & Human Rights. A critical review of the Guiding Principles on Business and Human Rights for implementing the UN "Protect, Respect and Remedy" Framework. Disponível em: [https://internationallaw.blog/2015/03/23/corporate-social-responsibility-human-rights-a-critical-review-of-the-guiding-principles-on-business-and-human-rights-for-implementing-the-un-protect-respect-and-remedy-frame/]. Acesso em: 01.11.2019.

65. ADEFOLAKE, Adeyeye. Corporate Responsibility in International Law: Which way to go? *Singapore Year Book of International Law and Contributions*, 11 Sybil, p. 141-161, 2007.

66. KIRCHNER, Stefan. Recognition and Responsibility: A Legislative Role for Transnational Corporations in Public International Law-Thoughts from the Perspective of Human Rights. *The Indian Journal of International Economic Law*, v. 7, p. 119, 2015.

67. KIRCHNER, Stefan. Recognition and Responsibility: A Legislative Role for Transnational Corporations in Public International Law-Thoughts from the Perspective of Human Rights. *The Indian Journal of International Economic Law*, v. 7, p. 121, 2015.

como destinatários tão somente os Estados Nacionais mostra-se ineficaz. O problema magnifica-se quando observamos o poder das corporações de expandirem sua rede de influência econômica sobre a ação do próprio governo, a exemplo da CoreCivic e do GEO Group.

Como ponto de sustentação do argumento em favor da responsabilização de empresas por violações de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui sentenças em que reconhece a relação direta entre atividades levadas a cabo por empresas e violações de direitos humanos. Apesar de não estabelecer em suas sentenças a responsabilização direta de empresas, mas somente dos Estados que tenham ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aceitado a jurisdição contenciosa da Corte, a Corte tem sido incisiva a respeito da necessidade de os Estados protegerem seus cidadãos contra abusos perpetrados por grupos privados.

Há o reconhecimento, dessa forma, de que não são somente os Estados que violam direitos humanos.

No caso Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay[68], julgado em 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, as empresas Roswell y Compañía S.A. e Kansol S.A. haviam realizado o registro de terras pertencentes a uma comunidade indígena. No ano de 1991, membros da comunidade indígena já haviam reivindicado, sem êxito, suas terras no Paraguai. Na decisão tomada em resposta ao pedido dos líderes da comunidade, a Corte firmou que o Estado do Paraguai deveria tomar as medidas legislativas, administrativas e quaisquer outras medidas necessárias para, em um prazo máximo de três anos, devolver aos membros da comunidade as suas terras. A Corte sustentou que os Estados têm o dever de proteger os indivíduos não só contra violações de direitos humanos perpetradas por Estados, *mas também contra abusos cometidos por pessoas e entidades*, sendo sua obrigação a investigação e a punição dos responsáveis. Ao reconhecer que o Estado foi negligente em proteger os direitos dos membros da comunidade indígena, a Corte ordenou a devolução das terras aos ancestrais.

Nesse mesmo sentido, no caso da Comunidade Indígena Kichwa de Sarayaku v. Estado do Equador[69], a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a concessão, por parte do Estado do Equador, para exploração de petróleo em

68. IACtHR, Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs, Series C n. 146, j. 29.03.2006.

69. IACtHR, Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations, Series C n. 245, j. 27.06.2012.

terras de uma comunidade indígena pela Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, em conjunto com a empresa privada Compañia General de Combustíveis, violou os direitos à prévia consulta, além do direito à identidade cultural dos indivíduos membros da comunidade. Além disso, a Corte entendeu que, nos anos de 2002 e 2003, a Compañia General de Combustíveis, juntamente com o apoio das Forças Armadas do Equador, ingressou nas terras indígenas sem consultar os líderes da comunidade e sem obter permissão para a realização de exploração sísmica. A Corte constatou que a empresa colocou explosivos na floresta e que sua entrada na área causou a destruição de locais sagrados, além de confrontos com os membros da comunidade indígena. Ordenou, então, que o Estado deveria neutralizar e desativar o material explosivo, além de garantir e assegurar a consulta aos membros da comunidade indígena como condição para o desenvolvimento de qualquer projeto de investimento nas terras indígenas. Mais uma vez, apesar de não haver uma responsabilização direta das corporações envolvidas no caso, há um reconhecimento de que corporações podem ser reconhecidas como violadoras de direitos humanos.

Apesar de os casos supramencionados serem um ponto de sustentação para a argumentação em favor da responsabilização internacional de empresas na medida em que há o reconhecimento, por parte de uma Corte Internacional, de que atividades levadas a cabo por empresas podem violar direitos humanos, tais exemplos abrem espaço para o questionamento: por que não assegurar um *enforcement* mais efetivo das regras de Direito Internacional endereçadas aos Estados para que estes fiscalizem as atividades das empresas diretamente? De fato, em um cenário em que um Estado possui uma legislação bem consolidada com relação à proteção dos direitos humanos e, além disso, possui mecanismos que assegurem o cumprimento dessas leis, essa seria a solução natural. No entanto, com o avanço da globalização e o crescente peso relativo de empresas na política interna, a capacidade de *enforcement* nacional pode ser significativamente limitada — ou se exaurir. Empresas transnacionais buscam Estados "rentáveis" para os seus negócios, sendo estes, muitas vezes, Estados em desenvolvimento, sem legislação nacional forte, nem mecanismos de *enforcement* para impor o cumprimento das leis por atores privados[70].

Recentemente, um caso julgado pela Suprema Corte do Reino Unido chama a atenção pelo ineditismo com que trata a questão da responsabilização de

70. ADEFOLAKE, Adeyeye. Corporate Responsibility in International Law: Which way to go? *Singapore Year Book of International Law and Contributions*, 11 Sybil, 2007, p. 148.

empresas por violações de direitos humanos[71]. Ao apreciar o caso *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others*, a referida Corte entendeu que a empresa Vedanta Resources PLC, companhia sediada no Reino Unido, tem o dever de cuidado com relação aos moradores de proximidades das zonas de operação de sua subsidiária, a empresa Konkola Copper Mines Plc (KCM), em Zâmbia. De acordo com o entendimento da Corte, os requerentes, aldeões de Zâmbia, poderiam prosseguir com o processo, no Reino Unido, contra a empresa controladora e a sua subsidiária. O ponto central de discussão no caso foi o questionamento sobre se uma "empresa-mãe" poderia ser responsabilizada pela lei civil por violações de direitos humanos cometidas por sua subsidiária estrangeira.

Apesar de esse caso tratar da responsabilização de corporações no plano do direito nacional, pode-se observar, mais uma vez, o reconhecimento por parte de uma Corte de que corporações violam direitos humanos e de que suas atividades impactam diretamente a vida de populações locais. Esse reconhecimento e a emergência de discussões sobre o papel das corporações no contexto global, bem como sobre o impacto de suas atividades sobre a vida dos indivíduos, deve ser fomentado para que soluções *criativas* sejam pensadas para lidar com uma problemática *complexa*.

Repise-se, olhar para a problemática que envolve corporações e a proteção dos direitos humanos utilizando somente a lente do direito nacional parece uma solução infrutífera. Isso porque no contexto atual há Estados desprovidos de uma legislação forte em termos de proteção dos direitos humanos e que, além disso, não possuem mecanismos de *enforcement* para fazer cumprir suas leis. Há, ainda, por vezes, uma influência econômica, por parte das grandes corporações, sobre a política, como nos casos da CoreCivic e do GEO Group. Como consequência, corporações violam direitos humanos e não são punidas internamente. Ademais, caso o Estado, onde uma empresa esteja operando, não atenda aos seus interesses, as corporações transnacionais podem transpor suas operações para outras jurisdições mais convenientes.

Diante desse cenário, faz-se imprescindível uma atuação mais efetiva do Direito Internacional, não por meio de instrumentos *soft law*, mas de regras endereçadas às corporações.

71. *EJIL: Talk*. Corporate Responsibility for Human Rights Violations: UK Supreme Court allows Zambian communities to pursue Civil Suit against UK Domiciled Parent Company. Disponível em: [www.ejiltalk.org/corporate-responsibility-for-human-rights-violations-uk-supreme-court-allows-zambian-communities-to-pursue-civil-suit-against-uk-domiciled-parent-company/]. Acesso em: 05.11.2019.

3.2. Novas possibilidades

Como coibir os abusos a direitos humanos estruturalmente coordenados por grandes corporações contra grupos vulneráveis em uma democracia? Quando os instrumentos tradicionais de governança nacional, que incluem a transparência, a competição política e o controle jurisdicional de direitos subjetivos exaurem-se, e quando mecanismos de *soft law* mostram-se insuficientes, é necessário abrir uma nova porta no pensamento e na construção jurídica. Torna-se necessário, nestes casos, considerar novos arranjos capazes de resguardar os direitos humanos contra abusos corporativos.

Um caminho é a criação de instrumento jurídico internacional que preveja obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos para as grandes corporações, que vinculem conjuntamente os Estados Nacionais.

A ideia já tramita no debate público: há um projeto internacional que busca vincular juridicamente empresas transnacionais a princípios de direitos humanos. Esse projeto faz parte dos trabalhos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho intergovernamental sobre empresas transnacionais, vinculado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. O propósito central é criar um marco institucional juridicamente vinculante que garanta o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos contra abusos resultantes de atividades de empresas, além de assegurar a responsabilização civil, administrativa e penal dessas empresas.

Esse projeto, contudo, busca vincular as empresas mediante a atuação dos Estados. A responsabilização civil, administrativa e penal ocorreria nos termos do sistema jurídico nacional. Cada Estado, portanto, comprometer-se-ia com o respeito, a promoção e a proteção de direitos humanos contra violações e abusos no seu território, além de adotar todas as medidas necessárias e apropriadas para prevenir, investigar, sancionar e reparar as violações e abusos[72].

O projeto representa um avanço, porém, tímido. Pressupõe uma consonância entre o poder regulador dos Estados, circunscrito ao seu território, e a atuação das empresas transnacionais, que podem transitar por diversas jurisdições. Também pressupõe a capacidade de o Estado nacional agir para enfrentar e resolver o

72. United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner. Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf]. Acesso em: 12.03.2019.

problema, quando a experiência, como as violações a direitos humanos nas prisões revelam, aponta uma conclusão diversa. A vinculação direta dos Estados, sem que haja uma vinculação internacional direta das corporações, é insuficiente para assegurar efetiva proteção dos direitos humanos em cenário de grande poderio econômico e influência política crescente exercida por grandes empresas sobre a ação política.

A vinculação direta de empresas por violações aos direitos humanos no plano internacional seria o caminho mais promissor. Quando o passado, baseado estritamente em mecanismos *soft-law* e em regras nacionais que não são feitas cumprir pelos Estados, parece não surtir os efeitos desejados em termos de proteção dos direitos humanos, o caminho deve ser a busca por soluções criativas. Esse caminho traria consigo inovações. Na forma de ratificação, por exemplo, que poderia ser acompanhada de documento para comprometimento das empresas, seguido de um comprometimento do Estado em adotar mecanismos de *enforcement*. A elaboração de "lista limpa", pública e de acesso simples, com nome das empresas que se comprometeram com o tratado e que efetivamente o cumprem poderia contribuir com a adesão.[73].

Caminho promissor para a efetivação da medida é fixar, inicialmente, critério de discriminação das empresas aos quais o instrumento jurídico deverá ser endereçado. Um meio de filtragem poderia ser o faturamento anual das empresas. O fundamento seria concentrar a ação em empresas com maior potencial de influência sobre o mercado e sobre a política nacional. Outro critério possível de filtragem seria a discriminação de empresas de acordo com o setor em que atuam. As violações a direitos humanos são muito mais comuns em setores específicos, como a mineração, o setor têxtil e o sistema penitenciário.

Novas medidas que busquem limitar abusos de empresas no plano nacional são sempre valiosas e prioritárias. Contudo, nos casos em que há um desequilíbrio persistente entre a influência de grupos econômicos transnacionais e a ação política e institucional interna, é necessário considerar propostas que comprometam diretamente as empresas no plano internacional. Em um mundo cada vez mais globalizado, o Direito Internacional também deverá evoluir.

73. Iniciativa similar existente no Brasil. Vide: BRASIL, Ministério do Trabalho. Ministério publica Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo. Disponível em: [http://trabalho.gov.br/component/content/article?id=4428]. Acesso em: 04.11.2017.

4. Conclusão

O artigo apresenta um argumento para a responsabilização internacional de corporações por violações de direitos humanos. O argumento baseia-se na análise de um caso exemplar: as violações de direitos humanos por empresas responsáveis pela gestão de prisões nos Estados Unidos.

Em um cenário de substancial privatização do sistema penitenciário norte-americano, empresas gestoras de presídios, notadamente a CoreCivic e o GEO Group, orientam seu modelo de negócio conforme a taxa de encarceramento. Mesmo diante de casos de queda da taxa de criminalidade em alguns estados norte-americanos, cláusulas contratuais celebradas com o poder público garantem a manutenção da taxa de ocupação mínima dos presídios, para manutenção da taxa de lucro das empresas gestoras.

O cenário de aprisionamento massivo tende a afetar minorias nos Estados Unidos, especialmente negros e latinos. O que a realidade revela é que as penas de privação da liberdade transmutam-se, em muitos casos, em penas de violação da integridade pessoal dos presos e, lamentavelmente, de violação do próprio direito à vida.

Em um cenário de preeminência econômica das grandes corporações e de alta influência política dos negócios sobre a política e o direito nacional, medidas tomadas no plano interno são insuficientes para assegurar a proteção a direitos humanos de grupos marginalizados. A limitação do poder regulatório estatal, ora capturado por *lobbies*, ora fragilizado pela migração de investimentos, mina a capacidade de proteção dos direitos humanos contra grupos vulneráveis mesmo em democracias maduras.

Para corrigir o problema, o artigo defende a vinculação direta das corporações no plano internacional. Hoje, o Direito Internacional basicamente se destina a regular a ação dos Estados como sujeitos tradicionais no Direito Internacional — e punir indivíduos, em casos excepcionais. Mas não empresas. Instrumentos que vinculem tão somente os Estados, atribuindo a estes a prerrogativa de sancionar, internamente, nos âmbitos civil, administrativo e penal as empresas são insuficientes. É a responsabilização direta das empresas que será capaz de evitar, em um mundo cada vez mais globalizado, o "passe livre" de grandes corporações para subordinarem os direitos de minorias à cláusula do lucro.

Referências bibliográficas

ACLU. Mass Incarceration. Disponível em: [www.aclu.org/issues/smart-justice/mass-incarceration]. Acesso em: 18.10.2018.

ADEFOLAKE, Adeyeye. Corporate Responsibility in International Law: Which way to go? *Singapore Year Book of International Law and Contributions*, 11 Sybil, p. 141-161, 2007.

ALVAREZ, José E. Are corporations subjects of international law? *Santa Clara Journal of International Law*, v. 9, n. 1, p. 3-35, 2011.

Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996. Disponível em: [www.congress.gov/bill/104th-congress/senate-bill/735]. Acesso em: 19.10.2018.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford University Press: 1990; WOUTERS, Jan. *Principles of public international law*. Oxford University Press: 1990.

Business & Human Rights Resource Centre. USA: Govt. contractors accused of profiting from separation & detention of migrant & asylum seeking families. Disponível em: [www.business-humanrights.org/en/usa-govt-contractors--accused-of-profiting-from-separation-detention-of-migrant-asylum-seeking-families#c174447]. Acesso em: 01.11.2018.

CANDIOTO, Sara. Antiterrorism and Effective Death penalty Act of 1996: Implications Arising from the Abolition of Judicial Review of Deportation Orders, The Legislative Reform. *Journal of Legislation*, v. 23, n. 1, p. 160, jan. 1997.

CCA. Annual Report 2015. Disponível em: [www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/c/NYSE_CXW_2015.pdf]. Acesso em: 11.03.2019.

CHANÉ, Anna-Luise; WOUTERS, Jan. Multinational corporations in international law. *Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working paper n. 129, p. 1-20, december 2013.

CNN Politics. This year saw the most people in immigration detention since 2001. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2018/11/12/politics/ice-detention/index.html]. Acesso em: 10.03.2019.

CNN. 5 facts behind America's high incarceration rate. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2018/06/28/us/mass-incarceration-five-key-facts/index.html]. Acesso em: 18.10.2018.

CoreCivic. Find a Facility. Disponível em: [www.corecivic.com/facilities]. Acesso em: 04.11.2017.

COLE, David. *No Equal Justice*: Race and Class in the American Criminal Justice System, 8-9, 1999.

DE BRABANDERE, Eric. Non-state actors, state-centrism and human rights obligations. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, n. 1, p. 121-209, 2009.

DITTMERS, Hannah. The applicability of the Alien Statute to Human Rights Violations by Private Corporations. *JOSHA*, v. 4, questão 2, p. 3-8, 09.06.2017.

DOLOVICH Sharon. State punishment and private prisons. *Duke Law Journal*, v. 55, n. 3, p. 527-535, dez. 2005.

Drug Policy. The Drug War, Mass Incarceration and Race. Disponível em: [www.drugpolicy.org/sites/default/files/drug-war-mass-incarceration-and-race_01_18_0.pdf]. Acesso em: 19.10.2018.

Earth Rights International. The Alien Tort Statute: Holding Human Rights Abusers Accountable. Disponível em: [https://earthrights.org/how-we-work/litigation-and-legal-advocacy/legal-strategies/alien-tort-statute/]. Acesso em: 26.10.2018.

EJIL: Talk. Corporate Responsibility for Human Rights Violations: UK Supreme Court allows Zambian communities to pursue Civil Suit against UK Domiciled Parent Company. Disponível em: [www.ejiltalk.org/corporate-responsibility-for-human-rights-violations-uk-supreme-court-allows-zambian-communities-to-pursue-civil-suit-against-uk-domiciled-parent-company/]. Acesso em: 05.11.2019.

GEO Group. *Our Locations*. Disponível em: [www.geogroup.com/LOCATIONS]. Acesso em: 04.11.2017.

Global Detention Project. United States Immigration Detention. Disponível em: [www.globaldetentionproject.org/countries/americas/united-states]. Acesso em: 19.10.2018.

GORSKI, Simone. Individuals in international law. *Oxford Public International Law*, 2013. Disponível em: [http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e829]. Acesso em: 11.03.2019.

Human Rights Watch Prison Project. Prisons in the United States of America. Disponível em: [www.hrw.org/legacy/advocacy/prisons/u-s.htm]. Acesso em: 18.10.2018.

IACtHR, Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations, Series C, n. 245, j. 27.06.2012.

IACtHR, Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs, Series C, n. 146, j. 29.03.2006.

International Law Blog. Corporate Social Responsibility & Human Rights. A critical review of the Guiding Principles on Business and Human Rights for implementing the UN "Protect, Respect and Remedy" Framework. Disponível em: [https://internationallaw.blog/2015/03/23/corporate-social-responsibility-human-rights-a-critical-review-of-the-guiding-principles-on-business-and-human-rights-for-implementing-the-un-protect-respect-and-remedy-frame/]. Acesso em: 01.11.2019.

In the Public Interest. Criminal: How Lockup quotas and "low-crime taxes" guarantee profits for private prisons corporations. Disponível em: [www.inthepublicinterest.org/wp-content/uploads/Criminal-Lockup-Quota-Report.pdf]. Acesso em: 05.11.2017.

JENTSCH, Valentin. Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and Swiss Responsible Business Initiative.

European University Institute: Max Weber Program, EUI Working Paper, p. 5, 2018.

Johnson Vincent. Regulating Lobbyists: Law, Ethics, and Public Policy. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 16, 2006. National Conference of State Legislatures. Lobbyist Activity Report Requirements. Disponível em: [www.ncsl.org/research/ethics/50-state-chart-lobbyist-report-requirements.aspx]. Acesso em: 12.03.2019.

Just Policy Institute. Gaming the system: how the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies. Jun. 2011. Disponível em: [www.justicepolicy.org/uploads/justicepolicy/documents/gaming_the_system.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.

KIRCHNER, Stefan. Recognition and Responsibility: A Legislative Role for Transnational Corporations in Public International Law-Thoughts from the Perspective of Human Rights. *The Indian Journal of International Economic Law*, v. 7, p. 119-121, 2015.

Legal Match. Three Strikes Laws in Different States. Disponível em: [www.legalmatch.com/law-library/article/three-strikes-laws-in-different-states.html]. Acesso em: 04.11. 2017.

Market Watch. Disponível em: [www.marketwatch.com/investing/stock/geo/financials]. Acesso em: 11.03.2019.

MAUER, Marc; KING, Ryan. A 25-Year Quagmire: The War on Drugs and Its Impact on American Society. *The Sentencing Project*, set. 2007.

Ministério do Trabalho. Ministério publica Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo. Disponível em: [http://trabalho.gov.br/component/content/article?id=4428]. Acesso em: 04.11.2017.

MONGELARD, Eric. Corporate Civil Liability for violations of International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 863, p. 671, sept. 2006.

MUHVIC, Davor. Legal Personality as a Theoretical Approach to Non-State Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations. *Pecs Journal of International and European Law*, p. 9, 2017.

Nasdaq. Disponível em: [www.nasdaq.com/symbol/cxw/financials?query=income-statement]. Acesso em: 11.03.2019.

NELLIS, A. Still Life: America's Increasing Use of Life and Long-Term Sentences. Washington, D.C.: The Sentencing Project, 03.05.2017.

Prison Legal News. Another Failed Experiment: Minnesota's Private Prison Health Care Saves Money but Costs Lives. Out. 2014. Disponível em: [www.prisonlegalnews.org/news/2014/oct/3/another-failed-experiment-minnesotas-private-prison-health-care-saves-money-costs-lives/]. Acesso em: 04.11.2017.

SHANNON, S. K. S. *et al*. The Growth, Scope, and Spatial Distribution of People with Felony Records in the United States. *Demography*, 54:1795-1818, 2017.

Stanford Law School. Three Strikes Basics. Disponível em: [https://law.stanford.edu/stanford-justice-advocacy-project/three-strikes-basics/]. Acesso em: 10.03.2019.

The Center for Media and Democracy's PR Watch. Disponível em: [www.prwatch.org/news/2012/08/11591/marco-rubio-geo-group-and-legacy-corruption]. Acesso em: 04.11.2017.

The Nation. 'This Man Will Almost Certainly Die'. Jan. 2016. Disponível em: [www.thenation.com/article/privatized-immigrant-prison-deaths/]. Acesso em: 04.11.2017.

The New York Times. 'Zero Tolerance' Immigration Policy Surprised Agencies, Report Finds. 24 out. 2018. Disponível em: [www.nytimes.com/2018/10/24/us/politics/immigration-family-separation-zero-tolerance.html]. Acesso em: 01.11.2018.

The sentencing project. Report to the United Nations on Racial Disparities in the U.S. Criminal Justice System. Disponível em: [www.sentencingproject.org/publications/un-report-on-racial-disparities/]. Acesso em: 18.10.2018.

The Washington Post. How for-profit prisons have become the biggest lobby no one is talking about. Abr. 2015. Disponível em: [www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2015/04/28/how-for-profit-prisons-have-become-the--biggest-lobby-no-one-is-talking-about/?noredirect=on&utm_term=.162b-8dee88ce]. Acesso em: 03.12.2017.

The Washington Post. Yes, U.S. locks people up at a higher rate than any other country. 07 jul. 2015. Disponível em: [www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/07/07/yes-u-s-locks-people-up-at-a-higher-rate-than-any-other-country/?utm_term=.2e6592b6250d#https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/07/07/yes-u-s-locks-people-up-at-a-higher-rate-than-any-other]. Acesso em: 04.11.2017.

Truthout. Prison Industries: "Don't Let Society Improve or We Lose Business". Abr. 2012. Disponível em: [www.truth-out.org/news/item/8731-prison-industries-dont-let-society-improve-or-we-lose-business-part-i]. Acesso em: 04.11.2017.

U.S. Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2016 (Jan. 2018); Rastogi, S. *et al*. (2011). The Black Population: 2010. U.S. Census; Ennis, S. R., Ríos-Vargas, M., & Albert, N. G. (2011). The Hispanic Population: 2010. U.S. Census.

U.S. Department of Justice. Correctional Populations in the United States, 2016. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf]. Acesso em: 18.10.2018.

United Nations Human Rights office of the High Commissioner. Guiding Principles on Business and Human Rights. Disponível em: [www.ohchr.org/

Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf]. Acesso em: 26.10.2018.

United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner. Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

UNITED STATES. The amendment of the Three Strikes Sentencing Law. Mai. 2017. Disponível em: [www.courts.ca.gov/documents/Three-Strikes-Amendment-Couzens-Bigelow.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.

Voluntary Principles on Security and Human Rights: Implementation Guidance Tools (IGT). Disponível em: [www.icmm.com/website/publications/pdfs/commitments/voluntary-principles-on-security-and-human-rights-implementation#page=24]. Acesso em: 01.11.2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal, de Diogo Lentz Meller e Alexandre de Almeida Turela - *RBCCrim* 134/387-409 (DTR\2017\2540);
- A luta antiprisional na Califórnia, de Paulo Cesar Malvezzi Filho e Rodolfo de Almeida Valente - *RBCCrim* 157/317-356 (DTR\2019\35366);
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira - *RBCCrim* 129/137-180 (DTR\2017\380);
- O sistema penal e a dignidade humana, de Pedro Armando Egydio de Carvalho - *RBCCrim* 24/167-177 (DTR\1998\414);
- Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza, de Erica do Amaral Matos - *RBCCrim* 133/257-297 (DTR\2017\1848);
- Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana, de Ronny Peterson Nunes dos Santos - *RBCCrim* 129/375-405 (DTR\2017\387);
- Superpopulação carcerária e sistemas internacionais de direitos humanos, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira - *RBCCrim* 164/161-199 (DTR\2019\42737); e
- Surgimento e crítica do modelo americano de prisão SUPERMAX, de Alcides Marques Porto Pacheco - *RBCCrim* 95/275-302 (DTR\2012\2715).

O discurso moralizante nas sentenças que restringem ou privam de liberdade adolescentes em Belo Horizonte

Moralizing discourses in sentences that restrict or private the freedom of young offenders in Belo Horizonte

Fernando Gonzaga Jayme

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Mestre (1999) e Bacharel (1992) em Direito pela mesma instituição. Professor na Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador do Projeto Ciranda de Justiça Restaurativa de Belo Horizonte.
ORCID 0000-0002-3397-6726
fernando@fernandojayme.com.br

Elisa Barroso Fernandes Tamantini

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2017). Facilitadora de diálogo no Projeto Ciranda de Justiça Restaurativa, advogada dativa no Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional de Belo Horizonte (CIA/BH).
ORCID 0000-0001-9544-5712
litamantini@gmail.com

Recebido em: 08.04.2019
Aprovado em: 02.10.2019
Última versão dos autores: 22.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: Este artigo investiga os discursos utilizados na aplicação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade para adolescentes em conflito com a lei. Procuram-se, nos dispositivos de 40 sentenças proferidas no Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional (CIA/BH), discursos que colocam a aplicação da medida socioeducativa como uma forma de defender, guiar e amparar (social, moral, educacional, profissionalmente) a pessoa em desenvolvimento. Observa-se nas peças analisadas que a medida

Abstract: This article investigates the discourses that are used in sentencing young offenders to custody and semi-open regime. It is sought, in 40 sentences from CIA/BH, speeches that justify the imposition of these socio-educational measures to defend, guide and protect (socially, morally, educationally, professionally) the developing person. It is possible to observe in the analyzed sentences that the custody and semi-open regime are sometimes presented as an offer of a good and fair path, allowing the

socioeducativa é frequentemente apresentada ora como uma oferta de um caminho do que é bom e justo, permitindo o enquadramento social do adolescente, ora como uma imperiosa necessidade de afastar o jovem do meio marginal, nocivo, que coloca sua vida em risco. É possível perceber que o discurso da missão pedagógica da medida socioeducativa é, por vezes, moralizante e normatizador, substituindo inclusive a aplicação de medidas protetivas.

Palavras-chave: Medida socioeducativa – CIA/BH – Sentenças – Sanção – Legalidade.

adolescent to be socially normalized, and sometimes as an imperative need to keep the young person away from the marginal and harmful environment. It is possible to note that the discourse of the pedagogical mission of the socio-educational measure is sometimes moralizing and normative, even replacing the application of protective measures.

Keywords: Socio-educational measures – CIA/BH – Sentences – Sanction – Legality.

Sumário: 1. Introdução. 2. A separação entre sanção e proteção na doutrina da proteção integral. 3. A aplicação das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade no CIA/BH. 3.1. Considerações metodológicas e dados quantitativos das sentenças. 3.2. Gravidade e circunstâncias da infração. 3.3. Capacidade de cumprimento da medida socioeducativa. 3.4. Natureza da medida socioeducativa. 3.5 Finalidade almejada com a aplicação da medida socioeducativa. 3.5.1. Enquadramento aos valores sociais. 3.5.2. Reintegração/ressocialização do adolescente. 3.5.3. Enquadramento psíquico. 3.5.4. Afastamento da sociedade nociva. 4. Considerações finais. Referências

1. Introdução

Parece acertado dizer que, em muitos aspectos, um abismo separa o plano teórico do Estatuto da Criança e do Adolescente da Lei do SINASE do plano da efetivação dos direitos da juventude. A cíclica demanda social pelo controle-repressão da "criminalidade juvenil" demonstra a necessidade de avançar no debate a respeito das garantias e direitos dos jovens adolescentes acusados de prática de ato infracional.

Durante a vigência do Código Mello Matos, Decreto 17.943-A (1927-1979), e do Código de Menores, Lei 6.697/1979 (1979-1990), a tutela estatal do "menor em situação irregular" era restrita ao binômio carência-delinquência. Crianças e adolescentes eram objeto de direito, admitindo-se privá-los de liberdade por serem vítimas de violação de seus direitos fundamentais, tais como moradia, alimentação e educação.

A mudança paradigmática no olhar sobre a infância e a juventude inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, ao reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, foi

uma significativa evolução, harmonizando o ordenamento jurídico interno com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

A doutrina da proteção integral[1] limita a intervenção sociojurídica do Estado ao diferenciar as medidas destinadas àqueles adolescentes que praticarem ato infracional (medidas socioeducativas[2]) das medidas destinadas àquelas crianças e adolescentes que tiverem seus direitos violados (medidas protetivas[3]). Tal distinção, não obstante, foi impotente para afastar os resquícios do modelo higienista e moralizante dos procedimentos de apuração de atos infracionais suplantados pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

Neste trabalho, objetiva-se analisar as sentenças proferidas pelo juízo da Vara Infracional da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte para cotejá-las com os questionamentos doutrinários acerca da percepção da medida socioeducativa como uma forma de proteção ou benevolência do Estado. O recorte temporal da análise considerou o período compreendido entre novembro de 2016 e maio de 2017 por acreditar que este período é suficiente para externar o entendimento do órgão jurisdicional pesquisado.

À vista disso, foram investigados os discursos empregados na fundamentação dos dispositivos de sentenças do *corpus* a ser analisado. O problema a ser esclarecido é se a incidência de discursos moralizantes, ou seja, discursos que colocam a

1. A doutrina da proteção integral, inaugurada no ordenamento nacional pela Constituição Federal de 1988, reconhece crianças e adolescentes como sujeito de direitos, conferindo-lhes prioridade absoluta de tratamento em função da sua condição especial de pessoas em desenvolvimento.
2. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 112. "Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semi-liberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI."
3. Lei 8.069/1990, art. 101. "Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta". (*sic*)

aplicação da medida socioeducativa como uma forma de defender, guiar e amparar (social, moral, educacional, profissionalmente) a pessoa em desenvolvimento é recorrente ou se a doutrina da proteção integral prevalece. Por conseguinte, os objetivos desdobram-se em analisar o discurso nas sentenças escolhidas e entender as diferentes compreensões da natureza e finalidade das medidas socioeducativas trazidas nos atos decisórios.

O *corpus* de análise dessa pesquisa foi retirado do caderno de sentenças da Secretaria da Vara Infracional, localizada no Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional de Belo Horizonte (CIA/BH), e é constituído por 20 (vinte) sentenças que aplicaram medida socioeducativa de internação e 20 (vinte) sentenças que aplicaram medida socioeducativa de semiliberdade. Essa amostragem foi posta a uma metodologia de análise de conteúdo com o propósito de verificar a harmonia entre a teoria dos direitos da criança e do adolescente e a aplicação concreta em casos envolvendo adolescentes em conflito com a lei, submetidos a medidas socioeducativas restritivas de liberdade.

2. A separação entre sanção e proteção na doutrina da proteção integral

A construção jurídica de um sistema próprio de responsabilidade para os adolescentes foi basilar para evitar muitas das atrocidades legais cometidas contra a juventude sob o manto da compaixão. Durante a doutrina da situação irregular ou doutrina menorista[4], seguindo um paradigma do "amor", os operadores baseavam-se – e, para Emilio García Méndez (2006, p. 17), em muitos casos, ainda se baseiam – num suposto "interesse do menor".

4. A doutrina menorista foi positivada no Brasil pelo Código Mello Matos (1927-1979) e fortalecida pelo Código de Menores (1979-1990) e caracterizava-se pelo reconhecimento das crianças e adolescentes como objeto de direitos. Segundo o art. 2º do Código de Menores, Lei nº 6.697/1979, considerava-se "[...] em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal." (*sic*)

Na dinâmica da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), as medidas protetivas devem ser sempre entendidas de modo mais amplo que as medidas socioeducativas, ocupando um papel importante nas políticas públicas de proteção integral. O Estatuto prevê a aplicação de medidas de proteção, a qualquer tempo, sempre que houver ameaça ou violação aos direitos reconhecidos pela lei, seja por consequência de ação ou omissão do Estado, da sociedade ou da família, seja em decorrência da falta ou do abuso dos pais ou responsáveis ou, ainda, pela própria conduta da criança ou adolescente[5].

Na ocorrência de um ato infracional, impõe-se o direito à individualização da medida socioeducativa a ser aplicada (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal) de acordo com os parâmetros específicos previstos nos artigos 112, § 1º, e 113, 99 e 100 do ECA. De acordo com esses dispositivos, o juiz deve considerar a capacidade de cumprimento da medida pelo adolescente, as circunstâncias e a gravidade da infração, as necessidades pedagógicas específicas do adolescente e deve dar preferência à aplicação de medidas em meio aberto.

E é justamente essa clara distinção entre os mecanismos sancionadores e os mecanismos protetivos de ação do Estado perante as crianças e os adolescentes a grande evolução da doutrina da proteção integral e a mudança da condição de objeto do direito para a de sujeito de direitos. Tal medida visava situar as situações de risco social e pessoal como uma responsabilidade partilhada entre o Estado, a família e a sociedade, e não mais como a culpabilização da própria criança ou do adolescente, vítima da violação.

> "Se não houver no plano do ordenamento infraconstitucional essa distinção nítida de campos, abre-se a porteira para que o Estado – a exemplo do que ocorria sob o paradigma menorista – implemente mecanismos de controle social de natureza tipicamente penal, disfarçando-os de proteção; e, portanto, necessariamente violando todo o sistema de garantias da cidadania que a humanidade levou séculos para fazer positivar nos ordenamentos." (MACHADO, 2006, p. 107.)

Sem embargo de todas as garantias trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é de se reconhecer que algumas de suas disposições ainda justificam a existência de confusão entre as ideias de proteção e de sanção.

5. Artigo 98, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069/90.

É, nesse aspecto, que João Batista Costa Saraiva (2006)[6] considera paradoxal o disposto na parte final do artigo 174, que autoriza a internação provisória do adolescente acusado de ato infracional para garantia da sua segurança pessoal. Segundo os princípios do Estado Democrático de Direito, é inconstitucional subtrair a liberdade de um indivíduo para protegê-lo, mormente quando existem mecanismos específicos destinados à proteção do jovem conforme disposto no art. 100 do ECA.

Pode-se dizer que a medida socioeducativa está inserida em um processo de criminalização, tal como a pena na justiça criminal, evidenciando uma longa distância entre os direitos reconhecidos no Estatuto e a realidade infantojuvenil brasileira. Nessa lógica, destaca-se que a inimputabilidade prevista no texto constitucional[7] dá-se no contexto do sistema de justiça penal comum, o que não significa dizer que os adolescentes não se responsabilizem pelos atos infracionais que praticarem. Todavia, a responsabilização acontece no âmbito de uma legislação e de um sistema de justiça especializados, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é incompatível com a punição e que lhes assegura proteção integral.

Em vista disso, no campo jurídico, doutrinadores divergem sobre a natureza das medidas socioeducativas. João Batista Costa Saraiva[8], Emilio García Méndez[9] e

6. "Nesse caso (do art. 174), ou estão presentes as condições ensejadoras da internação provisória em parâmetros semelhantes aos da prisão preventiva (operando com o art. 152 do Estatuto e 312 do CPP), ou não se pode decretar a privação de liberdade do adolescente. (...). Será mais uma vez o exercício do discurso do amor para perpetrar uma terrível injustiça: prender sob o pretexto de proteger." (SARAIVA, 2006, p. 182.)
7. Artigo 228 da Constituição Federal de 1988.
8. "Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema que pode ser definido como Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo." (SARAIVA, 2016, p. 98.)
9. "La construcción jurídica de la responsabilidad penal de los adolescentes en el ECA (de modo que fueran eventualmente sancionados solamente los actos típicos, antijurídicos y culpables y no los actos 'antisociales' definidos casuísticamente por el juez de menores), inspirada en los principios del derecho penal mínimo, constituyó una conquista y un avance extraordinario normativamente consagrado en el ECA. Sostener la existencia de una supuesta responsabilidad social como contrapuesta a la responsabilidad penal, no sólo contradice la letra del ECA (art. 103), sino que además constituye – por

Danielle Rinaldi Barbosa[10], entre outros, acreditam que, para proporcionar a plena garantia dos direitos individuais aos adolescentes em conflito com a lei, é necessário o reconhecimento formal do caráter eminentemente retributivo-punitivo das medidas socioeducativas, de forma a criar um Direito Penal Juvenil composto de garantias penais e processuais penais próprias constitucionalizadas.

A seu turno, Paulo Afonso Garrido de Paula[11], Murilo José Digiácomo e Ildeara Amorim Digiácomo[12], Mário Luiz Ramidoff e Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff[13] criticam a pretensão de ampliar as garantias do adolescente acusado de ato infracional por meio de um Direito Penal Juvenil, pois isso manteria a juventude como mero objeto de cuidados e não como sujeito de direitos.

É, todavia, incontroversa a percepção de que as conquistas do garantismo penal não são aplicadas aos adolescentes, ou seja, o conjunto dos princípios e das garantias materiais e processuais que freiam a intervenção do Estado na esfera de liberdade da pessoa capaz precisam ser reconhecidos no Direito Infracional.

---

lo menos objetivamente – una posición funcional a políticas represivas demagógicas e irracionales." (MÉNDEZ, 2006, p. 21.)

10. "De qualquer forma, não é possível imprimir natureza jurídica outra às medidas socioeducativas que não a penal." (BARBOSA, 2009, p. 51.)

11. [As medidas protetivas e as medidas socioeducativas] "estão inseridas em um sistema diverso, diferenciado do civil e do penal, representando consequências próprias de um ramo autônomo do nosso ordenamento jurídico." (PAULA, 2006, p. 34.)

12. "Importante destacar que esta terminologia própria não se trata de mero 'eufemismo', mas sim deve ser encarada com uma norma especial do Direito da Criança e do Adolescente, que com esta designação diferenciada procura enaltecer o caráter extrapenal da matéria, assim como do atendimento a ser prestado em especial ao adolescente em conflito com a lei." (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, p. 153.)

13. Ao invés disso, dever-se-ia reconhecê-los como direitos subjetivos de materialidade fundamental, quando não, a titularidade de tais direitos – não mais como meramente um objeto cognitivo – enquanto posição jurídica propriamente dita, por decorrer necessariamente daqueles direitos subjetivos, os quais, no mais das vezes, impõe o deslocamento do reconhecimento – respeito – para o próprio sujeito de direito enquanto ser ensinante, e não meramente como objeto de tutela. A pretendida guinada emancipatória, muito além de facultar oportunidade processual para a contradição de interesses, em verdade cria condições de possibilidade da própria essência do contraditório em si, vale dizer, a liberdade de participar efetivamente na construção de um provimento final, e não meramente discutir – dizer e contradizer – questões pontuais no desenvolvimento procedimental que, no mais das vezes, pode não passar de um singelo estágio organizacional limitado em si, quando não, desligado em essência do provimento a que se busca. (RAMIDOFF; RAMIDOFF, 2017, p. 52-53.)

O devido processo legal é uma garantia universal e incondicional, que incide em todo processo que possa afetar a liberdade ou o patrimônio de qualquer pessoa.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, contido nos limites do Estado Democrático de Direito, estabelece que as medidas socioeducativas só podem ser aplicadas mediante a prática de ato infracional, conceituado no seu artigo 103 de maneira expressa. Disso decorre que as decisões judiciais que impõem a adolescentes, pela prática infracional, medidas socioeducativas não prescindem de fundamentação adequada e congruente, estritamente vinculadas ao princípio da legalidade[14].

De acordo com uma linha de pensamento, de herança iluminista e utilitarista, a separação entre direito e moral e a secularização do Estado institui o nexo de causalidade entre ação e resultado. O mero pensar não é punível pois é impossível efetivar uma proibição dessa natureza. Não sendo os atos internos puníveis, não pode o Estado impor um modelo único de comportamento interno e de pensamento, de modo que o indivíduo é, necessariamente, livre para construir sua singular personalidade, cabendo à sociedade e à família dispor de meios (materiais e imateriais) para possibilitar essa formação.

A pretensão de reforma interior ou moral do adolescente é, nesse sentido, violenta e antidemocrática agressão ao direito de personalidade, devendo, na aplicação da lei, ser abandonadas quaisquer perspectivas de transformação subjetiva do adolescente, o que denota indesejável "ranço lambrosiano"[15]:

> "Para tanto, parafraseando Ferrajoli, a medida socioeducativa não pode pretender reeducar, nem deseducar, corrigir ou corromper, melhorar nem piorar o adolescente. Deve respeitar sua autonomia e somente impor restrições pessoais mediante o devido processo legal. O que se pretende construir de fato – as críticas são decorrentes da democracia –, é uma atuação na área de Infância e Juventude, especialmente em relação ao direito infracional, que respeite o adolescente em sua singularidade." (ROSA e LOPES, 2011, p. 42.)

De acordo com os autores, não se admite que autoritariamente se imponha um modelo de conduta social, de normatização (Foucault), haja vista que as

14. Luigi Ferrajoli (2002) desenvolve sua teoria garantista fundado no princípio da legalidade, que para ele se distingue entre "mera legalidade", tida como a reserva legal dirigida aos juízes para que apliquem a lei tal como foi formulada, e "estrita legalidade", dirigida aos legisladores para que não formulem "normas constitutivas", ou seja, normas que estabelecem somente regras de comportamento.

15. ROSA; LOPES, 2011, p. 43.

garantias processuais são garantidas pela Constituição e pela normativa aplicável aos atos infracionais, valores inafastáveis da Democracia Republicana.

O que se critica, pois, não são as finalidades pedagógicas que porventura venham a ser alcançadas na execução da medida, caso haja interesse do adolescente. Mas, antes de se falar no "dever-ser" do programa de atendimento que executa a medida, deve-se atentar que, sem uma sentença circunscrita aos princípios da legalidade, inexiste a legitimidade ética e jurídica para impor formas de restrição ou de privação de liberdade e até mesmo para perguntar ao jovem se ele precisa de alguma ajuda (KONZEN, 2006, p. 343).

O ECA elege diferentes eixos para a atenção socioeducativa (família, escolarização, profissionalização, pertencimento sociocomunitário, saúde, cultura, esporte, lazer). Nicácio (2012, p. 11) assevera que essa escolha, não por acaso, assinala "as diferentes esferas em que o adolescente infrator inscreve e matiza sua história individual, fruto do encontro entre a necessidade de trocas relacionais e os processos de diferenciação entre ele e seu meio".

Ainda que se reconheça a existência das condicionantes econômicas, sociais, étnicas, individuais, inclusive do próprio julgador, o sujeito concreto que se apresenta à Justiça, o adolescente, é um indivíduo que ostenta singularidades que impossibilitam um processo de responsabilização igual, ou mais gravoso do que o dos adultos, camuflado sob o "véu da (in)imputabilidade" (ROSA; LOPES, 2011, p. 321).

À vista disso, a partir da aplicação de uma sanção adstrita às garantias materiais e processuais e aos princípios constitucionais, deve-se manter um modelo de aplicação de medidas que atenda aos padrões formadores e educacionais, dentro da doutrina da proteção integral.

3. A aplicação das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade no CIA/BH

3.1. Considerações metodológicas e dados quantitativos das sentenças

Na elaboração deste artigo, foram analisadas 40 (quarenta) sentenças da Vara Infracional da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte durante 7 (sete) meses. O *corpus* de análise dessa pesquisa é constituído por sentenças proferidas entre novembro de 2016 e maio de 2017, das quais 20 (vinte) aplicaram medida socioeducativa de internação e 20 (vinte) aplicaram medida socioeducativa de semiliberdade.

A amostragem colhida foi retirada do caderno de sentenças da Secretaria da Vara Infracional de Belo Horizonte e tem caráter ilustrativo, uma vez que

não representa uma porcentagem significativa das sentenças proferidas no período selecionado. A metodologia de análise dessas sentenças é a de conteúdo[16], ou seja, o enfoque será na materialidade linguística dos dispositivos de sentença.

As sentenças que compõem o *corpus* dessa pesquisa estão protegidas por segredo de justiça. Dessa maneira, as citações de trechos destacados das sentenças que ilustram as categorias não têm referências segundo as normas de citação técnica científica. Além disso, todos os grifos das transcrições apresentadas são dos autores.

Inicialmente, é interessante informar que na Comarca de Belo Horizonte, a Vara Infracional da Infância e Juventude opera dentro do Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional de Belo Horizonte (CIA/BH), juntamente com outras instituições e órgãos (Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Subsecretaria do Estado de Atendimento das Medidas Socioeducativas e Núcleo de Atendimento às Medidas Socioeducativas e Protetivas da Prefeitura de Belo Horizonte).

O CIA/BH, inaugurado em 2008 em observância à diretriz da política de atendimento integrado prevista no artigo 88, inciso V, do ECA, operava, na época de realização dessa pesquisa, com uma juíza titular, Valéria da Silva Rodrigues, três juízes auxiliares[17], Andrea Mol Bessa, Afrânio José Fonseca Nardy e Júnia Maria Benevides de Souza Bueno, e diversos juízes plantonistas responsáveis pela realização de audiências.

Dados referentes ao CIA/BH, elaborados pelo Setor de Pesquisa Infracional (SEPI) em 2014, indicam que entre os anos de 2009 a 2012 foram concluídos em torno de 16.000 processos, dos quais 6,3% terminaram com a aplicação de semiliberdade e 4,3% terminaram com a aplicação de internação.

No que tange aos atos infracionais apurados nas sentenças analisadas, 52% delas tratavam de ato infracional análogo ao crime de roubo, 22% de ato infracional

16. A análise de conteúdo pode ser descrita como "[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos, sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção [...] destas mensagens" (BARDIN, 1977 apud CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 683).

17. Durante a realização desse trabalho, o Juiz de Direito André Luiz Tonello de Almeida deixou o CIA, sendo substituído pela Juíza Júnia Maria Benevides de Souza Bueno.

análogo ao crime de tráfico, 8% de ato infracional análogo ao crime de furto e 5% de ato infracional análogo ao crime de homicídio.

Em relação às sentenças que aplicaram a medida socioeducativa de semiliberdade, apuraram-se 8 (oito) atos infracionais análogos ao crime de roubo[18] (três simples, dois majorados pelo § 2º, incisos I e II, um majorado pelo inciso II, um majorado pelos incisos II e V e um simples tentado[19]); um ato infracional análogo a roubo majorado pelo § 2º, incisos I e II, em concurso material com receptação[20]; sete atos infracionais análogos a tráfico[21]; um ato infracional análogo a tráfico em concurso material com associação ao tráfico[22] e uso de armas[23] e três furtos[24] majorados pelo § 4º, inciso IV.

18. Código Penal: Art. 157. "Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º "A pena aumenta-se de um terço até metade: I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II – se há o concurso de duas ou mais pessoas; V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade".
19. Código Penal: Artigo 14, II: Art. 14 – "Diz-se o crime: II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente".
20. Código Penal: Art. 180. "Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa."
21. Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06): Art. 33. "Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa."
22. Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06): Art. 35. "Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa".
23. Lei de Armas (Lei 10.826/03): Art. 14. "Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".
24. Artigo 155, § 4º, inciso IV: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: § 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas."

Por sua vez, as sentenças que aplicaram a medida socioeducativa de internação referem-se aos seguintes atos infracionais: análogos a roubo, 13 (dois simples, um majorado pelo § 2º, inciso I, seis majorados pelo inciso II e quatro majorados pelos incisos I e II); análogos a tráfico, dois; um análogo a tráfico em concurso com porte ilegal de arma; análogos a homicídios qualificados[25], dois; análogo a roubo majorado pelos incisos I e II em concurso com tráfico, um; e análogo a homicídio tentado em concurso com crime de trânsito[26], um.

Destaca-se que dados referentes ao CIA/BH, elaborados pelo Setor de Pesquisa Infracional (SEPI) em 2014, indicam que nas apurações de ato infracional, o tráfico de drogas é o ato com maior ocorrência, 25%; seguidos do roubo, 15,5%; do uso de drogas, 11,5%; e do furto, com 8,8% dos casos. A incidência de ato análogo a homicídio representa 0,47%.

No que tange ao gênero dos adolescentes aos quais foram aplicadas as medidas socioeducativas analisadas, apenas um processo tinha como representada uma adolescente. É interessante salientar que dados coletados pelo Comissariado do CIA/BH, relativos ao mesmo ano de 2014, indicam que 12% dos jovens que deram entrada no Centro Integrado eram do sexo feminino (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2015, p. 04).

Quanto aos juízes que proferiram as sentenças analisadas, a tabela a seguir demonstra que houve certa paridade na representação dos magistrados. O fato de o juiz André Luiz Tonello de Almeida ter saído do CIA no mês de maio, sendo substituído pela juíza Júnia Benevides de Souza Bueno, pode explicar a pequena diferença entre o número de sentenças entre eles e os demais juízes.

25. Código Penal: Art. 121. "Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. § 2° Se o homicídio é cometido: I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe: Pena – reclusão, de doze a trinta anos".

26. Código de Trânsito Brasileiro: Art. 306. "Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor." Art. 309. "Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

Tabela 1 – Sentenças por juiz/juíza sentenciante

Juiz/Juíza	Semiliberdade	Internação	Total
Valéria da Silva Rodrigues	6	5	11
Afrânio José Fonseca Nardy	6	4	10
Andrea Mol Bessa	3	5	8
André Luiz Tonello de Almeida	2	4	6
Júnia Maria Benevides de Souza Bueno	3	2	5

Fonte: Elaborado pelos autores.

Analisando o tempo decorrido entre a prática do ato infracional e a prolação da sentença, é interessante notar que a maioria dos processos teve tramitação ágil, sendo que a mais célere foi uma sentença de internação proferida 24 dias posteriormente à prática do ato infracional. Já a sentença mais demorada foi proferida em 14.12.2016 e aplicou uma semiliberdade depois de, aproximadamente, 11 meses do fato (29.01.2016).

O intervalo de tempo entre a data do ato infracional e a data da sentença foi de 0 a 45 dias em 60% das sentenças; de 45 a 60 dias em 17%; de 61 dias a 180 dias em 15%; e de seis meses a um ano em 8% das sentenças.

Percebe-se que o modelo de Sistema Integrado em funcionamento no CIA/BH traz resultados positivos para os adolescentes que estão acautelados provisoriamente, pois o prazo de 45 dias, do artigo 183[27] do ECA, foi respeitado em 24 das 31 sentenças com acautelamento provisório. A integração operacional de órgãos do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria, da Segurança Pública e da Assistência Social em um mesmo local demonstrou utilidade para agilizar os procedimentos e evitar que se perca a relação de causalidade temporal entre o fato ilícito praticado e sua consequente responsabilização.

No entanto, não obstante a importância da integração operacional, dela pode decorrer uma cobrança ainda maior por eficiência e agilidade, fatores que também têm seu lado negativo na construção de um processo democrático, em que o respeito ao contraditório e à ampla defesa são imprescindíveis à sua validade e legitimidade.

Foi constatada a existência de sentenças idênticas, em que apenas o nome do adolescente foi alterado, denotando uma indevida padronização decisória.

27. Art. 183. "O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias."

Muitas vezes, as sentenças apresentavam erros de digitação, utilizando o pronome feminino para casos relacionados a adolescentes masculinos, ou artigos no plural, quando, em verdade, deveriam estar no singular por serem processos unipessoais. A padronização e a repetitividade dos dispositivos das sentenças analisadas permitem afirmar que há precariedade da individualização das medidas socioeducativas aplicadas nos processos analisados.

O ECA prevê que, havendo provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ao aplicar uma medida socioeducativa, a autoridade competente levará em conta: as circunstâncias da infração, a gravidade da infração e a capacidade de cumprimento da medida.

De modo unânime, as 40 sentenças analisadas dividem-se em duas partes: a primeira, na qual se discute a autoria e a materialidade dos fatos, ou seja, o nexo de causalidade, que não foi objeto de análise nessa pesquisa; e a segunda em que se delibera a respeito da medida socioeducativa a ser aplicada.

Os resultados apresentados são o produto da análise de conteúdo. Os argumentos encontrados nos dispositivos das sentenças analisadas foram categorizados da seguinte forma:

I – argumentos sobre a gravidade e circunstâncias da infração;

II – argumentos sobre a capacidade de cumprimento da medida socioeducativa;

III – argumentos sobre a natureza da medida socioeducativa; e

IV – argumentos sobre as finalidades almejadas com a aplicação da medida socioeducativa.

3.2. Gravidade e circunstâncias da infração

Quanto à gravidade da infração, todos os dispositivos de sentença analisados continham uma ou duas frases genéricas, a depender do ato praticado, sobre a gravidade abstrata da conduta, isto é, os motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão como:

> "Sob o aspecto objetivo, o tráfico de drogas constitui conduta grave por colocar em risco a situação pessoal do jovem infrator e atentar contra a ordem pública."
> "Analisando o ato infracional, tem-se que o roubo constitui conduta grave pois, além de atentar contra o patrimônio, atinge a integridade física de outrem, vez que é praticado mediante grave ameaça contra pessoa."
> "A tentativa de homicídio e o homicídio constituem condutas gravíssimas, por atentar contra o bem maior da pessoa humana: a vida."

Igualmente genéricos eram os fundamentos das sentenças relacionados às circunstâncias da infração. A maioria das sentenças (17) considerou que as circunstâncias da infração eram as mesmas do tipo penal, não havendo qualquer valoração em detrimento ou a favor do representado. Em outras 13 sentenças, os dispositivos faziam uma mera narrativa das circunstâncias do ato infracional praticado sem ponderar aqueles fatos à luz das suas circunstâncias concretas:

> "Extrai-se dos autos que no caso em apreço, o ato infracional foi praticado com nítida divisão de tarefas, para garantir o sucesso da empreitada."
> "Extrai-se dos autos que o adolescente portava e guardava drogas com finalidade mercantil, além de trazer consigo quantia em dinheiro proveniente da atividade ilícita."
> "No caso em tela, o representado, na companhia de um imputável, subtraiu três pares de chinelo dentro de um supermercado."

Destacam-se, ainda, duas sentenças que mencionaram atenuantes, agravantes, minorantes e majorantes específicas na fixação de penas de acordo com o Código Penal Brasileiro, mas impróprias para a estipulação da medida socioeducativa:

> "Em relação às circunstâncias da infração, embora reconheça a atenuante da confissão espontânea, pesa em desfavor do adolescente o fato de o ato ter sido praticado por motivo torpe e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima."
> "Extrai-se dos autos que M. ceifou a vida da vítima por motivo torpe, consistente em desentendimento entre eles relacionado a roubo que pretendiam praticar juntos."

Não foi possível encontrar uniformidade sobre as circunstâncias da infração e de que modo elas influíram na aplicação da medida socioeducativa, restando clara a ausência de critérios de dosimetria.

3.3. Capacidade de cumprimento da medida socioeducativa

Ao abordar a capacidade de cumprimento da medida socioeducativa, critério previsto no artigo 112, § 1º, do ECA, os juízes apresentam o que eles chamam de dados "psicossociais" do adolescente, trazidos aos autos, na maioria das vezes, pelos relatórios técnicos das unidades de acautelamento provisório, para os casos em que o adolescente permaneceu privado de sua liberdade.

Os dados que mais aparecem estão relacionados aos seguintes fatos: se houve aplicação e se houve (des)cumprimento de medida anterior; com quem o

adolescente reside; se o adolescente está estudando ou trabalhando; e se o adolescente faz uso de drogas lícitas e ilícitas.

Em dez sentenças, das quais quatro de semiliberdade e seis de internação, depois de relatarem sobre os dados "psicossociais", o seguinte argumento foi empregado:

> "Está claro pelo contexto acima exposto ['está em descumprimento de medida anterior'; 'trabalha informalmente fazendo bicos'; 'não estuda'; 'faz uso esporádico de maconha'; 'tem 15 anos e tem um filho'; 'cursou até a 5ª série'; 'pais alcoolistas'; 'vive em situação de extrema vulnerabilidade'; 'permanece muito tempo nas ruas usando drogas'; 'há cinco anos encontra-se evadido da escola'] que a aplicação de nova medida socioeducativa em meio aberto não se mostrará suficiente para ressocialização deste adolescente, uma vez que tal medida exige autodisciplina e senso de responsabilidade, o que o representado não demonstra possuir."

Segundo essa linha argumentativa, ou se está ignorando o contexto social do jovem apresentado nos autos, de forma que, ao mencionar o "contexto acima exposto", leva-se em consideração apenas o descumprimento de medida, ou se está considerando que vivência em situação de rua, trabalho informal, descendência de pais alcoolistas etc. são sinais de falta de "autodisciplina" e "senso de responsabilidade".

De toda forma, havendo menção a qualquer violação de direitos do adolescente, era de se esperar que o magistrado aplicasse, conforme prevê o ECA, uma medida protetiva, o que não foi o caso. Logo, para o adolescente que "há cinco anos encontra-se evadido da escola", o ECA assegura a medida protetiva de matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental (art. 101, III), para o adolescente que "vive em situação de extrema vulnerabilidade"; o ECA possibilita a inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família (art. 101, IV). E isso se aplica a todas as violações de direitos mencionadas nas sentenças, até porque o rol de medidas protetivas do artigo 101 não é taxativo.

Ainda foi possível encontrar, nas sentenças que aplicaram internação, argumentos que apresentavam o adolescente como inadequado ao convívio social, inapto a gozar de liberdade, o que permite, tendo em vista as situações de risco que se supõe que ele imprima a si e à sociedade, impor-lhe a medida mais gravosa.

> "O representado *não está apto a gozar da plena liberdade*, posta a gravidade dos atos praticados e o *risco que demonstra oferecer a si mesmo e à sociedade*, por meio desse tipo de conduta."
> "A reiteração em ações típicas e antijurídicas já nos dá a dimensão da sua *completa inadequação para o convívio em família e sociedade."*
> "Considerando a gravidade da conduta, o insucesso das providências levadas a efeito até então junto ao representado e sua *incapacidade de gozar da plena liberdade sem trazer riscos a terceiros,* entendo adequada a aplicação da medida de semiliberdade."

Notamos com clareza o estigma que incide sobre o adolescente em conflito com a lei e, assim, reitera-se ao mesmo tempo que se constrói a imagem do inimigo, sem situar como a produção da violência decorre de fatores de ordem objetiva e subjetiva, numa produção de identidade em que ambos os aspectos se conectam (TEIXEIRA, 2004, p. 103, *apud* SEGALIN, 2008, p. 76).

Também se destacam os argumentos que sugerem que o adolescente faz uma opção pela prática infracional e que, ao reiterar, está demonstrando desrespeito e indiferença às boas oportunidades ofertadas pelo Estado por meio das medidas socioeducativas anteriores.

> "O adolescente já recebeu medida socioeducativa anterior, mas continua envolvendo-se em práticas infracionais, demonstrando que *não está se implicando com os objetivos das medidas socioeducativas."*
> "Embora o adolescente tenha recebido *oportunidade* através de medida socioeducativa em meio aberto, a fim de desviar-se da trajetória infracional, *permaneceu na prática delituosa*, em franco desrespeito às determinações judiciais."
> "Entendo que o representado não apresenta condições de cumprir medida em meio totalmente aberto como requerido pela Defesa, [...] já que *sua resposta às medidas anteriormente aplicadas foi a indiferença,* mantendo-se na prática de ato infracional."
> *"O adolescente mostrou total banalização ao seu processo ressocializador,* já que não iniciou o cumprimento da medida aplicada, bem como voltou a praticar ato infracional."
> "Restou evidenciado *total desinteresse do adolescente em seu processo socioeducativo e na construção de projetos de vida,* além do comprometimento crescente com o mundo infracional."

Parece haver nesses argumentos encontrados nas sentenças uma simplificação da complexidade que envolve a prática de um ato infracional, em que se retira do discurso sentenciante as condicionais econômicas, sociais, étnicas e individuais que compõem a questão.

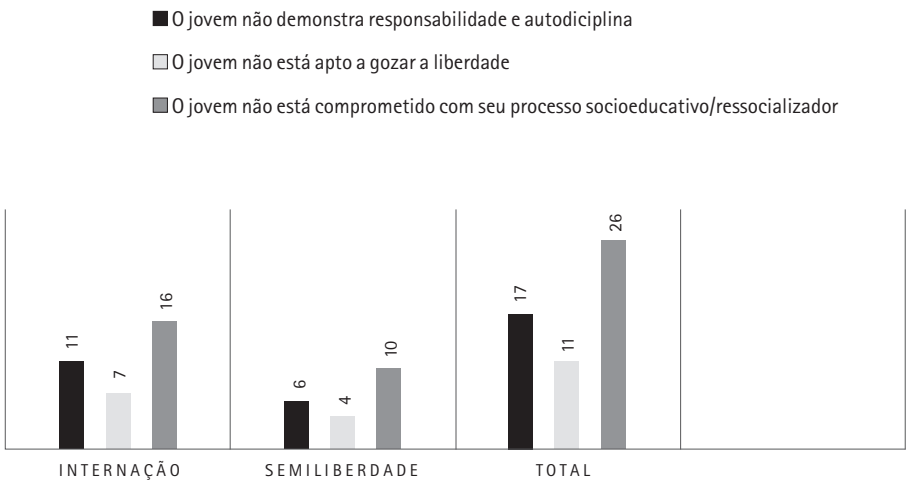
Fialho (2016) ressalta que atrelar a prática de uma conduta ilícita à simples opção do autor é incompatível com a realidade da maioria dos adolescentes acusados de ato infracional, os quais carecem das políticas sociais mais básicas e de alternativas que os afastem do contexto de invisibilidade social. A Constituição da República, art. 227, assegura aos adolescentes proteção quanto a qualquer tipo de negligência, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de protegê-los, inclusive, do risco de incorrerem em ilícitos caracterizados como atos infracionais. Se os praticam, o dever constitucional de proteção integral foi negligenciado.

Além disso, o reiterado descumprimento das medidas anteriores, ao invés de ser um indicativo da possível inadequação do funcionamento do sistema socioeducativo para os jovens, é, ao contrário, interpretado como a inadequação dos jovens ao sistema. Nas sentenças que aplicaram internação, há ainda outros argumentos recorrentes que tratam de maneira similar a implicação do jovem com a criminalidade e o seu *desinteresse* com o processo socioeducativo.

> "O representado *não se responsabiliza subjetivamente diante das inúmeras oportunidades que lhe foram dadas de ressocialização* por meio das intervenções judiciais."
> "A resposta do representado quanto às medidas anteriormente impostas foi a *indiferença,* posto que insistiu em manter-se na prática infracional."
> "Trata-se de jovem inserido na criminalidade, que *se mostrou indiferente às chances que lhe foram dadas de recuperar-se* através de medida em meio aberto."
> "A despeito das *oportunidades anteriores de ressocialização*, incluindo as medidas mais gravosas de semiliberdade e internação, ele se mantém vinculado à criminalidade, com prática reiterada de atos graves, como o presente."
> "O adolescente continua se envolvendo em práticas infracionais, demonstrando que não está implicado com os objetivos das medidas socioeducativas."
> "Resultaria inadequada e até mesmo inútil a aplicação de medida menos rigorosa que a internação, porque *patente a condição de representado extremamente inserido em processo de marginalização, não demonstrando nenhum arrependimento* ou intenção de afastar-se da criminalidade."

No gráfico a seguir, estão relacionados esses argumentos conforme sua frequência, ressaltando que nas sentenças em que um mesmo argumento apareceu empregado de forma distinta, ele foi contabilizado mais de uma vez.

Figura 1 – Recorrência de argumentos sobre a capacidade de cumprimento da medida socioeducativa aplicada



Fonte: Elaborado pelos autores.

Conforme se vê, nas sentenças que aplicam medida de internação, os argumentos que tratam da (in)capacidade de cumprimento da medida socioeducativa parecem ser mais recorrentes do que nas sentenças que aplicam medida de semiliberdade. Em termos percentuais, 63% de tais argumentos apareceram nas sentenças de internação.

Vemos que na esfera penal apenas a realização culpável do tipo pode ser punida, sendo ilícito que se recorra à culpabilidade pela condução da vida para fundamentar a pena. Escapa-se assim de um direito penal do autor, pois, como reforça Claus Roxin (2003), a culpabilidade serve ao indivíduo que estaria mais suscetível aos abusos do excesso punitivo se não houvesse uma limitação empírica das necessidades preventivas da pena.

Nas sentenças analisadas, o que ocorre apenas é a culpabilidade pela condução da vida para fundamentar a aplicação da medida socioeducativa em meio fechado, tudo enquadrado no requisito da "capacidade de cumprimento da medida socioeducativa".

Cumpre também destacar que uma única sentença, dentro do total analisado, aplicou medida protetiva, cumulada com a medida socioeducativa de internação. O caso versava sobre ato infracional análogo a roubo simples (art. 157, *caput*, do CP) em que a magistrada relatou que o jovem de 17 anos:

> "[...] mora com a companheira e possui dois filhos. Apresenta *histórico de permanência em instituições de acolhimento, trajetória de rua,* cumprimento de medida socioeducativa de internação e tentativas de internação compulsória no CEPAI[28]. Os *vínculos afetivos com a genitora, que mora no município de Caeté, são muito frágeis* [...] apresenta *quadro psíquico grave* e em razão disso teve extintas as medidas socioeducativas anteriormente aplicadas, por incapacidade de cumpri-las."

Ao final, a sentença concluiu:

> "Levando em conta o *comprovado quadro de sofrimento mental* de que padece o adolescente, é adequada *também* a aplicação da *medida protetiva* de encaminhamento para tratamento psicológico/psiquiátrico em regime ambulatorial, a ser cumprida no CERSAMI."[29]

No que diz respeito aos fundamentos da imposição de medida de internação, os fundamentos não destoam das demais.

É, aliás, juridicamente questionável a possibilidade de aplicação de medida de internação, ainda que cumulada com medida protetiva, quando se trata de um jovem que apresenta um "quadro psíquico grave" que tenha levado à extinção das medidas socioeducativas anteriormente aplicadas a ele.

3.4. Natureza da medida socioeducativa

Nos dispositivos das sentenças analisadas, tanto nas que aplicaram semiliberdade quanto nas que aplicaram internação, argumentos que visavam esclarecer a natureza das medidas socioeducativas fizeram-se presentes para descrever seu caráter pedagógico e sua finalidade educativa.

Sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas, em 31 das sentenças analisadas constava um dos seguintes argumentos:

> "As medidas previstas na Lei 8.069/90 *não contêm caráter eminentemente repressor,* mas buscam compatibilizar o sancionamento à conduta indesejada, com a proteção aos interesses da pessoa com personalidade ainda em formação."

28. Centro Psíquico de Adolescência e Infância.
29. Centro de Referência em Saúde Mental Infantojuvenil.

> "É sabido que as medidas socioeducativas *são mecanismos de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivos em sua forma*. Não obstante o fato de elas terem natureza sancionatória não quer dizer que tenham fim de punição."

Nos argumentos anteriormente apresentados, o caráter retributivo, de sancionamento da conduta, não estão ocultos, mas ressalta-se que a condição especial da pessoa em desenvolvimento deve ser compatibilizada com esse caráter.

Quatro sentenças que aplicaram a medida de internação utilizaram os seguintes argumentos:

> "*A medida socioeducativa de internação*, ao contrário do que entende a defesa, *tem escopo pedagógico*, na tentativa de *reverter o processo de marginalização* em que se encontra o representado, preservados os direitos estatuídos no art. 123, parágrafo único e art. 124, ambos do ECA."

O escopo pedagógico da medida de internação foi ressaltado, sem referência ao caráter retributivo da restrição da liberdade. Resta evidente que negar o caráter sancionatório da medida implica um retorno aos paradigmas da doutrina menorista por permitir que a responsabilização dos jovens continue a se fundar em balizas tutelares.

3.5. Finalidade almejada com a aplicação da medida socioeducativa

Os dispositivos das sentenças analisadas dedicam a maior parte do tempo a argumentos que tratam da finalidade almejada com a aplicação da medida socioeducativa aplicada. Dessa maneira, os argumentos dessa categoria foram subdivididos do seguinte modo: I – finalidade de enquadramento aos valores sociais; II – finalidade de reintegração social/ressocialização; III – finalidade de afastamento da sociedade nociva; e IV – finalidade de estabelecimento da normalidade psíquica.

3.5.1. Enquadramento aos valores sociais

Nas sentenças analisadas, a finalidade de enquadramento social do adolescente aparece de diversas formas, indicando uma aproximação com o que a doutrina chama de funções preventivas da pena[30].

30. Nas doutrinas da prevenção geral a justificativa da pena encontra-se na integração disciplinar do condenado com a sociedade, na reafirmação dos valores jurídicos lesados

No caso das sentenças que aplicaram medida socioeducativa de semiliberdade, destacaram-se os fundamentos seguintes:

> "Trata-se de intervenção que implica a possibilidade de realização de atividades externas, como frequência às aulas e às atividades profissionalizantes. Tais condições possibilitarão a *recuperação* do representado, pois lhe proporcionarão uma *compreensão de limites e valores adequados para convivência social*."
> "No regime semiaberto o adolescente se submete à autoridade institucional do Estado, que não lhe tolhe totalmente a liberdade, mas trabalha de forma mais enérgica [...] com a *finalidade de incutir neste adolescente os valores aceitos pela sociedade*."

Já nas sentenças que aplicaram medida socioeducativa de internação, os argumentos mais proeminentes foram os seguintes:

> "Uma medida em meio aberto ou semiaberto não apresentará o esperado *projeto de construção de uma vida digna* pelo representado *de acordo com as normas sociais*."
> "Está autorizada a aplicação da medida socioeducativa de internação por se mostrar a mais adequada e necessária para o adolescente, com o *objetivo de reeducá-lo, a fim de que possa continuar a viver em sociedade*."
> "Embora reconheça o caráter excepcional da medida de internação, revela-se oportuna e necessária à *reeducação* e *recuperação* deste jovem, *como único e último meio disponível para retirá-lo do processo de marginalização no qual se inseriu, a fim de que possa traçar outra trajetória para sua vida*."

Esses fundamentos impõem ao adolescente a necessidade de recuperação e reeducação, para que possa aprender a viver em conformidade com os valores morais da sociedade. Porém, o questionamento que se faz é se isso não seria uma visão

(prevenção geral positiva) ou na intimidação da prática delitiva por meio do exemplo da punição ou da ameaça legislativa (prevenção geral negativa). Já seguindo as justificativas da pena que se pautam pelo viés da prevenção especial, cria-se uma confusão entre direito e moral, afetando as concepções do delito e da pena, que passa a ser tida como instrumento benéfico de reabilitação do condenado (no caso da prevenção especial positiva/correção) ou como um instrumento de neutralização dos efeitos nocivos do condenado perante o corpo social (no caso da prevenção especial negativa/incapacitação). Nesse aspecto, Ferrajoli (2002, p. 213) aponta que as fundamentações da sanção estatais em finalidades preventivas da pena revelam, em sua maior parte, uma incongruência entre os custos trazidos pela pena e as utilidades trazidas pela pena, não podendo os primeiros serem justificados pelas segundas.

normalizadora, moralista, de formação de um adolescente "chapa branca" que não é aquele que se apresenta na justiça, cabendo citar Rosa e Lopes (2011, p. 141) quando dizem que "a cruzada pela salvação moral é estranha à democracia".

> "Após o ato infracional] organiza-se uma cruzada pela salvação moral do adolescente. A função materna acaba sendo incorporada pela Justiça da Infância e Juventude brasileira. Assim, lotados de boas intenções, claro, o juiz, o promotor de justiça, os advogados, a equipe interprofissional, todos, buscam agarrar o cajado e indicar o caminho da redenção ortopedicamente [...]." (ROSA; LOPES, 2011, p. 139.)

Ainda, dentro dessa categoria, é possível incluir o argumento a seguir apresentado, encontrado em seis das 20 sentenças que aplicaram semiliberdade, que guarda semelhanças, inclusive linguísticas, com a doutrina menorista.

> "Como o próprio nome indica, [a semiliberdade] é um dos *tratamentos tutelares* realizados, na maioria das vezes, em meio praticamente aberto, implicando a possibilidade de realização de atividades externas, como frequências às aulas e às atividades profissionalizantes. No recolhimento noturno ao *local adequado para custódia, o menor deverá receber acompanhamento, auxílio e orientação que lhe possibilitem a total recuperação."*

A construção de um discurso de que as casas de semiliberdade e internação são locais de custódia, acompanhamento, orientação e recuperação é muito semelhante à construção dos discursos sobre as extintas FUNABEMs (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), demonstrando resquícios de uma percepção tutelar, protetiva da medida socioeducativa e de pouco resultado prático. Inútil, pois, a previsão de uma medida protetiva de orientação, apoio e acompanhamento temporário (art. 101, II, do ECA), quando esses fins são justificados por meio da medida socioeducativa de semiliberdade.

3.5.2. Reintegração/ressocialização do adolescente

A integração social do adolescente é um dos objetivos da execução da medida socioeducativa previsto na Lei do SINASE (artigo 1º, § 2º), de modo que sua menção foi comum nas fundamentações das sentenças analisadas. Entende-se esse objetivo, em comunhão com os demais, como a necessidade de apresentar ao adolescente, na execução da sua medida, a rede social, como um mecanismo ao qual ele pode recorrer e na qual ele pode encontrar possibilidades que vão na direção da construção de um laço social.

No entanto, os argumentos encontrados nas sentenças analisadas que tratam da reintegração parecem estar mais próximos de uma noção da prevenção especial positiva da pena, apresentando a medida socioeducativa como a melhor forma de reintegração e ignorando os efeitos que a restrição da liberdade causa nos jovens. Em algumas sentenças que aplicam a medida socioeducativa de internação, os magistrados chegam a argumentar que a aplicação da medida privativa de liberdade é a forma mais adequada e necessária, quando não a única, de ressocializar o adolescente à comunidade e à família:

> "O caráter excepcional da medida socioeducativa de internação permite sua aplicação justamente nos casos em que as circunstâncias concretas demonstram ser ela *a única forma de ressocialização do adolescente*, tal qual ocorre no caso em exame."
> "Entendo estar autorizada a aplicação de medida de internação, por se mostrar *a mais adequada e necessária para sua reintegração à sociedade e à família*, que é o objetivo primordial de todas as medidas que se aplicam aos adolescentes que cometem ato infracional.".

Essa distorção parece ser levada ao extremo quando em duas sentenças foi encontrada a seguinte fundamentação: "Ademais, a medida de semiliberdade é de *alto valor terapêutico* e bastante eficaz quanto à *integração sociofamiliar e convivência com a comunidade* permitindo a escolarização e a profissionalização."

Mesmo se as condições de acolhimento das casas de semiliberdade da capital mineira fossem absolutamente humanizadas, a afirmação de que a aplicação de uma medida restritiva de liberdade "é de alto valor terapêutico" parece, novamente, retroceder aos princípios do menorismo do século XX, quando se considerava a intervenção do Estado um ato de tratamento psicossocial do *menor delinquente*.

3.5.3. Enquadramento psíquico

Nessa categoria, apenas um argumento foi encontrado, mas, em razão de sua recorrência e importância, é oportuno destacá-lo. Em mais de 50% do *corpus* (em 13 das 20 sentenças que aplicaram internação e em 9 das 20 sentenças que aplicaram semiliberdade) esteve presente o argumento apresentado a seguir: "Atento às diretrizes traçadas pelo artigo 112, § 1º da Lei Federal nº 8.069/90, passo a aplicação da medida socioeducativa necessária para o pronto reestabelecimento da normalidade psíquica e social."

Curioso notar que a única sentença que fez menção ao quadro psíquico do adolescente – mencionada anteriormente como a única em que foi aplicada medida protetiva de tratamento psicológico/psiquiátrico – não utilizou o argumento

do "reestabelecimento da normalidade psíquica". É evidente, portanto, que essa normalidade não está relacionada a um quadro de saúde mental ou psíquica do jovem. Infere-se com esse argumento que os adolescentes que praticam ato infracional estão em situação de anormalidade psíquica, reforçando a seletividade e a estigmatização do nosso sistema de justiça infantojuvenil.

3.5.4. Afastamento da sociedade nociva

Neste grupo argumentativo, a proteção física do jovem é trazida à baila. Por meio da medida socioeducativa, afasta-se o adolescente do meio que expõe sua integridade física a perigo. Dizem os julgadores:

> "Entendo adequada a aplicação da medida de semiliberdade até mesmo para a própria formação do representado, *retirando-o temporariamente do meio nocivo em que se encontra."*
> "Aplicar medida em meio aberto, conforme pretendido pela Defesa, além de inócuo, seria uma forma de *devolver o infrator, novamente, aos braços da criminalidade,* colocando em *situação de risco* não apenas o próprio adolescente, mas também, toda sociedade."

É interessante notar como o argumento da proteção física do adolescente mediante a restrição da sua liberdade serve até mesmo para justificar a questionável ausência de efeito suspensivo do recurso interposto contra a sentença infracional. Mesmo em casos que o adolescente tenha respondido o processo em liberdade, ele deverá iniciar o cumprimento da medida de pronto, o que ocorreu em 37 das 40 sentenças analisadas com a seguinte motivação:

> "Considerando que a intervenção socioeducativa é providência que se impõe de imediato, visto o *contexto de risco em que o adolescente se encontra,* não há como se postergar o início da execução até o trânsito em julgado desta decisão."

E, nesse sentido, cumpre apontar que o Conjunto da Normativa Internacional (Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança[31], Regras de Beijing[32]

31. Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, artigo 37, *b*: nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período que for apropriado;

32. Regras de Beijing: "19.1 A internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível."

e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade[33]) é uníssono em reconhecer que a privação de liberdade de um jovem deverá ser decidida apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo possível, tendo em vista a gravidade da sanção.

É possível ainda afirmar que, de modo geral, as sentenças analisadas traziam em seus dispositivos argumentos indicadores de uma percepção paternalista da função judicial ao aplicar a medida socioeducativa. Essa afirmativa confirma-se quando se faz referência à postura do jovem que "reclama do Estado postura mais enérgica" ou quando se alega que o adolescente "necessita de atenção maior do Estado em seu processo de ressocialização". Em alguns momentos, a fundamentação é quase como um castigo paternal, revestido, inclusive de ameaças:

> "A adoção de medida extrema visa mostrar aos adolescentes, de forma veemente, a censura social que repousa sobre o comportamento que vem desenvolvendo, *convidando-os a uma profunda reflexão* sobre seus atos e proporcionando-lhes assistência social e pedagógica para que aprendam a respeitar o direito dos seus semelhantes e, *se não modificarem suas condutas, poderão, brevemente, tornar-se inquilinos do sistema penitenciário estatal.*"

O necessário enquadramento aos valores sociais foi igualmente recorrente nas medidas socioeducativas de internação (encontrados 45 vezes) e de semiliberdade (encontrados 46 vezes). A necessidade de restabelecer a normalidade psíquica esteve presente em 9 das sentenças de semiliberdade e em 13 das de internação.

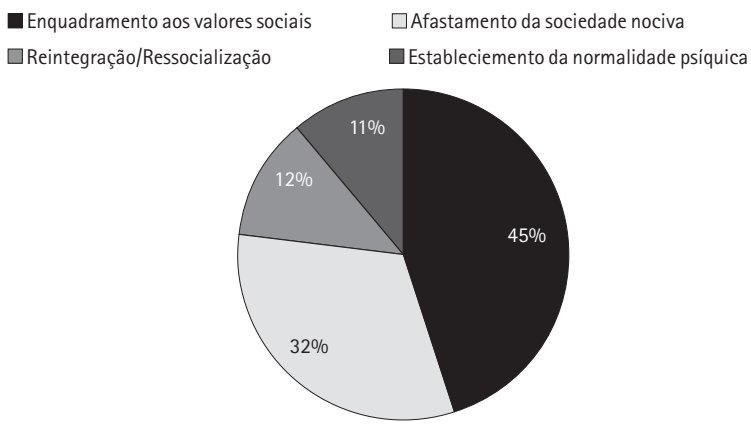
O afastamento da sociedade nociva é motivação insistentemente recorrente; foram encontradas 41 menções a ele nas sentenças de semiliberdade e 23 vezes nas sentenças de internação. O caráter de reintegração/ressocialização

33. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade: "2. Só se poderá privar de liberdade os jovens de acordo com os princípios e procedimentos estabelecidos nas presentes Regras, assim como nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing). A privação de liberdade de um jovem deverá ser decidida apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo possível. Deverá ser limitada a casos excepcionais, por exemplo, como efeito de cumprimento de uma sentença depois da condenação, para os tipos mais graves de delitos, e tendo presente, devidamente, todas as circunstâncias e condições do caso. A duração máxima da punição deve ser determinada pela autoridade judicial antes que o jovem seja privado de sua liberdade. Não se deve deter ou prender os jovens sem que nenhuma acusação tenha sido formulada contra eles." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990.) (*sic*)

da sentença foi encontrado 7 vezes nas sentenças de semiliberdade e 16 vezes nas sentenças de internação. Ao contrário do que se poderia supor, o raciocínio demonstrado no *corpus* analisado é de que a privação parcial da liberdade foi justificada mais vezes como forma de afastar o jovem da sociedade nociva, ao passo que a restrição completa da liberdade foi fundamentada preponderantemente na finalidade de reintegração do adolescente a essa mesma sociedade.

Em termos percentuais, o gráfico a seguir demonstra a recorrência dos tipos de argumentos sobre a finalidade almejada com a medida socioeducativa, encontrados nas 40 sentenças.

Figura 2 – Porcentagem dos argumentos da finalidade da medida socioeducativa



Fonte: elaborado pelos autores.

A fundamentação da escolha da medida socioeducativa nas peças analisadas não apenas carece de individualização, como também de melhor vinculação aos parâmetros do ECA. Ao invés de se debruçar sobre as necessidades pedagógicas específicas do adolescente e as circunstâncias da infração, o principal esforço argumentativo dos sentenciantes, quantitativamente, foi justificar a internação e a semiliberdade através dos seus fins.

Todavia, ao exigir que o adolescente aceite ter sua liberdade restrita ou privada para se enquadrar à sociedade, o Estado talvez esteja esquecendo que a promessa da *vida digna* e da *redenção* é quase sempre inalcançável em um sistema jurídico que ainda é seletivo. Os jovens, possivelmente, continuarão traçando seus projetos de vida, periféricos e marginais, relembrando aos atores jurídicos que o Direito não detém o domínio do controle social.

4. Considerações finais

O caminho para alcançar os marcos legislativos que compõem a doutrina da proteção integral foi e continua sendo árduo e longo. A amostragem de 40 sentenças da Vara Infracional do Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional de Belo Horizonte (CIA/BH) evidenciou que não são poucos os impasses a serem superados pelo Direito Infracional.

A visão normatizante, higienista e tutelar da juventude, comumente encontrada nas sentenças proferidas pela Justiça, soma-se à inconsistência de critérios balizadores do poder sancionador estatal, que se arvora em detrimento da aplicação das medidas protetivas e da materialização de intervenções consistentes e promotoras do desenvolvimento dos adolescentes.

As sentenças que aplicaram medida de internação ao se autoproclamarem de caráter pedagógico e as que aplicaram medidas de semiliberdade terapêuticas deturpam as reais finalidades pedagógicas previstas no ECA e na Lei do SINASE. Tais finalidades não constituem uma qualidade ou propriedade teológica para imposição da medida, mas sim uma qualidade *do programa* de atendimento que executa a medida, até porque as próprias normativas internacionais assim determinam.

É imperativo ao sistema da doutrina da proteção integral que, mesmo aos jovens com restrição ou privação de sua liberdade, se oportunize desenvolverem suas competências de aprendizagem nos pilares educacionais, relacionais, produtivos e cognitivos.

A incompreensão do propósito do que efetivamente sejam as medidas socioeducativas de internação ou semiliberdade ficou evidenciada nos fundamentos de que possibilitarão ao adolescente se "adequar aos padrões sociais de convivência pacífica" e "construir um projeto de vida digna de acordo com as normas sociais", "reeducando-se" e "recuperando-se". O mesmo se aplica quando se impõe a internação ou a semiliberdade ao jovem em virtude da imperiosa necessidade de afastamento do meio marginal, nocivo, que coloca a sua vida em risco, para que, sem liberdade, ele possa se reintegrar à sociedade que é boa e justa.

Parece cristalina a incoerência de um argumento que valoriza a medida socioeducativa como uma boa oportunidade, quando se observa que provavelmente boas oportunidades, educacionais, financeiras, de moradia, de lazer, antecedentemente à infração, não foram ofertadas.

O abandono das pretensões de reforma subjetiva do adolescente advém também da superação do binômio "crime-criminoso", da consideração da realidade desigual e violenta em que os indivíduos estão inseridos. Não é isso que ocorre

quando o contexto social do jovem que está evadido da escola, que tem filhos, que tem um trabalho informal, é usado como fundamento para afastar a possibilidade de aplicação de uma medida socioeducativa em meio aberto. Assim, a juventude permanece dividida em duas categorias: uma composta por jovens sujeitos de direitos e a outra, tratada neste artigo, composta por aqueles que não demonstram "autodisciplina e senso de responsabilidade" ou que "não estão aptos a gozar da plena liberdade" ou, ainda, que "banalizam a construção de projetos de vida".

Parece acertado dizer que esse maniqueísmo obstaculiza, inclusive, a proteção e a concretização dos direitos desses jovens ameaçados. Viu-se nas sentenças analisadas a descrição das mais variadas violações de direitos fundamentais, tais como trajetória de rua, evasão escolar, trabalho informal, ausência de vínculo familiar, condições de moradia precária. No entanto, apenas uma das 40 sentenças aplicou medida protetiva ao adolescente que se apresentava à Justiça, ou seja, apenas em um dos casos analisados alcançou-se a teleologia da doutrina da proteção integral.

E, por esta razão, revela-se urgente o fortalecimento da rede de proteção, para que as medidas protetivas do ECA passem a ocupar seu lugar de destaque. Não há como progredir enquanto as medidas protetivas ainda forem vistas como secundárias, em uma lógica que ignora a importância da assistência social, psicológica, médica e educacional na prevenção da infração juvenil.

Ademais, um passo importante precisa ser dado para o efetivo reconhecimento do sujeito, combinando a autonomia da criança/adolescente com a solidariedade social e o dever do Estado em propiciar e defender seus direitos como cidadãos.

Assim, é imperativa uma nova relação com o Estado, baseada no direito e na participação, inclusive no que se refere à solução dos conflitos infracionais. A título de exemplo, a ampliação dos espaços para autocomposição de conflitos (escolares, comunitários, familiares etc.), por meio da Justiça Restaurativa ou da Mediação, são tão fundamentais quanto a necessária interdisciplinaridade dos diferentes eixos de atenção socioeducativa, pois podem contribuir para o desenvolvimento desse protagonismo e autonomia, tão importantes ao sujeito adolescente.

Também é imprescindível a incorporação, de fato, das garantias processuais e materiais ao Direito Infracional, em busca da construção de bases dogmáticas fortalecidas que permitam mais solidez na compreensão dos institutos e na

aplicação das normas. Caso contrário, as violações das garantias mais basilares persistirão em um Direito Infracional disforme.

Não parece mesmo simples desvencilhar da doutrina menorista que ficou arraigada por quase um século, de modo que mesmo os atores jurídicos que não atuaram ou se formaram sob esse paradigma ainda carregam seus traços em decorrência, até mesmo, da omissão do ensino jurídico em pautar os direitos da infância e juventude com a importância e especificidade que possui. Também contribui para isso, o fato de que o ECA não é prioridade na política judiciária brasileira, sendo pequeno o número de autoridades do sistema de justiça que têm domínio do tema. Estruturalmente, são poucas as comarcas que contam com varas especializadas e que operem conforme as previsões legais do ECA, levando muitos atos infracionais a serem sentenciados por juízes de varas criminais.

No entanto, a emancipação do sujeito em face do ato infracional, inegável desafio para os que atuam nessa área, está na contramão das pretensões de reforma subjetiva, que ignoram o sujeito concreto que se apresenta e estigmatizam uma juventude com discursos moralizantes.

A doutrina proteção integral incorporada ao nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição da República de 1988 necessita de ampla, profunda e permanente revisitação pois sua fragilidade, conforme concretamente constatada na prática jurídica infracional, implica em risco de frustração do projeto de construção de uma sociedade livre, justa, fraterna, solidária e sem discriminação em consonância com o que preconiza o preâmbulo do texto constitucional.

Referências

BARBOSA, Danielle Rinaldi. A natureza jurídica da medida socioeducativa e as garantias do direito penal juvenil. *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 47-69, 2009. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_nature za_juridica_da_medida_socioeducativa_e_as_garantias_do_direito_penal_juvenil.pdf]. Acesso em: 02.02.2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Levantamento anual dos/as adolescentes em conflito com a lei – 2012*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2013. Disponível em: [www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012]. Acesso em: 20.03.2019.

DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente:* anotado e interpretado. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FIALHO, Pedro de Souza. O discurso de bondade das autoridades por trás da medida socioeducativa. *Carta Capital*, São Paulo, 04 maio 2016. Justificando. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/04/o-discurso-de-bondade-das-autoridades-por-tras-da-medida-socioeducativa/]. Acesso em: 05.04.2018.

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: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; Associação Brasileira de Magistrados, Promotores da Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: sociorresponsabilização e responsabilização. Brasília: Ministério da Justiça, v. 01, p. 341-364, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; Associação Brasileira de Magistrados, Promotores da Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: sociorresponsabilização e responsabilização. Brasília: Ministério da Justiça, v. 01, p. 87-122, 2006.

MALVASI, Paulo Artur. Um olhar antropológico sobre a gestão do sistema socioeducativo. In: MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas. *Medidas socioeducativas*: contribuições para a prática. Belo Horizonte: Ed. FAPI, 2012.

MÉNDEZ, Emilio García. Evolução histórica do direito da infância e da juventude. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas Para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; Associação Brasileira de Magistrados, Promotores da Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: sociorresponsabilização e responsabilização. Brasília: Ministério da Justiça, v. 01, p. 7-24, 2006.

MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Vara Infracional da Infância e da Juventude. Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional. *Relatório estatístico 2013*. Belo Horizonte: TJMG, 2014. Disponível em: [http://simasebh.org/wp-content/uploads/2015/02/11-Relatorio-CIA-BH--2013-final.pdf]. Acesso em: 07.04. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Vara Infracional da Infância e da Juventude. Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional. *Dados estatísticos 2014*. Belo Horizonte: TJMG, 2015. Disponível em: [www.tjmg.jus.br/ejef/noticias/cia-bh-divulga-balanco-de-2014.htm#.WUhtF2jyvIU]. Acesso em: 07.04.2017.

MIRAGLIA, Paula. Aprendendo a lição: uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. *Novos estudos CEBRAP*, n. 72, p. 79-98, jul. 2005.

NICÁCIO, Camila Silva. Introdução. In: MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas. *Medidas socioeducativas*: contribuições para a prática. Belo Horizonte: Ed. FAPI, 2012.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; Associação Brasileira de Magistrados, Promotores da Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: sociorresponsabilização e responsabilização. Brasília: Ministério da Justiça, v. 01, p. 61-86, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Regras de Beijing*: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e da juventude. Beijing, 29 nov. 1985. Disponível em: [www.mprs.mp. br/infancia/documentos_internacionais]. Acesso em: 26.03.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Regras de Tóquio*: regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Tóquio, 14 dez. 1990. Disponível em: [www.mprs.mp. br/infancia/documentos_internacionais/]. Acesso em: 26.03.2019.

PAULA, Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; Associação Brasileira de Magistrados, Promotores da Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: sociorresponsabilização e responsabilização. Brasília: Ministério da Justiça, v. 01, p. 25-48, 2006.

RAMIDOFF, Mario Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. *Lições de direito da criança e do adolescente*: ato infracional e medidas socioeducativas. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*: princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Thomson Civitas. t. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito, 2003.

SANTANA, Eder Fernandes. "*Minha vida estava em jogo...*": *Paisagem testemunhal de escuta do adolescente em audiência socioeducativa.* 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

SARAIVA, João Batista Costa. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; Associação Brasileira de Magistrados, Promotores da Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: sociorresponsabilização e responsabilização. Brasília: Ministério da Justiça, v. 01, p. 175-205, 2006.

SEGALIN, Andreia. *Respostas sócio-políticas ao conflito com a lei na adolescência*: *discursos dos operadores do sistema socioeducativo*. 2008. 276 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos; Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; Associação Brasileira de Magistrados, Promotores da Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: sociorresponsabilização e responsabilização. Brasília: Ministério da Justiça, v. 01, p. 123-150, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes*: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIDIGAL, Mariana Furtado. Princípios para um atendimento nas medidas socioeducativas. In: MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas. *Medidas socioeducativas*: contribuições para a prática. Belo Horizonte: Ed. FAPI, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W. *Direito penal brasileiro I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A experiência com os adolescentes: da proteção à potência, de Débora Matoso e Raquel Marinho - *RBCCrim* 109/297-311 (DTR\2014\15140);
- A medida socioeducativa de internação e a audiência de revisão de medida: um estudo a partir da observação não participante, de Patrícia Silveira da Silva, Marília de Nardin Budó e Felipe da Veiga Dias - *RBCCrim* 158/287-323 (DTR\2019\35717);
- A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz - *RBCCrim* 129/257-284 (DTR\2017\383);
- A socioeducação e a repetição do discurso ressocializador, de Lara Maria Tortola Flores Vieira - *RBCCrim* 130/369-397 (DTR\2017\665);
- A teoria da racionalidade penal moderna e os seus impactos nas operações da justiça juvenil: uma análise sobre os cenários do Canadá e do Brasil, de Carlos Frederico Braga da Silva - *RBCCrim* 158/93-126 (DTR\2019\37606);
- Medida socioeducativa de internação: noções fundamentais e questões relevantes aos operadores e adolescentes em conflito com a Lei, de Sandor Krisztan Borcsik - *RT* 999/465-502 (DTR\2018\22796); e
- Os direitos constitucionais da criança e do adolescente infrator sob a perspectiva do processo de apuração e do cumprimento das medidas socioeducativas decorrentes de ato infracional, de Lívia Almeida Lemos, Natália Nogueira Soares Marra e Rafael Augusto dos Santos - *RDIJ* 3/127-143 (DTR\2014\2166).

Estrutura e processos comunitários: suas influências nas trajetórias desenvolvimentais (Estado da arte)

Community structure and processes: influences on developmental trajectories (A state of the art)

Tiago Alexandre Lobo dos Santos

Pós-Graduado (curso de especialização) em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2018). Licenciado em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2017). Mestrando e colaborador de investigação na Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Líder para a transformação social e *co-teacher* no programa de desenvolvimento de liderança e redução das desigualdades educativas *Teach For Portugal*. Membro representante da plataforma portuguesa da *Dynamo International – Street Workers Network* (rede internacional de trabalho social de rua).
https://orcid.org/0000-0001-7758-5674
up201304403@direito.up.pt;
tiagolsantos0@gmail.com

Recebido em: 03.01.2018
Aprovado em: 18.10.2019
Última versão do autor: 15.11.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo realiza uma revisão teórica da contribuição dos fatores comunitários para as trajetórias de desenvolvimento antissocial e criminal. Procura esclarecer e organizar o que diz o discurso científico sobre as relações entre comunidade e trajetórias comportamentais. Para isso, apresenta, analisa e discute, por um lado, as perspetivas teóricas e, por outro, os estudos empíricos mais relevantes encontrados na disciplina da Criminologia Desenvolvimental. Antes disso, faz uma breve passagem pelas fundações teóricas do tema que precedem historicamente esta subdisciplina da Criminologia – que vai beber deles – para uma mais abrangente compreensão teórica das origens e jogos conceituais e empíricos que se observam no presente. Saltaremos

Abstract: This article establishes a state-of-the-art review about the contribution of the community factors in the study of developmental trajectories of antisocial and criminal behavior. It aims to clarify and organize what the scientific discourse says about the relationships between community and behavioral trajectories. With this purpose, divided in two directions it presents, analyzes and discusses the most relevant: (1) theoretical perspectives and (2) empirical studies that can be found within the subject of Developmental Criminology. Before that, a brief passage through the theoretical foundations of this theme – historically speaking, they precede Developmental Criminology (DC) but DC actualizes them – towards a wider theoretical

para este "estado da arte" com um tiro de partida que se formula pelas seguintes perguntas – a que se procura dar resposta ao longo do artigo: quais os fatores comunitários que impactuam nas trajetórias antissociais/percursos de vida e qual o seu peso? Que interações tecem com outros sistemas de causação? Em que períodos da vida dos indivíduos (timing) surtem as comunidades a sua influência? A magnitude do impacto comunitário varia consoante o estágio desenvolvimental ou idade?

Palavras-Chave: Causas desenvolvimentais – Comunidades/ambientes comunitários – Trajetórias antissociais – Desvantagens socioeconômicas – Estudos longitudinais desenvolvimentais.

comprehension of the origins and conceptual and empirical games at stake in the present. We will jump towards this review with a starting shot built upon the following questions – to be answered along the article: Which community factors have an impact on antisocial development/life paths and how much do they matter? What interactions do they have with other systems of influences? At what periods in individual's lives (timing) do communities make an impact? Does the weight of its influence vary across developmental stages or age?

Keywords: Developmental causes – Communities/community's environment –Antisocial trajectories – Socioeconomic disadvantages – Longitudinal developmental studies.

Sumário: Disposições Introdutórias. 1. Fundações teóricas: ambiente e crime. 1.1 Estrutura comunitária. 1.2. Processos comunitários. 2. Trajetórias, percursos e transições. 2.1. Recapitalizar: pressão, enraizamento criminal, gangs, sucção e rotinas. 2.2. Desvantagem acumulada: armadilhas, knifing off, controlo comunitário e pessoal. 2.3. Há um "persistente natural"? Desistência, agência, estruturas sociocomunitárias. 2.4. Adversidade comunitária: propensão e ambiente, moderação, stress, mediação. 3. Fatores de risco e proteção. 4. Evidência empírica. 4.1. Primeira infância (0 a 5 anos) e infância média (6 a 10/11 anos). 4.2. Trajeto pedo-adolescente. 4.3. Adolescência: contexto comunitário, atividades de rotina e socialização. 5. Conclusão. Referências bibliográficas

Disposições Introdutórias[1]

"*Não é o que o rapaz faz ao bairro, mas o que o bairro faz ao rapaz!*"
(participante anónimo do Chicago Boys Club, 1936)

1. O presente artigo resulta dum trabalho científico de revisão teórica elaborado pelo autor no seu último ano da Licenciatura em Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob orientação dos Mestres Samuel Moreira e Josefina Castro. O autor declara a inexistência de qualquer conflito de interesses relativo a esta publicação e que não há qualquer financiamento arrolado a este estudo. Gostaria de agradecer aos colegas e amigos, à Dra. Raquel Wilson, à Dra. Rita Neves e ao Dr. António Correia pela revisão do manuscrito inicial e ainda ao Mestre João Firmiano pela incansável inspiração.

Tendo como referência a Criminologia Desenvolvimental (CD), o objetivo desta revisão teórica passa por descrever o estado atual do conhecimento científico no domínio das relações entre contextos comunitários e trajetórias desenvolvimentais, focando-se assim no desenvolvimento de comportamentos problemáticos e antissociais.

Em primeiro lugar, revisita-se a tradicional linha de investigação sociocriminológica que empreende a análise comunidade-crime, fazendo-se uma breve passagem pelas suas atualizações dado que a CD vai beber destes conceitos e molduras teóricas. Em segundo lugar, entra-se no campo da CD propriamente dito para descrever teorias de desenvolvimento antissocial que se centram nos (ou que incorporam) elementos da estrutura e processos comunitários: a teoria do enraizamento criminal (Hagan, 1997), a teoria do controlo social calibrada/graduada pela idade (SAMPSON; LAUB, 2005), a teoria integrada do controlo multicamadas (LE BLANC, 1997) e teorias do *stress-strain processual* (AGNEW, 1997; KOHEN *et al.*, 2008). Por último, uma visita aos estudos empíricos longitudinais (e outros) mais recentes que testam a validade daqueles modelos e procuram obter mais dados sobre a temática em estudo, por estágios desenvolvimentais.

Na *Criminologia desenvolvimental e life-course*[2] *mainstream*, os conceitos de nível meso ou macrossociológico – inclusive os atinentes à comunidade – tendem a ficar afastados dos principais modelos ou, em alternativa, são abordados implicitamente. A comparação do indivíduo na sua própria linha comportamental e a comparação com outros (intra e interindividual) no tempo, parece ser paralela a um alheamento do olhar sobre a influência do contexto comunitário no comportamento criminal. Em contraste, começa a surgir uma série de estudos que fundem as duas tradições, estudando a complexidade de inter-relações entre fatores comunitários, familiares e individuais, duma perspetiva longitudinal (FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013; MESSNER; ZIMMERMAN, 2012).

Cullen *et al.* (2012) referem que: "Na realidade, a criminologia de hoje é criminologia *life-course*." (p. 25). Deixou-se um olhar estático sobre o comportamento desviante; temos hoje um olhar mais complexificado e vamos conhecendo com cada vez mais pormenor que fatores são importantes e em que momentos da vida (com implicações positivas para o campo da prevenção). A CD veio

2. Definida por Farrington (2010, p. 1) como a disciplina que enfoca no estudo: do desenvolvimento da ofensa e do comportamento antissocial do "útero ao túmulo"; da identificação de fatores de risco e proteção para o comportamento antissocial em diferentes idades; e dos efeitos dos eventos de vida e transições no percurso do desenvolvimento individual.

iluminar todo um domínio de possibilidades que até 80' estava obscuro (*ibid.*). Já não olhamos estreitamente para o "*agora*" do comportamento desviante, mas com efeito para o seu "*antes*" e para o seu "*depois*". As teorias desenvolvimentais permitiram desenhar novas e diferentes intervenções para prevenir o crime, consoante o estágio de desenvolvimento. A compreensão do comportamento e estilos de vida criminais foi alargada, tal como os processos que podem levar à desistência. Neste campo, os fatores e os processos de nível comunitário têm também uma palavra a dizer.

Nem "tudo" é *Criminologia life-course*, mas esta ocupa uma posição fulcral na Criminologia contemporânea pelas portas que abre mediante a comparação intraindividual e pelos estudos longitudinais experimentais que permitem saber o "*que funciona*" no domínio preventivo ou interventivo sobre o crime – não só a curto, mas a médio e longo prazo. Qual o fundamento para a fusão de tradições, tipicamente separadas, enxertando a Criminologia Ambiental (linhagem da Escola de Chicago) na CD (linhagem positivista)? Por que empreender tal tortuoso e ambicioso projeto? A unir, num mesmo esquema explicativo-compreensivo, estruturas e processos comunitários e processos individuais (e outros), só a CD será bem-sucedida, pela sua natureza integrativa.

De fato, tem sido a área responsável pela síntese teórica e empírica e pela ligação da academia à prática aplicada. Assim, a mera abordagem descritiva da tradição mesossociológica estrutural poderá ser substituída por uma abordagem explicativa que integra não só variáveis comunitárias, mas as suas inter-relações recíprocas com outros mecanismos (doutros níveis) que influenciam o comportamento. Não podemos considerar a formação de comunidades criminógenas como meros *efeitos de seleção* nem as trajetórias desviantes como meros resultados de *efeitos contextuais* (FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013; MESSNER; ZIMMERMAN, 2012), pois o "comportamento social depende de como os indivíduos e as ecologias simbioticamente existem e interagem" (MESSNER; ZIMMERMAN, 2012, p. 168). O projeto consiste em caminhar inversamente à tendência a separar as tradições: unir o nível individual ao nível comunitário, não suprimindo a variância de um dos níveis, quando se estuda o outro – assim lançaremos luz sobre os mecanismos de relacionamento entre indivíduos e contextos sociais mais latos, numa perspetiva de percursos de vida. Como poderá isto ser feito? A CD, com a sua sofisticação metodológica e estatística, poderá dar resposta cabal e adequada, recolhendo observações e medidas ao longo do tempo, quer das zonas de residência, quer dos indivíduos.

Por fim, este tema abarca grande diversidade metodológica: estudos transversais e longitudinais com o intuito de perceber os efeitos da comunidade nos

outcomes da infância; estudos longitudinais de *clusters* de vizinhanças com amostragem de crianças e famílias específicas (acompanhamento ao longo da vida) e estudos longitudinais-experimentais[3]. Apesar da diversidade metodológica não parecer um problema à primeira vista, pode-se tornar num, tendo em conta as várias operacionalizações para o conceito de vizinhança/comunidade (e outros conceitos) que diferentes estudos podem adotar e, por colocarem questões diferentes, poderão chegar a resultados bastante distintos sobre os mesmos objetos, contribuindo para certa confusão empírico-teórica. Se a diversidade metodológica for utilizada de forma coordenada pela comunidade científica, poderá ser uma enorme vantagem (FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013). Um dos maiores desafios metodológicos, prende-se com o conceito de comunidade em si e sua operacionalização[4]: variável entre estudos, pouco consistente e dúbia (LEIGHTON, 1988; MESSNER; ZIMMERMAN, 2012). Exceções a isto, têm sido os estudos de Wikström e col. e Sampson e col., onde os limites espaciais são claramente definidos e operacionalizados com recurso a fontes múltiplas (*e.g.*, *Peterborough Longitudinal Study*). Posteriormente às disposições preliminares, resta-nos mergulhar na azáfama que é o conhecimento científico.

1. Fundações teóricas: ambiente e crime

A comunidade como falamos dela hoje na comunidade científica é um construto largamente sedimentado pela Escola de Chicago. Com a sua marca, o "ambiente", *i.e.*, o espaço passa a ser dos pilares mais relevantes na explicação do crime. Mais que a soma dos átomos que a compõe (indivíduos), a comunidade é

3. Consistem em experiências de realojamento de certas famílias, selecionadas aleatoriamente, para passarem a viver em zonas habitacionais com melhores condições económicas, com a presença de um grupo controlo, que se mantém na zona de habitação desfavorecida ou que não se move (não recebendo assistência) e uma outra condição controlo (não move mas recebe assistência); onde são recolhidas medidas no *follow-up* ao longo da vida em seguida à manipulação (e.g. "*Moving To Opportunity*").

4. A operacionalização é desafiante. Assim, as operacionalizações para o construto vizinhança têm sido algo díspares: censos, grupos de quarteirões, por quarteirões geminados, áreas administrativas e arredores ou criam-se *cluster*s de vizinhanças por meio do reconhecimento de características homogéneas a partir dos censos ou utilizando observação no terreno. Alguns estudos não chegam a definir fronteiras espaciais, quando usam as percepções dos residentes para operacionalização. A solução mais prometedora é a abordagem multimétodos/fontes. (FOSTER & BROOKS-GUNN, 2013; WIKSTRÖM *et al.*, 2012.)

um espaço com delimitação geográfica, possuidora de história, tradições e sentimentos próprios (PARK; BURGUESS; MCKENZIE, 1984). É a partir deste marco que surgem características comunitárias – estruturais e processuais – ligadas ao comportamento desviante. Os conceitos que serão apresentados de seguida não convocam ainda uma perspetiva desenvolvimental; ainda assim, formam o tronco intelectual das teorias e dos estudos empíricos que têm como objeto a relação entre a comunidade e as trajetórias antissociais.

1.1 Estrutura comunitária

Por "*estrutura comunitária*", significa-se o conjunto de características sociodemográficas, identificativas da composição de uma comunidade. No estudo do crime, relativamente a este aspeto, é dominante o conceito de "desorganização social" (PARK; BURGESS; MCKENZIE, 1984; Park, 1994) da Escola de Chicago.

Na esteira dos estudos clássicos da "*desorganização social*" (SHAW; MCKAY, 1931, 1942), estabeleceram-se e vêm se reafirmando os correlatos estruturais do crime: instabilidade residencial, salários baixos, alta percentagem de famílias sob assistência social e monoparentais, heterogeneidade cultural, altas taxas de casas arrendadas, alta densidade populacional e alta percentagem de edifícios degradados. Dentro do conceito de desorganização social, a *mobilidade residencial* merece especial atenção. Empiricamente, é das variáveis estruturais com correlação mais forte com o crime. Em segundo lugar, estudos longitudinais provam que a instabilidade residencial prediz maiores taxas de desvio em certos espaços e também maior ocupação habitacional por indivíduos desviantes (WIKSTRÖM *et al.*, 2012). Por fim, a *desvantagem concentrada* que não é mera ausência de recursos econômicos ou pobreza, mas as consequências da privação e o significado atribuído por quem a experiencia (AGNEW, 1992, 1997; FARRINGTON, 2003; FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013; HAGAN, 1997; JARJOURA, TRIPLETT; BRINKER, 2002; KUHN; AGRA, 2010; MESSNER; ZIMMERMAN, 2012; MERTON, 1968; MOFFITT, 1993; SAMPSON, 2003, 2008; SAMPSON; LAUB, 1997, 2005; TREMBLAY, 2015).

1.2 Processos comunitários

Por "*processo comunitário*", entendem-se as dinâmicas comunitárias, elementos do seu funcionamento (mecanismos), que trazem a jogo a evolução, ou seja, o tempo. Os modelos explicativos macrossociológicos tradicionais avançavam a seguinte hipótese: a estrutura das comunidades (*E*), influencia os seus processos (*P*), o que resulta no comportamento criminal e na criminalidade (*C*).

É clássica a conjectura de que a delinquência e o crime são produto direto e indireto da erosão dos controlos sociais informais das comunidades, pela perda da *densidade de redes sociais de contacto local* (pobre coesão social). Outros mecanismos que se implicam são: a *transmissão cultural* (SHAW; MCKAY, 1942), a *desorganização cultural* (KORNHAUSER, 1978; LE BLANC, 1997), os *recursos comunitários* (MOLNAR *et al.*, 2008), a *exposição à adversidade* (*e.g.* AGNEW, 1997, EITLE; TURNER, 2002, WEAHERBURN; SCHNEPEL, 2015), o "*capital social*" (BOURDIEU, 1986; PUTNAM, 1995), e a "*eficácia coletiva*" (SAMPSON *et al.*, 1997).

É de realçar o último construto, já que a teoria da eficácia coletiva emerge desta linha de investigação (Criminologia Ambiental), mas o conceito é forjado na sua própria negação: *rutura epistemológica* (BACHELARD, 1934, 1940). Inconformado, Sampson *et al.* (1997) vão negar as teorias da desorganização, do capital e coesão sociais. Na sua perspetiva, a coesão comunitária é uma das bases que possibilita aos moradores o exercício do controlo sobre os indivíduos, mas ela não é *nem necessária, nem suficiente* para tal; a densidade das ligações entre indivíduos, não só não é suficiente para o controlo, como eventualmente pode *impedi-lo*, portanto, não é condição *sine qua non* para o exercício efetivo dos mecanismos de controlo.

O conceito refere-se a um mínimo de expectativas de controlo partilhadas e coesão, num ambiente de suporte entre moradores que permite a ativação das redes sociais para agir no sentido do controlo social informal a fim de de alcançar externalidades positivas (*e.g.*, segurança, saúde, educação) (SAMPSON, 2008). Sublinha-se a *ativação* das redes sociais para a ação, o *agere* do coletivo, ou seja, é mais importante o processo que a própria estrutura (AGNEW, 1992; BRANTINGHAM; BRANTINGHAM cit. *in* WIKSTRÖM *et al.*, 2012; FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013; HAGAN, 1997; HIRSCHI, 1994; LE BLANC, 1997; PARK *et al.*, 1984; SAMPSON, 2003, 2008; SAMPSON; LAUB, 2005; WIKSTRÖM *et al.*, 2012).

2. Trajetórias, percursos e transições

Arrancando dos conceitos revistos anteriormente, proponho a imergência na teorização dos percursos de vida; nestas construções teóricas, esses conceitos – cuja infiltração é denotável – renascem. Tais perspetivas partem do controlo e capital (HIRSCHI, 1994; PUTNAM, 1995; SAMPSON, 2008), do *strain/stress* (AGNEW, 1992) e do desenvolvimento ecológico (BRONFENBRENNER, 1984; FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013; PARK *et al.*, 1984). Aqui, atentaremos principalmente

a cinco teorias desenvolvimentais – a *teoria do enraizamento criminal* (HAGAN, 1997), a *teoria do controlo social calibrada/graduada pela idade* (SAMPSON; LAUB, 2005) , a *teoria integrada do controlo multicamadas* (LE BLANC, 1997), e *teorias do* stress-strain *processual* (AGNEW, 1997; KOHEN *et al.*, 2008) – e suas relações.

2.1. Recapitalizar: pressão, enraizamento criminal, gangs, sucção e rotinas

J. Hagan (1997) põe as carreiras de desvio no seu contexto econômico-comunitário, as mudanças operadas a partir de 1975, que surtiram efeito, sobretudo, em meios desfavorecidos: abrandamento da economia, decréscimo dos salários, depressão das classes baixas (desemprego) e aumento das desigualdades. Central para esta explicação são as várias formas de capital, não só social, mas humano, financeiro e cultural (BOURDIEU, 1986); capital enquanto acumulação de recursos e habilidades que modifica e determina os prospetos de vida (*e.g.*, emprego) (*ibid.*). A acumulação de capital individual depende de investimentos de nível nacional e comunitário. A depressão econômica proveu alterações na alocação de recursos na sociedade dando azo ao processo de "desinvestimento de capital" (HAGAN, 1997, p. 290), que possui três consequências: *segregação residencial*, *desigualdade racial* e *concentração da pobreza*.

As carreiras de crime de rua dos jovens de minorias étnicas ganham corpo nas comunidades caracterizadas por estes três vetores; por eles limitados, além do seu controlo, os jovens têm menos oportunidades para acumular capital, essencial à persecução dos objetivos de vida. A capitalização social consiste na transmissão de conhecimentos/habilidades que, no seio de vínculos fortes e redes estruturadas traduz-se em adaptações culturais conformes, o capital cultural. Pela lacuna em capital convencional nas comunidades sob tensão, os recursos serão criados e distribuídos por engenhos desviantes, sendo efetivos esforços de *recapitalização* – indivíduos ou grupos reorganizam recursos para atingirem objetivos alcançáveis (*e.g.*, morais, financeiros). Procura-se outro caminho, envolvendo a emergência de adaptações subculturais (cultivo de valores antissociais) que, por vezes, é o melhor ou o único possível. Os jovens podem ficar retidos nas redes subculturais, quando próximos delas, produzindo "capital criminal" (*ibid.*, p. 296), expresso numa adesão a um "código de rua" (ANDERSON, 1999, cit. *in* MESSNER; ZIMMERMAN, 2012) onde reina a preocupação pela imposição do respeito, a coação, a dominação e a vingança, resultado da alienação da sociedade *mainstream*[5].

5. Estes valores e atitudes são interpretados como condição *sine qua non* para a sobrevivência nestas comunidades, onde a proteção pessoal é perspetivada como matéria privada

Com políticas de *descapitalização*, o acesso a recursos é barrado, as comunidades pecam no prover de oportunidades de capitalização para as crianças, sobretudo, no domínio da educação. Recebem quotas menores dos vários capitais; nascem em desvantagem – *acumulada* (SAMPSON; LAUB, 1997), pois a aquisição de capital num certo momento da vida depende de oportunidades passadas. Os processos de descapitalização tornam comunidades desfavorecidas em comunidades criminógenas, ao destruírem condições para a formação convencional de capital. As subculturas (CLOWARD; Ohlin, 1960), se associadas a mercados ilícitos, representam a oportunidade para os jovens alcançarem objetivos e uma carreira profissional, cujo acesso por caminhos legítimos lhes é privado (FARRALL; BOTTOMS; SHAPLAND, 2010), incorrendo no mercado laboral ilícito. Juntando a proibição dum produto (procurado) com jovens em comunidades descapitalizadas (sem acesso ao mercado de trabalho), criam-se as condições ideais para *superguetos*. Neles, prospera o *capital criminal* via crime organizado; neles, ganham sentido trajetórias antissociais que persistem pós-adolescência. Para os jovens aí habitantes, as empresas ilícitas e os mercados da droga são uma promessa de escadote social, mas o estado da economia e o crescendo da repressão formal e das políticas de tolerância zero tornaram a subida na hierarquia social "através de formas organizadas de vício urbano menos prometedora e mais incerta." (HAGAN, 1997, p. 297). Isto afeta a vida futura dos indivíduos porque, ao falharem como elevadores sociais, retêm-nos nas suas teias. Sujeitos a diferentes pressões, destacando-se o consumerismo, o estatuto e a masculinidade, experienciam uma falha ou bloqueio no limbo da adolescência: o desfasamento entre a saída duma adolescência conturbada e a gradual necessidade de entrar com êxito na adultícia. Nas comunidades segregadas, os jovens sentem-nos mais (AGNEW, 1997). Investem esperanças nas redes desviantes para a mobilidade social pagando um preço alto porque ficam "embebidos" nelas precocemente – o "enraizamento criminal" (HAGAN, 1997, p. 299). Não existem meios para uma transição estável pois escasseiam oportunidades no mercado de trabalho legítimo.

A delinquência sobe probabilidades de desemprego na vida adulta e distancia o jovem de potenciais contactos de emprego; marcam-se distâncias, eliminam-se atalhos para o mercado laboral. Enraizado em redes criminais, o adolescente é já ativo produtor-consumidor de *capital criminal*. Apesar dos benefícios imediatos

e individual, já que as agências de controlo público não são vistas como legítimas (e tendem a estabelecer uma abordagem ultrarrepressiva nestas áreas) e assume-se que quem "não é duro" está mais vulnerável à vitimização. (LE BLANC, 1997; ANDERSON, 1999, cit. in MESSNER & ZIMMERMAN, 2012; SAMPSON & LAUB, 1997).

a nível financeiro, social e afetivo (*e.g.*, a promoção do autoconceito, dinheiro e crenças de competência social – *ibid.*, p. 304), na entrada e continuidade da vida adulta, vive o estreitamento das oportunidades de emprego, visto que o crime acarreta a etiquetagem informal e formal, isolando-o de redes convencionais que poderiam promover capital social via ocupação legítima; ao invés, dá-se a associação diferencial (SUTHERLAND, 1949) que vem intensificar a incapacidade de ligação com o mercado de trabalho. Há um afunilamento dos caminhos de trajetória alternativa (à trajetória criminal) para os jovem-adultos.

O bloqueio acaba por levá-los a optar por outro caminho, mas acumulam formas de capital que, na volta, fecha-lhes ainda mais as chances. Na vida adulta, afastados de emprego convencional, assumem uma identidade desviante[6] reforçada nas redes onde se enraizaram. Formas convencionais de capital ficam comprometidas, porém, continua a tentar *recapitalizar*, só que os meios não se adéquam aos fins pois têm efeitos contraproducentes no curso de vida, num ciclo vicioso. Veem-se atrapados numa catástrofe de circunstâncias que inibe a ascensão social, num processo de "continuidade cumulativa" (MOFFITT, 1993, p. 683) do desvio, onde os eventos passados de desvantagem influenciam os momentos subsequentes num estilo distal. A desigualdade é berço de alternativas antissociais; desapegados das redes laborais, o cumprimento de objetivos pessoais e a capitalização convencional são substituídos pela carreira criminal e pela indústria desviante. No panorama de baixo capital humano e etiquetado como "criminoso", esvaem-se agora as possibilidades dum percurso normativo, por causa da privação de ocupação legítima. O enraizamento no crime é tal que não só faltam oportunidades para sair como o indivíduo não pretende fazê-lo: o processo de "sucção social" (MOULE JR. *et al.*, 2013, p. 143) (AGNEW, 1997; HAGAN, 1997; HIRSCHI, 1994).

No nexo, surge o envolvimento em *gangs*, cujo pico de adesão é aos 15 anos, tendo relação inversa com a idade (MOULE JR. *et al.*, 2013). É reconhecido que

6. O resultado da "etiquetagem", uma desviância "secundária" (LEMERT, 1974) que se expressa numa postura hostil e negativa (AGNEW, 1992; ANDREWS & BONTA, 2010), oposicional e desafiante (SHERMAN, 2010) , e cognições relacionadas com o "código de rua" (ANDERSON, 1999, cit. in MESSNER & ZIMMERMAN, 2012) reforçada nas redes criminais, particularmente em *gangs*, onde estas "capacidades" (capital humano) são vistas como úteis para o grupo e permitem ao indivíduo alcançar um estatuto, ao mesmo tempo que inibem o acesso a oportunidades educativas e de emprego. (MOFFITT, 1993; ANDERSON, 1999 CIT IN MESSNER & ZIMMERMAN, 2012; MOULE JR. *et al.*, 2013).

os *gangs* concentram-se nas comunidades com alta desorganização social (SHAW; MCKAY, 1942), onde prevalece o código de rua (ANDERSON, 1999, cit. *in* MESSNER; ZIMMERMAN, 2012), que tendem a ser as que possuem baixa eficácia coletiva (SAMPSON, 2003, 2008), motivada por políticas de descapitalização (HAGAN, 1997). Na juventude, o *gang* funciona no duplo papel de fonte e supressor de capital social; o envolvimento num *gang* pode ser qualificado ao mesmo tempo como trajetória e ponto de viragem. No sentido da viragem no percurso, é imprescindível por se ligar ao capital social na vida futura, implicando cruciais alterações sobre o grupo de pares. O ambiente grupal funciona como fonte natural de capital social (*e.g.*, solidariedade); contudo, tem pouca aplicabilidade no exterior do *gang* porque baseado em capacidades/atitudes antissociais. O *gang* opera o mecanismo de sucção social pois, sendo uma rede social, coloca restrições aos contactos do indivíduo; com a adesão, o adolescente envolve-se numa nova rede de pares – mais ampla – mas essa extensão confina-se às fronteiras do *gang* (pares antissociais do *gang* em específico) sufocando a vinculação às instituições pró-sociais para que o *gang* continue como pedra angular na vida dos seus elementos[7]. Para Moule e col. (2013), a *sucção* desencadeada, forma a "curva capital social – pertença à *gang*" (pré-adolescência – fim da adolescência). As consequências da pertença à(s) *gang*(s) na vida adulta são distintas entre indivíduos.

Na base da variabilidade interindividual desta curva, está o "enraizamento do membro no *gang*" (MOULE JR. *et al.*, 2013, p. 148), *i.e.*, a extensão na qual os membros operam no seu núcleo. Quanto mais o jovem encontrar-se nele embebido, maiores o enraizamento e as consequências negativas sobre o capital social futuros, ao mesmo tempo que promove a durabilidade da pertença que também se opõe à constituição de capital convencional; ambos fomentam o capital de tipo criminal. Em combinação (enraizamento e persistência no envolvimento), produzem uma situação na qual o indivíduo angaria um repertório cognitivo-comportamental inadequado (AGNEW, 1997) à ocupação convencional. A forma de capital angariada (criminal) não é "reutilizável" noutros meios, dizimando conexões com instituições pró-sociais e afastando os indivíduos de ambientes

7. O contexto de socialização do *gang* perpetua as próprias condições que permitem a sua existência, por um processo de autoalimentação; com efeito, os *gangs* "seriam obsoletos se os membros dos *gangs* estivessem fortemente ligados a essas instituições (e.g. escola, emprego, organizações na comunidade)" (MOULE JR. *et al.*, 2013, p. 147). Há muito tempo, W. Thomas (1928) pôs isto de forma mais explícita no teorema do interaccionismo simbólico: "Se os homens definem as situações como reais, elas são reais nas suas consequências". O *gang* é profecia que se autocumpre.

conformes pelo culto de rotinas públicas e não institucionais (WIKSTRÖM *et al.*, 2012) – grande parte do tempo passado na rua, sem uma estrutura predefinida de ocupação. A saída do *gang* decorre dum processo acidentado com uma série de fatores, envolvendo transformação de redes de contacto. O jovem *deriva* entre teias pró-sociais e antissociais, sendo o capital social um instrumento da desistência. É o reabastecimento dele que a promove. No *outset,* bafejam diferenças interindividuais no capital social em razão do grau de imersão no grupo e a duração da pertença (quanto maiores, menor o capital social no *outset*), influindo na dificuldade de recuperá-lo mediante suportes pró-sociais, em virtude da *sucção social* desencadeada durante a pertença. Sublinha-se o *timing* da adesão; espera-se que, para um grupo menor, de "aderentes precoces" (< 15 anos ou antes da adolescência), as consequências sejam piores, pelo maior enraizamento e por déficits na formação de capital social prévio ao *onset* (o escape perante a sucção). Se não há alternativa, o indivíduo não desiste, prevendo-se a carreira em *gangs*: o conhecimento e técnicas aí aprendidas têm "valor limitado nas empresas lícitas" (MOULE JR. *et al.*, 2013, p. 153) – volvemo-nos ao bloqueio das oportunidades (HAGAN, 1997). Quanto mais o indivíduo mergulha no *gang*, mais se isola, expressando-se à superfície nas rotinas, que tendem a se desorganizar. Afastando-se de atividades convencionais, o indivíduo pode desistir da/o escola/emprego, constituindo viragem na trajetória, produto das sinergias na cadeia temporal entre efeitos de sucção e bloqueio das oportunidades legítimas (HAGAN, 1997; MOFFITT, 1993; MOULE *et al.*, 2013; WIKSTRÖM *et al.*, 2012).

No fim de contas, a explicação dos rumos dos jovens de minorias étnicas de comunidades desfavorecidas presta-se a um "capital diferencial"[8]. A submersão em *gangs* e redes desviantes opera analogicamente, pois ambas são "cavalos de Troia" que abundam nas *communis* descapitalizadas (HAGAN, 1997). O indivíduo ensaia uma subida abrupta no capital social derivada da adesão, mas, logo que entra no grupo antissocial, vê-se a braços com um *efeito vórtex*, onde é sugado para o interior da rede e isolado dos restantes meios de socialização. Este efeito e o impacto na trajetória adulta serão tanto maiores quanto maiores o enraizamento e o tempo de permanência. A rede antissocial fomenta a espiral entre capital criminal,

8. A lógica de funcionamento de acumulação de formas convencionais de capital é a mesmíssima que de acumulação de capital criminal. Para entendermos as carreiras criminais, somos impelidos a compreender o capital criminal e o capital convencional. O seu funcionamento tem a mesma lógica intrínseca: são os processos que levam a um e outro que são diferenciais. Há uma lógica no desenvolvimento antissocial (AGRA, 2001; SAMPSON & LAUB, 1997, 2005; SUTHERLAND, 1949; LE BLANC, 1997).

desvinculação das instituições convencionais e decréscimo no capital social que, por sua vez, reforça o capital criminal pelos eventos de vida (*e.g.*, suspensões da escola/medidas disciplinares, cumprimento de pena) e rotinas sem estrutura (SAMPSON; LAUB, 1997, 2005; WIKSTRÖM *et al.*, 2012).

2.2. Desvantagem acumulada: armadilhas, knifing off, controlo comunitário e pessoal

Já Sampson & Laub defendem que o contexto comunitário estrutural (pobreza) influi sobre os comportamentos nas diversas fases da vida por meio dos controlos sociais informais mais diretos (mediação). Contra a visão dominante em CD, postulam que as condições para a continuidade não podem ser lidas como fatalmente formadas na infância por uma constelação de traços temperamentais, onde tudo o que sucede a partir daí na trajetória é puro resultado da estrutura individual criada precocemente. Nem tudo o que se passa na infância e na adolescência em termos de desviância alastra-se pelo resto da vida; há muito a explorar nos segmentos temporais da adultícia; as experiências ali surgidas podem contrabalançar os pontos de partida. (SAMPSON; LAUB, 1997, 2005)

O tipo de instituições sociais a que o indivíduo está ligado e que sobre ele exercem controlo informal muda consoante a idade. A evolução no estatuto etário social faz transformar as instituições mais significantes para o indivíduo. O controlo social informal pode ser dito como *calibrado pela idade*, pois o tipo de laços do indivíduo à sociedade mudam ao longo da vida (SAMPSON; LAUB, 2005). As mudanças ocorrem em certas fases (*i.e.*, *transições*). Em regra, são eventos de vida que surgem como oportunidades; não obstante, os eventos podem ser positivos e negativos, dependendo da própria adaptação e experimentação do indivíduo. Quando negativos, tais eventos servem à exponenciação de inícios precoces do comportamento antissocial. A persistência na delinquência é explicada pela antissociabilidade precoce (cinco-nove anos), etiquetagem precoce e sistemático enfraquecimento dos laços, consoante a faixa etária que se ocupa, assim como pela desestruturação das rotinas que a desvinculação social implica.

Para os autores, a continuidade (carreira) é fruto de dois mecanismos em combinação: (1) *state-dependence* (comportamento antissocial gera mais comportamento antissocial *per se*); e (2) *continuidade interacional* (o comportamento evoca a manutenção do estilo de resposta do meio ao indivíduo que se comporta daquela maneira, convocando ciclos de fricção e coerção recíprocas, como apontam Thornberry (1987 e Patterson (2016). A combinação destes dois mecanismos dá azo à "desvantagem acumulada" (SAMPSON; LAUB, 1997, p. 134):

o comportamento delinquente é responsável por um efeito de corte (*knifing off* – MOFFITT, 1993) dos laços dos indivíduos às instituições que lhes são significantes num dado momento e, subsequentemente, a desvinculação promove o comportamento antissocial que, por sua vez, gera um estreitamento das oportunidades para comportamentos alternativos. A tendência é para a acumulação: falhanço na escola, insegurança no emprego, instabilidade residencial. A continuidade é resultado do encadeamento de efeitos genuínos do comportamento nos processos de controlo, somando-lhes a etiquetagem – ela mesma precoce, quando e se os atos antissociais começam cedo, nomeadamente, no primário ou no pré-escolar.

Na primeira infância, assume proeminência a família. Crianças com temperamentos "difíceis" desembocam estilos parentais mais rígidos, demasiado punitivos; por sua vez, promovem o conflito pais-criança e o desapego parental. Incrementa-se a probabilidade de disciplina abusiva sobre a criança, formando a base cíclica para o reforço de comportamentos antissociais. No período escolar, o comportamento destes indivíduos gera sensibilidade e reatividade por parte dos professores que, por isso mesmo, mais facilmente os rejeitam; esta rejeição (precoce) produz efeitos perversos sobre o apego e compromisso da criança para com a escola, representada pela figura do professor, resultando num pobre aproveitamento. Ao mesmo tempo, os pares criam dinâmicas sinérgicas com a instituição escolar dado que o comportamento agressivo tende a produzir o isolamento (rejeição de pares x *achievement* pobre), promovendo a associação a pares desviantes, que também estreita oportunidades de vinculação pró-social – ou seja, continuidade interacional.

No entanto, o processo de desvantagem acumulada é mais vívido pelas reações formais à delinquência que operam entre adolescência e vida adulta (média, tardia). A institucionalização, o encarceramento e o registo criminal, mediante a etiquetagem formal e, *a posteriori*, informal, produzem efeitos indiretos criminógenos via diminuição da empregabilidade e da estabilidade no emprego, assim como da coesão marital, independentemente, de traços de propensão antissocial precoce. Estes efeitos estendem-se para além do início da vida adulta, alcançando a adultícia média, pois quanto maior o tempo de institucionalização na adolescência, menor a estabilidade no emprego adulto; ao mesmo tempo, a (elevada) duração da institucionalização na adolescência e na vida adulta conjugam-se para produzir continuidade da delinquência no decurso da vida. Por quê? Ora, porque produzem um efeito contínuo de corte de oportunidades, cumulam desvantagens, estreitam a vinculação às instâncias sociais que podem providenciar cuidado, suporte e controlo (*e.g.*, escola, organizações comunitárias); isto se

expressa num quotidiano passado com pares desviantes, repleto de atividades de rua, onde o crime aparece como tropismo. Portanto, as etiquetas operam em ligação com a atenuação dos laços às agências convencionais, ao mesmo tempo que difundem efeitos sobre possibilidades escolares e ocupacionais. O caminho pelo qual o contexto comunitário de pobreza e desigualdade facilita a desviância precoce e esta, por sua vez, liga-se à antissocialidade na adolescência e vida adulta é pelo enfraquecimento dos laços à sociedade: desde cedo, são hipotecados pela desviância, situação que, no futuro, promove a estabilidade dela. Este processo autorreplica-se no tempo: o "efeito de amplificação" (LE BLANC, 1997). (LE BLANC, 1997; MOFFITT, 1993; SAMPSON; LAUB, 1994, 1997, 2005).

As transições da adolescência para a vida adulta oferecem oportunidades para que os indivíduos cortem com o seu passado comportamental por meio de certos eventos (SAMPSON; LAUB, 2005). Ainda assim, estes eventos ficam limitados pelo instituto das sanções formais e pela delinquência passada, operando a desvantagem acumulada; para indivíduos com um tal passado, tendem a ocorrer mais tarde, a não ocorrer, ou a não constituir uma alteração estrutural estável nos laços porque convertidos em oportunidades para a continuidade (MOFFITT, 1993; SAMPSON; LAUB, 2005).

Todavia, os processos de acumulação da desvantagem por via das sanções formais também não ocorrem igualmente ao longo da estrutura socioespacial. A intensidade do impacto depende do meio em que o indivíduo se insere. Noutras palavras, somos levados à comunidade, à sua estrutura. A etiquetagem formal é menos provável em comunidades de classe média e alta; a desvantagem tende a se acumular precisamente para os indivíduos que habitam comunidades desfavorecidas. É um processo que atua diferencialmente, sendo mais forte nestas condições: uma dupla desvantagem.

O que acontece com os adolescentes que habitam comunidades privilegiadas é que conseguem contornar as "armadilhas" (MOFFITT, 1993) do controlo formal durante esse período e agarrar as oportunidades de vinculação subsequentes; em acréscimo, de início, tinham papéis pró-sociais que lhes incumbiam níveis basais mais elevados de vinculação à sociedade. Os efeitos da etiquetagem são mais intensos sobre sujeitos desvinculados à partida das instituições de controlo relevantes para a idade e desligados da cultura dominante. Desencadeia-se um jogo interativo entre estrutura comunitária, desvantagem acumulada e etiquetas, cujo produto efusivo é a estabilidade da desviância ao longo da vida, que se explica mais enquanto a estabilidade duma resposta social ao indivíduo do que como estabilidade duma *estrutura individual* de antissociabilidade. Mas não só estrutura comunitária se joga, também os processos, ensina-nos M. Le Blanc (1997).

O autor aponta mecanismos abstratos de controlo que explicam o crime nas suas várias facetas: carreira criminal, criminalidade e crime; esses mecanismos abstratos são os mesmos para as várias "camadas" do fenômeno criminal (isomorfia estrutural), concretizando-se de modos díspares (modelos). Duas camadas intercetam-se: a do *controlo comunitário* e a do *controlo pessoal,* porquanto "um certo nível de *controlo comunitário* sempre existe antes dum particular nível de *controlo pessoal* se desenvolver. *As comunidades têm uma história, enquanto as pessoas têm um percurso de vida durante um específico período histórico* [...] *A ofensa individual vai continuar no contexto de uma específica comunidade* [ênfase adicionado]" (*ibid.*, p. 257, 266).

Duas variáveis exógenas (aos mecanismos de controlo) constituem o horizonte para a carreira criminal: a posição na estrutura social e as capacidades biológicas (afetadas pela primeira). Depois, quatro mecanismos explicam a persistência, dois de ordem distal, a saber: (1) a vinculação às instituições sociais (relevantes para a idade) e (2) o eixo de personalidade alocentrismo-egocentrismo – ambos operando em reciprocidade em cada momento da vida do indivíduo, mas causalmente afetados pelas variáveis exógenas e causando os seguintes dois fatores de ordem proximal; (3) os constrangimentos (internos e externos; formais e informais) e (4) a exposição a modelos (pró-sociais/antissociais).

A necessidade biológico-evolucionária de integração leva o indivíduo a se ajustar a um meio sociocultural; este meio desencadeia fatores para a conformidade de uma forma mediata; os laços e o alocentrismo causam-se mutuamente, são pré-requisitos desenvolvimentais para a conformidade e são relativamente estáveis ao longo do tempo; os modelos e os constrangimentos estão em constante mutação ao longo da vida, em função da idade, mas são também resultado dos mecanismos que os precedem. Operam sinérgica e imediatamente em relação à conduta; por último, a própria estabilidade do crime retroage sobre os laços, o constrangimento e a modelagem (determinando os seus estados subsequentes), assumindo-se os supramencionados mecanismos de continuidade (HAGAN, 1997; SAMPSON; LAUB, 1997). Posta está, na forma curta, a teoria do controlo pessoal, destinada à explicação de trajetórias. Contudo, o artifício teórico de Le Blanc é bem mais pesado.

As trajetórias criminais não existem num vazio, mas perante particular nível de controlo pessoal (dinâmico); porém, um particular controlo pessoal não existe no vazio, estando embebido num nível de controlo comunitário (dinâmico). Diferentes camadas interagem, sendo subsistemas (interdependentes) dentro do sistema de controlo, ou seja, cruzam-se elementos de distintas latitudes. Com efeito, implica um modelo a dois níveis de controlo – da criminalidade,

e do criminoso – combinados. As condições ambientais de dada comunidade (*e.g.*, densidade populacional, incivilidades, poluição) influenciam diretamente as capacidades biológicas dos indivíduos; essas condições estão em contínua interação com a estrutura social da comunidade (*e.g.*, pobreza) que limita o estatuto social das famílias e dos indivíduos que a habitam. O nível de (des)organização cultural (processo), influenciado pelos fatores antecedentes, restringe as expectativas sobre o desenvolvimento ajustado do indivíduo em relação com os vínculos à sociedade e no domínio da personalidade (alocentrismo-egocentrismo), enquanto o nível de (des)organização social (processo; também causando o nível de organização cultural e dependendo da estrutura comunitária) estreita as possibilidades factuais de desenvolvimento individual. A disponibilidade de influências pró-sociais (*e.g.*, subculturas) está dependente do grau de oportunidades legítimas e ilegítimas ao nível comunitário e, ao mesmo tempo, do nível de organização social. As expectativas culturais da comunidade moldam os constrangimentos internos do indivíduo (*e.g.*, crenças relativas às agências de controlo [in]formal), ao mesmo tempo que os constrangimentos externos dependem da organização social e dos controlos diretos disponíveis na comunidade (e.g., pessoas significantes, funcionários capazes de exercer controlo, serviços públicos abundantes).

As variáveis comunitárias formam o contexto dinâmico para o desenrolar no tempo de mecanismos de controlo pessoal, admitindo-se efeitos causais, de *state-dependence*, e retroativos entre os construtos de diferentes e da mesma camada(s). Da união das três camadas explicativas, defende-se que "as atividades de rotina não convencionais são suportadas por controlos pessoais e comunitários deficitários" (LE BLANC, 1997, p. 251), já que a persistência na carreira diminui os laços dos indivíduos às instituições (no tempo) e, por sua vez, isto ameniza a sua capacidade de controlo no evento de oportunidade criminógena; ora, o "criminoso" constitui-se pela soma de vários eventos discretos de crime que se podem explicar por via do seu estilo de vida desestruturado (ao longo da vida) e, de uma forma proximal, pela contínua exposição a ocasiões criminais dum tal estilo de vida, produzindo novos crimes específicos que influirão negativamente sobre o controlo pessoal (espirais). Este padrão de atividades de rotina do indivíduo é produto de características do ambiente, da organização social e cultural da comunidade onde habita; por outro lado, ocasiões criminógenas abundam em espaços de condições deterioradas, em desorganização social, com diversidade de oportunidades ilegítimas e de baixo estatuto socioeconômico (ESE) (HAGAN, 1997). Por isso, pode-se conceber o crime como uma "convergência" (WIKSTRÖM *et al.*, 2012).

Como se processa a evolução no tempo? Cada sistema está sujeito a *mudanças quantitativas* e *qualitativas*, apesar da tendência interna para cada sistema em caminhar para uma direção própria, definida na gênese, *i.e.*, assume-se a auto-organização. Do lado das mudanças quantitativas, operam três mecanismos: *conservação* (retenção e inovação de características/condutas entre estágios); *sincronia* (transição para diferentes estágios com sensibilidade à condição inicial – o "efeito de amplificação") e *vias* (trajetos seguidos pelo indivíduo ao longo de várias sequências desenvolvimentais). De uma forma complementar, surgem mudanças qualitativas no percurso: períodos críticos na intersecção entre diferentes estágios, caracterizados pela instabilidade do sistema, onde o caos vigora; os processos de *maturação, adaptação a novas condições e socialização* facilitam as transições. Consoante a facilidade ou dificuldade da transição podemos obter diferentes resultados no desenvolvimento, como ordenamento a partir da desordem: (1) *efeitos soporíferos* (abrandamento/diminuição de condutas/características); (2) *mudanças abruptas* (*e.g.*, efeito *knifing off*); e (3) *efeitos-teto* (aceleração/agravação de certas condutas/características). São momentos entrópicos – transições do indivíduo ou da comunidade entre fases em que a informação que circula nesses sistemas degrada o seu grau de organização, encontrando-se desequilibrados. Contudo, em razão da enorme complexidade dos mecanismos que explicam uma trajetória fala-se de "heterarquia" (LE BLANC, 1997, p. 274) – sistema que não responde a uma lei geral, mas a leis de ordens diversas – *i.e.*, o desenvolvimento da comunidade, do indivíduo e sua conduta dá-se por fases ordenadas, sucedendo-se umas às outras, entre caos e ordem, mas nem os indivíduos nem as comunidades atravessam necessariamente todos os estágios de uma fase. Por isso, múltiplas trajetórias podem surgir; a previsão é limitada, possui um *quantum* de incerteza. E isto nos reconduz à teoria do controlo social informal calibrada pela idade (SAMPSON; LAUB, 2005); o conceito de mudanças qualitativas é gêmeo dos "pontos de viragem" (*ibid.*, p. 6). Momentos que podem representar uma inflexão da trajetória duma maneira imprevista e contrariando acontecimentos de outrora, lá no fundo da infância. Com base nestas noções, proponho que nos debrucemos sobre a desistência.

2.3. Há um "persistente natural"? Desistência, agência, estruturas sociocomunitárias

Do ponto de vista epistemológico, Sampson e Laub, com *Shared Beginnings, Divergent Lives* (2009) e outros artigos (2005), ousam uma "*crítica espontânea*" (AGRA, 1997, p. 29) da CD. Rejeitam a dualidade normal-patológico, operando a reconstrução lógica (AGRA, 2001) do seu objeto. Continuidade e desistência

deixam de ser vistos como fenômenos de qualidades distintas. Submetem-se os factos a abstrações lógicas, resultando o entendimento de que persistência e desistência são "*dois lados da mesma moeda* [ênfase adicionado]" (SAMPSON; LAUB, 2005, p. 10).

Quando se olha efetivamente para trajetórias numa perspetiva intraindividual, verifica-se uma tendência geral para a desistência com o avanço da idade (mesmo para os ditos "persistentes"), com diminuição da frequência e/ou especialização e/ou regressão na escalada de condutas antissociais, numa espécie de ciclo da delinquência (*ibid.*; FARRALL *et al.*, 2010; LE BLANC, 1997). Os mesmos mecanismos parecem operar, com o avançar da idade, para todos os indivíduos, independentemente de vias delinquenciais e propensão.

Se as causas que explicam, quer persistência quer desistência, são os controlos sociais informais, a etiquetagem, as atividades de rotina e a vontade humana, então a direção da influência sobre o comportamento dependerá da valência que estes construtos assumem num determinado momento; a questão é que os laços à sociedade podem assumir particular proeminência para a estabilidade da conduta, durante as várias fases da vida adulta, mais até do que na infância e na adolescência. Na vida adulta, a variabilidade no comportamento criminal pode ser explicada pelos laços envolvidos nas transições para a adultícia de uma forma que não poderia ser antevista na infância (SAMPSON; LAUB, 1994, 2005). Os pontos de transição que vão surgindo entre adolescência e vida adulta (e durante a adultícia) podem funcionar como "empurrões" para novos trilhos. Entre os principais "pontos de viragem" descobertos pelos autores estão o casamento e *mudar de comunidade de residência*.

Os eventos per se não são suficientes para a desistência, pois interagem com o contexto em que o indivíduo está embebido, inclusive, o comunitário; a oportunidade terá que ser aproveitada para alterar a estrutura de vinculação ao meio. Com estes eventos, a forma como o indivíduo situa-se em relação à sua comunidade, a escolha dos pares e dos sítios em que passa o seu tempo serão potencialmente alterados: o ponto de viragem traz a oportunidade para separar o passado do presente e de metamorfose da identidade individual (MARUNA, 2001). As mudanças trazidas ao nível estrutural (nas redes sociais) traduzem-se nas rotinas que passam a ter um valor: o papel estruturado estável (vide SAMPSON; LAUB, 2005, p. 11) replicado nos vários domínios da vida, sendo um deles o de modelo de sucesso na comunidade (ser reconhecido como "aquele que deu a volta").

O processo de desistência é universal com o avanço da idade, o que significa que existe uma *desistência normativa* fomentada pelo tempo; não uma idade biológica, mas uma idade social (sociogenetismo). Não é a maturação biopsicológica

que a produz (MOFFITT, 1993), mas a evolução dos mecanismos sociais de controlo que assumem um papel cada vez mais preponderante com o passar do tempo vital. As mesmas causas servem logicamente para explicar a persistência quando "viradas do avesso". A desvantagem acumula-se; o mesmo sucede com a vantagem (SAMPSON; LAUB, 1997). Se se quer entender o persistente, preste-se contas ao desistente. E, na busca dessas contas, percebe-se que todo o persistente é afinal também um desistente.

Nem tudo são instituições, ambientes e laços. Sampson e Laub (2005) redescobrem o sujeito-ator, que deixa de ser mero local onde as coisas acontecem e passa a ativo produtor do seu percurso. A ação humana com base na vontade e com um sentido atribuído (fim) será sempre ingrediente necessário quer à explicação da desistência quer da persistência. Porque eventos de vida e pontos de transição constituem meras oportunidades (não automaticidade); porque o ator é o responsável pelo aproveitamento delas (sua ativação) e pela escolha do rumo a tomar com a abertura de portas. Perante desafios da vida, o indivíduo é capaz de optar; na desistência, essa escolha prende-se com decidir sobre o próprio futuro, comprometendo-se com um laço social ou valor cultural. Também na persistência, o indivíduo tem opções com base na vontade. Arranque-se o sujeito da postura do agido para a postura do ator, capaz de se inventar e enformar a sua trajetória de vida apesar de limitado por vários fatores. Quanto à previsão precoce da conduta criminal, fica em terrenos instáveis, já que "tudo pode mudar" na adultícia.

As lições de Sampson e Laub são-nos úteis. Tenha o indivíduo sido socializado numa comunidade desfavorecida, socialmente desorganizada e de baixa eficácia coletiva; tenha ele um histórico infantil e adolescente de antissocialidade grave/séria ali inscrita, continue ele a habitar e desenvolver as rotinas nestes meios que implicam maior exposição a ocasiões criminais, isso não significa a disseminação por todo o percurso de vida da desviância, a permanência no crime do "berço ao túmulo". Capaz de se produzir, joga com o contexto comunitário no qual a sua vida inscreve-se e, por via das escolhas, dá sentido e direções ao seu rumo nos pontos de transição. É por isso que a CD recorre à interpretação: a descrição-explicação tem limites (AGRA, 1998; DEBUYST, 1990).

FARRAL *et al.* (2010) discutem que, para delinquentes persistentes, a escolha de desistir é a projeção duma viagem da exclusão social à inclusão social. O grau de sucesso dessa decisão na futura trajetória dependerá da estrutura social mais larga (*e.g.*, sociedade, economia) que poderá funcionar como *constritora* ou *amplificadora* da desistência, importando que "as estruturas não são simplesmente arranjos institucionais mas…*sets* padronizados de relações em contextos particulares" (p. 553). As estruturas macro impendem sobre as comunidades padrões de

relacionamento. Elemento crucial no processo de desistência, é a perceção sobre as estruturas sociais: o sujeito reposiciona-se em relação às estruturas, ajustando a identidade e o sentimento de pertença cultural (*e.g.*, "à sociedade" *vs.* a um bairro). As trajetórias estruturais afetam o grau de sucesso na desistência do crime (rapidez, natureza e *timing*). O decréscimo dos postos de trabalho pouco qualificados e incremento da oferta de empregos qualificados, somado ao incremento do clima de ultracompetitividade escolar na viragem de 1980', contribuiu para uma dicotomização; criam-se credenciais de emprego apenas para um grupo de pessoas, colocando-se outro grupo "de parte"; tal polarização e segmentação verifica-se no espaço urbano. Isto afeta a desistência na medida em que as culturas comunitárias (LE BLANC, 1997) e as oportunidades aí disponíveis (HAGAN, 1997) vão mediar rotas legítimas para escapar ao crime (educação, emprego, qualificação), cuja disponibilidade vai rareando, produto de convulsões econômico-estruturais. Aqueles cujas credenciais de sucesso acadêmico no emprego são inexistentes, provavelmente pertencem a comunidades desfavorecidas e segregadas (FARRAL *et al.*, 2010; *ibid.*). Outra alteração: cresceu o número de jovens-adultos a coabitarem com os pais. Juntamente com as crises da educação e empregabilidade, as alterações na habitação[9] trazem dificuldades para aqueles terem uma vida autônoma, situação mais pronunciada quando a família de origem não possui meios econômicos para auxiliar tal projeto. Forçados a procurar a habitação social, experienciam a instabilidade residencial. *A instabilidade residencial bloqueia ou atrasa o processo de desistência.* Coloquemos as escolhas humanas no horizonte da macroestrutura (sociedade) que comunica com o nível meso – as comunidades – apto a reproduzi-la. São sistemas fractais, onde o todo reflete a parte e a parte reflete o todo (MANDELBROT, 1983; LE BLANC, 1997).

2.4. Adversidade comunitária: propensão e ambiente, moderação, stress, mediação

Até aqui enfocamos na transição da adolescência para a vida adulta e percurso do adulto, enquanto *timing* das influências comunitárias, por oposição aos modelos com foco infantil. Mas, na infância, reconhecem-se também os seus efeitos; agora, oferece-se um olhar teórico entre idades pré-escolares e a adolescência.

9. Exemplos empíricos, com base nos estudos realizados por Farral, Bottoms, Shapland e outros, dizem respeito especificamente ao R.U., apesar de, em princípio, alguns destes exemplos serem extrapoláveis para a realidade portuguesa (e.g. problemas na economia, dificuldades no acesso ao 1º emprego, desigualdade educativa).

Uma asserção consensual é a de que aqueles indivíduos que tendem a persistir ao longo da vida começam bastante cedo; no pré-escolar, albergam já uma constelação de traços (propensão: impulsividade, baixo QI, emocionalidade negativa, baixo controlo inibitório) que promovem essa continuidade no tempo. Os indivíduos com estes traços tendem a habitar em ambientes adversos, como comunidades desfavorecidas e desorganizadas (AGNEW, 1997; FARRINGTON, 2003; MOFFITT, 1993; TREMBLAY, 2015). Seja qual for o construto de propensão utilizado[10], o desenvolvimento de maior propensão criminal emparelha-se com um percurso localizado em comunidades adversas, que possivelmente contribuíram para essas características individuais (WIKSTRÖM; LOEBER, 2000). Quanto aos mecanismos que operam entre comunidade-indivíduo, nesse campo, a concordância dissipa-se (CULLEN *et al.*, 2012; FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013).

A residência em vizinhanças de baixo ESE constitui intensa fonte de tensão para os indivíduos, possuindo sérias chances de causar o crime (AGNEW, 1992, 1997; FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013). Os sujeitos com maior propensão tendem a possuir ambientes familiares adversos que, por sua vez, são mais comuns nestas vizinhanças em virtude do constante *stress* que impõem na gestão familiar e as perceções de ameaça que promovem em cada um dos elementos do agregado. Os traços são reforçados por ambientes instáveis e são responsáveis por (com a evolução no tempo) enredar o indivíduo em situações hostis. Desde cedo, a conduta das crianças com estas características evoca reações negativas dos outros (MOFFITT, 1993; SAMPSON; LAUB, 1994); em simultâneo, elas tendem a inflacionar o grau de negatividade e hostilidade de tais tratamentos e a selecionar mais pistas hostis do que neutras e positivas. Antes da escola primária, as influências da estrutura comunitária ocorrem via família; nestas condições, as crianças vão deter lacunas nas competências de resolução de problemas (AGNEW, 1997), enviesamentos no processamento da informação social (LOCHMAN *et al.*, 2004) e baixo nível nas competências sociais (MICHELSON; SUGAI; WOOD; KAZDIN, 2013) (AGNEW, 1997).

Estes fatores impactam na estabilidade da conduta e propensão antissociais, mas é a estabilidade do traço que fomentará a contínua exposição a meios adversos e esta exposição, por sua vez, a mais eventos adversos, cuja resposta do indivíduo será tipicamente o ato antissocial. É necessário repescar o "efeito de

10. E.g., *déficits neuropsicológicos* (MOFFITT, 1993), *potencial antissocial a longo prazo* (FARRINGTON, 2003), *autocontrolo* (GOTTFREDSON & HIRSCHI, 1990), *agressividade* (AGNEW, 1997) ou *egocentrismo* (LE BLANC, 1997).

amplificação" (LE BLANC, 1997): a adversidade tende a gerar desvio e o desvio tende a gerar mais adversidade pela experiência de estimulação negativa. A situação tenderá a se agravar na adolescência. Qualquer adolescente está sujeito à pressão. Nesta fase, a probabilidade de relações e tratamentos negativos aumenta, advindos da disjunção entre expectativas pessoais e *achievement* e entre tratamento justo esperado e tratamento real. Para adolescentes que vivem nestas comunidades, o *stress* é amplificado. De partida, a pressão sobre eles já era maior (antes da adolescência) – particularmente, se manteve um registo de antissocialidade desde a pré-primária. A tendência para interpretar o meio e/ou as relações como hostis será maior, assim como para escolher meios desviantes para aliviar a estimulação nociva (AGNEW, 1997; FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013; INGOLDSBY; SHAW, 2002; MOFFITT, 1993).

Por exemplo, Kohen e col. (2008) integram o *strain* e as perspetivas do *stress* familiar ("amplificação do *stress*" – FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013) para explicar a influência de estrutura e processos comunitários na desviância precoce (pré-escolar), resultando num modelo mediacional.

A desvantagem concentrada produz direta e indiretamente problemas comportamentais. Vejamos a relação indireta. Esta desvantagem produz coesão da comunidade deficitária, *i.e.*, baixos recursos de capital social e desorganização social. Estes mecanismos operam sobre a conduta infantil por intermédio das famílias; a coesão deficitária na zona de residência gera pobre funcionamento familiar e depressão maternal por meio de mecanismos diversos[11]. *Pari passu*, a desvantagem gera diretamente baixas competências verbais nas crianças. Neste contexto, será provável que se exerça uma parentalidade incompetente nos seus dois vetores, disciplina e afeto. O funcionamento familiar desestruturado e a depressão maternal contribuem para a pobre estimulação das crianças (cognitiva e literária) e práticas disciplinares inconsistentes, *laissez-faire* ou demasiado punitivas, que provocam conduta antissocial. A parentalidade inefetiva também poderá resultar da inexistência de regulação comunitária sobre condutas parentais e dos *stressores* comunitários mais objetivos como níveis elevados de crime, violência (INGOLDSBY & SHAW, 2002), poluição e degradação física (KOHEN *et al.*, 2008; SAMPSON, 2008).

11. E.g., a inexistência de modelos de parentalidade positiva, poucos recursos institucionais na comunidade (p. ex., parques infantis, bibliotecas), incerteza sobre a segurança pessoal, obstáculos no acesso a transportes e sobrepovoação.

Os fatores de disciplina parental também promovem baixas competências verbais nas crianças, o que induz um estilo mais físico, impulsivo e agressivo (FARRINGTON, 2003; GOTTFREDSON; HIRSCHI, 1990; MOFFITT, 1993). Além disto, a pressão estrutural da zona de habitação para a antissociabilidade precoce pode ser *moderada* pelos seus recursos (*e.g.*, serviços de saúde) e pelos níveis de eficácia coletiva (SAMPSON, 2008). Volvemo-nos à propensão criminal; é justo dizer que, quando os astros se alinham, a estrutura comunitária pode ser responsável ("a distância") por uma maior propensão (*e.g.*, baixo autocontrolo), chegando aos indivíduos por processos comunitários, que afetam os mecanismos familiares e, por eles, os processos de socialização básica. Estabelecidos níveis elevados de antissocialidade no pré-escolar, *ex post,* ativam-se todos os mecanismos de continuidade suprarreferidos (LE BLANC, 1997; MOFFITT, 1993; SAMPSON; LAUB, 1997).

Como é sabido, a continuidade da conduta desviante ao longo da vida, em padrões estáveis, caracteriza-se por uma *heterotipicidade*, *i.e.*, por uma variedade no tipo de atos cometidos , cujas diferenças são reduzidas à unidade duma estrutura individual antissocial que persiste no tempo – pelo menos na CD "dominante" (MOFFITT, 1993). E quando se esbatem diferenças individuais precoces (propensão nula)? Quando a regra da propensão falha porque a constelação de traços antissociais inexiste no percurso criminal, mas se verifica continuidade? A unidade do fator latente não pode ser chamado a ordenar a multiplicidade de manifestações à superfície e no tempo.

Diz Agnew (1997) que aí, a discussão é outra. O ambiente das classes pobres urbanas, normalmente concentradas nos espaços de habitação social, é particularmente importante para percebermos a estabilidade do crime nesses indivíduos. Não apenas por ser dotado de menor organização social/cultural ou eficácia coletiva, mas por ser um ambiente aversivo ao nível biopsicológico. As forças ambientais e socioculturais aumentam: (1) a sensibilidade psicobiológica dos sujeitos das classes baixas à estimulação negativa; (2) a própria quantidade de estimulação negativa a que são sujeitos; e (3) as suas probabilidades de se fazerem valer de meios antissociais para se adaptarem à tensão (*coping*)[12].

12. Quer pela ausência de expectativas comunitárias que levem o indivíduo a optar por outros meios (LE BLANC, 1997), quer pela proximidade de pares antissociais baseados na comunidade (*triggers*; ibid.), quer pela inexistência doutros meios disponíveis/oportunidades (HAGAN, 1997).

Ainda assim, a pressão desencadeada, *per se*, fomenta a experienciação contínua de frustração, não coincidente e não equivalente com a presença de traços de personalidade que dispõe os sujeitos ao desvio. Estas crianças podem se embrenhar precocemente na delinquência e a sua delinquência vai contribuir – como dito alhures – para uma maior experienciação da adversidade que, por seu turno, levará à delinquência futura. Em simultâneo, vai contribuir para a retirada das possibilidades fáticas de se atingirem expectativas pessoais, inviabilizando a ascensão social futura, *i.e.*, o escape a comunidades pobres e degradadas (HAGAN, 1997; SAMPSON; LAUB, 1997). A sua localização físico-social proporciona um aumento das chances de contínua exposição a tratamentos negativos por parte de outros na infância, resultando no desvio e na cristalização dum tipo de resposta social ou cadeias recíprocas (*loops*) de crispação ou fricção interpessoais[13].

Do pré-escolar até inícios da adolescência, a comunidade pode influenciar trajetórias de várias formas. A relação é mediada pelos processos familiares e por características individuais (propensão); mas também podem os processos comunitários moderar a influência da própria estrutura. (exerce pressão: experimentada no nível individual e/ou familiar por reação à pobreza, poluição, heterogeneidade étnica, etc.). Realça-se uma entrada na (pré)adolescência mais conturbada e maior negatividade experimentada no seu decurso para os sujeitos de zonas desorganizadas. A exposição a comunidades adversas é crucial para explicarmos a estabilidade do desvio entre infância e pré-adolescência, na ausência de predisposição. Na falha dos olhares do desviante como um outro, há que olhá-lo como igual. No vazio, solta-se a força das influências comunitárias. Diferenças individuais precoces não contam a história toda dos percursos.

3. Fatores de risco e proteção

Da revisão dos vários estudos empíricos (com e sem análise de trajetórias), das diversas faixas etárias (desde os primeiros anos de vida ao início da vida adulta), resultou a identificação duma série de fatores comunitários que podem exercer a função de risco (fatores que aumentam a probabilidade de comportamentos antissociais) ou proteção (definição interativa: fatores que interagem com os fatores de risco para diminuírem o risco futuro de conduta antissocial – apenas importam para indivíduos que possuam fatores de risco, pois abafam ou

13. Necessitamos também de olhar a sinergia entre tensão comunitária e delinquência; assim sendo, "A estabilidade é parcialmente explicada pelo facto de alguns indivíduos nascerem em ambientes altamente aversivos" (AGNEW, 1997, p. 124).

"protegem" (d)esse risco acrescido) para percursos antissociais e criminais. Na Tabela 1 (infra) segue a síntese desses fatores, por momento de influência (*timing*) e tipo de efeito, assim como alguns detalhes.

Tabela 1
Fatores de Risco e Proteção desenvolvimentais de nível comunitário (por momento de influência e tipo de efeito)

Direção			Timing de exposição			Estágio(s) de efeitos no comportamento	
Fator	Risco	Proteção	1ª Infância	Infância média e tardia	Adolescência	Concorrente	Subsequente (desenvolvimental)
DC	X		X		X		X
IR	X				X	X	X
VCV	X		X	X	X	X[c]	X[f]
CM	X			X	X		X
C	X[a]	X	X	X	X	X[d]	X[g]
EPD	X	X[b]		X	X	X	X
Fam	X[a]	X		X			X[e]
OS		X		X			X[e]
EC	X[a]	X		X	X	X[e]	X

Fonte: elaborado pelo autor

Nota. DC = Desvantagem concentrada; IR = Instabilidade residencial; VCV = Elevados níveis de violência/crime e perigo de vitimação; CM = Cinismo moral/legal; C = Coesão/Integração/Capital social; EPD = Exposição a pares desviantes (grupos baseados na comunidade); Fam = Familismo; OS = Abundância de organizações e serviços; EC = Eficácia coletiva.

[a] Quando invertido. [b] Quando invertido: pares próssociais. [c] Provado na 1ª infância, infância média e adolescência. [d] Apenas para a infância tardia. [e] Apenas na adolescência. [f] Efeitos estendem-se à vida adulta. [g] Infância média, adolescência e início da vida adulta.

4. EVIDÊNCIA EMPÍRICA

Nos estudos empíricos, enfatizam-se os efeitos mediados (*e.g.*, KOHEN *et al.*, 2008; SAMPSON; LAUB, 2005) e interativos (*e.g.*, HAGAN, 1997; LE BLANC, 1997) das vizinhanças nos trilhos desviantes. Além destes, os estudos têm

insistido teimosamente na testagem de hipóteses do impacto direto (FOSTER; BROOKS-GUNN, 2013; INGOLDSBY; SHAW, 2002). Contudo, o impacto não opera igualmente nos vários estágios de desenvolvimento (FOSTER; BROOKS--GUNN, 2013). É importante, por isso, identificar o *timing* dos efeitos comunitários; para um esforço nesse sentido, identificaremos o estágio etário específico em discussão. Antes, uma breve nota sobre alguns problemas.

Os mesmos problemas conceptuais e metodológicos que afligem a investigação tradicional sobre os efeitos contextuais na criminalidade são para aqui transpostos; todavia, agravam-se, pela complexidade metodológica da CD. São três os principais problemas. O primeiro é a difícil operacionalização do construto de vizinhança. Depois, os efeitos centrípetos entre variáveis comunitárias e familiares, sendo complicado separar claramente os efeitos de ambas. O terceiro, prende-se com os "efeitos de seleção". Não obstante, o mais grave é mesmo a escassez de estudos. Recentemente, caminha-se no sentido contrário, com uma série de estudos que integram a investigação do contexto comunitário no quadro dos percursos de vida (*ibid.*) (INGOLDSBY; SHAW, 2002; LYNAM *et al.*, 2000; WIKSTRÖM; LOEBER, 2000; MESSNER; ZIMMERMAN, 2012).

4.1. Primeira infância (0 a 5 anos) e infância média (6 a 10/11 anos)

As trajetórias crônicas de crime caracterizam-se por inícios precoces com níveis basais elevados de atos antissociais (FARRINGTON, 1983; TREMBLAY, 2015). Tende-se a enfocar na infância média (6 a 10/12 anos) como período fulcral para o *onset* (CULLEN *et al.*, 2012; INGOLDSBY; SHAW, 2002; SAMPSON; LAUB, 2005). Há, contudo, a discussão de que fases anteriores podem ser mais importantes, *i.e.*, idades pré-escolares (*e.g.*, MOFFITT, 1993). Apesar da larga investigação sobre fatores individuais e familiares que afetam os problemas de externalização, pouco se sabe sobre o impacto comunitário.

Callahan et al. (2011) encontraram um efeito positivo direto da adversidade comunitária nos problemas de conduta para os primeiros anos de vida ($M = 2$ anos). Kohen e col. (2009) verificaram que baixo ESE previa desordem de conduta e agressão física. Contudo, em ambos os estudos, o *design* foi transversal, limitando os resultados. Já Winslow e Shaw (2007) verificaram que viver numa zona de ESE baixo aos dois anos, apareceu diretamente associado a problemas de comportamento manifesto dos rapazes aos seis anos, mesmo controlando por variáveis familiares, o mesmo se verificando noutros estudos (*e.g.*, PEEBLY; SASTRY, 2011). Já Suplee *et al.* (2007) comprovaram efeitos de moderação dos processos familiares nas influências do contexto. A alta supervisão maternal (aos

três anos) inibiu os efeitos nocivos da baixa qualidade comunitária sobre os níveis de problemas de externalização aos quatro e cinco anos (papel "amortecedor" da família) e o efeito negativo do contexto emergiu apenas sob condições de baixa supervisão parental.

Com uma grande amostra representativa (*n* = 3,528) e assegurando a variabilidade em termos de estrutura sociodemográfica das comunidades, Kohen *et al.* (2008) realizaram três ciclos de recolha de dados (T1 = 0-2 anos; T2 = 2-3 anos; T3 = 4-5 anos). Testaram o modelo enunciado anteriormente. Verificam-se efeitos indiretos: desvantagem (T1) coesão comunitária (T1) práticas parentais punitivas (T2) problemas de conduta (T3). Mais que isso, não houve efeito principal do ESE da vizinhança na conduta, *i.e.*, o efeito foi totalmente mediado por processos comunitários e familiares. A hipótese do impacto direto foi refutada. Surpreendentemente, a consistência das práticas parentais (T2) não apareceu relacionada com os problemas de conduta (T3) e as práticas parentais punitivas (T2) apareceram positivamente ligadas a competências verbais (T3). A família transmitiu efeitos da comunidade na conduta, e o contexto comunitário de desvantagem econômica opera analogicamente à desvantagem familiar (pressão-*stress*); os seus efeitos percorrem o caminho até a criança pela coesão comunitária, que, por sua vez, influi nos processos familiares. Práticas parentais punitivas associadas a competências verbais podem indicar que, nas comunidades desfavorecidas e pouco coesas, estes tipos de práticas serão adaptativas, potencialmente protegendo a criança dos perigos do meio (FURSTENBERG, 1993, 2001); competências verbais podem proteger da conduta antissocial pois encontrou-se relação inversa entre estas e problemas comportamentais. A tese mediacional foi suportada, mantendo-se mesmo controlando pelo gênero. Contudo, a magnitude dos efeitos foi bastante modesta, notando ainda que as regras da equação estrutural não foram cumpridas na plenitude.

Estes resultados podem ser lidos em consonância com outra secção da literatura que nos demonstra que a pobreza tem efeitos potentes, quando experimentada cronicamente entre os zero e os cinco anos, sobre os *outcomes* do *achievement* acadêmico e desenvolvimento cognitivo já em idades escolares (DUNCAN *et al.*, 1998). Baixo QI, dificuldades de aprendizagem e défices cognitivos são percursores desenvolvimentais do crime (FARRINGTON, 2003). Isto indica que os efeitos do contexto[14] no comportamento podem não ser evidentes concorrente-

14. Podemos aqui rever efeitos contextuais pois, como aponta Greenwood (1995), "*As crianças na pobreza estão cada vez mais concentradas em vizinhanças pobres e de classe baixa*" (cit. in JARJOURA *et al.*, 2002).

mente (no pré-escolar), mas que este *timing* de exposição pode ser fundamental para *outcomes* em fases mais avançadas. Para a primeira infância, o impacto da comunidade tende a ser indireto e de magnitude reduzida.

Dilatando as suas descobertas passadas, Tremblay (2015) concluiu que o pico da agressividade tende a ocorrer entre os 3-4 anos de idade, com desaceleração até a infância média, encontrando-se em oposição com os modelos que colocam o *onset* de trajetórias estáveis entre 6-12 anos (e.g. Loeber at al., 1998). Passa a existir necessidade de perceber como as influências comunitárias podem modificar o *onset* e este "pico", assim como o padrão de desaceleração na infância média. A este respeito, Ingoldsby e Shaw (2002) defendem que a comunidade pode ser peculiarmente influente durante a infância média dado que, nesta fase, as crianças ganham mais mobilidade e autonomia navegando pela zona de habitação (OSGOOD, ANDERSON & SHAFFER, 2004; WIKSTRÖM *et al.*, 2012), decresce a supervisão parental e passam a utilizar boa parte do seu tempo com pares baseados na comunidade. No decurso da infância, os efeitos contextuais devem-se tornar mais diretos e o seu peso deve aumentar em função da idade porque as crianças passam a ter contacto mais direto com vizinhos e maior exposição às condições habitacionais. Os mesmos autores propõem que o impacto do contexto no *onset* e progressão nas trajetórias da infância média deve-se à: (1) desvantagem econômica; (2) exposição à violência e vitimação (adversidade); e (3) associação a pares desviantes da zona de residência.

Assentando nos achados de Tremblay, Odgers *et al.* (2009) olharam a ingerência do contexto na "trajetória normal". Por meio de análises de crescimento da curva latente, descobriram que crianças de comunidades desfavorecidas apresentavam níveis basais iniciais mais elevados de comportamento antissocial (*vs.* crianças de áreas abastadas). Mais, nestes contextos, as taxas de decrescimento são mais lentas quando comparadas com contextos abastados, aparecendo associados a caminhos mais persistentes (até aos 12 anos). Descobriram também efeito (pequeno) dos processos: os níveis de eficácia coletiva afetam os níveis de desviância no *onset*, pois a eficácia coletiva protegeu do início intenso, mas apenas para crianças de zonas pobres. As descobertas valeram em ambos os sexos, entretanto, a amostra tinha pouca variabilidade étnica. Também Loeber e Wikström (1993) demonstraram que nas áreas de baixo ESE existem mais inícios precoces graves e maior continuidade. Noutro estudo, a afluência comunitária associou-se a um padrão de desaceleração mais rápida da agressividade; *a contrario*, níveis mais altos de violência na comunidade apareceram associados à aceleração para trajetórias agressivas; os resultados foram iguais para ambos os gêneros (VANFOSSEN *et al.*, 2010). Ingoldsby *et al.* (2006) procuraram distinguir quatro

trajetórias diferenciais na infância média (modelos semiparamétricos de mistura "conjuntos" que combinam: *Trajetórias da comunidade Trajetórias individuais por trajetória de comunidade*) e perceber se o contexto poderia prever a pertença a cada uma das tipologias de trajetória: apenas encontraram tendência para níveis maiores de problemas na vizinhança (*e.g.*, incivilidades sociais), aumentarem a probabilidade duma criança pertencer ao grupo dos que "começam cedo" ou da trajetória de início moderado-aceleração *vs.* outros grupos com frequência mais baixa[15]. Lord e Mahoney (2007) detetaram que elevados níveis de autogestão pessoal apenas se associaram a elevados níveis de agressão para residentes nas áreas de elevada criminalidade, independente de variáveis familiares, sendo consistente com as ideias de Ingoldsby e Shaw (2002), pois demonstra que a infância média é o período crítico no qual as crianças passam a ter contactos mais diretos[16], decrescendo a monitorização parental e promovendo-se o efeito perverso desta transição em comunidades adversas.

No domínio da vitimação/exposição à violência, a evidência é clara, com padrão consistente de relação positiva (moderada) entre exposição à violência na comunidade e percursos desviantes na infância média (ATAAR *et al.*, 1994, MILLER *et al.* 1999, SELNER-O'HAGAN *et al.* 1998, cits. *in* INGOLDSBY & SHAW, 2002). É maior a probabilidade de vitimização em comunidades urbanas, pobres e segregadas; os mais vitimizados, tendem a possuir índices maiores de delinquência, mas a sobreposição dos processos de ofensa-vitimação tende a estar dependente da presença em comunidades pobres de normas de conduta violentas – ou seja, está relacionada com a "cultura de rua", sendo contextualmente específica e não uma característica generalizável às comunidades pobres (ESBENSEN & HUIZINGA, 1991; BERG *et al.*, 2012). Ingoldsby e Shaw (2002) concluem que a exposição à violência/vitimação são mais prevalentes nas áreas urbanas desorganizadas, predizendo a agressividade e possuindo efeitos principais na sua

15. Este estudo incorre no problema melhor descrito por Sampson & Laub (2005; também: LE BLANC, 1997): o processo de desenvolvimento não se caracteriza por um contínuo desenvencilhamento autómato do que "já lá estava", antes, aberto a múltiplas mudanças. O problema desta metodologia, provado nos resultados, foi assumir a existência de quatro tipologias de trajetória *a priori*, pois um método não pode provar aquilo que tem de assumir de antemão para funcionar (SAMPSON & LAUB, 2005).

16. A este propósito, é pertinente citar Foster & Brooks-Gunn (2013) sobre o período em causa: "A transição para o cuidado de si mesmo entre crianças, é talvez um ponto de viragem quasi-universal nas vidas das crianças, mas pode estar associada a desafios stressantes em algumas circunstâncias mais do que noutras." (p. 75) (*sic*)

variância entre 6-12 anos. O nível de adversidade comunitária relaciona-se com o agravar da desviância, com um impacto maior que a pobreza. Em acréscimo, a supervisão parental não protege as crianças da exposição a ambientes adversos e um dos importantes mecanismos pelos quais a exposição opera é via tempo passado com pares (MAIMON; BROWNING, 2010; WIKSTRÖM; LOEBER, 2000). Na infância média, os indivíduos passam grande parte do seu tempo com pares da zona de residência (MAIMON, BROWNING, 2010) e estes grupos não são homogêneos na idade; por isso, é provável que se desencadeie maior exposição a pares agressivos (*vs.* grupos de pares escolares). Antes dos 17, os rapazes transgridem com amigos que vivem por perto (FARRINGTON *et al.*, 2012). Os pares desviantes da comunidade – se mais velhos e criando rituais de iniciação – podem ser fator do *onset* e fomentar a escalada, interagindo com outras influências contextuais (WIKSTRÖM; LOEBER, 1999); aponta-se que é um fator precipitador de *onsets* entre 9-11 anos em meios pobres (BURTON; PRICE-SPRATLEN, 1999; DISHION; MCMAHON, 1998; INGOLDSBY; SHAW, 2002).

4.2. Trajeto pedo-adolescente

Há estudos que medem os construtos contextuais durante a infância e os *outcomes* comportamentais já no decurso da pré-adolescência/adolescência (ou trajetória pedo-adolescente), procurando efeitos desenvolvimentais do meio comunitário. Um marco é o estudo pioneiro de Wikström e Loeber (2000). Com duas *cohorts* do *Pittsburgh Youth Study* (dos 10-14 e 13-19 anos) e medidas antecedentes do ESE das vizinhanças, encontraram relação diferenciada entre tipo de contexto e trajetórias, por níveis de fatores de risco e proteção individuais (*e.g.*, impulsividade) e sociais (*e.g.*, pares desviantes) medidos na infância. Para casos de alto risco, o contexto não teve impacto na prevalência de desviância grave ao longo dos três anos. Porém, para casos de risco médio e baixo, a pobreza concentrada afetou a prevalência de trilhos delinquentes graves. Em particular, quando o contexto de baixo ESE conjugou-se com habitação social, este efeito multiplicou-se, acrescendo efeito principal da habitação social (estrutura) na prevalência do mesmo *outcome*. Controlando os *scores* dos fatores de risco/proteção, o contexto não impactuou na prevalência de inícios precoces (<12 anos); mesmo assim, foi encontrado um impacto direto (da pobreza) para início tardio (>12 anos) nos casos de baixo/médio risco. Houve efeito moderado a forte na transição; por outro lado, o contexto foi importante, justamente no início tardio para indivíduos com predisposição individual residual. Provaram-se efeitos diretos do contexto nos *onsets* tardios para indivíduos que eram ajustados na infância; o *onset* precoce apareceu como função de características proteção-risco

individuais/situação social e não, produto do contexto. Uma limitação à metodologia, diminui a robustez de parte da evidência: a idade de início mediu-se retrospetivamente e não prospetivamente.

Com dados do mesmo estudo, mas resultados noutro sentido, autores de tradições divergentes (LYNAM *et al.*, 2000) juntam-se, assinalando a inclusão das influências comunitárias no estudo de relações sujeito-ambiente no panorama desenvolvimental. Testaram a invariância contextual da relação impulsividade--conduta antissocial (GOTTFREDSON, HIRSCHI, 1990), e refutaram-na, em dois estudos conexos: o primeiro, transversal, com rapazes de 13 anos e, o segundo, no *follow-up* de alguns deles, até os 16/17 anos. Os efeitos da impulsividade no comportamento antissocial *não são significativos* em alto ESE da vizinhança, *mas muito elevados* em baixo ESE e, *ainda mais elevados*, quando é do tipo de habitação social. Ao mesmo tempo, a pobreza comunitária só produziu crime entre jovens impulsivos (13 anos). Este termo de interação sobre o crime (concorrente) aumenta à medida que passamos de alto ESE para baixo ESE e habitação social. A impulsividade (13 anos) também interagiu com comunidades de pouca qualidade (medida aos 17 anos) para aumentar a variedade na delinquência, a frequência de delinquência violenta e de roubos (aos 17 anos). Ficou claro que os efeitos da impulsividade são potenciados por contextos vulneráveis. Tudo aponta para que jovens impulsivos sejam mais vulneráveis a efeitos negativos de bairros muitos pobres, onde a eficácia coletiva tende a ser diminuta. Nem todos os impulsivos, nem todos os residentes de zonas pobres, estão em alto risco; são os rapazes impulsivos de vizinhanças pobres e bairros sociais que estão em risco acrescido. Os efeitos da impulsividade na delinquência medida na sua variedade e frequência aparecem como função do tipo de contexto[17].

Vazsonyi, Cleveland e Wiebe (2006) testaram a mesma hipótese. Utilizando modelos de regressão linear multinível e análise das médias por níveis do ESE das vizinhanças (dez grupos criados), o termo de interação *impulsividade x baixo ESE* não foi significativo para três tipos de *outcomes* de delinquência em rapazes, mas houve efeito direto significativo da comunidade para a agressão (fraco). Em adolescentes do sexo feminino, o termo de interação foi significativo para a delinquência geral e não violenta, mas não para a agressão (embora com efeito principal do baixo ESE comunitário), no sentido de diminuir o impacto da

17. Há moderação da comunidade. Asserção válida entre diferentes métodos (efeitos concorrentes/prospetivos, regressão hierárquica/análise de curva simples), *designs* (transversal e longitudinal) e estágios desenvolvimentais (pré-adolescência e adolescência), mesmo considerando outras variáveis (e.g., etnia, ESE familiar) (LYNAM *et al.*, 2000).

impulsividade na delinquência com o aumento da desvantagem. Isto é inconsistente com as teses contextuais integrativas revistas anteriormente. A magnitude foi diminuta e também não se provou a presença de relação quadrática para o termo de interação. Analisando isoladamente a influência do contexto, houve mera tendência para a agressão covariar positivamente com o nível de desvantagem apenas para as meninas, onde as médias da agressão diminuíram de maior desvantagem para maior afluência. Curiosamente e contra as posições teóricas que sustentamos alhures, houve a tendência das médias de impulsividade para aumentarem à medida que passamos de vizinhanças paupérrimas a afluentes. Os resultados estão em oposição com Lynam *et al*. (2000), pois suportou-se parcialmente a invariância dos efeitos da impulsividade no crime por contexto ecológico (mas apenas para rapazes)[18].

Simons e col. (2005) amostraram um grupo de afro-americanos e suas famílias (*n* = 633), seguindo-os (T1 = 10/12 anos; T2 = 12/14 anos). Identificaram variação no efeito da parentalidade eficiente na associação a pares desviantes e na delinquência, entre *clusters* comunitários: efeito independente negativo da parentalidade suportiva na associação a pares desviantes, mas multiplicado perante condições de alta eficácia coletiva (mesmo níveis médios da parentalidade eficiente são exponenciados pela eficácia coletiva). O padrão replica-se na delinquência: a variância nas curvas de efeito da parentalidade eficiente na redução da delinquência foi atribuída à variância na eficácia coletiva. Uma boa *performance* parental torna-se ainda melhor quando enraizada numa comunidade autoeficaz; mas este contexto por si só não reduz a delinquência produzida por uma parentalidade ineficiente. Em síntese, a eficácia coletiva promove, enquanto a desvantagem mitiga, o impacto positivo duma parentalidade competente, na delinquência. Todavia, não há certeza sobre a direção causal entre eficácia coletiva e parentalidade dado que não se estabeleceram relações com o critério da precedência temporal entre elas.

18. Uma das explicações para a incongruência pode estar na medida extremamente breve da impulsividade utilizada (*vs*. as medições ostensivas de LYNAM *et al.*, 2000; até se pode confundir com uma operacionalização de competências de resolução de problemas: ver, AGNEW, 1997). Outra alternativa pode ser o facto de estarmos perante um estudo transversal que apenas permite testar relações concorrentes. Os autores interpretam os resultados como fracasso da desorganização social, embora os seus próprios resultados não sustentem tanta confiança nessa asserção pois,"Ao contrário dos resultados entre rapazes, a impulsividade das participantes femininas interagiu significativamente com a desvantagem na vizinhança tanto para a delinquência geral como não violenta" (VAZSONYI *et al.*, 2010, p. 531).

Stewart e Simons (2006) utilizaram os mesmos dados (*n* = 720), para o teste da tese do "código de rua" (ANDERSON, 1999, cit. *in* MESSNER & ZIMMERMAN, 2012). Desvantagem e níveis de violência comunitária (T1) previram a adesão ao código de rua e delinquência violenta (individuais) em T2 (relações fracas). Por outro lado, as "famílias decentes"[19] (T1) relacionaram-se inversamente com a delinquência violenta (T2) e jovens com níveis superiores de "família de rua" (T1) aderiram mais ao código de rua (T2); curiosamente não houve relação da "família de rua" com a delinquência violenta (T2). Além disso, houve associação entre crenças associadas ao código e delinquência violenta dois anos depois. Mesmo com controlos, "decência familiar", discriminação racial, desvantagem comunitária e altos níveis de violência na comunidade, previram a violência futura (consistente com SIMONS *et al.*, 2005) – para além do efeito *state-dependence*. Ao contrário do esperado, ter "família de rua" não se relacionou com a violência. Quando a adesão ao código (T2) é inserida na regressão para análise de mediação, apuram que: medeia 26% do impacto da desvantagem e de 20% dos níveis de violência na vizinhança (T1) na violência (T2). A adesão ao código de rua comportou aumento de 28% na delinquência, enquanto o impacto de outras variáveis independentes foi menor. O problema principal foi que o código de rua e a delinquência foram ambos mensurados em T2, ainda assim um teste de equação estrutural provou que o coeficiente da via código de rua delinquência era maior do que para o caso inverso.

Posto isto, passo a sumariar a empíria que se enfoca mais nos processos da vizinhança. Conjeturando que processos comunitários (recursos; violência) moderam o impacto da participação em atividades extraescolares nos *outcomes* do adolescente, com as *cohorts* 9 e 12 anos do *PHDCN*[20], Fauth, Roth & Brooks-Gunn (2007) chegam a resultados inconclusivos. Também não evidenciaram efeitos diretos dos processos na delinquência, quer em medida compósita quer em trajetórias (aclives da curva) (*ibid.*).

Contudo, suporte para a tese da moderação do contexto, é encontrado algures (MOLNAR *et al.*, 2006), provando-se que a coesão/integração social da vizinhança na adolescência média amortece o impacto de fatores de risco de outros

19. Análogo ao conceito de parentalidade "*authoritative*", mas com uma componente cultural (ANDERSON, 1999, cit. in MESSNER & ZIMMERMAN, 2012; SIMONS *et al.*, 2005; STEWART & SIMONS, 2006).

20. PHDCN-LC-CS (*Project on Human Development Chicago Neighbourhoods Longitudinal Cohort and Community Survey Study*). T1 = ano-base; T2 = dois anos depois e T3 = quatro/cinco anos depois.

níveis (individuais, familiares e escolares) medidos na pré-adolescência, na delinquência violenta já perto do fim da adolescência, mesmo usando uma medida global de risco (KULYCHECK *et al.*, 2012). Em parte, isto é inconsistente com Wikström e Loeber (2000), pese embora, neste, os autores falhassem em medir processos, assumindo-os pela operacionalização da estrutura. Sobre os mecanismos que estão na base do efeito amortecedor duma comunidade mais coesa, Ghazarian e Roche (2010) confirmam que o suporte social na comunidade percebido pela mãe (10/11 anos) eleva o compromisso maternal (11/12 anos) que, por sua vez, aparece associado à baixa incidência da delinquência (16/17 anos). Ainda assim, as relações são de magnitude humilde (*betas* de .17* e .20*, respetivamente). Provou-se uma associação indireta, argumentando-se que as mães, quando têm maior sensação de apoio social (*e.g.*, vizinhos), isto acaba por amortecer o impacto das condições estressantes de comunidades pobres e degradadas na parentalidade (KOHEN *et al.*, 2008). Por sua vez, isto permitiu-lhes, durante o período de transição, que continuassem firmes, engajando-se no papel de parentalidade, o que lhes deu condições para lidar melhor com o adolescente. O resultado foi menor violência aos 16/17 anos. A limitação do estudo é que não permitiu identificar se a fonte objetiva de suporte é realmente proveniente da vizinhança. Venha de onde vier o suporte, o mais importante é a sensação de suporte para mães de adolescentes de meios pobres, resultando numa não demissão da função parental, essencial para enfrentar o quotidiano especialmente conturbado destes adolescentes (AGNEW, 1997; HAGAN, 1997; STEWART; SIMONS, 2006). A este propósito, mesmo tendo alguns estudos refutado o impacto prospetivo dos processos (*e.g.*, FAUTH *et al.*, 2007), um "novo" fator tem recebido suporte promissor. Designa-se como *familismo*, enquanto orientação da vizinhança para o sentido de família e para a centralidade da família, expresso no suporte emocional mútuo entre famílias, obrigações, auxílio/apoio quotidiano com problemas, etc. (GONZALES *et al.*, 2011). Neste estudo, encontrou-se uma ligação negativa entre familismo medido no 5º ano de escolaridade e problemas de externalização já no 7º ano e, ainda, o familismo promoveu diretamente o calor parental que, por sua vez, protegeu dos problemas de externalização.

Que nos contam os recentes estudos das dinâmicas comunitárias[21]? Por exemplo, com crianças localizadas em vizinhanças desfavorecidas (seguidas dos 5/6 aos 12/13 anos) ao mesmo tempo que iam recolhendo medidas da estrutura comunitária em séries temporais, Schonberg e Shaw (2007) concluíram que os residentes

21. *Designs* longitudinais, quer de nível individual quer comunitário; usando a já enunciada técnica estatística dos modelos semiparamétricos de mistura "conjuntos".

em comunidades que mantêm níveis de pobreza constantes têm mais probabilidades de trajetória crônica de desviância entre pré-escolar e pré-adolescência. Nas comunidades que progrediram ao longo dos seis anos, os sujeitos tenderam a possuir trajetórias menos graves ("abstinentes" e "desistentes" *vs.* persistentes). Uma melhoria das condições parece ter aliviado a pressão sobre as crianças, afetando os seus caminhos favoravelmente. Tais resultados relacionam-se com um estudo (JARJOURA *et al.*, 2002) que testou a relação pobreza-delinquência e embora a pobreza não seja operacionalizada no âmbito comunitário, mas sim no familiar, os resultados devem ser reportados pois relevam para aqui. As medidas transversais não conseguem captar a exposição persistente e de longo prazo à pobreza, tendem a sobrestimar o número de pobres persistentes, ao mesmo tempo que excluem os verdadeiros casos de exposição contínua e contribuem para o enfraquecimento da correlação pobreza-delinquência (nas medidas longitudinais é > que nas transversais), produzindo efeitos confusores (*ibid.*). Estes achados, impelem-nos a trazer a lição metodológica para o campo da comunidade; uma medição num momento temporal da estrutura não é suficiente – facilmente nos ilude. No geral, estes estudos atentam para que: mudar de comunidade, a saber, mudanças para pior, no sentido de maior exposição à violência/fontes de *stress* (AGNEW, 1997), promovem subidas na frequência e gravidade da conduta (nalguns estudos, apenas para o sexo masculino: PARENTE; MAHONEY, 2009) – constituindo potenciais pontos de viragem (SAMPSON; LAUB, 1997); que a agressividade individual aumenta em resposta ao agravar gradual das condições de comunidades inicialmente pobres, mas alguns resultados são contrários ao esperado, onde melhoria nas condições da comunidade de pertença (LEVENTHAL; BROOKS-GUNN, 2011) ou a saída para comunidade mais afluente (KLING *et al.*, 2007), associaram-se ao crescimento na frequência de agressões e crimes contra a propriedade entre rapazes.

Além de afetar a carreira criminal *stricto sensu*, o contexto prevê a adesão a *gangs* na adolescência. Altas taxas de crime na comunidade, combinadas com envolvimento frequente do jovem em crimes contra a propriedade, aumentam chances de adesão a *gang* – talvez por menor capital social de partida (LAHEY *et al.*, 1999; MOULE *et al.*, 2013). Em acordo, na pesquisa de Grunwald *et al.* (2010) com jovens cadastrados, um maior capital social comunitário na infância protegeu da reincidência em crimes ligados à droga que, no grosso, ocorrem em redes desviantes, *gangs* ou subculturas, pelo menos no que ao tráfico diz respeito (Hagan, 1997). A relação manteve-se mesmo controlando por traços individuais na infância e fatores familiares concorrentes.

No estudo *Managing to Make It* (*MMI*) em Filadélfia (FURSTENBERG, 2001), a equipa de investigadores concluiu que a variabilidade nos *outcomes* familiares

intra-vizinhanças é maior do que a variabilidade intervizinhanças; os pais dentro da mesma vizinhança apresentaram muitas diferenças na forma como se relacionavam com a comunidade exterior (ver também: JARJOURA *et al.*, 2002) e como punham essas relações a funcionar por referência aos seus filhos. Isto teve que ver com o grau de partilha de valores entre pais e a comunidade mais lata, ou a perceção que os pais têm dos valores ali dominantes. A gestão familiar (*e.g.*, escolhas logísticas na socialização dos filhos) irá depender, em parte, desta relação com a comunidade; isto torna-se importante pois há a evidência de que os recursos comunitários podem abafar os problemas de conduta. Um maior número de organizações/serviços comunitários (*e.g.*, ocupação pós-escolar, clínicas de planeamento familiar) na infância média decresce chances de altos padrões de agressividade na pré-adolescência, mas não de delinquência geral, visto que a eficácia coletiva interage com a associação a pares pró-sociais para diminuir as chances de trajetórias de alta frequência de agressão e mesmo de delinquência em geral (MOLNAR *et al.*, 2006); e, uma menor participação coletiva nas organizações comunitárias contribui para maior incidência de delinquência (SIMCHA-FAGAN; SCHWARTZ, 1986, cit. *in* INGOLDSBY e SHAW, 2002).

Todavia, *MMI*, que combinara métodos qualitativos (*e.g.*, entrevistas em profundidade) e quantitativos, num *design* transversal, falhou em encontrar efeitos diretos/fortes da afluência de recursos institucionais (contra a evidência de MOLNAR *et al.*, 2006) nos *outcomes* de desenvolvimento saudável dos jovens (FURSTENBERG, 2001). Não obstante, encontraram-se relações entre propriedades das vizinhanças (*e.g.*, níveis de violência) e estilos de gestão familiar (a forma como as famílias relacionam-se com o mundo imediato fora de casa para socializarem os filhos): nas vizinhanças com maiores níveis de crime e pobreza, a opção por cossocialização dos filhos com os vizinhos/na comunidade é muito escassa, ao passo que nas comunidades com laços mais fortes (maioritariamente brancas) encontrou-se como algo comum. Para Furstenberg (2001), isto pode-se dever a diferenças no acesso a escolas de qualidade e a bons programas ocupacionais, escassos nas zonas de baixo capital social (FAUTH *et al.*, 2007); assim, os pais destas comunidades vêm-se quase forçados a procurar recursos fora da comunidade ou tentam fechar a socialização do jovem no meio familiar (podendo resultar em estilos parentais mais duros, discutidos como adaptativos perante condições de perigo ambiental). Mas, quando pertencendo a comunidades autoeficazes (coesão, recursos institucionais) e médio/alto ESE e a famílias com efetivos processos de controlo informal e gestão familiar adequada, os jovens tenderam a ser mais saudáveis, apresentando menos delinquência e menos problemas mentais. Os efeitos da vantagem comunitária nos *outcomes* desaparecem

quando o funcionamento familiar é pobre e a gestão errática; por outro lado, mesmo em comunidades pobres em coesão/recursos, o funcionamento e a gestão familiar adequados permitiram aumentar as chances de sucesso dos adolescentes (consistente com SIMONS *et al.*, 2005); ainda assim, as chances de sucesso nestas condições (familiares) são aumentadas em mais de metade em comunidades de qualidade. O autor discute que parentalidade *authoritative* e gestão familiar adequadas podem aumentar chances de desenvolvimento pró-social do adolescente, mas a parentalidade per si pode não ser suficente (*vs.* SIMONS *et al.*, 2005): o apoio comunitário é sinérgico relativamente à tarefa de socialização dos jovens. Os resultados são de magnitude modesta (FURSTENBERG, 2001).

4.3. Adolescência: contexto comunitário, atividades de rotina e socialização

Este subtema merece aqui especial atenção. Maimon e Browning (2010), com dois *cohorts* do *PHDCN* (8-15 e 12-18 anos; *n* = 842), chegaram a resultados tentadores. A eficácia coletiva (T1) previu positiva e significativamente a socialização desestruturada com pares (T2), ao passo que a desvantagem concentrada (T1) não. Houve ausência de efeitos principais da desvantagem concentrada e eficácia coletiva (T1 = 8/9 e 12/13 anos) na violência juvenil (T3 = 14/15 e 18/19 anos). Além disso, não encontraram efeitos interativos entre variáveis de nível comunitário e a impulsividade sobre a socialização desestruturada, nem sobre a violência (*vs.* LYNAM *et al.*, 2000; consistente com VAZSONYI *et al.*, 2006). Mas, inserindo no modelo a socialização desestruturada, surgiu efeito principal da eficácia coletiva. Além disso, subir um desvio-padrão na medida de socialização desestrurada três anos antes (T2) significou uma chance 30% superior de envolvimento na violência subsequente, independente da violência anterior. O impacto da socialização desestruturada foi moderado pela eficácia coletiva: para jovens com níveis superiores, os níveis de conduta violenta foram maiores; contudo, para residentes em vizinhanças com maior eficácia coletiva esse impacto foi mitigado. À medida que a eficácia coletiva aumenta, o impacto da socialização desestruturada na conduta violenta diminui. Curioso é que a eficácia coletiva na infância/pré-adolescência promoveu socialização desestruturada no início e a meio da adolescência – questão levantada há algum tempo por Wikström e Loeber (2000). Insurgiu-se uma limitação séria: não conseguiram discernir se os atos foram levados a cabo nas vizinhanças de baixa eficácia coletiva correspondentes à zona de habitação.

Isso é importante pois a capacidade individual de evitar confrontos e situações violentas no espaço residencial ("*eficácia de rua*" – SHARKEY, 206) é moldada

pelo contexto socioeconômico e eficácia coletiva (relação positiva), e níveis baixos no construto contribuíram para a estabilidade do comportamento violento entre as ondas um e três do *PHDCN* (ibid.). Se, navegando nas suas vizinhanças, os jovens encontram menos "provocações" (WIKSTRÖM e LOEBER, 2000), isto depende das propriedades das ecologias em que se movem; mas as próprias características da sua comunidade podem afetar em que ecologias se movem, o tempo gasto e o tipo de socialização – enformando as suas rotinas (Osgood *et al.*, 1996) – fora deste espaço, que influenciam a quantidade de "provocações" e "tentações" (WIKSTRÖM, LOEBER, 2000) encontradas no cômputo geral do seu quotidiano. Os adolescentes não confinam todas as atividades ao espaço habitacional e os crimes nos quais se envolvem podem não acontecer sempre ali.

Superando problemas de Maimon & Browning (2010), Wikström e col. (2012), no nexo do *Peterborough Longitudinal Study.*, lançam um método inovador[22], o *space-time budget* (*orçamento espaço-tempo*), que permite detetar onde e quando os comportamentos ocorreram (em que contextos e situações específicas), sendo complemento para o estudo das influências contextuais nas trajetórias. O orçamento espaço-tempo permite-nos analisar o grau de exposição aos espaços onde os jovens vivem e como o tempo gasto noutros locais relaciona-se com o crime (grau de exposição criminógena), *i.e.*, permite analisar as vidas sociais, determinando o "campo de atividade", ou seja, a constelação de configurações ambientais a que um jovem expõe-se durante um certo período de tempo e quanto tempo gasta nessas configurações (*ibid.*, p. 67)[23]. A aplicação do método, cruzado com outros elementos, nomeadamente, informações e estatísticas oficiais da polícia (*e.g.*, registo de residência de jovens identificados por prática frequente de crimes), outros instrumentos de autorrelato (*e.g.*, inquéritos de delinquência autorrevelada), inquérito comunitário e dados dos censos (*e.g.*, para operacionalizar eficácia coletiva e instabilidade residencial) e escalas de características individuais (e.g., autocontrolo), permitiu descobertas importantes. Foi ele que permitiu a Wikström provar o seu famoso ditado

22. Embora suas raízes possam ser encontradas algures nos primórdos de Chicago no "*triângulo da delinquência*", aplicado ao estudo pioneiro (na época) da delinquência feminina (BUCHAN, 1922; BURGUESS, 1925).

23. As perguntas a fazer são: "que atividades? Com quem? Onde? Durante quanto tempo/ Quanto tempo é gasto nelas? Desestruturadas/estruturadas? Públicas/privadas? Institucionais/Não institucionais? Individuais/coletivas? Longe/perto de casa? Em que tipo de espaços? São atividades providas por organizações comunitárias/ou não? A que dias da semana? A que horas?".

– que virou moda em Criminologia – de que o crime não é sobre tipos de pessoas, mas sobre "*tipos de pessoas em tipos de configurações ambientais* (*settings*) [ênfase adicionado]" (*ibid.*).

Na fase 1 do *PLS* (jovens seguidos dos 12-17 anos), chegaram a conclusões elucidativas. Regra geral, os crimes cometidos ocorrem na zona de residência, diminuindo em função do afastamento dela; o decrescimento com a distância de casa demonstrou-se, em parte, como produto da segregação residencial; mas a segregação residencial é insuficiente já que existiram algumas exceções, como o *shoptlifting,* ocorrido nas zonas comerciais em centros urbanos/locais, e os crimes violentos, praticados nas zonas centro-urbanas, em discotecas e bares ou perto delas. Ao mesmo tempo existiu um padrão de alguns crimes cometidos (*e.g.*, assalto à residência) em zonas residenciais de baixa eficácia coletiva não correspondentes à zona de habitação do jovem; o registo oficial de residências de jovens criminosos correspondeu às áreas residenciais de jovens que autorrelataram altas frequências de delinquência, as mesmas onde jovens mais propensos (menor autocontrolo e pobre moralidade) tenderam a apresentar o registo de habitação – essas áreas (> nº de crimes, > nº de jovens a autorrelatarem > prática de crimes e > nº de jovens propensos) verificaram-se tendencialmente pobres e socialmente desfavorecidas.

Além disso, o comportamento desviante concentrou-se de forma alométrica no tempo passado de maneira desestruturada, na ausência de supervisão adulta:

> "Focando nas horas passadas em atividades desestruturadas orientadas para o grupo de pares, contamos quase 43 por cento de todos os crimes do *space-time budget* (n = 141) dentro de apenas 5 por cento de todo o tempo que os jovens passaram acordados, uma clara indicação de que o uso desse tempo é, de uma forma única, criminógeno." (*ibid.*, p. 332.)

Cruzando os dados geográficos com o tempo gasto, verifica-se que as configurações donde emergem circunstâncias criminógenas são atividades não supervisionadas, orientadas para o grupo de pares e desestruturadas, em zonas residenciais com baixa eficácia coletiva (não necessariamente as dos próprios jovens mas tendencialmente, são essas) e centros locais/urbanos (em particular, aqueles que têm um afluxo substancial da função comercial). Também se verificou que jovens mais propensos tendem a passar mais tempo nestas configurações.

Somado a isto, a medida de crime oficial dos jovens foi prevista por um modelo estrutural onde desvantagem estrutural da comunidade, diversidade étnica e instabilidade residencial promoveram baixa eficácia coletiva, que incrementou a

delinquência; noutro caminho, a desvantagem contextual elevou o tempo que os jovens passaram fora do contexto caseiro, em atividades com pares sem estrutura e sem supervisão; mas estes níveis superiores apenas promoveram envolvimento no crime para adolescentes com média e alta propensão; ao mesmo tempo, desvantagem e instabilidade residencial previram diretamente o registo oficial de crimes dos jovens. A maior taxa de crimes *per* 1.000 horas-acordados foi para tempo gasto nas atividades em grupo de pares não supervisionadas em centros urbanos e espaços exteriores (locais como parques e jardins sem vigilância) ou áreas residenciais com pobre eficácia coletiva, em especial, nos fins de tarde de finais de semana (sexta-feira e sábado), em relação a qualquer outra combinação de tipo de atividade, espaço e período do dia. Uma vez mais, isto manteve-se exclusivamente para jovens propensos, levando os autores à conclusão de que "as configurações criminógenas não são criminógenas para todos os jovens" (WIKSTRÖM *et al.*, 2012, p. 363). Mas há ainda um dado essencial a reter: o crime é evento relativamente infrequente nos quotidianos dos jovens, mesmo para aqueles que reportaram alta frequência de atos delinquentes, mesmo para aqueles que residem em comunidades de baixa eficácia coletiva e em desvantagem (WIKSTRÖM *et al.*, 2012).

5. Conclusão

Chegamos ao fim, justo momento do balanço. A longa tradição ambiental em Criminologia infiltrou-se na CD, ponto assente. Ela teima na tese do impacto direto da comunidade, mas, quando o assunto é trajetórias, o apoio empírico é modesto. Mais promissora é a recente abordagem das interações multinível, onde as influências comunitárias realmente parecem interagir com elementos de outro nível (familiar, individual) para produzir efeitos (concorrentes e prospetivos) sobre estabilidade e mudança da conduta dos indivíduos no tempo. De facto, a integração da comunidade no estudo integrado pessoa-ambiente para descrever e compreender a antissociabilidade dum ponto de vista dinâmico (o "tornar-se") tem, aqui e ali, dado bons frutos, sendo direção promissora (*e.g.*, LYNAM *et al.*, 2000; WIKSTRÖM; LOEBER, 2000; WIKSTRÖM *et al.* 2012). O que mais se pode advogar com a revisão feita não é a defesa *tout court* do impacto da estrutura e processos comunitários nas trajetórias desviantes. Antes, e foi isso que nos trouxe ao tema de início, que o nível comunitário tem algo a acrescentar à subdisciplina; é imperativo integrar o contexto mais amplo, pois "há algo em falta" nas teorias e estudos dominantes. A propósito disso, Tonry, Ohlin & Farrington (1991), apontam que: "A maioria da investigação de nível individual é inadequada porque negligencia a variação nas características comunitárias; enquanto a

investigação de nível comunitário falha em dar conta das diferenças individuais" (cit. *in* LYNAM *et al.*, 2000, p. 563).

Mantendo preocupação pela consciência epistemológica, falo duma derradeira imposição do paradigma sistémico-informacional-comunicacional (AGRA, 1986, 2015) na CD e, com ele, a assunção clara e definitiva da noção de "processo". A injeção recente do "sistema comunidade", amontoou um conhecimento nascituro descoordenado, conotando-se com uma certa palidez teórica, *i.e.*, salvo os notáveis esforços de Hagan (1997) e Le Blanc (1997), não se encontram teorias que verdadeiramente consagrem uma descrição-explicação dos mecanismos processuais que claramente ligam estrutura e processos comunitários aos percursos individuais. A maior parte dos modelos derivam duma preocupação puramente empírica, onde se consagra – como disse algures Hirschi (1979) – uma mera "integração lado-a-lado" entre diferentes sistemas e orientações explicativas alimentando um "ecletismo incongruente" (BOTTOMS, 2000). Há confusão, com tendência para passagem de informação entre o sistema comunidade e outros sistemas; no tema, atualmente, o paradigma sistêmico-informacional-comunicacional reveste-se duma roupagem "rapsódica" (AGRA, 1986, 1995). É, sem dúvida, necessário uma melhor coordenação ao nível explicativo entre comunidade-família-indivíduo, almejando uma composição "sinfônica" (*ibid.*) para melhor se conhecer esta complexa realidade das trajetórias desviantes e das trajetórias humanas em geral.

Não é novidade nas ciências do comportamento que este é função, quer de características pessoais (*P*) quer do ambiente (*A*). Há muito que K. Lewin (1933) estabeleceu a lei da conduta (*C*), $C = f(A, P)$. O ambiente imediato não é tudo; a empíria revista, demonstra-o, assim como, demonstra que a comunidade, por si só, tece efeitos muito fracos na cadeia temporal que é o trilho do sujeito. A charada parece ter solução à vista no *eu-mundo* (AGRA, 1995, 1999). O eu não existe separado do seu mundo; ao mesmo tempo que o seu mundo define-o e molda, este tem perspetiva própria sobre o que é o seu mundo (do seu "de-dentro"). Este tema evoca o enxerto da fenomenologia – cuja infiltração já se começa a sentir – no campo *life course*; ainda assim, faltam estudos que analisem como é que os sujeitos estão para os ambientes comunitários do seu "de-dentro" – como os constroem, como se constroem em relação a eles – e como os põe (se é que os põe) em relação com o seu passado comportamental e perspetivas de futuro. Agra (1999) propõe uma teoria sistêmico-fenomenológica das "violências" que, para este propósito, arriscarei adaptar: *a variabilidade da conduta violenta no tempo vital é função das relações entre o indivíduo, grupos, comunidade e sociedade, situadas num espaço (inclusive, comunitário) e tempo (inclusive, comunitário) próprios.*

Na globalidade, pode-se dizer que se sabe pouco sobre a temática e que o conhecimento é maioritariamente descritivo, mais que explicativo e interpretativo. Só um dado é certo: as comunidades, enquanto contexto ecológico dos indivíduos e seus grupos, têm efeitos nos caminhos percorridos ao longo de uma vida; a magnitude, os processos que estão na base dessa influência e as direções são ainda obscuras, faltando certezas. Isto traz implicações para a prevenção desenvolvimental: não bastam intervenções sobre o indivíduo, nem somente sobre os pais ou escolas; políticas macro de investimento na qualidade das zonas habitacionais, na lógica do empoderamento, podem também surtir efeitos num desenvolvimento saudável e favorável, em direção ao sucesso (FARRINGTON *et al.*, 2012), quer para a sociedade quer para o indivíduo em busca da sua felicidade: alcançável por meio de múltiplas e dissemelhantes trajetórias fundadas no respeito pelo outro e pelo crer numa vida em sociedade – projetada na sua experiência comunitária.

Na presente revisão, ficou claro que os estilos de vida e as atividades de rotina individuais são essenciais ao entendimento dos percursos desviantes ou conformes. São eles que entrecruzam o espaço livre (que dificilmente se oculta) entre influências do meio comunitário (e suas interações com a família) e características individuais; são eles que estão na base de uma parte substancial da variabilidade intraindividual das trajetórias, influenciando a conduta de uma forma proximal, a curto prazo (FARRINGTON, 2003). Entre jovens e jovens-adultos, a navegação e a mobilidade entre contextos ecológicos no exercício da socialização é um assunto fulcral para pormenorizar os mecanismos que operam entre comunidade e desenvolvimento individual, quer concorrentes quer subsequentes. As dinâmicas quotidianas da vida social (pré)adolescente e (pré)adulta parecem contar uma história oculta dos caminhos de vida percorridos. Numa palavra, as atividades de rotina e a ocupação dos tempos são ou poderão ser o lugar comum "prometedor" entre as teorias e estudos empíricos revistos.

Conclui-se que a chama dos estudos da relação comunidade-crime deve se manter acesa, sendo necessária uma perspetiva interdisciplinar e dinâmica como a da CD. No campo da prevenção e intervenção, é clara a necessidade de reduzir as diversas desigualdades – educativas, no acesso ao emprego, materiais, de estatuto, de recursos entre espaços de habitação, nas oportunidades ao longo de vida, no grau de exposição à estimulação nociva – para impactar nos vários estágios desenvolvimentais. Políticas de justiça social, baseadas na "liberdade como não dominação" (BRAITHWAITE, 2000, 2002) precisam urgentemente de ser pensadas e inventadas em função do conhecimento científico aqui revisto – que servirá de alicerce a esses processos de tomada de decisão.

Referências bibliográficas

AGNEW, R. Foundation for a general strain theory of crime and delinquency. *Criminology*, 30(1), p. 47-88, 1992.

AGNEW, R. Stability and change in crime over the life course: A strain theory explanation. *Developmental theories of crime and delinquency,* 7, p. 101-132, 1997.

AGRA, C. da. Da Rapsódia à Sinfonia. *Toxicodependências,* p. 47-59, 1995.

AGRA, C. da. *Droga-Crime*. A experiência Portuguesa: programa de estudos e resultados. Lisboa: Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1997.

AGRA, C. da. *Entre droga e crime*. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 1998.

AGRA, C. da. Elementos para uma epistemologia da criminologia. *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito do Porto*, 2001.

AGRA, C. da. A Epistéme das Ciências Criminais: Exercício empírico-teórico. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDREWS, D. A.; BONTA, J. *The psychology of criminal conduct*. Routledge, 2010.

BERG, M. T.; STEWART, E. A.; SCHRECK, C. J.; SIMONS, R. L. The victim-offender overlap in context: Examining the role of neighborhood street culture. *Criminology*, 50(2), p. 359-39, 2012.

BOTTOMS, A. The relationship between theory and empirical observations in criminology. *Doing research on crime and justice*, p. 75-116, 2008.

BOURDIEU, P. The forms of capital. *Handbook of theory and research for the sociology of education*. New York: Greenwood, 1986.

BRAITHWAITE, J. Shame and criminal justice. *Canadian J. Criminology,* 42, p. 281-298, 2000.

BRAITHWAITE, J. Setting standards for restorative justice. *British Journal of Criminology*, 42(3), p. 563-577, 2002.

BURGESS, E. Can Neighborhood Work Have a Scientific Basis? *The city*, p. 142-155, 1984 [1925].

CALLAHAN *et al.* (2011); WINSLOW; SHAW (2007); PEBBLY; SASTRY (2011); SUPLEE *et al.* (2007); ODGERS *et al.* (2009); VANFOSSEN *et al.* (2010); LORD; MAHONEY (2007); KULYCHECK *et al.* (2012); GONZALES *et al.* (2011); SCHONBERG; SHAW (2007) são todos citados no artigo supramencionado.

CULLEN, F. T.; BENSON, M. L.; MAKARIOS, M. D. Developmental and life-course theories of offending. *The Oxford Handbook of Crime Prevention*, p. 23-45, 2012.

DODGE, K. A.; COIE, J. D. Social-information-processing factors in reactive and proactive aggression in children's peer groups. *Journal of personality and social psychology*, 53 (6), p. 1146-1158, 1987.

ESBENSEN, F.-A.; HUIZINGA, D. Juvenile victimization and delinquency. *Youth and Society,* 23(2), p. 202-228, 1991.

FARIS, R.; DUNHAM, W. Natural Areas of the City. In: TRAUB, S. H.; Little, C. B. (Eds.). *Theories of deviance*. 4. ed. Itasca: FE Peacock Publishers, 1994.

FARRALL, S., BOTTOMS, A.; SHAPLAND, J. Social structures and desistance from crime. *European Journal of Criminology,* 7(6), p. 546-570, 2010.

FARRINGTON, D. P. Developmental and life-course criminology: Key theoretical and empirical issues-the 2002 Sutherland Award address. *Criminology*, 41(2), p. 221- 225, 2003.

FARRINGTON, D. P. Life-course and developmental theories in criminology. *The Sage handbook of criminological theory*, p. 249-269, 2010.

FAUTH, R. C.; ROTH, J. L.; BROOKS-GUNN, J. Does the neighborhood context alter the link between youth's after-school time activities and developmental out- comes? A multilevel analysis. *Developmental psychology,* 43(3), p. 760-776, 2007.

FOSTER, H.; BROOKS-GUNN, J. Neighborhood influences on antisocial behavior during childhood and adolescence. *Handbook of life-course criminology*, p. 69-90, Springer 2013.

FURSTENBERG, F. F. Managing to make it afterthoughts. *Journal of Family Issues,* 22(2), p. 150-162, 2001.

GHAZARIAN, S. R.; ROCHE, K. M. Social support and low-income, urban mothers: Longitudinal associations with adolescent delinquency. *Journal of Youth and Adolescence,* 39(9), p. 1097-1108, 2010.

HAGAN, J. Crime and capitalization: Toward a developmental theory of street crime in America. *Developmental theories of crime and delinquency*, p. 287-308, 1997.

HIRSCHI, T. A Control Theory of Delinquency. In: TRAUB, S. H.; Little, C. B. (Eds.). *Theories of Deviance*. 4. ed. Illinois: FE Peacock Publishers, 1994.

INGOLDSBY, E. M.; SHAW, D. S. Neighborhood Contextual Factors and Early-Starting Antisocial Pathways. *Clinical Child and Family Psychology Review,* 5(1), p. 21-55, 2002.

JARJOURA, G. R.; TRIPLETT, R. A.; BRINKER, G. P. Growing Up Poor: Examining the Link Between Persistent Childhood Poverty and Delinquency. *Journal of Quantitative Criminology,* 18(2), p. 159-187, 2002.

KOHEN, D. E.; LEVENTHAL, T.; DAHINTEN, V. S.; MCINTOSH, C. N. Neighborhood disadvantage: Pathways of effects for young children. *Child development,* 79(1), p. 156-169, 2008.

LEIGHTON, B. The community concept in criminology: Toward a social network approach. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 25(4), 351-374, 1988.

LE BLANC, M. A generic control theory of the criminal phenomenon: The structural and dynamic statements of an integrative multilayered control theory. *Developmental theories of crime and delinquency,* 7, p. 215-285, 1997.

LOCHMAN, J. E.; PALARDY, N. R.; MCELROY, H. K.; PHILLIPS, N.; HOLMES, K. J. Anger management interventions. *Journal of Early and Intensive Behavior Intervention,* 1(1), p. 47-56, 2004.

LYNAM, D. R.; CASPI, A.; MOFFITT, T. E.; WIKSTRÖM, P. -O.; LOEBER, R.; NOVAK, S. The interaction between impulsivity and neighborhood context on offending: the effects of impulsivity are stronger in poorer neighborhoods. *Journal of abnormal psychology,* 109(4), p. 563-574, 2000.

MAIMON, D.; BROWNING, C. R. Unstructured socializing, collective efficacy, and violent behavior among urban youth. *Criminology,* 48(2), p. 443-474, 2010.

MARUNA, S. *Making good*. Washington, DC: American Psychological Association, 2001.

MERTON, R. K. *Social Theory and Social Structure* (enlarged edition). New York: The Free Press, 1968.

MESSNER, S. F.; ZIMMERMAN, G. M. Community-level influences on crime and offending. *The Oxford Handbook of Crime Prevention*, p. 155-172, 2002.

MICHELSON, L.; SUGAI, D. P. ; WOOD, R. P. ; KAZDIN, A. E. Social Skills and Child Development. Social skills assessment and training with children: An empirically based handbook. *Springer Science & Business Media,* p. 1-11, 2013.

MOFFITT, T. E. Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: a developmental taxonomy. *Psychological review*, 100 (4, p. 674-701, 1993.

MOLNAR, B. E.; CERDA, M.; ROBERTS, A. L.; BUKA, S. L. Effects of neighborhood resources on aggressive and delinquent behaviors among urban youths. *American Journal of Public Health,* 98(6), p. 1086-1093, 2008.

MOULE JR., R. K.; DECKER, S. H.; PYROOZ, D. C. Social capital, the life-course, and gangs. *Handbook of life-course criminology*, p. 143-158, Springer 2013.

OSGOOD, D. W.; WILSON, J. K.; O'MALLEY, P. M.; Bachman, J. G.; JOHNSTON, L. D. Routine activities and individual deviant behavior. *American sociological review*, p. 635-655, 1996.

PARK; BURGESS; MCKENZIE. *The city.* University of Chicago Press, 1984 [1925].

PARK, R. Community Organization and Juvenile Delinquency. *The city*, p. 99-112, 1984 [1925].

PARK, R. Social Change and Social Disorganization. *Theories of Deviance*: FE Peacock Publishers, 1994.

PARK, R. The City: Suggestions for the Investigation of Human Behavior in the Urban Environment. *The city,* p. 1-47, 1984 [1925].

PATTERSON, G. R. Coercion theory: The study of change. *The Oxford handbook of coercive relationship dynamics*, p. 7-22, 2016.

PUTNAM, R. D. Bowling alone: America's declining social capital. *Journal of democracy,* 6(1), p. 65-78, 1995.

SAMPSON, R. J. The neighborhood context of well-being. *Perspectives in biology and medicine,* 46(3), 2003, p. 53-64, 2003.

SAMPSON, R. J. Collective efficacy theory: Lessons learned and directions for future inquiry. *Taking stock: The status of criminological theory,* 15, p. 149-168, 2008.

SAMPSON, R. J.; LAUB, J. H. Urban poverty and the family context of delinquency: A new look at structure and process in a classic study. *Child development*, 65(2), p. 523-540, 1994.

SAMPSON, R. J.; LAUB, J. H. A life-course theory of cumulative disadvantage and the stability of delinquency. *Developmental theories of crime and delinquency,* 7, p. 133-161, 1997.

SAMPSON, R. J.; LAUB, J. H. A general age-graded theory of crime: Lessons learned and the future of life-course criminology. *Integrated developmental and life course theories of offending,* 14, p. 165-182, 2005.

SHARKEY, P. T. Navigating dangerous streets: The sources and consequences of street efficacy. *American Sociological Review*, 71(5), p. 826-846, 2006.

SHERMAN, L. W. Defiance, compliance and consilience: A general theory of criminology. *The SAGE handbook of criminological theory*, 360-390, 2010.

SIMONS, R. L.; SIMONS, L. G.; BURT, C. H.; BRODY, G. H.; CUTRONA, C. Collective efficacy, authoritative parenting and delinquency: A longitudinal test of a model integrating community-and family-level processes. *Criminology*, 43(4), p. 989-1029, 2005.

STEWART, E. A.; SIMONS, R. L. Structure and culture in African American adolescent violence: A partial test of the "code of the street" thesis. *Justice Quarterly,* 23(1), p. 1-33, 2006.

THORNBERRY, T. P. Toward an interactional theory of delinquency. *Criminology,* 25(4), p. 863-892, 1987.

TREMBLAY, R. Developmental origins of chronic physical violence: Why environment and genes matter. Paper presented at the *Eurocrim 2015*, Porto, 2015.

VAZSONYI, A. T.; CLEVELAND, H. H.; WIEBE, R. P. Does the effect of impulsivity on delinquency vary by level of neighborhood disadvantage? *Criminal Justice and Behavior,* 33(4), 2006, p. 511-541, 2006.

WEATHERBURN, D.; SCHNEPEL, K. T. Economic adversity and crime: old theories and new evidence. *Australian Journal of Social Issues*, 50(1), p. 89-106, 2015.

WELSH, B. C.; HOSHI, A. 5 Communities and crime prevention. *Evidence- based crime prevention*, p. 165-196, 2002.

WIKSTRÖM, P. -O.; LOEBER, R. Do disadvantaged neighborhoods cause well-adjusted children to become adolescent delinquents? A study of male juvenile serious offending, individual risk and protective factors, and neighborhood context. *Criminology,* 38(4), p. 1109-1142, 2000.

WIKSTRÖM, P. -O. H.; OBERWITTLER, D.; TREIBER, K.; HARDIE, B. *Breaking rules*: The social and situational dynamics of young people's urban crime. OUP Oxford: University Press, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- 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);
- Crime, violência e segurança pública como produtos culturais: inovando o debate, de Álvaro Filipe Oxley da Rocha - *RT* 917/271-289 (DTR\2012\2329);
- Criminologia no contexto da modernidade periférica: as agências de controle do sistema penal e a criminalidade, de Cláudio Brandão - *RBCCrim* 149/359-375 (DTR\2018\20694);
- Crítica da nova etiqueta neurocriminológica de perigoso nato, de Maria João Carvalho Vaz - *RBCCrim* 144/81-123 (DTR\2018\14290);
- Para além da criminologia?, de Paddy Hillyard, Steve Tombs e Marina Quezado Soares - *RBCCrim* 142/273-299 (DTR\2018\10716);
- Terceiro Foucault e o humanismo punitivo, de Clécio Lemos - *RBCCrim* 164/201-231 (DTR\2019\42740); e
- Transições na história da criminologia no Brasil: Redes acadêmicas, circulação de ideias e problemas públicos entre 1947-1980, de Francisco Thiago Rocha Vasconcelos - *RBCCrim* 152/349-381 (DTR\2019\89).

Entrevista

Entrevista de Eugenio Raúl Zaffaroni ao *Cautio Criminalis* – Grupo de Estudos e Pesquisas em Realidade do Sistema Penal Brasileiro, da UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

Eugenio Raúl Zaffaroni interview with Cautio Criminalis – Brazilian Criminal System Reality Studies and Research Group – UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

Matheus Felipe de Castro

Doutor em Direito pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina (2009) e Pós-Doutor em Direito pela UnB – Universidade de Brasília (2017). Professor de Direito Processual Penal na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação profissional (mestrado) em Direito e Acesso à Justiça da UFSC e professor de Criminologia na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) da UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina. Coordenador do *Cautio Criminalis* – Grupo de Estudos e Pesquisas em Realidade do Sistema Penal Brasileiro.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0534-7981
matheusfelipedecastro@gmail.com

Thaís Janaina Wenczenovicz

Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação – UERGS e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais – UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná –UNIOESTE. Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) – UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.
ORCID: http://orcid.org/0000-0001-9405-3995.
t.wencze@terra.com.br.

Resumo: Eugenio Raúl Zaffaroni esteve na UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, entre os dias 23 a 25 de setembro de 2019, onde proferiu conferência intitulada "Acesso à Justiça na América Latina: entre o paradigma retribucionista e as formas comunitárias de solução de conflitos". O evento foi uma realização conjunta do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito e Acesso à Justiça e do *Cautio Criminalis* – Grupo de Estudos e Pesquisas em Realidade do

Abstract: Eugenio Raúl Zaffaroni was at the UFSC – Federal University of Santa Catarina from September 23 to 25, 2019, where he gave a conference entitled "Access to Justice in Latin America: Between the Retributionist Paradigm and Community Forms of Conflict Resolution". The event was a joint realization of the Professional Graduate Program in Law and Access to Justice and the Cautio Criminalis - Reality Studies and Research Group of the Brazilian Penal System.

Castro, Matheus Felipe de; Wenczenovicz, Thaís Janaina. Entrevista de Eugenio Raúl Zaffaroni ao *Cautio Criminalis* – Grupo de Estudos e Pesquisas em Realidade do Sistema Penal Brasileiro, da UFSC.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 166. ano 28. p. 461-466. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

Sistema Penal Brasileiro. Na oportunidade, Zaffaroni concedeu entrevista aos professores Matheus Felipe de Castro (UFSC/UNOESC) e Thaís Janaina Wenczenovicz (UERGS/UNOESC).

Palavras-chave: Acesso à Justiça na América Latina – Poder punitivo – Direitos humanos.

On the occasion, Zaffaroni gave an interview to university teachers Matheus Felipe de Castro (UFSC/UNOESC) and Thaís Janaina Wenczenovicz (UERGS/UNOESC).

Keywords: Latin America's Justice Access – Punitive power – Human rights.

Foto 01: Óleo sobre tela da artista plástica paranaense Vera Lucia Valareschini, produzido especialmente para a vinda de Eugenio Raúl Zaffaroni à UFSC e a ele presenteado.

Foto 02: O entrevistado, Eugenio Raúl Zaffaroni com seus entrevistadores, professores Matheus Felipe de Castro e Thaís Janaina Wenczenovicz.

1. Apresentação

Ministro aposentado da Suprema Corte da Argentina, Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Professor emérito e diretor aposentado do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, Eugenio Raúl Zaffaroni dispensa apresentações aos estudiosos das Ciências Criminais. O seu pensamento influenciou gerações de juristas, profesores e pesquisadores formados sob as bases de uma dogmática incorporadora dos principais resultados da criminologia crítica. Suas obras são presença marcante nas bibliografias das disciplinas dos diversos ramos das Ciências Criminais. Poder-se-ia afirmar, sem receio de erro, ser impossível pensar Ciências Criminais na América Latina sem passar pelas formulações desse poderoso pensador que, no alto de seus 79, anos é um exemplo de dedicação ao ensino e à Universidade, de elevação do espírito humanista e que inspira a luta por um mundo mais livre, justo e solidário. Zaffaroni esteve em visita na UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, entre os dias 23 a 25 de setembro de 2019, a convite do *Cautio Criminalis* – Grupo de estudos e pesquisas em realidade do sistema penal brasileiro e do Mestrado Profissional em Direito e Acesso à Justiça, oportunidade em que ministrou aula no CCJ – Centro de Ciências Jurídicas, sobre os desafíos dos Direitos Humanos na América Latina e proferiu conferência intitulada "Acesso à Justiça

na América Latina: entre o paradigma retribucionista e as formas comunitárias de solução de conflitos". Nos intervalos de sua visita, concedeu a seguinte entrevista aos professores Matheus Felipe de Castro (UFSC/UNOESC) e Thaís Janaina Wenczenovicz (UERGS/UNOESC):

Matheus Felipe de Castro – Qual o maior desafio para uma criminologia latino-americana de horizonte abolicionista em tempos de superencarceramento?

Eugenio Raúl Zaffaroni – El abolicionismo es una propuesta de cambio civilizatorio, pero lo urgente es mirar el presente, en nuestra civilización y en nuestros países; soñar con sociedades futuras es entretenido, pero de momento no nos sirve.

El encierro de cientos de miles de personas ha generado en Brasil una cuestión gravísima de seguridad nacional, entendida como la seguridad de la vida de los ciudadanos y la reafirmación de la propia soberanía nacional. Tienen un millón y medio de personas presas o con órdenes de captura que no se cumplen porque no caben en las prisiones. Tienen prisiones que se degradan a verdaderos campos de concentración, con un enorme potencial reproductor de criminalidad cada vez más grave: el que entra ladrón sale asesino. Tienen un enorme porcentaje de presos sin condena, lo que prueba que la gran mayoría no lo son por delitos graves. Por otra parte, además del millón y medio, por lo menos tendrán otro tanto de procesados a los que no se les dicta prisión preventiva. En total, entre procesados sin prisión preventiva, presos reales y procesados con prisión preventiva que no se cumple, tienen más de tres millones de personas. Cada una de ellas tiene familia, 5, 6 o 7 personas cercanas, que se están habituando a ver lo penal como algo habitual, es decir, como a ir al hospital. Por ende, tienen más de un 10% de la población que está banalizando la cuestión penal: llevar comida a la cárcel, ir al juzgado, hablar con el abogado, etc., son cuestiones que se les han vuelto tan comunes como ir al hospital cuando les duele algo. No sé cómo no ven esto, cómo no lo encaran como un problema nacional muy en serio. Hablo de problema como nación, como cuestión nacional, de Estado, en buena medida, los altos índices de homicidio que tienen se deben a esto, no pueden seguir así. Esto es seguridad nacional en serio.

Matheus Felipe de Castro – Tendo como lugar de fala a Corte Interamericana, qual é o maior desafio para a efetivação dos Direitos Humanos na América Latina?

Eugenio Raúl Zaffaroni – El subdesarrollo, que cuesta cientos de miles de vidas humanas por año, entre muertos de violencia, de falta de campañas sanitarias, de defectos de vacunación, de carencias alimentarias, de atención

selectiva de la salud, de inseguridad laboral, de inadaptación de nuestros caminos a los vehículos que tenemos, etc. Si sumamos todo eso por año en la región, Hiroshima y Nagasaki son una anécdota. Nuestro subdesarrollo es un genocidio por goteo.

Matheus Felipe de Castro – Os setores progressistas latino-americanos pedem mais Estado Social e menos Estado Penal. Essa equação ainda é possível nos dias atuais? Qual seria uma síntese possível?

Eugenio Raúl Zaffaroni – No quisiera entrar a teorizar, pero lo concreto es que América Latina tiene los coeficientes de Gini más altos del mundo, incluso más que África, que es más pobre pero menos desigual. El control de esta situación mediante poder punitivo hace que, finalmente, el propio Estado pierda en monopolio de ese poder, que queda repartido entre policías, criminalidad organizada, grupos de autodefensa, militares en función policial, etc., todos autonomizados y con sistemas de recaudación fiscal y punitivos propios, en una sociedad que pasa al caos y un Estado degradado y, por ende, fácil presa de cualquier forma de poder colonialista.

Thaís Janaina Wenczenovicz – Quais as relações que podemos estabelecer entre o colonialismo e a violência na América Latina?

Eugenio Raúl Zaffaroni – El colonialismo siempre fue y seguirá siendo violento. El actual colonialismo nos somete mediante endeudamiento sideral. Obviamente, una sociedad que trabaja para otros no puede reinvertir en ella y, por consiguiente, no puede trabajar para producir, reinvertir y ser más justa, mediante una ampliación del mercado interno. El estancamiento económico, el desempleo, los índices de pobreza crecientes, etc., es obvio que provocan violencias de todo género, la conflictividad social aumenta, necesariamente, esa es una regla que se confirma en todas las experiencias históricas.

Thaís Janaina Wenczenovicz – Quais os dilemas da democracia diante das ambiguidades do controle social e as múltiplas faces das violências na América Latina atual?

Eugenio Raúl Zaffaroni – La democracia ideal no existe en la realidad, sino que hay sistemas reales que son más o menos democráticos. En nuestra región, las democracias no son muy democráticas, porque la desigualdad es abismal, a lo que se juntan discriminaciones fundadas en prejuicios de todo orden, de género, de clase, de salud, de edad, de orientación sexual, de color de piel. Este último no ha desaparecido: fíjense cuánta melanina abunda en las prisiones y qué poca hay en las universidades y en los tribunales (salvo los procesados). Si no logramos reducir las

desigualdades, superar prejuicios absurdos, aprender a colocarnos en el lugar del otro y construir un modelo más solidario, seguiremos en el subdesarrollo.

Thaís Janaina Wenczenovicz – Qual seu conceito de liberdade?

Eugenio Raúl Zaffaroni – Libertad es lo que brinda una sociedad para que cada uno pueda elegir lo que quiere ser y tenga la posibilidad social para lograrlo en condiciones de discreta igualdad con los demás.

Thaís Janaina Wenczenovicz – Quais os principais enfrentamentos da questão do encarceramento em massa na América Latina?

Eugenio Raúl Zaffaroni – Los obstáculos para superar este problema y todos los que mencioné al principio, es decir, para resolver la gravísima cuestión de seguridad nacional que los aqueja, creo que son varios. El primero es que las autoridades lo comprendan, y esto no es una cuestión de ideología ni de color político, porque Brasil llegó a esta situación a lo largo de muchos años, durante los cuales pasaron por el poder todos los colores políticos imaginables. Se trata de tener conciencia nacional, si lo tuviera que decir más claramente, más allá de la lucha política, pensar que por sobre todo eso está la nación.

Segundo, lo mismo para todos los políticos, porque es detestable la actitud de los inescrupulosos que hacen bandera de su "dureza" contra el crimen, sembrando el odio entre la población, porque en su oligofrenia profunda carecen de otro discurso que les permita ganar votos.

Tercero, pero no por eso menos importante, superar el monopolio de medios desde los cuales se baja un continuo mensaje de violencia y venganza, irracional pero que rinde "rating" a los "deformadores" de opinión.

Es difícil superar estos obstáculos, pero espero que el sentimiento nacional de los brasileños logre ser más fuerte y vencerlos.

2. Bibliografia

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina penal nazista*: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1º v. – Teoria geral do direito penal.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2º v. – Teoria do delito, introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2, t. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.