Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 165 • mar. / 2020

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 165 • mar. / 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, Rafael Vieira 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 Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (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)

Adrian Barbosa e Silva (CESUPA – Belém/PA) – Alessandro Maciel Lopes (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/PR) – Alexsandro Machado Mourão (Universidade Estadual do Ceará - Fortaleza/CE) – Américo Bedê Freire Júnior (FDV - Vitória/ES) – Ana Clara Gomes Costa (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ) – André Machado Maya (FMP – Porto Alegre/RS) – Andrey Henrique Andreolla (URI –Erechim/RS) – Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ) – Assis da Costa Oliveira (UFPA – Belém/PA) – Ellen Cristina Carmo Rodrigues (UFJF - Juiz de Fora/MG) – Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Flávio Bortolozzi Junior (Universidade Positivo – Curitiba/PR) – Frederico da Costa Marques Faria (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Hugo Leonardo Santos (UFAL - Maceió/AL) – Juliane Sant'Ana Bento (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS) – Larissa Gabriela Cruz Botelho (Universidade Veiga de Almeida – Rio de Janeiro/RJ) – Leonardo Marcondes Machado (Centro Universitário Católico de Santa Catarina - Joinville/SC) – Lucas Borges (FDV - Vitória/ES) – Lucas Gabriel S. Costa (Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA) – Luciano Goes (Universidade de Brasília – Brasília/DF) – Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelotas/RS) – Marcus Vinicius do Nascimento Lima (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI) – Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS – Paranaíba/MS) – Nathália Regina Pinto (USP – São Paulo/SP) – Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (Faculdade SEUNE – Maceió/AL) – Paulo Henrique Burg Conti (Universidade do Vale do Itajaí/SC e Faculdade de Santa Catarina/SC) – Pedro Henrique Sccott de Senna (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS) – Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ) – Thais Lemos Duarte (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ) – Vitor Paczek Machado (PUCRS - Porto Alegre/RS)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Celina Bentes Hamoy (Universidade Federal do Pará – Belém/PA) – Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Artur de Brito Gueiros Souza (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Camila Nunes Dias (Universidade Federal do ABC – ABC/SP) – Cecília Choeri da Silva Coelho (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Daniel Hamilton Fernandes de Lima (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE) – Davi de Paiva Costa Tangerino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Érica Montenegro Alves Barroso (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE) – Gabriela Perissinotto de Almeida (Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR – São Carlos/SP) – Henrique Olive (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Hudson Fernandes de Souza (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Lucas Vianna Matos (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Luis Irapuan Campelo Bessa Neto (Faculdade de Direito Damásio de Jesus – FDDJ – São Paulo/SP) – Luiz Eduardo Dias Cardoso (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC) – Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE) – Paula Gomes da Costa Cavalcanti (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV - Vitória/ES) – Rodolfo Macedo do Prado (Delaware Law School da Widener University - EUA) – Romulo Fonseca Morais (Escola Superior Madre Celeste – ESMAC – Belém/PA) – Rosane Feitosa de Souza (Centro Universitário de Belo Horizonte – UniBH – Belo Horizonte/MG) – Thaís Molina Pinheiro (Instituto de Defesa do Direito de Defesa – São Paulo/SP) – Vanessa Menegueti (Universidade Federal do ABC – ABC/SP)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 165 • mar. / 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. 165 • mar. / 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.

© edição e distribuição da
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 reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

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

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

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com e revista@ibccrim.org.br

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

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

Impresso no Brasil: [03-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.01.2020]

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

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 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
Marília Jahnel

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

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

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. 165 • mar. / 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 e Bárbara Baraldi Sabino

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: 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

Estagiária: 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

Criptomoedas e evasão de divisas: uma análise epistemológica
Cryptocoins and evasion of currencies: an epistemological analysis
Érica Montenegro Alves Barroso, Daniel Hamilton Fernandes de Lima e Nestor Eduardo Araruna Santiago 19

Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro
Anti money laundering trending issues
Artur de Brito Gueiros Souza e Cecília Choeri da Silva Coelho..... 41

Proteção e incentivo a *whistleblowers* nos Estados Unidos: um modelo a ser seguido?
Whistleblower protection in the United States: an example to be followed?
Thaís Molina Pinheiro..... 71

Processo Penal

Depoimento da vítima como vértice das provas nos crimes de estupro: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem cumprido essa normativa?
The victim's witness as a vertice of proof in rape crimes: has the Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo *fulfilled this standard?*
Gabriela Perissinotto de Almeida 97

A aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro
The applicability of the standards of proof in the Brazilian criminal procedure
Luis Irapuan Campelo Bessa Neto, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Rodolfo Macedo do Prado..... 129

Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal

On the (un)constitutionality of the data bank with a genetic profile of convicts in the criminal process

Rosane Feitosa de Souza e Hudson Fernandes de Souza 159

Crime e Sociedade

Faces da violência letal: homicídio-suicídio e *mass murder*-suicídio

The faces of lethal violence: homicide-suicide and mass murder--suicide

Davi de Paiva Costa Tangerino e Henrique Olive 189

Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador-BA

Drug war and the making of urban space: a socio-space reading of the criminalization of drug trafficking in Salvador-BA

Lucas Vianna Matos e Ana Luisa Leão de Aquino Barreto 245

Realismo marginal e os princípios de Chicago: um experimento de antropofagia epistêmica

Realismo marginal *and the Chicago principles: an experiment of epistemical anthropophage*

Paula Gomes da Costa Cavalcanti 273

Dialética negativa da punição

Negative dialectic of punishment

Raphael Boldt 301

A justiça juvenil no Brasil pelas lentes da criminologia crítica

Juvenile justice in Brazil by the lenses of critical criminology

Romulo Fonseca Morais e Ana Celina Bentes Hamoy 337

A (não) aplicação de prisão domiciliar a gestantes e mães: um estudo sobre o cumprimento do HC coletivo 143.641 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

The (non) applicability of home detention to pregnants and mothers: a study on the compliance with Habeas Corpus *143,641 by the São Paulo court of appeals*

Vanessa Menegueti e Camila Nunes Dias 379

Índice Alfabético-remissivo

Autores 423

Temas 425

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 429

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 439

Condições para Submissão (*Check List*) 443

Criptomoedas e evasão de divisas: uma análise epistemológica

Cryptocoins and evasion of currencies: an epistemological analysis

Érica Montenegro Alves Barroso

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada Criminalista.
ORCID: 0000-0003-0610-9296.
erica_barroso_@hotmail.com

Daniel Hamilton Fernandes de Lima

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.
ORCID: 0000-0002-1767-8454.
daniel_lima88@hotmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho, Portugal (2016). Doutor em Direito Tributário (2005). Mestre (2000) e Especialista (2000) em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Adjunto IV do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado Criminalista.
ORCID: 0000- 0002-2479-7937.
nestorsantiago@unifor.br

Recebido em: 13.06.2019
Aprovado em: 06.10.2019
Última versão dos autores: 18.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: Por meio deste artigo tem-se o objetivo de fazer uma análise epistemológica do crime de evasão de divisas perante o novo paradigma das criptomoedas, com destaque para a seguinte problematização: como adequar as elementares

Abstract: The objective of this article is to make an epistemological analysis of the crime of currency evasion in the face of the new paradigm of the Cryptocoins, with emphasis on the following problematization: how to adjust the elementary

Barroso, Érica Montenegro Alves; Lima, Daniel Hamilton Fernandes de; Santiago, Nestor Eduardo Araruna. Criptomoedas e evasão de divisas: uma análise epistemológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165. ano 28. p. 19-40. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

normativas do crime de evasão de divisas e o conteúdo material do ilícito ao contexto das moedas virtuais? Para tanto, utiliza-se decisório do Superior Tribunal de Justiça e instrumentos normativos regulatórios sobre a matéria como suporte, no sentido de estabelecer a conexão conteudística entre a espécie criminal e a inovação monetária ora mencionada. A metodologia adotada é caracterizada como bibliográfica, qualitativa, descritiva, argumentativa e exploratória. Como resultado do estudo realizado, conclui-se que inexiste ainda uma resposta fechada para a indagação exposta, pois *a priori*, a questão da tipificação da conduta de evasão de divisas fracassou no âmbito recente dos tribunais e das disposições normativas. Entretanto, recentes instrumentos regulatórios e o advento de novo projeto de lei estabelecem direcionamento positivo quanto à matéria, extraindo-se dessa premissa que tal debate norteia o campo da epistemologia jurídica, como prova viva de que a norma se encontra em construção permanente, dada a dinamicidade da realidade para a qual se destina.

Palavras-chave: Evasão de divisas – Criptomoedas – Elementos normativos – Regulação normativa – Epistemologia jurídica.

norms of the crime of evasion of foreign exchange and the material content of the illicit in the context of virtual currencies? In order to do so, the decision of the Superior Court of Justice and normative regulatory instruments on the matter as support are used, in order to establish the content link between the criminal type and the monetary innovation mentioned above. The methodology is characterized as bibliographic, qualitative, descriptive, argumentative and exploratory. As a result of the study, it is concluded that there is still no answer to the question raised, since, the classification of the conduct of foreign exchange evasion has failed in the recent scope of the courts and the normative dispositions. However, recent regulatory instruments and the advent of a new bill establish a positive direction on the matter, drawing from this premise that such debate guides the field of juridical epistemology, as living proof that the norm is in permanent construction, given the dynamics of the reality for which it is intended.

Keywords: Currency evasion – Cryptocoins – Normative elements – Regulatory normative – Legal epistemology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise epistemológica do crime de evasão de divisas: o art. 22 da Lei 7.492/86. 3. As criptomoedas: inovação disruptiva na crise econômica. 4. A evasão de divisas e as criptomoedas: análise do decisório do Superior Tribunal de Justiça e das novas regulações normativas. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Tema controverso do ponto de vista jurídico-epistemológico, o crime de evasão de divisas está tipificado no art. 22 da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, com o objetivo de proteger o controle de operações de câmbio que objetivam remeter divisas ao exterior pelos órgãos do Sistema Financeiro Nacional (Conselho Monetário Nacional e do Banco Central), tarefa que se torna mais complexa em razão da adequação de suas elementares normativas e de seu conteúdo material ao contexto da virtualização das moedas.

As criptomoedas surgem como um novo padrão monetário ao lado da moeda tradicional, controlada pelo Estado, na medida em que opera segundo uma rede

aberta, ponto a ponto (*peer-to-peer ou P2P*), em que a moeda é transacionada de usuário para usuário, sem qualquer vinculação com uma autoridade central que regule o seu valor ou a sua emissão, por meio de transações que ocorrem sem a coordenação de um servidor central, sem uma autoridade responsável pelo suprimento em dinheiro, sem instituições financeiras envolvidas nas transações, em que os próprios usuários da rede realizam todas as funções necessárias para transacionar seus recursos.

Com base nessa nova realidade digital, a pesquisa fará uma análise epistemológica do crime de evasão de divisas, contemplando o bem jurídico protegido pela norma, a construção de conceitos normativos, como moeda, divisas e evasão, além das três condutas típicas do crime em estudo, buscando uma comparação crítica com as premissas e desdobramentos advindos da virtualização da moeda, por meio da configuração estrutural a seguir delineada.

No primeiro tópico, será feito o delineamento teórico e específico do crime de evasão de divisas, destacando o conteúdo material de sua criminalização, suas condutas típicas e os conceitos de suas elementares normativas. No segundo, será apresentada a explanação dos principais aspectos das criptomoedas como modalidade de inovação disruptiva, com destaque para suas características, forma de emissão, aquisição e a natureza de suas operações, tendo a espécie pioneira (*bitcoin)* como paradigma ilustrativo. No terceiro e último item, proceder-se-á a análise da legislação em vigor e em construção acerca do tema, com atenção, inclusive, para os principais documentos normativos emitidos pelas autoridades administrativas, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários e, ainda, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Tal concatenação se apoia numa metodologia e pesquisa crítica de cunho bibliográfico, pois o trabalho encontra sustento na utilização de referências da literatura interdisciplinar de espectro internacional e pátrio; qualitativo, pois versa acerca da análise de dados cuja mensuração não é numérica; descritivo, pois traz à tona os caracteres essenciais e pontuais do objeto em estudo; argumentativo, pois consiste no balizamento dos fundamentos que envolvem a temática; exploratório, pois exprime a função de alcançar o preenchimento para lacunas teóricas relacionadas ao tema investigado, cujo desenlace prefacial se faz a seguir.

2. Análise epistemológica do crime de evasão de divisas: o art. 22 da Lei 7.492/86

A Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, tipifica em seu art. 22 o crime de evasão de divisas, assim

entendido como a conduta de quem efetua operações de câmbio não autorizadas, com o fim de promover a evasão de divisas do País, incorrendo nas mesmas penas aquele que, sem autorização legal, promove a saída de moeda ou divisas para o exterior ou mantiver no estrangeiro depósito não declarado à autoridade federal competente.[1]

O momento histórico da criação dessa norma penal remete aos anos 1980, em que havia sucessivos empréstimos internacionais, diante do milagre econômico da década anterior, com a criação de dívidas que deveriam ser pagas ou, ao menos, administradas mediante o pagamento dos juros. Paralelamente, as reservas cambiais minguavam na medida em que, ao pagamento dos juros dos empréstimos, somava-se a elevação do preço do petróleo, o que transformava as divisas (e principalmente o dólar) em um bem escasso e extremamente valioso no Brasil (BOTTINO, 2013, p. 139).

Aliado a esse cenário, vivia-se em um momento com ampla intervenção do Estado na economia, a qual era fechada, com nítida proteção de seu mercado interno, a partir da substituição de importações, fato este que contribuiu para uma política econômica e cambial controlada e extremamente refratária a investimentos externos, sendo a escassez de moeda estrangeira a consequência dessas medidas, o que legitimava todos os esforços em evitar a saída de divisas do País (SCALCON, 2014, p. 190).

Nessa toada, o tipo penal de evasão de divisas prevê três diferentes modalidades do crime – obter divisas no mercado paralelo; retirar divisas do país; manter ocultas divisas no exterior –, o que demonstra a escolha do legislador em fazer recair a punição sobre cada momento de forma independente. Ao "partir" a evasão de divisas em três crimes autônomos, ampliaram-se as possibilidades de punição (BOTTINO, 2013, p. 140).

No que toca a esse crime, faz-se importante uma delimitação do significado dos conceitos normativos de *divisa*, *evasão* e *moeda*, a fim de uma análise crítica dos critérios utilizados pelo legislador ao conceituar tais elementos descritivos e as eventuais implicações diante do novo paradigma das moedas virtuais, como será visto adiante.

1. Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente (BRASIL, 1986, art. 22).

De fato, um ponto nevrálgico do tipo penal é o conceito de divisa e a consequente delimitação e conhecimento do crime de evasão de divisas. Sobre esse aspecto, Eugênio Rosa de Araújo (2012, p. 91) aduz que o termo divisa deve ser entendido como as letras, cheques, ordens de pagamento, entre outras, que possam ser convertidas em moedas estrangeiras e as próprias moedas estrangeiras que uma nação dispõe em poder de suas instituições públicas e privadas.

Por assim dizer, o termo divisas é construído a partir de diferentes áreas do conhecimento, como a cambial, econômico-financeira, fiscal e jurídica, representando as disponibilidades internacionais que um país ou um particular possui em moedas estrangeiras obtidas a partir de um negócio jurídico que lhe dá origem (BITENCOURT, 2012, p. 445).

Por outro lado, a modalidade criminosa descrita no *caput* do art. 22, quando se refere à expressão "operações de câmbio não autorizadas", retrata as operações que envolvem a compra, venda ou troca de valores em moedas de outros países ou papéis que representem moedas de outros países, conduzidas por meio de pessoas físicas ou jurídicas não credenciadas pelas autoridades monetárias a operar no mercado de câmbio, também conhecido como mercado informal ou paralelo de câmbio (PERUCHIN, 2006, p. 150).

Nesse aspecto, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 282) afirma que o bem jurídico protegido pela norma penal na modalidade descrita no *caput* do art. 22, "efetuar operação de câmbio não autorizada", tem como bem jurídico imediato assegurar o controle, pelos órgãos do sistema financeiro nacional (Conselho Monetário Nacional e do Banco Central), de operações de câmbio que objetivam remeter divisas ao exterior sem o controle do SISBACEN.[2]

Do mesmo modo, em termos semânticos, evasão indica o ato de fuga, de evadir-se. *Mutatis mutandis*, não é distinto o sentido a ser empregado no contexto do tipo penal. Evasão carrega o sentido de saída (no caso, para o exterior) do objeto específico (divisas), movimento esse que se verifica em certa clandestinidade, entendida como tal, no contexto do tipo, a saída de divisas realizada em desacordo com as normas de regência sobre a matéria (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 21). O termo evasão significa, assim, a remessa dos títulos ou ativos financeiros de maneira clandestina, ou seja, através da transferência das divisas por uma

2. O Sistema Integrado de Registro de Operações de Câmbio (SISBACEN) integra o Banco Central do Brasil com os bancos autorizados a operar com câmbio, além de corretores credenciados, através de um sistema *on-line* de teleprocessamento de informações. Atualmente, a regulação dos procedimentos relativos ao mercado de câmbio é tratada na Circular 3.691, de 16 de dezembro de 2013, do Banco Central do Brasil (BRASIL, 2013).

pessoa física ou jurídica com domicílio fiscal no País, para uma pessoa física ou jurídica com domicílio fiscal fora do Brasil, em desacordo com as regulamentações da autoridade competente, o que comprometeria as reservas de moedas estrangeiras.

Nesses termos, a evasão não deve ser associada à mera transposição de fronteiras físicas, pois a saída de moeda do País está relacionada com a transferência de titularidade de um residente para um não residente no País. Assim, um residente no Brasil que transfere dinheiro para uma conta no exterior de outro residente no Brasil, *a priori*, não comete o crime de evasão de divisas, pois a quantia ainda pertence às reservas de divisas do País (NUNES, 2006, p. 157).

Para além do que descreve o *caput* do art. 22, a primeira parte do § 1º traz uma conotação mais abrangente do crime de evasão de divisas, ao proibir não só a saída não autorizada de divisas (títulos e moedas estrangeiras) para o exterior, mas também a saída de moeda nacional, o que demonstra uma preocupação do Estado pelas reservas cambiais e pela disponibilidade de moeda nacional, cujo controle é considerado necessário para as políticas econômicas do país (MARANHÃO, 2011, p. 246).

A respeito do conceito de moeda, a Lei 7.496/98 nada diz a respeito, ocasião em que se deve buscar a disciplina que o Código Penal (CP)[3] lhe empresta. Com efeito, nos artigos 289 e 290 do CP protegem-se tanto a moeda metálica quanto a impressa em papel, indiferentemente. Ou seja, limitou-se a esclarecer que moeda é aquela de curso legal, meio de pagamento que o Estado confere a um símbolo de valor determinado (BITENCOURT, 2014, p. 309).

Todavia, embora os efeitos da ação sejam idênticos, moeda e divisas não se confundem nos limites da norma penal em questão, que as distingue (moeda ou divisa). Assim, no preciso contexto do crime em comento, a moeda nacional (papel-moeda) disponível ao brasileiro em território nacional não é divisa. Ainda que encerrem conceitos distintos, pode-se identificar uma relação parcial entre as elementares, no sentido de que a moeda estrangeira pode consistir em divisa, muito embora nem toda divisa seja representada por moeda (papel-moeda) estrangeira (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 24).

Como se observa, o legislador atribuiu ao elemento normativo da moeda um sentido segundo o viés instrumental conferido pelo Estado, símbolo de valor, de curso legal, nas espécies metálicas ou de papel, momento em que restringe a

3. O Código Penal aduz em seu art. 289 – "Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: Pena – reclusão, de três a doze anos, e multa" (BRASIL, 1940, art. 289).

interpretação e o alcance do termo, sob o crivo do princípio da legalidade e da tipicidade restrita ou taxatividade, o que traz dificuldades no enfrentamento de questões atuais referentes às criptomoedas, como será exposto.

No que tange à segunda parte do § 1º, *manutenção de depósitos não declarados no exterior*, Marina Pinhão Coelho Araújo (2013, p. 15) assevera que se trata de uma norma penal que estabelece a obrigatoriedade de se informar à autoridade competente, o Banco Central, os bens depositados em contas no exterior. O que demanda do intérprete, assim como nas demais condutas aqui descritas, o conhecimento das regulamentações e informações de cunho administrativo acerca das condições, em que situação e quando deverão ser informados aos órgãos competentes os valores depositados.

Nesses termos, o crime de evasão de divisas é composto de uma norma penal em branco, entendida como aquela que dependente de complementação em seu texto, o que acorre através da acessoriedade de atos e normas administrativas, determinando o preceito de punibilidade do tipo. Em linhas gerais, a norma penal anuncia o indicativo de conduta proibida ressalvado à parte integradora da norma (ato administrativo) a função de complementar o preceito legislativo, informando os elementos indispensáveis para a conformação da tipicidade (COSTA, 2011, p. 279). Frisa-se, ademais, que a Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, autoriza em seu artigo 65 a saída física de valores inferiores a R$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o seu equivalente em moeda estrangeira, sem a comunicação às autoridades brasileiras.[4]

Por fim, cumpre destacar as chamadas operações dólar-cabo, designação dada à operação de troca de moeda estrangeira, por meio da qual alguém deixa de ter divisas no País para dispor dos valores em outro estado nacional. Embora essas operações não estejam previstas na lei, pois não há a saída física de divisas do País, o entendimento dos tribunais brasileiros[5] pacificou o entendimento de que o dólar-cabo configura o tipo do art. 22 da Lei 7.492/86 (SIMANTOB, 2014, p. 94).

4. Dispõe o Art. 65 da Lei 9.069/95: "ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. § 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores: I – quando em moeda nacional, até R$ 10.000,00 (dez mil reais); II – quando em moeda estrangeira, o equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais); III – quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente" (BRASIL, 1995, art. 65).

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a denominada operação dólar-cabo envolve transações com moeda estrangeira à margem do

Ademais, para além das muitas questões que podem ser suscitadas em torno do tipo legal da evasão de divisas, o presente trabalho se debruçará mais à frente em analisar especificamente os desafios dessa norma penal e de seu conteúdo material diante do novo contexto das moedas virtuais, utilizando como suporte a legislação existente, em construção no âmbito do Congresso Nacional, decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os posicionamentos dos órgãos reguladores. Antes, porém, faz-se imprescindível a compreensão do contexto das criptomoedas ou moedas virtuais.

3. As criptomoedas: inovação disruptiva na crise econômica

São perceptíveis os avanços tecnológicos nas diversas áreas do conhecimento e na vida em sociedade. A esfera financeira não ficou afastada desse processo, o que pode ser visto quando se analisam as inovações que de tempos e tempos surgem com o escopo de facilitar as diversas transações econômicas inerentes a uma economia de mercado aberta e transnacional dos dias atuais.

Como corolário desse movimento tecnológico, o setor financeiro é, sem dúvida, uma das atividades mais características do fenômeno da virtualização. A moeda, base das finanças, dessincronizou e deslocalizou em grande escala o trabalho. A transação comercial e o consumo, que por muito intervieram nas mesmas unidades de tempo e lugar, reencontram-se na invenção e no desenvolvimento da moeda os traços distintivos da virtualização, que são apenas o arrancar-se ao aqui e agora ou a desterritorialização, mas igualmente a passagem ao público, ao anônimo (LÉVY, 1996, p. 52).

Nesse viés, identifica-se uma evolução tecnológica a partir das moedas digitais originalmente concebidas até as chamadas criptomoedas, entre as quais o *bitcoin* é apenas um exemplo. Assim, as moedas digitais podem ser tidas como gênero, caracterizadas por uma relação de dependência com a internet, ao passo que as moedas virtuais e as criptomoedas são exemplos de moeda digital, uma vez que ambas precisam do suporte da rede para garantir sua circulação (FOBE, 2016, p. 47).

---

conhecimento dos órgãos oficiais. Em outros termos, trata-se de um sistema alternativo e paralelo ao sistema bancário ou financeiro (tradicional) de remessa de valores por intermédio de um sistema de compensações, o qual tem por base a fidúcia. Nesses termos, a realização de operação dólar-cabo, com a entrega de moeda estrangeira, sistema de compensação, no exterior em contrapartida a prévio pagamento de reais no Brasil, caracteriza o crime previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86 (BRASIL, 2018c).

Em termos mais específicos, as moedas virtuais se diferenciam das digitais no sentido de que estas últimas operam com o objetivo de uma necessária conversibilidade implícita em moedas oficiais, como o dólar, real e euro, ao passo que as virtuais têm valor por si só e operam apenas no ambiente digital, sem pretensões de conversão ou relação com o meio físico.

As criptomoedas, por assim dizer, são sempre virtuais, já que elas só existem em um suporte virtual, um *software*, um computador, na internet. A relevância de uma diferenciação inicial, portanto, está no fato de que há moedas que não se enquadram na categoria de criptomoedas e que, mesmo assim, são virtuais, como pontuações oferecidas por lojas que só podem ser trocadas por mercadorias, além de valores acumulados em jogos *on-line* (FOBE, 2016, p. 52).

No campo monetário, tal mecanismo constitui espécie de inovação disruptiva, que deve ser entendida como uma novidade produtora de ruptura quanto ao paradigma evidenciado, o que leva à formação de um novo mercado (CHRISTENSEN, 2011, p. 14). Ressalte-se, ainda, que a moeda virtual desafia os conceitos monetários arraigados a partir de uma roupagem até então desconhecida, tecnológica, pulsante e, ao mesmo tempo, imprevisível. Além disso, elastece-se a amplitude dos impactos tecnológicos encontrados em tal hipótese, pelo fato de mitigar o tradicional monopólio monetário estatal a partir da moeda dotada de curso forçado e oportunizar os agentes privados a perfectibilizar inovação monetária de caráter transnacional, que tem na autonomia privada o suporte principiológico.

Barossi-Filho e Sztajn (2015, p. 1682-1683) explicam que o monopólio da criação de moeda pelo Estado, por meio de uma autoridade central, somente incide sobre a de curso forçado, que não pode ser ignorada, mas não ilide o exercício da autonomia privada na criação de instrumentos que funcionem como bem intermediário de troca, pois seu poder liberatório é decorrente do acordo entre os envolvidos, inserindo-se aí a criação da moeda virtual, que não viola norma jurídica cogente, já que os contratantes ajustam o poder liberatório de determinado bem, permitindo a liquidação de obrigações e a circulação restrita, assumindo, inclusive, os riscos alocados pelo contrato.

Esclarecidos tais caracteres, faz-se necessário tangenciar a crise econômica evidenciada nos cenários internacional e nacional em 2007/2008, que contribuiu para o fomento de inovações monetárias alinhadas à tecnologia da informação diante do sistema financeiro colapsado, a partir da necessidade premente de alternativas para investimentos e alocação adequada de recursos, sobre os quais o Estado, no exercício da regulação, demonstrou falhas.

Portanto, de acordo com Jonathan Mcmilan (2018, p. 23), "a incapacidade dos reguladores de superar o problema de fronteira resultou em outro pânico bancário: a crise financeira de 2007-2008. O problema foi amplo e profundo. [...] Na era digital, as atividades bancárias se tornaram incontroláveis".

Em adição, faz jus também pontuar observações técnicas relevantes quanto ao procedimento de criação e obtenção das moedas virtuais. No sentido de facilitar tal compreensão, adota-se o paradigma ilustrativo do chamado *bitcoin,* por se tratar da primeira espécie de criptomoeda. Ressalte-se que não deve ser desconsiderada a importância dos demais tipos de moeda virtual, de tal forma que as referidas explicações a seguir enunciadas também são aplicáveis às demais espécies, salvo alguma variável de ordem computacional.

Nesse contexto, em meados de 2008, a criptomoeda pioneira, o *bitcoin*, surge como o maior sistema de moedas virtuais e de pagamento baseado em um Sistema Bitcoin (*peer-to-peer*), sem uma autoridade central responsável pelo suprimento em dinheiro, sem instituições financeiras envolvidas nas transações, em que os próprios usuários da rede realizam todas as funções necessárias para transacionar seus recursos (PINHEIRO, 2017, p. 312-313).

Dessa forma, o *bitcoin* pode ser entendido como dinheiro, assim como o real, dólar ou euro, com a diferença de ser puramente virtual e não emitido por nenhum governo, mas uma moeda baseada na internet, não dispondo de uma autoridade central que a regule (GIBRAN; JÚNIOR; KOSOP, 2016, p. 122). Por meio de cálculos matemáticos, computadores e *softwares*, os *bitcoins* se transformam em uma realidade econômica e financeira, adquirindo valor de troca, com o qual é possível comprar passagens aéreas, imóveis e diversos outros bens e serviços antes transacionados apenas por intermédio da moeda tradicional.

Além da característica de ser uma moeda que opera apenas no âmbito virtual, com valoração própria, independente de uma autoridade financeira central, os *bitcoins* possuem alcance global, tendo em vista a utilização de um ciberespaço que não conhece fronteiras físicas e temporais, situação em que as transações ocorrem de maneira instantânea e de amplitude global de particular para particular.

Nesse sentido, as transações com *bitcoins* independem de uma instituição financeira, na medida em que cada usuário possui duas "chaves" criptografadas, uma privada, portanto secreta, e uma pública que é compartilhada por todos. Quando alguém decide transferir um *bitcoin* para outra pessoa, assinando com sua chave privada, a informação fica registrada na chave pública. Dessa feita, para evitar uma dupla transação do mesmo bitcoin, a operação é "carimbada" em um registro público chamado de *blockchain* (ULRICH, 2014, p. 18).

A encriptação assimétrica (chaves públicas e privadas) é utilizada no sistema *bitcoin* para manter a privacidade dos utilizadores, na medida em que a chave pública é o endereço dos bitcoins e a chave privada funciona como um *password* para validar as transações. A esse respeito, enquanto as chaves públicas de todas as transações, também conhecidas como "endereços Bitcoin" são registradas no *blockchain*, tais chaves não são vinculadas à identidade de ninguém. Ainda que o *bitcoin* seja bastante semelhante ao dinheiro vivo, em que as partes podem transacionar sem revelar suas identidades a um terceiro ou entre si, é também distinto do dinheiro vivo, pois todas as transações de e para um endereço *bitcoin* qualquer podem ser rastreadas. Nesse sentido, o *bitcoin* não garante o anonimato, mas permite o uso de pseudônimo (ULRICH, 2014, p. 21).

Outrossim, questões relativas à sua feitura, emissão, controle e registro no livro contável (*blockchain*) podem ser respondidas quando se compreende que o *bitcoin* é uma moeda de todos e para todos, portanto, descentralizada. Em tese, qualquer um pode fazer esse gerenciamento virtual, pois é um trabalho feito pela rede de computadores, a partir de um *software* ou Sistema Bitcoin, que como dito anteriormente, opera segundo o sistema *peer-to-peer*.

Entretanto, como esse processo exige *hardware* especializado, essa tarefa acaba sendo exercida pelos *mineradores de bitcoins*. Tais mineradores são responsáveis por validar as transações, através de cálculos matemáticos, e por registrá-las no "livro contábil" (*blockchain*) e como remuneração por esse trabalho recebem taxas de transação pelas operações confirmadas, podendo ser contemplados com novos *bitcoins* (TELLES, 2018, p. 26).

A mineração de *bitcoins*, dessa feita, cumpre as funções de verificar e certificar as transações e, por outro, permitir a emissão de novas unidades de *bitcoin*. A mineração desempenhada pelos mineiros é a função principal do sistema, o seu motor, em que os mineiros agregam as transações e produzem os blocos que são adicionados ao *blockchain*.

Por fim, como principais aspectos positivos das moedas virtuais, como o *bitcoin*, podemos destacar: a privacidade que o sistema de chaves permite aos usuários, a redução de custos das transações e aumento de suas velocidades, tendo em vista a ausência de entidades econômicas e financeiras reguladoras (CORREIA, 2017, p. 48).

Todavia, não só o *bitcoin*, mas também as demais criptomoedas apresentam pontos negativos, principalmente quanto à realização de transferências *on-line*, de forma anônima, ou melhor, através de pseudônimos, campo fértil para atuações criminosas de diversos agentes.

Para tanto, no que compete ao presente trabalho, as criptomoedas, pela própria característica virtual, representam uma mudança de paradigma com importantes implicações epistemológicas no crime de evasão de divisas, sobretudo na construção das elementares normativas moeda e evasão, com a consequente eficácia da norma penal na proteção do bem jurídico a qual se destina. Nesse viés, faz-se imprescindível uma análise das criptomoedas e do crime de evasão de divisas no decisório do Superior Tribunal de Justiça, assim como as novas regulações normativas, a fim de traçar um perfil regulatório sobre a matéria.

4. A evasão de divisas e as criptomoedas: análise do decisório do Superior Tribunal de Justiça e das novas regulações normativas

Para a compreensão das implicações epistemológicas relacionadas ao crime de evasão de divisas e as criptomoedas é necessário adentrar o campo da jurisprudência e do labor regulatório no sentido de assimilar tais aspectos.

Quanto ao entendimento do Estado-Juiz, instado a se manifestar a respeito da conduta de negociação das criptomoedas e seus influxos para a seara penal, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência 161123/ SP assentou que a conduta investigada não se amolda aos crimes previstos nos artigos 7º, II, da Lei 7.492/1986, e 27-E da Lei 6.385/1976, notadamente porque "a criptomoeda, até então, não é tida como moeda nem valor mobiliário". Além disso, asseverou "que a moeda digital não configura ativo financeiro e sua operação não se sujeita ao controle do Banco Central" sendo essa moeda inapta para ensejar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e, portanto, atrair a competência da Justiça Federal.

Tal decisório não fechou questão sobre a natureza da criptomoeda ao dizer que, "por ora", ela não é caracterizada como moeda ou valor mobiliário. Logo, pela análise do julgado, a Egrégia Corte entendeu por não enquadrar as criptomoedas como ativo financeiro e, portanto, inapta para ensejar crimes contra o Sistema Financeiro, em dissonância com as inovações tecnológicas, retirando do agente privado tal mister criativo.

No decisório, ademais, não se afere um espelhar conclusivo e concreto que esteja alinhado por completo com os entendimentos exarados pelos órgãos controladores. Além disso, traz impacto para a seara criminal, que mais à frente poderá ser confirmada ou debelada mediante o aprofundamento técnico.

Ora, o *bitcoin* como espécie pioneira, entendida como uma moeda, ainda que nos parâmetros econômicos, tem curso inequívoco, lastro controlado, estável e de titularidade portável e se diferencia da moeda nacional tradicional, na medida

em que ela representa o meio de pagamento definido por lei pelo Estado e que circula sob seu controle central, conforme o art. 1º da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995[6], que estabelece o curso legal do Real em todo o território brasileiro (AKAIMINE; MACHADO; ZACKSESKI, 2017, p. 70).

Partindo dos elementos hoje legalmente estabelecidos, a moeda é juridicamente conceituada como um padrão de valor monetário exclusivo, dotado de natureza liberatória de obrigações patrimoniais, visto que é dotada de curso legal e de exclusiva emissão pelo Estado, por meio de órgão competente (VARELA, 2014, p. 12).

Segundo Waisberg e Gornati (2016, p. 31), o curso legal ou forçado representa a qualificação jurídica dada à moeda pelo Estado, na qual há obrigatoriedade de que ela seja aceita como meio de pagamento nas diferentes transações, pois modernamente o Estado é o detentor do poder de coerção e polícia, o único apto a obrigar a quem deve efetuar o pagamento correlato e decidir a maneira de como ele se dará, impondo a obrigatoriedade de aceitação da moeda oficial. Nesse sentido, apresentam-se elementos de ordem econômica e jurídica que denotam o poder liberatório dado ao papel-moeda na atualidade.

Assim, mesmo quando se fala em padrão de valor monetário exclusivo, estar-se-á descrevendo a função da moeda de ser a expressão geral do valor, isto é, fornece o "referencial" para que os valores das demais mercadorias sejam cotados. É o mecanismo criado pelo mercado para estabelecer o preço de mercadorias através de um único meio de troca (GREMAUD, 2007, p. 261).

A natureza liberatória de obrigações, todavia, quer dizer que por meio da moeda qualquer obrigação patrimonial deve ser considerada adimplida. Portanto, o credor de uma obrigação dessa natureza não pode se negar a resolvê-la, caso o devedor entregue o valor correspondente que a obrigação lhe impõe em moeda de curso legal nacional.

Consequentemente, as moedas virtuais, notadamente os *bitcoins*, operam apenas no âmbito virtual, por isso, não adstrita às fronteiras territoriais de um determinado Estado nacional, com valoração própria, independente de uma autoridade financeira central, indo de encontro com o conceito jurídico estabelecido para o que seja considerado moeda.

Na perspectiva pátria, lança-se uma aparente dicotomia também entre os vetores constitucionais, pois, de um lado, o art. 21, VII, c/c art. 164 da Constituição

6. O art. 1º da Lei 9.069/95 dispõe: "A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o real, que terá curso legal em todo o território nacional" (BRASIL, 1995, art. 1º).

Federal, prevê o monopólio monetário estatal e, noutro viés, o artigo 218 enuncia o tratamento prioritário a ser dado pelo Estado com foco na inovação, universo este que a criação de moedas se estabelece como modalidade disruptiva, conforme já explicado.

Nessa linha de entendimento, e ao atentar para o crime de evasão de divisas, afere-se que as condutas descritas, tais como *obter divisas no mercado paralelo, retirar divisas do país, manter ocultas divisas no exterior*, criminalizadas em meados da década de 1980 com o escopo de proteger o controle de câmbio e monetário do Estado, não se adequam ao fenômeno da virtualização das moedas.

Dessarte, na análise da norma penal em estudo, constata-se que o tipo penal criminaliza a conduta de "evasão", saída de moeda nacional e divisas para o exterior, de maneira irregular, de modo que a conduta ora tratada se esvazia em seu sentido quando se fala em moedas virtuais como os *bitcoins*, que operam num ambiente exclusivamente digital, em que os valores são lançados não de um país para outro, mas para um ambiente virtual, em que não se opera o conceito de soberania e, portanto, de moeda.

De igual maneira, quando se fala em transferência de *bitcoins* ou congêneres, o que ocorre é uma transação de propriedade da moeda virtual entre usuários da rede, de forma que as elementares normativas do crime de evasão de divisas e o próprio conteúdo material da norma perdem relevância penal, porquanto o crime se consuma sempre que ocorrer uma remessa de títulos ou ativos financeiros, de maneira clandestina, de uma pessoa física ou jurídica com domicílio fiscal no País, para uma pessoa física ou jurídica com domicílio fiscal fora do Brasil, conforme já mencionado no presente trabalho.

Ademais, em sentido contrário ao processo tecnológico da virtualização da moeda, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por meio do Ofício Circular 1/2018 de 12[7] de janeiro de 2018, entendeu que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução da CVM 555/14[8], e, por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida. Entretanto, tal entendimento foi parcialmente alterado recentemente, por meio do Ofício Circular 11/2018[9],

7. Ofício Circular 1/2018 da Comissão de Valores Mobiliários acerca das criptomoedas (BRASIL, 2018a).
8. Instrução Circular da Comissão de Valores Mobiliários sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Dispõe o art. 2º, V, o que pode ser considerado ativos financeiros (BRASIL, 2014).
9. Ofício Circular 11/2018 da Comissão de Valores Mobiliários acerca do investimento indireto em criptoativos pelos fundos de investimento (BRASIL, 2018b).

em que o órgão trata da possibilidade de investimento indireto em criptoativos acompanhada de uma série de advertências sobre os riscos agregados.

Ainda sobre o tema, o Banco Central do Brasil (BCB), através do Comunicado 31.379, de 16 de novembro de 2017[10], alerta que as moedas virtuais não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor.

As razões aventadas pelo BCB, todavia, foram os muitos riscos associados a sua própria natureza – de ordem de segurança cibernética e particulares de custódia – ou mesmo ligados à legalidade futura de sua aquisição ou negociação, o que representa um golpe aos novos negócios que envolvam criptomoedas.

Acerca do crime de evasão de divisas, é importante destacar que o Comunicado referido, em seu item 6, dispõe:

> "operações com moedas virtuais e com outros instrumentos conexos que impliquem transferências internacionais referenciadas em moedas estrangeiras não afastam a obrigatoriedade de se observar as normas cambiais, em especial a realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio." (BRASIL, 2017, p. 1)

Mais recentemente, com o objetivo de viabilizar a disciplina e a prestação de informações relativas às operações com criptoativos, a Receita Federal do Brasil emitiu a Instrução Normativa 1.888, de 03 de maio de 2019, cujo art. 5º define os criptoativos como representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, mas que não constitui moeda de curso legal.[11]

No campo legislativo, o primeiro Projeto de Lei 2.303/2015[12] dispunha sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aérea na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do BCB, além de incluir as operações financeiras realizadas com moedas virtuais na lista de fiscalização do

10. Banco Central do Brasil. Comunicado 31.379, de 16 de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais (BRASIL, 2017).
11. A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa 1888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a prestação de informações relativas às operações com criptoativos (BRASIL, 2019.)
12. O projeto de Lei 2.303/2015 (BRASIL, 2015).

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), conforme artigos 14 e 15 da Lei 9.613, de 03 de março de 1998 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro). Entretanto, referido projeto foi arquivado recentemente.

Diferentemente, no novo Projeto de Lei 2.060/2019[13], outros moldes penais são formulados, com destaque para o art. 292-A do Código Penal, com a seguinte disposição:

> "Organizar, gerir, ofertar carteiras, intermediar operações de compra e venda de criptoativos com o objetivo de pirâmide financeira, *evasão de divisas,* sonegação fiscal, realização de operações fraudulentas ou prática de outros crimes contra o Sistema Financeiro, independentemente da obtenção de benefício econômico: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa." (BRASIL, 1940, art. 292)

Dessa forma, extrai-se que a questão suscita desafios epistemológicos e normativos mais contundentes, a começar por uma conversação entre as esferas administrativas e criminais, ao passo que não é possível incriminar transações com moedas virtuais, na modalidade do crime de evasão de divisas, enquanto aquelas não forem consideradas ativos financeiros pelas autoridades administrativas, o que demonstra um descompasso em relação à matéria ora tratada.

Na verdade, em virtude de a criptomoeda integrar uma encriptação de chaves assimétricas (chaves públicas e chaves privadas), as identidades dos autores e dos beneficiários das transações não são divulgadas, o que representa um aspecto negativo do ponto de vista das entidades fiscalizadoras, como o COAF, pois fica difícil controlar as atuações criminosas, notadamente a remessa de valores para outros países, o que poderia evidenciar as condutas do crime de evasão de divisas, assim como a lavagem de capitais advindos de ações ilícitas (CORREIA, 2017, p. 49).

Não obstante, os elementos normativos divisas, moeda nacional e evasão perdem a relevância penal quando se fala de uma moeda virtual de dimensão global, sem correspondência temporal e física, mas que opera apenas em âmbito virtual, transferindo a propriedade de valores entre particulares da rede.

De todo modo, a tarefa do legislador penal em adequar e tipificar as condutas do crime de evasão de divisas, como as operações de câmbio não autorizadas com o fim de promover a saída de divisas do País, é de extrema complexidade quando se trata de *bitcoins* ou outras moedas virtuais, na medida em que a aquisição

13. O Projeto de Lei sobre Criptoativos (CARVALHO, 2015).

destas, que nem se enquadram no conceito de moeda nacional tradicional, ocorre, de modo geral, por entidades não reconhecidas pelos órgãos financeiros, com o objetivo de efetuar transações em ambiente digital, sendo irrelevantes questões territoriais e de soberania.

A partir desse panorama regulatório sobre a matéria, extrai-se a questão epistêmica pulsante e essencial, qual seja, a norma jurídica é uma obra inacabada, incompleta, aferida no campo da logicidade e das particularidades de cada caso. Nessa medida, deve estar ligada com a racionalidade jurídica, para fins de colmatar reflexões decisórias e interpretativas destinadas ao aperfeiçoamento temático teórico (MULLER, 2009, p. 161-230).

Dito isso, pela ótica do julgado apresentado, *a priori*, as transações com moedas virtuais não podem ser objeto de incriminação pelo injusto da evasão de divisas, pois o próprio Superior Tribunal de Justiça permanece inato para a questão epistêmica *supra*, ao afirmar que emitiu tal entendimento "por ora". No campo regulatório, os órgãos apresentam tendência pela aceitação das criptomoedas e estão em fase de aprofundamento técnico, na qual inexiste conclusão específica. A despeito disso, o novo Projeto de Lei atinente à matéria revela a clara possibilidade de um enquadramento normativo mais abrangente, o que suscitará todo um repensar epistemológico na construção do tipo penal em consonância os princípios estruturais do direito penal.

Considerações finais

O presente estudo demonstrou que, em decorrência do novo contexto das moedas virtuais, com valoração própria, independente de uma autoridade financeira central, de alcance global, tendo em vista a utilização de um ciberespaço que não conhece fronteiras físicas e temporais, trouxe novos desafios acerca dos conceitos normativos e da própria legitimidade da norma penal relacionada ao crime de evasão de divisas, no contexto das moedas virtuais.

Ressaltou-se que os conceitos normativos do tipo penal, como moeda, divisas e evasão perderam sua relevância jurídico-penal diante das características e funcionamento dos *bitcoins* ou congêneres, notadamente no que diz respeito ao conceito de moeda, tida juridicamente como um padrão de valor monetário exclusivo, dotado de natureza liberatória de obrigações patrimoniais, visto que é dotada de curso legal e de exclusiva emissão pelo Estado, por meio de órgão competente.

De tal forma, as criptomoedas, tidas como realidades virtuais, portanto, alheias ao ambiente físico, sem qualquer vinculação com uma autoridade estatal

soberana, não se concretizam no âmbito normativo e prático do crime de evasão de divisas, notadamente a partir da elementar normativa da evasão, que remete a uma mudança de propriedade das divisas e de operações não autorizadas, haja vista a emissão dessa moeda ocorrer no mundo virtual, e não de país para país, além de ser adquirida, via de regra, por empresas não regulamentadas.

Como foi possível constatar no presente artigo, as autarquias administrativas, como o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, caminham atualmente no sentido de não reconhecer as moedas virtuais como um risco abominável ao mercado financeiro nacional e partiram para o implemento de estudos com o fito de aprofundar questões sensíveis à temática. Apoiado nisso, o Superior Tribunal de Justiça emitiu entendimento de que as criptomoedas não seriam valores mobiliários ou moeda. Logo, não haveria a possibilidade de tipificação da negociação de criptomoedas como evasão de divisas. Por outro lado, o novo Projeto de Lei sobre a matéria sinaliza pela possibilidade de tal incorrência criminal.

Assim, conclui-se que o campo normativo está aberto e fértil para discussões, permeado de direcionamentos opostos no âmbito jurisdicional e regulatório. *A priori*, permite-se dizer que há ineficácia normativa das condutas do crime de evasão de divisas, como as operações de câmbio não autorizadas com o fim de promover a saída de divisas do País, assim como manter depósito do estrangeiro em face do complexo contexto das criptomoedas, na medida em que a aquisição de tais moedas, que não são reconhecidas no conceito de moeda nacional tradicional, ocorre, de modo geral, por entidades não estabelecidas pelos órgãos financeiros estaduais, com o objetivo de efetuar transações em ambiente digital.

Ademais, com o advento de novo Projeto de Lei e o aprofundamento técnico contínuo feito pelos órgãos reguladores, pode-se dizer que tais aspectos não são inamovíveis, haja vista a sinalização em sentido contrário, o que expressa claramente o caráter inacabado e imperfeito da norma sob o espectro salutar da epistemologia jurídica.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Finanças públicas e direito penal: O conceito de evasão de divisas no parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, p. 89-96, abr. 2012. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=95220]. Acesso em: 23.11.2018.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. O crime de evasão de divisas e a relevância penal na manutenção de valores no exterior. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 242, p. 14-15, jan. 2013. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=98752]. Acesso em: 23.11.2018.

BAROSSI-FILHO, Milton; SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e desafios da moeda virtual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 1, n. 1, p. 1669-1690, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: Eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 125-153, mar.-abr. 2013. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=99937]. Acesso em: 23.11.2018.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular 3.691 de 16.12.2013. Regulamenta a Resolução 3.568, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17.12.2013, seção 1.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Comunicado 31.379 de 16.11.2017*. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: [www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379]. Acesso em: 23.04.2019.

BRASIL. Comissão de Valores Imobiliários. *Instrução CVM 555*. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação das informações dos fundos de investimento. 17.12.2014. Disponível em: [www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html]. Acesso em: 29.04.2019.

BRASIL. Comissão de Valores Imobiliários. *Ofício Circular 1/2018/CVM/SIN*. Rio de Janeiro, 12.01.2018a. Disponível em: [www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf]. Acesso em: 29.04.2019.

BRASIL. Comissão de Valores Imobiliários. *Ofício-Circular CM/SIN 11/18*. Esclarecimentos sobre o investimento indireto em criptomoedas pelos fundos de investimentos. 19.09.2018b. Disponível em: [www.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin-1118.html]. Acesso em: 29.04.2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 2303, de 2015*. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015]. Acesso em: 20.04.2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 07.12.1940.

BRASIL. Lei 7.492, de 16.06.1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 16.06.1986.

BRASIL. Lei 9.069, de 29.06.1995. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29.06.1995.

BRASIL. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa 1.888*. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). 05.06.2019b. Disponível em: [www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039]. Acesso em: 10.06.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acordão em Conflito de Competência 161.123/SP*. 3ª Seção. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. J. 28.11.2018. *D.J.U*. 05.12.2018d. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 23.04.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no recurso de Recurso Especial 1460561/PR*. 6ª Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. J. 06.11.2018. *D.J.U*. 26.11.2018c. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 23.04.2019.

CARVALHO, Augusto. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 2060/2015*. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1515647]. Acesso em: 20.04.2019.

CHRISTENSEN, Clayton M. *O dilema da inovação*: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso. São Paulo: M. Books, 2011.

CORREIA, Guilherme Canedo. *Bitcoin*: a sinconsistências do modelo. Lisboa, 2017, 85f. Dissertação (Mestrado em Estratégias de Investimento e Internacionalização) – Instituto Superior de Gestão Business & Economics School. Lisboa, 2017. Disponível em: [https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/20027?mode=full]. Acesso em: 20.11.2018.

COSTA, Paulo Henrique Fagundes. Abordagem crítica do crime de evasão de divisas: Discurso sobre a criminalização do injusto sob a ótica da intervenção mínima. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 274-296, 2011. Disponível em: [https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5732/3117]. Acesso em: 20.11.2018.

FOBE. Nicole Julie. *O* bitcoin *como moeda paralela*: uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. São Paulo, 2016, 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15986]. Acesso em: 10.11.2018.

GIBRAN, Sandro Mansur; LIMA, Sandra Mara Maciel; ALVES JÚNIOR, Sérgio Itamar; KOSOP, Roberto José Covaia. O *bitcoin* e as criptomoedas: reflexos jurídicos em um comércio globalizado. *Revista Administração de Empresas*, v. 15, n. 16, p. 117-134, 2016. Disponível em: [http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2413]. Acesso em: 10.11.2018.

GREMAUD, Amaury Patrick. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007.

KAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. *Bitcoin*: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, p. 59-82, jul.-set. 2017. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138495]. Acesso em: 23.11.2018.

LÉVY, Pierre. *O que o virtual?* São Paulo: 34, 1996.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. Direito penal econômico e o bem jurídico protegido através do crime de evasão de divisas. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 229-253., jan.-jun. 2011. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=102125]. Acesso em: 23.11.2018.

MCMILLAN, Jonathan. *O fim dos bancos*: moeda, crédito e a revolução digital. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2018.

MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Ricardo Pieri. Evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, set.-out. 2006. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=61584]. Acesso em: 23.11.2018.

PERUCHIN, Vitor Antonio Guazzelli. *O crime de evasão de divisas*: dificuldades definitoriais e de controle. Porto Alegre, 2006, 181f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1904]. Acesso em: 10.11.2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva: 2016.

SCALCON, Raquel Lima. Doutrina do "direito e desenvolvimento" e a expansão do direito penal econômico no Brasil: Reflexões a partir do crime de evasão de divisas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 175-197, set.-out. 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106305]. Acesso em: 23.11.2018.

SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 8, p. 11-44, 2006. Disponível em: [http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/2002/598]. Acesso em: 20.11.2018.

SIMANTOB, Fábio Tofic. Concurso aparente de normas penais na operação de dólar-cabo (um confronto entre os crimes de evasão e lavagem). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 91-111, nov.-dez. 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=119783]. Acesso em: 23 abr. 2019.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Lavagem de dinheiro,* bitcoin *e regulação*. Dissertação (mestrado) Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin:* a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VARELA, Dyjann Müller Aguiar. Do conceito jurídico da e-moeda. *Revista de Direito UNIFACEX*, v. 5, n. 1, p. 1-28, 2014. Disponível em: [https://periodicos.unifacex.com.br/direito/article/view/543]. Acesso em: 20.11.2018.

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário*: contratos e operações bancárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05, de Daniel Gerstler – *RBCCrim* 115/369-392 (DTR\2015\11458); e
- Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas, de Thiago Bottino – *RBCCrim* 101/125-153 (DTR\2013\2666).

Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro

Anti money laundering trending issues

Artur de Brito Gueiros Souza

Pós-Doutor em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (2016). Doutor em Direito Penal pela USP – Universidade de São Paulo (2006). Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1997). Bacharel em Direito pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1989). Professor-Associado de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ. Procurador Regional da República na 2ª Região.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4990-9779.
arturgueiros@uol.com.br

Cecília Choeri da Silva Coelho

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ-2017). Especializada em Direito Penal Econômico e *Compliance* pela Universidade de Coimbra (2016) e em Direito Público e Privado pela EMERJ (2013). Graduada em Direito pela UERJ (2008) e em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC Rio (1999). Pesquisadora visitante na Santa Clara University (SCU), no Vale do Silício, Califórnia. Advogada.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7762-8715.
cecilia.choeri@gmail.com

Autores convidados

Área do Direito: Penal

Resumo: Aborda-se o crime de lavagem de dinheiro sob a perspectiva das recentes regulações nacionais e internacional, relativas às *shell companies* e outros arranjos legais, às *fintechs* e às criptomoedas, bem como os deveres de identificação dos clientes e de comunicação de operações suspeitas por parte de advogados e consultores de negócios.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – *Shell companies* – Criptomoedas – Advogado – Dever de diligência.

Abstract: Money laundering is analyzed from the perspective of the recent national and international ruling related to shell companies and to other legal arrangements, fintechs and criptocurrencies, as well as the duties of attorneys and legal advisors to identify clients and to inform the authorities of suspicious operations.

Keywords: Money laundering – Shell companies – Criptocurrency – Legal advisor – Due diligence.

Souza, Artur de Brito Gueiros; Coelho, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165. ano 28. p. 41-69. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

Sumário: 1. Introdução. 2. A questão das *shell companies*. 3. A influência das novas tecnologias e as criptomoedas. 4. O advogado e os deveres de diligência (aprimorando o *compliance*). 5. Bibliografia. 6. Principais *sites* consultados.

1. Introdução

Lavagem de dinheiro pode ser conceituada como a conduta fraudulenta de legitimação de capital sujo, realizada com o objetivo de torná-lo apto para uso. Objetiva-se, por esse expediente, tanto disfarçar a origem ilícita dos proveitos de atividade criminosa como reinseri-los na economia formal. Nesse sentido, a importância da reciclagem é significativa, pois permite aos delinquentes usufruir dos lucros espúrios sem pôr em risco a revelação de sua fonte ilícita, além de os proteger contra iniciativas de bloqueio e confisco por parte das agências formais de controle.[1]

Uma das principais características da lavagem de capitais é que ela não reconhece ou não respeita as fronteiras políticas tradicionais. Em uma época em que vigora intensa interconexão dos mercados financeiros mundiais, é intuitivo supor que, não raro, a prática desse crime envolva pessoas e operações situadas em mais de um país. Por conta disso, Rodrigo de Grandis leciona que, por ser a lavagem de dinheiro um crime marcado pela nota da internacionalidade, o esforço isolado dos países na sua prevenção e repressão seria inútil e que, por seus próprios instrumentos legais, não fariam frente a esse novo fenômeno.[2]

Sobrelevam, assim, os esforços da comunidade internacional no sentido de uniformização dos mecanismos de prevenção da lavagem de capitais – e, mais recentemente, do financiamento do terrorismo. Dessa forma, a política criminal relacionada com a prevenção dessa modalidade de criminalidade econômica se concretiza em tratados e convenções internacionais, bem assim na promulgação de leis, em sentido estrito, pela generalidade dos países. Demais disso, há a edição de normatizações – e recomendações – por parte de agências e organizações transnacionais. Tudo isso acarreta a frequente alteração ou modernização de normas e costumes, gerando dúvidas e controvérsias de diversas ordens.

1. Cf. CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro*. Ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 118-119.
2. GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4673-Considerações-sobre-o-dever-do-advogado-de-comunicar-atividade-suspeita-de-"lavagem"-de-dinheiro]. p. 9. Acesso em: jul. 2019.

Entre os aspectos que, na atualidade, geram discussões científicas e práticas relacionadas com o crime de branqueamento de capitais, têm relevante destaque os seguintes: 1) a utilização de estruturas empresariais, denominadas de *shell companies*; 2) as novas formas tecnológicas, em especial as criptomoedas; e 3) o papel de advogados ou consultores que realizam operações de gestão de negócios, estruturação de fundos ou empresas, entre outras atividades, no esforço mundial de prevenção da lavagem de dinheiro.

Pretende-se, assim, discorrer sobre tais questões. Para tanto, serão examinadas as recentes regulações provenientes do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI),[3] Estados Unidos da América, União Europeia e Brasil, atentando-se, contudo, aos limites de espaço do presente artigo científico.

2. A questão das *shell companies*

Com a globalização dos sistemas financeiros, tornou-se cada vez mais comum o uso de sociedades anônimas para ocultar o produto de atividades ilícitas. O tema despertou ainda mais interesse após a divulgação dos notórios episódios dos *Panama Papers* e *Paradise Papers*, investigações jornalísticas que resultaram no vazamento (*disclosure*) de milhões de documentos indicando a existência de empresas *offshore* para as quais vultosas quantias eram transferidas por pessoas ao redor do mundo, entre elas grandes empresas, celebridades e chefes de Estado ou de governo, com o intuito de se beneficiar das facilidades fiscais e do anonimato permitidos por essas estruturas.[4]

3. O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) ou Financial Action Task Force (FATF) cuida-se de organismo intergovernamental criado, em 1989, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com o objetivo de examinar dados, promover políticas e editar recomendações sobre medidas de prevenção e repressão à lavagem de ativos, bem como avaliar o cumprimento por parte dos países membros e não membros (Cf. MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2018. p. 153).

4. Ambos os episódios foram amplamente divulgados nas mídias nacionais e internacionais. A investigação jornalística teve origem, no entanto, no trabalho do International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ). Em números redondos, no *Panama Papers* foram identificadas mais de 214.000 *shell companies*; e, no *Paradise Papers*, cerca de 130.000. Sobre os *Panama Papers, ver* [www.icij.org/investigations/panama-papers/pages/panama-papers-about-the-investigation/]. Sobre os *Paradise Papers,* ver [www.icij.org/investigations/paradise-papers/paradise-papers-long-twilight-struggle-offshore-secrecy/]. Acesso em: ago. 2019.

Apesar da variedade de arranjos legais possíveis, em geral esses esquemas são organizados por meio do uso de *shell companies*.[5]

Segundo o GAFI, *shell company* é uma empresa que não possui suas próprias operações, ativos significativos, negócios em andamento, nem empregados.[6] De forma similar, a Regulatory Information, do Code of Federal Regulations dos Estados Unidos da América, conceitua *shell company* como uma emissora de títulos com registro na Security and Exchange Commission (SEC) que não possui ou possui apenas operações nominais em que, normalmente, configuram-se de três formas: 1) não possui ou possui apenas ativos nominais; 2) possui como ativo apenas moeda ou equivalentes; ou 3) possui como ativo qualquer montante em moeda ou equivalentes e outros ativos nominais.[7] Em poucas palavras, ela só existiria no papel.[8]

Embora não seja necessariamente ilegal deter uma empresa desse tipo, pessoas físicas e jurídicas estariam se valendo das *shell companies* para, por exemplo, praticar crimes tributários e lavagem de dinheiro. Nesse sentido, em meio ao indiciamento de quatro indivíduos, em 2018, pelos crimes de fraude eletrônica, fraude fiscal, lavagem de dinheiro, entre outros crimes conexos praticados ao longo de décadas, por intermédio de um escritório de advocacia panamenho com atuação global, o Procurador do Caso, Geoffrey S. Berman, confirmou o uso daquelas empresas no esquema:

> "[...] os réus adotaram graves medidas para driblar as leis fiscais dos EUA, com o objetivo de manter seus ganhos, assim como de seus clientes. Por décadas, os réus, funcionários e clientes do escritório internacional de advocacia Mossack Fonseca, movimentaram milhões de dólares em contas *off-shore* e criaram

5. Expressões similares, embora não se trate de estruturas idênticas: *shelf company, société prêtes à l'emploi*, empresa anônima, empresa de fachada, empresa de gaveta, empresa de prateleira, empresa adormecida, empresa envelhecida etc. (Cf. [www.sociedadeinternacional.com]. Acesso em: ago. 2019).
6. GAFI. *Concealment of Beneficial Ownership,* 2018.
7. Regulatory Information, 17 CFR 230.504.
8. Cf. "Embora tal denominação pareça uma metáfora que se refere à proteção sob uma casca ou fachada externa rígida, de um conteúdo oculto precioso, a identidade de seus proprietários-beneficiários (reais donos/controladores), a *shell company* ou *shell corporation* é tecnicamente definida como empresa constituída que não tem ativos ou operações significativas no local onde registrada" (DALLAGNOL, Deltan M. Tipologias de lavagem. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). *Lavagem de dinheiro*. Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 346).

> *shell companies* para esconder suas fortunas. Ademais, planejaram repatriar o dinheiro sonegado para o sistema bancário norte-americano. Esse esquema de lavagem de dinheiro foi desmantelado e, no momento, eles cumprem penas de prisão pelos crimes que cometeram."[9]

A falta de transparência das atividades desse tipo de empresa, de uma forma geral, tem levado a comunidade internacional a concentrar esforços para a obtenção de informações sobre o beneficiário efetivo (*beneficial owner*) das transações. O objetivo é não somente o de aprimorar os mecanismos de prevenção da lavagem de capitais como também possibilitar uma melhor prevenção da sonegação fiscal, a identificação e responsabilização dos possíveis criminosos, bem como a recuperação dos ativos, em caso de comprovação de atividades ilícitas.

O GAFI, entre as suas 40 Recomendações,[10] orienta os países a tomar medidas para dar transparência e acesso às informações relativas aos beneficiários efetivos de pessoas jurídicas e de outros arranjos legais como os *trusts*,[11] com fins de prevenção contra seu uso indevido para lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo (cf. Recomendações 24 e 25). No mesmo documento, o GAFI define beneficiário efetivo ou final como a pessoa natural que, em última instância (considerando a existência de uma cadeia de proprietários, sem controle direto), possui ou controla um cliente e/ou a pessoa natural em cujo benefício uma transação é conduzida, incluindo as pessoas que exercem controle efetivo sobre uma pessoa jurídica ou sobre um arranjo legal.[12]

---

9. Notícia disponível em: [www.justice.gov/usao-sdny/pr/four-defendants-charged-panama-papers-investigation]. Acesso em: ago. 2019.
10. As 40 Recomendações do GAFI foram publicadas originalmente em 1990, passando a figurar como o padrão internacional de medidas de enfrentamento da lavagem de ativos. Após os atentados terroristas praticados nos EUA em 11.09.2001, foram editadas, em 22.11.2001, nove Recomendações especificamente dirigidas à prevenção do financiamento ao terrorismo. Finalmente, em 16.02.2012, o GAFI republicou as 40 Recomendações, que vieram a substituir, integrar e atualizar todas as anteriores, conformando um único corpo normativo destinado a prevenir e reprimir a lavagem de ativos e o financiamento ao terrorismo (MAGALHÃES, Vlamir Costa. Op. cit., p. 153).
11. Deltan Dallagnol leciona que *trusts* são importantes instrumentos na transferência e no gerenciamento de ativos, destacando-se como o mais relevante arranjo legal no estudo da lavagem de dinheiro: "Segundo o artigo 2º da Convenção da Haia de 1985, *trust* é um relacionamento legal criado por uma pessoa (instituidor ou *settlor*), quando ativos são colocados sob o controle de outra pessoa (*trustee*), em favor de um beneficiário (*beneficiary*) ou para um propósito específico" (DALLAGNOL, Deltan M. Op. cit., p. 352).
12. Cf. GAFI/FATF (2012-2019), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation, FATF, Paris, France*.

Nos Estados Unidos, em razão das críticas com relação à falta de transparência e ao controle sistemático de informações sobre os beneficiários efetivos de ativos, entrou em vigor, em maio de 2018, uma nova regulamentação sobre lavagem de capitais.[13] As novas regras, emitidas pelo Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, por meio do Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), reforçaram as exigências sobre certas instituições financeiras quanto à identificação de potenciais *red flags* (sinais de alerta) por meio de auditoria de seus clientes, com o objetivo de melhorar a transparência financeira e impedir o uso de empresas para o branqueamento de dinheiro.[14]

Para tanto, passou-se a exigir que as instituições financeiras identifiquem e verifiquem a identidade dos seus clientes, bem como das pessoas naturais que são as beneficiárias efetivas das contas abertas por esses clientes.[15] Ademais, exigiu-se que as instituições desenvolvam perfis de risco e monitorem continuamente suas transações. Ou seja, elas são agora obrigadas a criar um *perfil de clientes* baseado no risco de cada um e, efetivamente, usar esse perfil para identificar potenciais *red flags*, isto é, transações que justifiquem serem reportadas como suspeitas.[16]

Além disso, foi divulgado em maio de 2019 um novo Projeto de Lei (H.R.2513, conhecido como The Corporate Transparency Act), atualmente em análise no Congresso dos Estados Unidos, que pretende exigir de qualquer um que abra uma empresa sob a forma de *corporation* ou *limited liability coporation* (LLC)[17] que preste informações ao Tesouro daquele país sobre os beneficiários finais da

13. Em dezembro de 2016, o GAFI divulgou os resultados de uma investigação sobre o quadro de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo nos Estados Unidos e concluiu que, embora o país já tivesse, à época, um regime efetivo e robusto de investigação e persecução penal, o sistema possuía sérias lacunas que impediriam o acesso rápido a informações sobre o beneficiário efetivo de transações financeiras (Cf. [www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-united-states-2016.html]. Acesso em: ago. 2019).

14. Cf. [www.fincen.gov/resources/statutes-and-regulations/cdd-final-rule]. Acesso em: jul. 2019.

15. Essa exigência se aplica a indivíduos que sejam controladores e a indivíduos que possuam 25% ou mais de uma empresa.

16. Cumpre mencionar que semelhante exigência quanto à manutenção de um programa de auditoria de clientes é também feita com relação a contas bancárias de cidadãos não americanos, a fim de possibilitar a detecção e reporte de atividades suspeitas.

17. Pode-se dizer que as *corporations* e *limited liability companies (LLCs)* se assemelham, respectivamente, às sociedades anônimas e sociedades limitadas existentes no Brasil.

entidade, tanto na sua abertura quanto anualmente. No mesmo sentido são as propostas do Senado dos Estados Unidos, denominadas Illicit Cash Act e Title Act (S.1889).

Essas estratégias evidenciam a política de reforço no controle de operações em que o beneficiário efetivo não é facilmente identificado, como ocorre não só no caso de *shell companies* como também no caso de *trusts*. Assim, pode-se dizer que há uma tendência internacional de cooperação para constituição de registros cada vez mais abrangentes de *beneficial owners*, indicando quem são os responsáveis por controlar e se beneficiar de entidades legais para fins ilegais. Na síntese de Antonio Lopo Martinez,

> "[...] ao garantir a transparência e a *disclosure* de dados dos beneficiários efetivos, em registros centrais que propiciem a troca dessas informações entre países, assegura-se um mecanismo claro e consistente para a consulta de dados, oferecendo um instrumento adicional de prevenção à corrupção. Portanto, mediante a transparência se minimiza a predisposição para a corrupção e as fraudes fiscais, face à maior dificuldade em estabelecer o *quid pro quo* ou transferências ocultas, graças à facilidade de rastreamento de operações ilícitas."[18]

Agregue-se que a preocupação com a vulnerabilidade das *shell companies* à ação de criminosos, especialmente para fins de ocultação de valores de procedência ilícita, tem gerado repercussões também na Europa. Com efeito, alguns países europeus criaram registros públicos com informações sobre os beneficiários efetivos de companhias. E, em abril de 2018, o Parlamento Europeu votou pela adoção da 5ª Diretiva Antilavagem de Dinheiro, que exige que essas medidas sejam adotadas no âmbito de todos os Estados-membros da União Europeia. A medida entrou em vigor em janeiro de 2020[19].

Em linha com essa tendência observada no cenário internacional, o Brasil vem avançando na regulamentação aplicável às *shell companies*, inclusive suas

18. MARTINEZ, Antonio Lopo. Transparência do beneficiário efetivo: conquistas e desafios na prevenção da corrupção e dos abusos fiscais. *Working Papers*. Boletim de Ciências Econômicas. Série BCE 22. Instituto Jurídico. Universidade de Coimbra, 2018.

19. Ver Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN]. Acesso em: jul. 2019.

subsidiárias situadas no exterior. Estão sendo desenvolvidas políticas no sentido de impor àquelas instituições certos procedimentos e controles destinados a prevenir sua utilização na prática do crime de lavagem de dinheiro, entre outros ilícitos.

Em dezembro de 2019, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) atualizou suas regras sobre lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo no mercado de valores mobiliários, por meio da Instrução CVM 617. A referida norma, que entrará em vigor em julho de 2020, revogou a anterior Instrução CVM 301. Dentre as principais mudanças, está o estabelecimento da Abordagem Baseada em Risco (ABR) como principal instrumento de governança a ser utilizado pelas pessoas obrigadas. Essa abordagem tem como objetivo garantir que as medidas de prevenção e mitigação sejam proporcionais aos riscos identificados. Para tanto, as instituições devem passar a classificar clientes em razão do risco que oferecem (baixo, médio ou alto), com base em critérios como sua atividade, localização geográfica e produtos. A nova regra traz, ainda, mais detalhes acerca das rotinas relacionadas à política Conheça seu Cliente (*Know your Client*) de ações voltadas para a identificação, cadastro e *due diligence* de clientes, bem como do beneficiário final. Além disso, atualiza critérios para classificar investidores como pessoa exposta politicamente (PEP), ampliando os sinais de alerta (*red flags*) contendo as operações ou situações atípicas que devem ser objeto de monitoramento.

No mesmo sentido, cite-se a Circular do Banco Central do Brasil (BACEN) 3.978, que também entrará em vigor em julho de 2020, determinando, igualmente, a adoção da Abordagem Baseada em Risco e avançando na política Conheça seu Cliente.

Outrossim, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA),[20] por meio de trabalho conjunto com diversos órgãos do Estado brasileiro, elaborou metas e ações voltadas para aprimorar o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, envolvendo a identificação de beneficiários finais de pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, que operam no País.[21]

---

20. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) foi criada em 2003, no âmbito do Ministério da Justiça, mediante a reunião de representantes de mais de 60 órgãos e entidades dos Três Poderes da República, dos Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam na prevenção e no combate à corrupção e à lavagem de ativos, tendo o objetivo de avaliar e propor medidas de aprimoramento do sistema institucional e normativo antilavagem (MAGALHÃES, Vlamir Costa. Op. cit., p. 170).

21. *Vide* Ação 8 da ENCCLA 2015 e Ação 3 da ENCCLA 2014.

Atendendo às deliberações da ENCCLA e com o objetivo de dar maior transparência às transações com recursos de entidades domiciliadas no Brasil e seus estabelecimentos localizados no Brasil e no exterior, a Receita Federal do Brasil (RFB) emitiu a Instrução Normativa 1.634/2016, substituindo-a, posteriormente, pela Instrução Normativa 1.863/2018, obrigando essas entidades à inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídica (CNPJ). Além disso, exigiu que as entidades domiciliadas no exterior que sejam titulares de direitos no Brasil sobre contas correntes bancárias, aplicações no mercado financeiro ou de capitais, participações societárias constituídas fora do mercado de capitais, entre outros, prestassem, até junho de 2019, informações quanto às pessoas autorizadas a representá-las, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar as pessoas naturais caracterizadas como beneficiárias finais.

O propósito dessas exigências é prevenir a sonegação fiscal, a corrupção e a lavagem de dinheiro através da obtenção de informações mais precisas sobre o fluxo de recursos financeiros das instituições registradas no CNPJ e sobre os reais beneficiários desses recursos. Nesse sentido, embora reconhecendo a evolução normativa brasileira, em especial a partir da promulgação da Lei 9.613/1998, Marcella Blok e Monique Rabello afirmam ainda existir "falhas grotescas" em nosso ordenamento jurídico, o que dificultaria a fiscalização e a contenção de ilícitos tributários: "Exemplo dessa ineficiência é a limitação existente no combate aos crimes cometidos por empresas *offshore* constituídas em paraísos fiscais."[22]

Com o objetivo de corrigir as falhas legislativas, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 5.696/2009, de iniciativa da Câmara dos Deputados. Esse PL tinha por finalidade, justamente, tornar obrigatória a apresentação do quadro de sócios e administradores para inscrição, suspensão ou baixa da pessoa jurídica domiciliada no exterior no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ). Entretanto, por não ter sido apreciado, o PL 5.696/2009 foi "arquivado definitivamente" ao final da 55ª Legislatura do Senado Federal.[23]

22. BLOK, Marcella; RABELLO, Monique. Lavagem de dinheiro envolvendo *offshores*. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 68, 2015. p. 250. Prosseguem as autoras: "Precisamos evoluir rapidamente nesse sentido, pois, além dos ilícitos tributários, muitas empresas *offshores* são instrumentos comumente utilizados para a lavagem de dinheiro advindo de crime de outras naturezas, tais como terrorismo, sequestro, narcotráfico, corrupção pública etc." (Idem).

23. Cf. [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC23AABDAE245E747F 172FFA1ADAE99F.proposicoesWebExterno1?codteor=1741028&filename=Tramitacao-PL+5696/2009]. Acesso em: ago. 2019.

3. A influência das novas tecnologias e as criptomoedas

O avanço da tecnologia trouxe novos instrumentos para a prevenção da lavagem de dinheiro. Ao mesmo tempo, ferramentas do mundo das *fintechs*[24] têm sido cada vez mais utilizadas pelas empresas para desenvolvimento de soluções de *compliance* empresarial. Nesse contexto, discute-se se as novas tecnologias de inteligência artificial poderiam ser usadas para avaliar dados de indivíduos e transações financeiras, com o objetivo de identificar padrões de comportamento que indiquem a ocorrência de irregularidades, auxiliando no desenvolvimento de perfis de risco para fins de auditoria de clientes.

No entanto, ao mesmo tempo que tais impactos positivos são esperados, o desenvolvimento tecnológico tem revelado novos riscos de incremento de branqueamento de capitais. É o que se verifica com a questão do fluxo e uso de ativos virtuais, mais especificamente as criptomoedas, assunto que tem suscitado a busca por medidas para se alcançar uma prevenção mais eficaz de possíveis operações de reciclagem de dinheiro sujo, além de outros crimes cibernéticos.

Segundo o Glossário contido no Relatório da Ação 8 da ENCCLA, moedas virtuais (*virtual currency*) são

> "representações de valor, emitidas por desenvolvedores privados, que são denominadas em sua própria unidade de conta, distinta da moeda soberana local. São geralmente empregadas na realização de transferências eletrônicas de fundos sem que se faça uso de instrumentos e sistemas de pagamento na moeda soberana.
>
> Como unidade de valor, as moedas virtuais são similares às moedas soberanas contemporâneas: nenhuma delas é garantida por ativos reais. O valor das moedas decorre da confiança dos indivíduos na sobrevivência da aceitação de tais instrumentos como meios de pagamento no longo prazo. Em relação a sua capacidade de troca, as moedas virtuais geralmente não têm garantia de conversão para nenhuma moeda oficial. Assim, a moeda virtual se diferencia da moeda eletrônica (*e-money*), a qual, de forma típica, tem garantia de troca por dinheiro em espécie ou depósitos bancários denominados na moeda soberana."[25]

24. *Fintech* é o termo comumente utilizado para designar empresas, em geral *startups*, que usam tecnologia intensiva para oferecer novos produtos na área financeira.

25. ENCCLA. *Ação 8*: moeda virtual. Glossário. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-glossario]. p. 5. Acesso em: ago. 2019.

Por sua vez, as criptomoedas são espécies do gênero moedas virtuais caracterizadas por não possuir forma de emissão centralizada. Ou seja, elas não têm uma autoridade administradora central. Conforme o citado Glossário, as criptomoedas são emitidas e distribuídas segundo modelos matemáticos e políticas preestabelecidas. Seu registro ocorre de forma descentralizada e, para que isso seja viável, a utilização de mecanismos criptográficos é intensiva, sendo fundamental para a transferência de valor em redes descentralizadas.[26]

A criptomoeda mais conhecida é a *bitcoin*. Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, *bitcoin* é uma moeda virtual criptografada, que pode ser definida como um sistema de pagamento eletrônico do estilo *peer-to-peer* (entre pares). Segundo o autor,

> "[o] sistema permite pagamentos através da internet, de uma parte a outra, sem a intervenção de qualquer instituição financeira. Assim, a partir da formatação de determinados algoritmos, dá-se a criação de unidades monetárias (através de um processo denominado 'mineração', o que utilizaria toda a rede de computadores para o detalhamento dos algoritmos da *bitcoin*), que podem efetuar um sem-número de transações e, como hoje se vê, até mesmo gerar um mercado de investimento paralelo."[27]

O tema chamou atenção do GAFI, que apontou os principais riscos de lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo envolvendo moedas virtuais. São eles: 1) a possibilidade de anonimato no comércio de moedas virtuais na internet; 2) a limitada possibilidade de identificação e verificação dos participantes nesse mercado; 3) a falta de clareza no que se refere à responsabilidade por monitoramento, supervisão e aplicação de sanções ligadas a lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo; 4) a falta de um órgão central supervisor; 5) a dificuldade ou a impossibilidade de rastreamento dos fluxos de trocas;

26. Idem.

27. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bitcoin *e suas fronteiras penais*. Em busca do marco penal das criptomoedas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 98-99. Segundo Thiago Bottino, o termo *bitcoin* "compreende vários aspectos distintos, a saber: (i) uma tecnologia digital; (ii) um protocolo, ou seja, um sistema de comunicação, que funciona por meio da internet; (iii) um software de código aberto, disponível para qualquer pessoa gratuitamente; (iv) uma rede de pagamentos online descentralizada, onde os usuários gerenciam o sistema sem intermediário ou autoridade central; e, por fim, (v) uma criptomoeda" (BOTTINO, Thiago. Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 148, 2018. p. 132).

6) o aumento substancial do número de pessoas ou organizações que utilizam e aceitam pagamento de transações em moeda virtual; e 7) o aumento da facilidade de uso das moedas virtuais, com baixo investimento e grande retorno para o criminoso.[28]

A princípio, os prestadores de serviços de câmbio e de custódia de criptomoedas não estão obrigados a identificar atividades suspeitas nas suas plataformas ou carteiras digitais. Em tese, pessoas ou grupos criminosos poderiam estar se beneficiando de um certo grau de anonimato desse tipo de instrumento – além de sua liquidez –, bem como do fato de que tais recursos podem ser movidos livremente, sem fronteiras, por meio da tecnologia disponível.

Nesse cenário, as moedas virtuais parecem ser especialmente atrativas para o branqueamento de capitais. Levando-se em conta as fases ou etapas da lavagem,[29] tem-se que, na *fase de ocultação* dos recursos, a abertura de contas anônimas com criptomoedas traz facilidade, agilidade e baixo risco à conversão do proveito ilícito. Na *fase de dissimulação*, as criptomoedas não impõem fronteiras ao trânsito de recursos ilícitos, facilitando a prática de atos diversos tendentes a distanciar ainda mais os ativos de sua origem ilícita. Finalmente, a crescente aceitação de criptomoedas para a aquisição de bens facilita a incorporação dos recursos na economia formal, na *fase da integração*. Logo, as criptomoedas se prestariam, com facilidade, às sucessivas e complexas etapas de mascaramento das quais depende a vida da lavagem de capitais.

Em razão desses e outros riscos penais, o GAFI havia recomendado, já em 2015, que, além dos já conhecidos mecanismos de controle, as autoridades encarregadas da prevenção e combate do branqueamento de capitais concentrassem esforços fiscalizatórios nos "pontos de interseção" entre as moedas virtual e real. Em outras palavras, ao momento da "troca de moedas". Demais disso, outras medidas deveriam ser tomadas, tais como: 1) utilização das tecnologias que estão por trás da maior parte das moedas virtuais para aumentar o poder de guarda de dados e da habilidade de identificação dos usuários; 2) incremento das alianças internas (no país) e externas (entre países) com o objetivo de aprimorar a coordenação e, consequentemente, a efetividade das ações de fiscalização e

28. Cf. ENCCLA. *Moedas virtuais e meios eletrônicos de pagamento*. Tipologias. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-tipologias]. Acesso em: ago. 2019. p. 1-2.

29. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 61 e segs.

controle; 3) promoção da educação financeira, com ênfase nos cuidados com a utilização de moedas virtuais; e 4) promoção da evolução na legislação relacionada com a criminalidade cibernética.[30]

Nessa esteira – em junho de 2019 – o GAFI decidiu criar uma regra obrigando as corretoras de criptomoedas a compartilhar dados de seus usuários. De acordo com a nova exigência, todos os provedores de serviços de ativos digitais (VASPs) – incluindo as *exchanges* de criptomoedas – serão forçados a compartilhar as informações dos clientes quando os clientes movimentarem fundos entre as empresas. Segundo o documento, entre as informações que deverão ser compartilhadas estão: 1) nome do remetente, *i.e.*, do cliente que está enviando; 2) número da conta do remetente em que é realizado o processamento da transação; 3) endereço físico ou geográfico do remetente, ou número nacional de identidade, ou número de identificação do cliente que o identifica de forma única para a instituição, ou a data e local e nascimento; 4) nome do beneficiário; e 5) o número da conta do beneficiário em que a transação foi processada.[31]

Nos Estados Unidos, desde 2011, indivíduos e empresas que fazem negócios no país (e não meros usuários), aceitando ou transmitindo moeda virtual conversível (inclusive quando localizados no exterior), assim como aqueles que transmitem moeda física, são considerados transmissores de dinheiro e, em razão disso, sujeitam-se às regras de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo. Para isso, prestadores de serviços *exchanges* devem: 1) se registrar como negócios que envolvem serviços com moedas; 2) desenvolver, implementar e manter programa antilavagem de dinheiro, a fim de evitar que sejam usados como instrumentos de facilitação desse crime; e 3) estabelecer medidas para registrar e notificar às autoridades sobre atividades suspeitas.[32]

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, o já mencionado FinCEN acabou por estipular uma série de previsões adesivas ao *Bank Secrecy Act*, visando aprimorar os mecanismos de prevenção da lavagem de dinheiro.

30. Cf. ENCCLA. *Moedas virtuais e meios eletrônicos de pagamento.* Tipologias. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-tipologias]. Acesso em: ago. 2019. p. 5.

31. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf]. Acesso em: ago. 2019.

32. Ver 31 CFR § 1010.100(ff) e § 1022.210. Aplicam-se aos negócios de prestação de serviços com moedas (*money services businesses*) as mesmas regras aplicáveis às instituições financeiras.

> "As menções dadas pelo FinCEN, por outro lado, estipulam, peremptoriamente, que moeda virtual é um meio de troca que acaba por operar como moeda em alguns ambientes, mas não detém todos os atributos de uma moeda real, restringindo, pois, sua aplicação a situações de conversão de tais moedas."[33]

Conforme lecionado por esse autor, observa-se nos EUA todo um esforço de regulação com relação às criptomoedas, em especial com o objetivo de se evitar a lavagem de capitais, apesar dos desafios de se pretender estabelecer responsabilidades em um ambiente tão aberto como o da *bitcoin*. Assim, há "dificuldades significativas no que tange à pretensa regulação de um espaço virtual criado, justamente, para não se ver regulado."[34] Em razão disso, o esforço de regulação e controle, por parte do FinCEN, recairia não na criptomoeda, mas, sim, nas suas "casas negociais". No limite, recairia sobre os "possuidores da moeda virtual em si".[35]

Igualmente na Europa, a mencionada 5ª Diretiva Antilavagem de Dinheiro do Parlamento Europeu, em vigor desde janeiro de 2020, determinou aos Estados-membros que serviços financeiros com moedas virtuais sejam incluídos entre as entidades obrigadas a identificação, controle e comunicação de transações suspeitas. O objetivo é que seja possível associar o endereço da moeda virtual à identidade do detentor, para que as autoridades competentes possam acompanhar como essas moedas são utilizadas. A Diretiva determinou, também, que os Estados discutissem a possibilidade de permitir que os utilizadores de moedas virtuais se autodeclarem voluntariamente às autoridades designadas.

No Brasil, igualmente, há preocupação com o incremento das transações dessa natureza. Nesse sentido, em 2017, a ENCCLA publicou Relatório das Moedas Virtuais e Meios Eletrônicos de Pagamento, apresentando, entre outras informações, tipologias de lavagem de dinheiro envolvendo moedas virtuais. Entre as operações relatadas, destacam-se: 1) *Loan-back money laundering scheme*: uma pessoa empresta dinheiro ilegal para si próprio e lava esse dinheiro num processo de pagamento de empréstimo, utilizando empresa que atua como conexão global entre emprestadores e tomadores de empréstimo, usando moeda virtual;

---

33. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 119-120.
34. Ibidem, p. 139. Para Renato Silveira, diante dessas dificuldades, as "normas de controle, portanto, correm o seríssimo risco de se mostrarem com aspecto unicamente simbólico, o que, além de desmerecê-las, pode gerar um efeito de ainda maior descontrole" (Ibidem, p. 128).
35. Ibidem, p. 139.

2) *Crowd-funding scheme*: um emissor pode combinar com os investidores para trocar dinheiro por valores mobiliários em uma empresa criminosa, sob a aparência de uma transação comercial; 3) *Cartões pré-pagos*: um criminoso carrega múltiplos cartões pré-pagos com dinheiro ilícito e compra moeda virtual. Em seguida, usa essa moeda virtual para comprar mercadorias e serviços *on-line*; 4) *Ações ao portador e títulos ao portador*: representa a volta desses instrumentos ao portador (quando o emissor/detentor não é registrado), no mundo virtual, o que é conveniente para criminosos moverem fundos. O valor é armazenado digitalmente e posteriormente pode ser usado para transferir esse valor através de e-mail, mensagens instantâneas e SMS. Os corretores poderiam entrar nesse mercado virtual, o que traz dificuldade ao processo básico e às políticas de "conheça seu cliente" etc.[36]

Outras iniciativas foram adotadas com o objetivo de dar mais transparência a essas transações, consequentemente, melhorando a prevenção da lavagem de dinheiro. Nessa linha, a Receita Federal do Brasil (RFB) determinou, por meio da Instrução Normativa 1.888/2019 (com as alterações da Instrução Normativa 1.899/2019), a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos, a partir de agosto de 2019. Entre os dados exigidos estão valor, tipo, data, titulares etc.

Nos termos do art. 5º, inc. I, da referida Instrução Normativa, criptoativo é

> "[a] representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal."

Pela nova regra, são obrigadas a declarar mensalmente à RFB as pessoas jurídicas que oferecem serviços referentes a operações – inclusive intermediação, negociação ou custódia – com moedas virtuais (as chamadas *exchanges* de criptoativos) domiciliadas no País, bem como as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil, quando realizarem operações com *exchanges*, domiciliadas no exterior ou quando as operações alcançarem valor mensal superior a R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Apesar de tratar de norma da natureza tributária, ela espelha a circunstância de que as autoridades públicas estão cada vez mais atentas às transações efetuadas

36. Cf. ENCCLA. *Moedas virtuais...*, cit., p. 3.

com esses ativos. É importante também destacar que, além das multas previstas para o caso de descumprimento ou atraso, a Receita Federal do Brasil poderá formalizar, nos termos do art. 11 da Instrução Normativa RFB 1.888/2019, comunicação ao Ministério Público Federal (MPF), quando houver indícios da ocorrência dos crimes previstos no art. 1º da Lei 9.613/1998. Cuida-se, portanto, da implantação de um mecanismo de controle que pode vir a ser utilizado não somente para fins de tributação, mas, igualmente, para prevenção e repressão na seara criminal.

Em sentido oposto, há quem considere que os novos ativos financeiros, incluindo as criptomoedas, em nada diferem de transações financeiras tradicionais em termos de maior ou menor risco penal. Primeiramente, em razão de que elas não são, em última instância, anônimas e podem, assim, ser rastreadas. Em segundo lugar, não são, *a priori*, operações ilícitas. Conforme o mencionado Relatório da ENCCLA, de 2017, há demandas lícitas em relação à utilização das moedas virtuais (como no caso das remessas internacionais).[37] Em terceiro lugar, as operações com criptomoedas seriam mais facilmente controláveis em razão da utilização da tecnologia do *blockchain*,[38] o que facilitaria o *compliance*.[39]

Realmente, enquanto as informações contidas em *blockchain* são públicas,[40] possibilitando a visualização de todo caminho percorrido pelos recursos, o

37. Cf. ENCCLA. *Moedas virtuais e meios eletrônicos de pagamento...*, cit., p. 5.

38. A tecnologia *blockchain* se assemelha a um livro contábil, formado por uma corrente de blocos de informações, que contém o registro de transações de moedas virtuais. Segundo o supracitado Glossário da ENCCLA, *blockchain* "é a combinação de diversas tecnologias de criptografia e sincronização de bases de dados já estabelecidas com o objetivo de verificar e adicionar registro de transações em um bloco. O bloco é adicionado a uma cadeia de blocos que incluem todo o histórico de transações. É a DLT do Bitcoin. Sua característica mais marcante é a descentralização: não há nenhum credenciamento subjetivo dos nós da rede (apenas é verificado pelos demais nós se um novo equipamento utilizado para o acesso está no padrão da DLT)" (Cf. ENCCLA. *Moeda virtual*. Glossário..., cit., p. 7).

39. ROBINSON, Tom. *Crypto can prevent money laundering better than traditional finance*. Disponível em: [https://venturebeat.com/2019/07/20/crypto-can-prevent-money-laundering-better-than-traditional-finance]. Acesso em: ago. 2019.

40. Cf. "Nesse tipo de arranjo, qualquer nó pode ler o histórico das transações, propor e confirmar novas transações, bem como emitir novas unidades da criptomoeda, conforme as regras de mineração. É chamado *blockchain* porque cada bloco de transações começa com a chave criptográfica que fechou o bloco anterior, assegurando um encadeamento quase imutável do registro, em razão do elevado custo computacional que seria necessário para retroagir" (ENCCLA. *Moeda virtual. Glossário...*, cit., p. 7).

mesmo não se pode dizer necessariamente de transações efetuadas em moeda física, por exemplo. Em razão disso, seria muito mais fácil adotar o *follow the money* nesses casos do que em transações realizadas através das formas tradicionais, como o dinheiro em espécie.

De lege ferenda, há iniciativas no sentido de regular as atividades com criptomoedas no Brasil. Nesse sentido, cite-se o Projeto de Lei 3.825/2019, em tramitação no Senado Federal, que tem por finalidade "disciplinar os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação". Além de trazer uma série de definições sobre a matéria, esse PL dispõe que o funcionamento de *exchange* de criptoativos depende de autorização do BACEN, desde que atendidos os requisitos que o Projeto estabelece. Por outro lado, a oferta pública de criptoativos se submete à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Demais disso, as *Exchanges* devem prestar informações fiscais à RFB. Por fim, o PL 3.825/2019 introduz na Lei 7.492/1986, os crimes de gestão fraudulenta de *exchange* de criptoativos, gestão fraudulenta mediante pirâmide financeira e gestão temerária de *exchange* de criptoativos.[41]

4. O advogado e os deveres de diligência (aprimorando o *compliance*)

Como visto linhas antes, a interconexão dos mercados financeiros globais tem tornado cada vez mais comum a estruturação de negócios por meio de empresas e outros arranjos *offshore*, como empresas anônimas (principalmente *shell companies*). Também não raramente, o uso de *shell companies* é um expediente recomendado por advogados ou consultores a seus clientes, para diversas finalidades. Cumpre ressaltar que não há ilicitude na conduta do profissional que sugere a abertura de uma empresa nesses moldes, por exemplo, como fase preliminar da estruturação de uma fusão internacional ou a fim de, legitimamente, estabelecer as operações *offshore* de uma pessoa física ou jurídica.

Todavia, ainda que o advogado não tenha conhecimento da origem dos recursos a serem aportados por seu cliente, nem possa ter certeza do tipo de negócio final que pretenda desenvolver, os países têm procurado cada vez mais aprimorar o

41. "Art. 4º-A. Gerir fraudulentamente Exchange de criptoativos: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º Se a gestão fraudulenta é realizada mediante prática de pirâmide financeira: Pena – Reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. § 2º Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa" (Cf. [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973487&ts=1566249527493&disposition=inline]. Acesso em: ago. 2019).

compliance nessas operações. Objetiva-se, assim, reforçar os mecanismos de prevenção da lavagem de dinheiro e delitos conexos (como a sonegação fiscal), impondo àqueles profissionais deveres de identificação do cliente ou beneficiário final, e, eventualmente, de comunicação de operação suspeita para a respectiva unidade de inteligência financeira.

Os escândalos *Panama Papers* e *Paradise Papers* – mencionados no início do texto – reacenderam a discussão sobre essa temática.

Especificamente no primeiro caso, descortinou-se a forma de atuar do escritório de advocacia panamenho Mossack Fonseca, que possuía representações em vários países do mundo, oferecendo serviços que envolviam a abertura de empresas *offshore* (para onde os clientes poderiam transferir vultosas somas em dinheiro). O esquema envolvia a abertura de *trusts* e *shell companies* pelo escritório de advocacia em que seus próprios funcionários figuravam como "oficiais", escondendo a identidade dos verdadeiros beneficiários. Os clientes, muitas vezes, eram orientados a fazer transferências a título de doação para essas empresas, lastreadas em recibos falsos. Os recursos eram então repassados pelos oficiais da própria banca de advocacia *de* e *para* contas em paraísos fiscais, estabelecidas anonimamente em favor dos clientes, ou utilizados na compra de bens de luxo, dificultando ainda mais a identificação de sua origem. Em revelações posteriores, verificou-se que muitos desses clientes era traficantes de drogas, suspeitos de financiamento ao terrorismo, entre outros agentes do submundo do crime.[42] Como bem observado por Anabela Miranda Rodrigues, em vez de negar a veracidade das informações divulgadas, "a principal estratégia de defesa utilizada pelos implicados foi a de sustentar a legalidade das contas ou das atuações refletidas nos diversos documentos filtrados."[43]

Sobre essa questão, o GAFI revisou suas Recomendações 22 e 23, passando a estender seu alcance a outros agentes que forneçam "pontos de acesso" ao sistema financeiro. Trata-se de pessoas – incluindo advogados, consultores, contadores e outras profissões jurídicas independentes – cujas atividades não são propriamente da área das finanças, mas que estariam em posição de identificar e prevenir fluxos ilícitos de recursos pelo sistema financeiro, por intermédio do monitoramento da conduta de seus clientes (*due diligence*). Por outro lado, com suas expertises, tais profissionais poderiam facilitar a reciclagem de dinheiro e o

42. Ver descrição detalhada do esquema em [www.nytimes.com/interactive/2016/06/05/world/americas/panama-papers-us-taxes.html]. Acesso em: ago. 2019.

43. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico*. Uma política criminal na era *compliance*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 14-15.

financiamento ao terrorismo. No caso do advogado isso se daria, por exemplo, através do aconselhamento jurídico-fiscal ou mesmo agindo como intermediário na gestão de ativos ou criação ou administração de empresas, como no caso Mossack Fonseca.[44]

Em linha com esse novo papel de *gatekeeper* atribuído a advogados e consultores, entre outras profissões legais, em junho de 2019, o GAFI publicou o *Guidance for a Risk-Based Approach for Legal Professionals* (RBA), em substituição ao anterior, de 2008. Nesse novo documento, estabelecem-se orientações sobre a utilização da já mencionada metodologia de risco para a avaliação de clientes e tomada de medidas para mitigar os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo aos quais advogados e consultores estão expostos no curso de suas atividades profissionais. Essa análise permitiria a alocação de recursos em que os riscos forem maiores. O guia destaca, ainda, a necessidade de que os gestores *seniors* desenvolvam e aprimorem uma "cultura de *compliance*" junto aos demais profissionais da área jurídica.[45]

Nos Estados Unidos, embora muito se tenha avançado em termos de medidas para prevenção à lavagem de dinheiro, em especial para identificação de atividades suspeitas, ainda há bastante resistência a essa tendência de incluir profissionais da área legal, como advogados e consultores, entre as pessoas obrigadas a monitorar clientes para identificação de potenciais atividades suspeitas. Devido

44. Cf. "22. *APNFDs: devida diligência acerca do cliente*. As obrigações de devida diligência ao cliente e manutenção de registros estabelecidas nas Recomendações 10, 11 12, 15 e 17 se aplicam às atividades e profissões não-financeiras designadas (APNFDs) nas seguintes situações: [...] (d) Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores – quando prepararem ou realizarem transações para seus clientes relacionadas às seguintes atividades: Compra e venda de imóveis; Gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; Gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; Organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; Criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais. [...] 23. *APNFDs: Outras medidas*. As obrigações definidas nas Recomendações 18 a 21 se aplicam a todas as atividades e profissões não-financeiras designadas, sujeitas às seguintes qualificações: Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores deveriam comunicar operações suspeitas quando, em nome de um cliente ou para um cliente, se envolverem em uma transação financeira relacionada às atividades descritas no parágrafo (d) da Recomendação 22" (Cf. [www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi]. Acesso em: ago. 2019.

45. Cf. [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Legal-Professionals.pdf]. Acesso em: ago. 2019. p. 4-6.

a fortes pressões da American Bar Association (ABA), organização de classe dos advogados, as já mencionadas propostas *Illegal Cash Act* e *Title Act*, em tramitação nas casas legislativas daquele país, sofreram mudanças para excluir os advogados e seus escritórios das regras aplicáveis aos *gatekeepers*.

Nesse sentido, Amanda Bessoni Salgado informa que, apesar da existência, nos Estados Unidos, de normas que em tese incluiriam profissionais como advogados nas políticas antilavagem e de identificação de clientes (como os regulamentos do Office of Foreign Assets Control), prioriza-se, acima de tudo, o princípio da confidencialidade entre advogado e cliente. Assim, a ABA e outras associações desenvolveram, em 2010, um "guia de boas práticas" a serem efetivadas por advogados para detectar e combater aquelas infrações penais, com base nas Recomendações do GAFI, denominado *Voluntary good practices guidance for lawyers to detect and combat money laudering and terrorist financing*.[46] Segundo a autora,

> "Quanto à obrigação de informar operações suspeitas, importante salientar que o *Bank Secrecy Act* e o *USA Patriot Act* não incluem esta imposição, visto que se aplicam apenas a instituições financeiras. Tampouco o guia de boas práticas da ABA estabelece esse dever de comunicação, mas observa que, uma vez diante de uma situação em que o advogado se vê forçado a recusar ou encerrar a prestação de seus serviços, deverá cumprir com as regras de condutas aplicáveis a sua classe, o que pode significar a renúncia à representação ou à divulgação de informações, nos termos da regra supracitada, que permite a revelação de dados para impedir a prática de um crime por parte do seu cliente, a partir da utilização dos serviços prestados."[47]

46. SALGADO, Amanda Bessoni B. *Lavagem de dinheiro e os deveres de colaboração do advogado*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 91.

47. 92. Prossegue a autora: "Já são vislumbrados neste país alguns esforços legislativos, como a *Incorporation Transparency and Law Enforcement Assistance Act*, porém a ABA manifestou-se contra a criação de uma lei que impusesse ao advogado o dever de comunicar operações suspeitas e disponibilizar informações acerca das empresas em cuja formação auxilia, argumentando que tal medida prejudicaria o sigilo profissional e representaria um regramento invasivo aos advogados, pois as medidas sugeridas trariam um custo elevado aos profissionais jurídicos. [...] A Associação demonstra confiança em seu código de boas práticas, que estabelece diretrizes a serem voluntariamente seguidas pelos advogados, reforçando a ideia de que se o profissional suspeitar de que seu cliente esteja utilizando os serviços prestados com a finalidade de cometer um crime, deverá, em vez de denunciá-lo, simplesmente renunciar à representação e não mais prestar os serviços legais" (Ibidem, p. 92-93).

A União Europeia também tem adotado uma série de providências voltadas à prevenção da lavagem de capitais e, gradualmente, vem regulando o dever de informar por parte de advogados e notários. Assim, em 2015, o Parlamento Europeu aprovou a Diretiva 2015/848, posteriormente alterada pela Diretiva 2018/843, para incluir entre os obrigados auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais, bem como qualquer pessoa que se comprometa a prestar, diretamente ou indiretamente, ajuda material, assistência ou consultoria em matéria fiscal, como principal atividade comercial ou profissional. As Diretivas determinaram, ainda, que notários e profissionais jurídicos independentes que participem, quer atuando em nome e por conta do cliente numa operação financeira ou imobiliária, quer prestando assistência ao cliente no planeamento ou execução de determinadas operações como compra e venda de imóveis e gestão de fundos e contas bancárias, deverão se submeter aos deveres de prevenção de branqueamento de dinheiro, como identificação do cliente, manutenção de registros e comunicação de operações suspeitas. Todavia, excepciona as informações por eles recebidas de seus clientes ou obtidas sobre seus clientes no decurso da apreciação da situação jurídica do cliente ou de sua defesa ou representação em processos judiciais ou a respeito de processos judiciais.[48]

Um bom exemplo do sistema europeu é o da Holanda, que ampliou os deveres de avaliação de risco por parte de pessoas físicas e jurídicas, com a promulgação da Lei de Prevenção a Lavagem de Dinheiro e Financiamento do terrorismo de 2008 (WWft). Assim, são os próprios agentes que se encarregam de avaliar os riscos que certos produtos ou clientes trazem, reportando à Unidade de Inteligência Financeira eventuais operações suspeitas.[49] Entre os agentes com dever de reportar estão os advogados, junto com outros profissionais, como os contadores e consultores fiscais. São as categorias que devem fazer a *due diligence* e reportar transações não usuais. Aplicam-se tais deveres ao advogado ou notário que preste aconselhamento profissional ou empresarial em operações como compra, venda ou hipoteca de propriedade registrada; gestão de dinheiro, títulos, moedas, notas, metais preciosos, pedras preciosas ou outros valores; estabelecimento ou a gestão de sociedades, pessoas jurídicas ou organismos semelhantes; compra, venda ou assunção, no todo ou em parte, de uma empresa etc. [50] Todavia, o

48. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=EN]. Acesso em: ago. 2019.

49. WWft. Disponível em: [www.fiu-nederland.nl/en/legislation/general-legislation/wwft]. Acesso em: ago. 2019.

50. Arts. 12 e 13, da WWft. Entre os deveres de *due diligence* estão: 1) identificar o cliente e verificar a sua identidade; 2) identificar, se for o caso, o beneficiário final; e 3) realizar

WWft não se aplica aos advogados e notários, desde que eles prestem serviço a um cliente no que se refere a sua situação legal, representação legal ou defesa, aconselhando antes, durante ou depois de processos, ou aconselhando sobre como implementar ou evitar[51] processos/procedimentos legais.[52]

Além dos aspectos contidos na lei de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, os advogados estão sujeitos às normas sobre administração e integridade financeira pela Nederlandes Orde van Advocaten (NOvA), de 2009. A cláusula estatutária sobre integridade administrativa e financeira implica várias obrigações de *due diligence* do cliente e a obrigação do advogado consultar o Presidente da Ordem dos Advogados local, se ele fizer ou aceitar um pagamento em dinheiro acima de € 5.000. A NOvA foi revista em 2015, para que os Presidentes da Ordem dos Advogados de cada localidade passassem a assumir as funções de reguladores responsáveis pela supervisão ou cumprimento dos regulamentos antilavagem contidos na WWft.[53]

No Brasil, com a vigência da Lei 9.613/1998, passou-se a exigir que determinados agentes cumpram com uma série de obrigações, entre elas a manutenção de cadastro de clientes e a comunicação de atividades suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (atualmente vinculado administrativamente ao Banco Central do Brasil, por força da Lei n. 13.974/2020). A Lei 12.683/2012 alterou a Lei 9.613/1998, ampliando o rol das pessoas obrigadas a adotar medidas preventivas, entre elas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações de 1) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; 2) de gestão de fundos, valores

---

o monitoramento contínuo, na medida do possível, do relacionamento comercial, incluindo exame das transações feitas ao longo do relacionamento (art. 3º da WWft).

51. Nesse sentido, o privilégio cliente-advogado também é reconhecido na Holanda, mesmo dentro de investigações internas. Advogados, clientes e os respectivos auxiliares têm o direito de recusar conceder evidências, e a confidencialidade pode ser invocada com relação a qualquer documento ou correspondência preparada pelo ou para o advogado, tanto no aspecto civil quanto criminal (cf. DEKKERS, Jantien; VAN DER LAAN, Niels. *Corporate investigations laws and regulations*. Disponível em: [https://iclg.com/practice-areas/corporate-investigations-laws-and-regulations/netherlands]. Acesso em: ago. 2019).

52. Art. 1, item 2 do WWft.

53. International bar Association *website*. Disponível em: [www.anti-moneylaundering.org/europe/Netherlands.aspx]. Acesso em: ago. 2019.

mobiliários ou outros ativos; 3) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; 4) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; 5) financeiras, societárias ou imobiliárias; e 6) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais (cf. art. 9º, parágrafo único, inc. XIV, da Lei 9.613/1998).

Como se pode verificar, a nova redação do art. 9º, parágrafo único, inc. XIV, da Lei de lavagem incorporou as disposições existentes em diversas normativas internacionais, em particular as Recomendações do GAFI.[54] Passou-se, portanto, a obrigar que consultores, auditores, entre outros profissionais que lidam com gestão de negócios, atentem para os deveres de identificação de clientes, manutenção de registro e comunicação de operações financeiras previstas nos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/1998. Na opinião de Rodrigo de Grandis,

> "Mesmo sem mencionar expressamente os profissionais da área jurídica, a Lei 12.683/2012 optou por obrigar as pessoas físicas que prestem, ainda que eventualmente, serviços de *assessoria, consultoria e aconselhamento de qualquer natureza* nas citadas operações financeiras. Ora, é certo que os advogados, notadamente os tributaristas e os societários, comumente prestam assessoria e consultoria na compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza, na gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, na criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas."[55]

Os deveres contidos nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/1998 (com as alterações da Lei 12.683/2012) podem, assim, alcançar os profissionais jurídicos que se dedicam à administração de ativos, tais como operações imobiliárias ou financeiras, ou administradores de entes morais de diversas naturezas, conforme o teor do art. 9º, parágrafo único, inc. XIV, da mencionada Lei. Cuida-se, portanto, de um número que não inclui advogados que fazem a determinação (ou a análise) da situação do cliente no âmbito da preparação ou efetiva atuação em um processo judicial ou administrativo. Caso se estendesse a este último grupo haveria violação de dispositivos constitucionais relativos ao sigilo profissional e às prerrogativas da advocacia, conforme já mencionado.

54. *Vide* nota de rodapé 45, *supra*.

55. GRANDIS, Rodrigo de. Op. cit., p. 10.

Cumpre registrar que parte da doutrina brasileira considera que as disposições trazidas pela Lei 12.683/2012 não se aplicariam aos advogados, independentemente de se tratar de advocacia contenciosa ou de gestão de negócios. Segundo esse entendimento, em qualquer hipótese, os advogados ou escritórios de advocacia brasileiros estariam desonerados dos deveres de *due diligence* e de comunicação de operações suspeitas de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo.

Conforme bem ressaltado por André Luís Callegari e Ariel Weber,

> "Enquanto alguns autores não consideram inconstitucional a medida, desde que respeitada a dicotomia entre assessoria contenciosa (em sede processual ou em virtude de específica situação jurídica que pode vir a originar um processo) e assessoria operacional (no âmbito de contratos, tributário ou outras atividades sem vínculo com processo judicial), outros defendem a inaplicabilidade absoluta da lei ao advogado."[56]

Em que pese esse posicionamento, tem-se que a restrição em absoluto da incidência daqueles deveres à generalidade das formas de advocacia não parece ser a melhor interpretação a ser dada ao art. 9º, parágrafo único, inc. XIV, da Lei 9.613/1998, com a redação da Lei 12.683/2012. Nesse aspecto, é válido o alerta de Amanda Salgado. Segundo a autora, a reflexão acerca do papel do advogado na política de prevenção ao branqueamento de capitais cotejado com as garantias do sigilo profissional e do livre exercício da profissão não pode ser "superficial" a ponto de "simplesmente ser negada a aplicação de dispositivos como os da Lei 12.683/2012, modificada pela nova lei de lavagem, à classe dos advogados [...]".[57]

Considera-se, pois, que não se pode tomar o "todo" pela "parte". Dito de outra forma, o advogado que atua para seu cliente em um litígio judicial ou administrativo, ou, ainda, que formula consultoria sobre específica situação jurídica concernente a um procedimento formal, presta um tipo de assistência profissional.[58] Ocorre que essa assistência não se confundiria com a atividade de gestões, tais como a compra e venda de imóveis, administração de fundos, abertura

56. CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 216.

57. SALGADO, Amanda. Op. cit., p. 105.

58. Cf. exemplificado por Rodrigo de Grandis: "É o caso, por ex., do advogado que é procurado por uma pessoa para aconselhá-lo acerca da conveniência de realizar, ou não, uma colaboração premiada, uma confissão, a suspensão condicional do processo, a reparação do dano, o arrependimento eficaz etc." (GRANDIS, Rodrigo de. Op. cit., p. 10).

ou movimentação de conta bancária de terceiro, criação de *trusts* ou sociedades mercantis etc.[59]

Cite-se, novamente, a lição de Amanda Salgado:

> "Sabe-se, no entanto, que a gama de atividades desempenhadas pelo advogado nos dias atuais é enorme, abarcando as chamadas funções de gestão jurídico-financeira que, na prática, acabam se mesclando às funções próprias de advocacia. Entende-se que somente quando o advogado atua no bojo da defesa, representação e assessoramento jurídico (suas funções 'próprias') é que caberá a imposição do dever de sigilo."[60]

Repita-se: apesar da distinção de situações jurídico-profissionais, há quem sustente que as disposições de *due diligence* da lei brasileira de branqueamento de capitais não seriam aplicáveis a nenhuma sorte de advocacia – seja de contencioso, seja de gestão de negócios, em razão da prevalência do dever de sigilo profissional.[61] Além da incidência dessa prerrogativa profissional, argumenta-se que a Resolução 24/2013 do COAF teria deixado de fora do seu alcance as pessoas físicas ou jurídicas submetidas à regulação de órgão próprio regulador, o que incluiria (todos) os advogados. Isso porque os advogados estão submetidos à esfera disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil.

Todavia, tem-se que a citada normativa do COAF quis apenas limitar o alcance de sua regulamentação, ficando cada órgão regulador responsável por estabelecer as regras para comunicação de atividades suspeitas, a ser adotada por seus membros na condição de sujeitos obrigados pela Lei de Lavagem de Dinheiro. Nessa linha, para Ana Beatriz Gomes e Claudia Viegas,

> "[...] os advogados profissionais que prestem serviços de aconselhamento, assistência, assessoria ou consultoria [...], além de auditores e contadores (Resolução CFC 1.445/2013), e, mais recentemente, as Juntas Comerciais (DREI, Instrução Normativa 24/2014), teriam a obrigação de comunicar suspeitas de lavagem de dinheiro, sobretudo por prestarem consultoria extrajurídica, atividade estranha à regulação pelo Conselho Federal da OAB."[62]

---

59. SALGADO, Amanda Bessoni B. Op. cit., p. 100.
60. Ibidem, p. 99.
61. Cf. "O sigilo profissional garantido ao advogado pode ser visto como base do estado democrático de direito, eis que a sua violação abriria uma fenda no devido processo legal e no princípio da ampla defesa, fulminando o ideal do *fair trial* (CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel B. Op. cit., p. 216).
62. Cf. GOMES, Ana Beatriz da S.; VIEGAS, Cláudia Mara de A. A obrigação de sigilo do advogado ante a defesa do crime de lavagem de dinheiro praticado pelo seu cliente. *Revista dos Tribunais* São Paulo, v. 995, 2018. p. 400.

Na realidade, é natural que os próprios profissionais da área jurídica se sintam mais seguros em atuar quando não obrigados a manter sigilo em hipóteses em que se veem diante de operações suspeitas das quais não gostariam de se ver associados no futuro, como ocorreu no Caso Mossack Fonseca. Como bem notam as próprias autoras,

> "Considerando que, no âmbito consultivo, os serviços prestados por advogados podem contribuir, ainda que involuntariamente, para a prática de crime de lavagem de capitais por seus clientes, deve ser observado que a liberdade do exercício profissional, nesses casos, acarreta insegurança. Diante dessa realidade, para se resguardar incumbe aos advogados comunicar ao Coaf quando houver suspeita de lavagem de dinheiro."[63]

Cumpre observar, ainda, que não se adota no Brasil um modelo similar ao de outros países – como o da Holanda, anteriormente mencionado. Vale dizer, a Ordem dos Advogados do Brasil não dispõe de um órgão interno de recebimento de informações, por parte dos advogados que atuam na administração de negócios, relativamente a operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou de financiamento de terrorismo, bem como acerca da identificação do beneficiário final de certas estruturas legais, como as *shell companies*, por exemplo. Por outro lado, não se observa a adoção de padrão similar ao estadunidense, em que a ABA e outras associações institucionalizaram um mecanismo interno de autorregulação e de boas práticas.

Cumpre ressaltar, no entanto, que, em reunião em novembro de 2019, a ENCCLA divulgou documento contendo suas Ações de 2020, na qual fez constar a recomendação ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que edite regulamentação aos advogados para o cumprimento das obrigações previstas na Lei n. 9.613, de 1998, observado o regime de inviolabilidade e o sigilo nas relações entre o advogado e o cliente nos termos da Lei n. 8906 de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB).

Dessa maneira, as provisões do § 1º do art. 14 da Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012, podem vir a ser aplicadas a profissionais da área jurídica, quando atuem prestando os serviços de assessoria de que trata aquele dispositivo, razão pela qual devem tais profissionais dispensar especial atenção às operações que possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos naquelas leis ou com eles se relacionar. Por conseguinte, o não cumprimento das obrigações relacionadas à identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras pode ensejar a aplicação de sanções que

63. Cf. GOMES, Ana Beatriz da S.; VIEGAS, Cláudia Mara de A. Op. cit., p. 400.

vão desde uma simples advertência até a cassação da autorização para o exercício da atividade (cf. art. 12 da Lei de Lavagem de Capitais).

Conclui-se, assim, que a legislação brasileira – na esteira da regulação internacional sobre essa questão – vem caminhando no sentido de impor a qualquer profissional que atue na administração de negócios, inclusive aqueles da área jurídica, deveres de diligência e prevenção de lavagem de capitais e financiamento do terrorismo. Impõe-se, na linha propugnada pelo GAFI, o aprimoramento do *compliance* nesse fundamental setor da nossa Sociedade.

5. Bibliografia

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012.

BLOK, Marcella; RABELLO, Monique. Lavagem de dinheiro envolvendo *offshores*. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 68, 2015.

BOTTINO, Thiago. Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 148, 2018.

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

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro*. Ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DALLAGNOL, Deltan M. Tipologias de lavagem. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). *Lavagem de dinheiro*. Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DEKKERS, Jantien; VAN DER LAAN, Niels. *Corporate investigations laws and regulations*. Disponível em: [https://iclg.com/practice-areas/corporate-investigations-laws-and-regulations/netherlands].

ENCCLA. *Ação 8*: moeda virtual. Glossário. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-glossario]. p. 5. Acesso em: ago. 2019.

ENCCLA. *Moedas virtuais e meios eletrônicos de pagamento*. Tipologias. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-tipologias]. Acesso em: ago. 2019.

GOMES, Ana Beatriz da S.; VIEGAS, Cláudia Mara de A. A obrigação de sigilo do advogado ante a defesa do crime de lavagem de dinheiro praticado pelo seu cliente. *Revista dos Tribunais* São Paulo, v. 995, 2018.

GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4673-Considerações-sobre-o-dever-do-advogado-de-comunicar-atividade-suspeita-de-"lavagem"-de-dinheiro].

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2018.

MARTINEZ, Antonio Lopo. Transparência do beneficiário efetivo: conquistas e desafios na prevenção da corrupção e dos abusos fiscais. *Working Papers*. Boletim de Ciências Econômicas. Série BCE 22. Instituto Jurídico. Universidade de Coimbra, 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico*. Uma política criminal na era Compliance. Coimbra: Almedina, 2019.

ROBINSON, Tom. *Crypto can prevent money laundering better than traditional finance*. Disponível em: [https://venturebeat.com/2019/07/20/crypto-can-prevent-money-laundering-better-than-traditional-finance]. Acesso em: ago. 2019.

SALGADO, Amanda Bessoni B. *Lavagem de dinheiro e os deveres de colaboração do advogado*. São Paulo: LiberArs, 2017.

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

6. Principais *sites* consultados

[http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-tipologias].

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=EN].

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=em].

[https://iclg.com/practice-areas/corporate-investigations-laws-and-regulations/netherlands].

[https://iclg.com/practice-areas/corporate-investigations-laws-and-regulations/netherlands].

[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973487&ts=1566249527493&disposition=inline].

[https://venturebeat.com/2019/07/20/crypto-can-prevent-money-laundering-better-than-traditional-finance].

[https://venturebeat.com/2019/07/20/crypto-can-prevent-money-laundering-better-than-traditional-finance].

[www.anti-moneylaundering.org/europe/Netherlands.aspx].

[www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v6_P.pdf].

[www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC23AABDAE245E747F172FFA1ADAE99F.proposicoesWebExterno1?codteor=1741028&filename=Tramitacao-PL+5696/2009].

[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf].

[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Legal-Professionals.pdf].

[www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-united-states-2016.html].

[www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi].

[www.fincen.gov/resources/statutes-and-regulations/cdd-final-rule].

[www.fiu-nederland.nl/en/legislation/general-legislation/wwft].

[www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4673].

[www.icij.org/investigations/panama-papers/pages/panama-papers-about-the-investigation].

[www.icij.org/investigations/paradise-papers/paradise-papers-long-twilight-struggle-offshore-secrecy].

[www.justice.gov/usao-sdny/pr/four-defendants-charged-panama-papers-investigation].

[www.nytimes.com/interactive/2016/06/05/world/americas/panama-papers-us-taxes.html].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas como os *bitcoins* e a lavagem de dinheiro, de Douglas Sena Bello e Giovani Agostini Saavedra – *RBCCrim* 147/251-272 (DTR\2018\19321);
- A obrigação de sigilo do advogado ante a defesa do crime de lavagem de dinheiro praticado pelo seu cliente, de Ana Beatriz da Silva Gomes e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – *RT* 995/385-405 (DTR\2018\18284);
- *Compliance* e lavagem de dinheiro: o papel dos novos reguladores, de Márcio Adriano Anselmo – *RDB* 69/349-378 (DTR\2015\15892);
- Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação, de Thiago Bottino e Christiana Mariani da Silva Telles – *RBCCrim* 148/131-176 (DTR\2018\19794); e
- Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RDB* 67/163-195 (DTR\2015\7989).

Proteção e incentivo a *whistleblowers* nos Estados Unidos: um modelo a ser seguido?

Whistleblower protection in the United States: an example to be followed?

Thaís Molina Pinheiro

Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getulio Vargas. Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo. Membra do IDDD. Advogada Criminalista.
pinheiromthais@gmail.com

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 12.02.2019
Última versão da autora: 15.06.2019

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: A proteção à figura do *whistleblower* tem longa história em outros países, principalmente nos Estados Unidos. No Brasil, há projetos de lei para regulamentar proteções aos *whistleblowers*, mas há poucos estudos acerca da experiência estrangeira e os impactos do incentivo aos denunciantes. Por meio de revisão bibliográfica, o presente artigo estudou as principais normas de proteção e incentivo a *whistleblowers* nos Estados Unidos: Whistleblower Protection Act, Sarbanes-Oxley Act e Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. A partir dessas normas, foram traçados breves contornos acerca de um conceito de *whistleblower*, realizada uma análise crítica do instituto nos Estados Unidos e concluído que naquele país a proteção aos *whistleblowers* está relacionada à proteção ao mercado de capitais. Por fim, comparou-se a finalidade da proteção e incentivo ao *whistleblower* no Brasil com a finalidade dos Estados Unidos, ressaltando as diferenças e trazendo questionamentos acerca da conveniência do estímulo ao *whistleblower* no Brasil.

Palavras-chave: *Whistleblower* – Estados Unidos – Regulamentação no Brasil.

Abstract: The protection of whistleblowers has a long history in several countries, especially the United States. In Brazil, there are draft laws that propose the regulations of whistleblower protections, but there are few studies about foreign experience and the impacts of encouraging whistleblowers. Through a bibliographic review, this article studied the main laws that protect and encourage whistleblowers in the United States: Whistleblower Protection Act, Sarbanes-Oxley Act and Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. The article also briefly drafted a whistleblower concept, carried out a critical analysis of the institute in the United States and concluded that in that country the protection of whistleblowers is related to the protection of the capital markets. Finally, compared the purpose of the protection and encouragement of whistleblowers in Brazil with the United States's purpose, highlighting the differences and raising questions about the suitability of the whistleblower encouragement in Brazil.

Keywords: Whistleblower – United States – Regulation in Brazil.

Pinheiro, Thaís Molina. Proteção e incentivo a *whistleblowers* nos Estados Unidos: um modelo a ser seguido? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165. ano 28. p. 71-93. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

Sumário: 1. Introdução. 2. Proteção do *whistleblower* nos Estados Unidos. 2.1. Whistleblower Protection Act de 1989. 2.2. Sarbanes-Oxley Act. 2.3. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. 3. Contornos acerca do conceito de um *whistleblower*. 3.1. Breves considerações sobre a definição do instituto. 3.2. Proposta de definição do instituto. 4. Considerações sobre a proteção do *whistleblower* nos Estados Unidos. 5. Considerações sobre a finalidade de proteção ao *whistleblower* no Brasil. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Numericamente, predominam no território nacional as empresas com atividades de baixa complexidade, poucas áreas de atuação, e limitação geográfica de instalações. Nesse contexto, a simplicidade das operações permite a detecção de irregularidades com uma simples fiscalização estatal.

No entanto, com o crescimento econômico e a sofisticação empresarial, cada vez é mais comum a existência de empresas de capital aberto, com atuação tanto no território nacional quanto internacional, munidas de complexas estruturas de investimento e financiamento de suas atividades. Os riscos gerados por essas empresas são de difícil mensuração, uma vez que abrangem desde aqueles particulares à atividade empresarial até os relacionados à ocorrência de crimes de alta complexidade, tais como fraudes a investidores, lavagem de dinheiro ou corrupção de funcionários públicos nacionais e estrangeiros.

A própria estrutura produtiva caracteriza-se pela divisão das funções e superespecialização do trabalho. Isso é refletido na divisão de tarefas em eventual conduta criminosa perpetrada por empregados ou gestores dessas instituições. Assim, no âmbito de crimes empresariais, é comum uma fragmentarização das condutas típicas, o que gera grande dificuldade ao Estado para investigar e desvendar o funcionamento do esquema ilícito e as partes envolvidas.

Nesse contexto, com o aumento da complexidade empresarial, a descoberta espontânea estatal de ilicitudes fica dificultada pelos métodos convencionais de investigação. A solução para esse impasse foi a criação de meios de troca e obtenção de informações, bem como novas normas de regulação e de autorregulação de setores sensíveis à criminalidade empresarial.

A título de exemplo, pode-se citar a Lei 12.683/12, em que instituições financeiras e agentes de setores sensíveis à lavagem de dinheiro são obrigados a reportar atividades suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras ("COAF"), auxiliando na descoberta estatal de ilicitudes nesses ramos.

Há também notícias de acordos de leniência em que o Ministério Público Federal demanda que empresas criem departamentos de *compliance* e estabeleçam

programas efetivos de integridade[1]. Ou seja, obrigam empresas de grande porte a combater os atos ilícitos ocorridos no âmbito de sua própria atuação.

Em verdade, está cada vez mais valorizada pelo Estado a atuação de entes privados na fiscalização e descoberta de ilicitudes e irregularidades no âmbito empresarial. Afinal, indivíduos do setor privado têm mais contato e conhecimento acerca do funcionamento de suas próprias instituições e, por isso, são mais qualificados para identificar e até frear crimes cometidos em sua área de atuação.

Ainda que conte com essas ferramentas, a investigação Estatal está limitada pelo direito constitucional da privacidade e todas as normas que dele decorrem. O Estado não tem permissão de ser onipresente em reuniões privadas ou colegiadas, ou nos meios de comunicação e troca de informação presentes dentro das empresas.

Em verdade, a melhor ferramenta de obtenção de informações que são constitucionalmente protegidas do alcance estatal é a utilização de indivíduos que tenham contato com as empresas e conhecimento acerca da prática de ilicitudes.

Em razão disso, cada vez mais comum é a utilização de Acordos de Colaboração previstos na Lei 12.850/2013. Trata-se de acordos celebrados entre pessoas naturais que tenham participado de atividades ilícitas, e o Ministério Público ou a Autoridade Policial. Firmado o acordo, o Colaborador recebe uma limitação em valor de multa e quantidade de pena privativa de liberdade, em troca do fornecimento de informações relevantes acerca da atividade criminosa, como identificação de outros autores do crime ou recuperação de ativos.

Atualmente, grande parte das operações da Polícia Federal no Brasil utilizam-se de acordos de colaboração. As narrativas dos colaboradores suprem a falta de conhecimento específico das autoridades investigadoras e facilitam a descoberta dos ilícitos cometidos no contexto de grandes companhias e órgãos estatais. Afinal, aqueles imersos no contexto em que a atividade ilícita ocorre são os que podem identificá-la, denunciá-la ou explicá-la às autoridades.

O colaborador transforma-se em um braço estatal dentro da atividade empresarial, suas narrativas e documentos apresentados trazem à tona informações que jamais estariam disponíveis ao Estado face às proteções constitucionais do direito à privacidade e à intimidade.

Mas não são apenas os colaboradores, em busca de uma redução de pena, que são capazes de fornecer essas informações ao Estado. Simples indivíduos que têm conhecimento ou contato com a ilicitude e têm o desejo de responsabilizar

1. JBS, 2017.

os autores ou cessar a atividade criminosa também são capazes de fornecer essas informações às autoridades. Essas pessoas são denominadas na literatura estrangeira como *whistleblowers*.

Diferentemente do colaborador, o *whistleblower* não tem participação relevante na atividade criminosa e, por isso, não pende sobre ele uma possível condenação em caso de descoberta das ilicitudes.

Em países em que a atividade é regulamentada e protegida, a conduta do *whistleblower* é visivelmente ressentida pelos demais indivíduos das empresas e da sociedade em geral. Vistas com maus olhos, essas pessoas que atuam como ferramentas de combate à ilegalidade, muitas vezes sofrem represálias dentro de seus empregos, chegando à demissão.

Com o fim de incentivar a atuação de *whistleblowers*, diversos países vislumbraram a necessidade de mecanismos de proteção trabalhista, civil e criminal para esses indivíduos. Afinal, dado o risco envolvido na realização de denúncias, uma contrapartida se demonstra necessária para que o informante não se sinta abandonado e prejudicado pela sua contribuição com as autoridades.

Se por um lado há vantagem do conhecimento de ilicitudes de dentro da empresa, por outro há complexos efeitos econômicos, sociais e financeiros, derivados de estímulo a esses indivíduos, dos quais pouco se tem conhecimento. Por isso, o estudo de implementação de proteções aos *whistleblowers* deve ser realizado com cautela, observando as experiências de países que já passaram por esse processo.

No Brasil, não há uma proteção formal em favor de *whistleblowers*. O País conta com a Lei 13.608/2018, que estabelece a possibilidade de os Estados estabelecerem linhas de telefone para receber denúncias e realizar o pagamento de recompensa por informações que auxiliem na prevenção, repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos. A norma também alterou a redação da Lei 10.201/2001, que dispunha sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública, a fim de possibilitar a utilização de verbas do referido fundo para a premiação, em dinheiro, daqueles que fornecessem informações que auxiliassem na elucidação de crimes.

Com exceção da previsão de utilização de verbas do Fundo Nacional de Segurança Pública, a Lei 13.608/2018 não trouxe grandes modificações ao sistema jurídico atual, uma vez que programas estaduais de recompensas já existiam antes de sua promulgação. A título exemplificativo, São Paulo possui o Programa Estadual de Recompensa, previsto na Lei 10.953/2001, que estabelece a possibilidade de recebimento de recompensa àqueles que auxiliem o Estado de São Paulo

na captura de indivíduos com mandado de prisão expedido. Referido programa garante o anonimato desde a denúncia até o momento de recebimento dos valores. Ou seja, cerca de 17 anos antes promulgação da Lei 13.608/2018, já havia a possibilidade de recompensa e garantia do anonimato do informante.

Considera-se que a Lei 13.608/2018 não dispõe sobre a proteção e incentivo ao *whistleblower*, pois a norma trata de mera proteção e recompensa a um informante em canal de denúncias. Conforme se verá adiante, o *whistleblower* diferencia-se de um informante comum por, em termos gerais, ter laços com uma organização empresarial ou governamental e ter o intuito específico de relatar a ocorrências de ilicitudes dentro do ambiente em que exerce/exercia as suas funções.

Por outro lado, pendem no País dois projetos de lei, que tramitam em conjunto na Câmara dos Deputados, PL 882/2019 e PL 10.372/2018, que pretendem estabelecer normas de proteção e incentivo ao *whistleblower.* Nesse contexto, perante a iminência de aprovação de normas de proteção e incentivo ao *whistleblower,* é de suma importância a condução de estudo do instituto para compreender os seus fundamentos e levantar questões relativas à sua aplicabilidade no País. Optou-se, no presente artigo, pela realização de análise da proteção e incentivo ao *whistleblower* a partir da experiência estrangeira, dada a ausência de experiência brasileira com *whistleblowers* e a baixa produção teórica sobre o tema no território nacional.

Escolheu-se os Estados Unidos como paradigma, uma vez que se trata da principal influência dos projetos de lei que atualmente tramitam no Congresso Nacional. Extrai-se essa influência do fato de que ambos os projetos possuem previsões similares às normas dos Estados Unidos, tais como proteção ao *whistleblower* contra retaliação, indenização por atos que lhe prejudicaram e estabelecimento de recompensa com base em percentual do valor reavido pelo Estado. Ademais, em sede de exposição de motivos, ambos os projetos fazem menção expressa ao termo, em inglês, *whistleblower*.

O presente artigo pretende realizar um estudo acerca das principais normas federais americanas de proteção ao *whistleblower*, compreendendo os seus limites, meios de proteção e incentivos à atividade.

Após, pretende-se traçar breves contornos de uma definição do instituto do *whistleblower* e a motivação por trás da regulamentação nos Estado Unidos. Com um conceito definido, serão ponderados os motivos que levam o Brasil à discussão da regulamentação e proteção do *whistleblower*, bem como a comparação com os fins da legislação estrangeira. Por fim, este artigo levantará questões sobre a possibilidade de implementação da proteção e incentivo ao *whistleblower* no País.

2. Proteção do *whistleblower* nos Estados Unidos

A proteção do *whistleblower* nos Estados Unidos só se concretizou após a superação da contradição inerente entre o interesse público de combate às ilicitudes e o desejo de manutenção do *status quo* das pessoas de alto poder econômico e político[2]. A figura do *whistleblower* naturalmente é subversiva, pondo em xeque as decisões tomadas por pessoas de grande influência que, em geral, tendem a ser próximas – se não as mesmas – daquelas envolvidas no processo legislativo. Por isso, por muito tempo, os líderes americanos apoiaram as proteções e incentivos aos *whistleblowers* apenas na retórica.

Do ponto de vista social, há uma exaltação por parte tanto da sociedade quanto da comunidade científica da figura do *whistleblower* como um ente com altos valores morais e que realiza um serviço público, pois auxilia no questionamento de autoridade e impede abusos de poder. Sob essa ótica, seria o "calcanhar de Aquiles da corrupção burocrática"[3]. Inclusive, em 2002, *whistleblowers* foram homenageadas pela *Time Magazine* como "pessoas do ano".

Com a crescente superação das ressalvas em relação à proteção e incentivo aos *whistleblowers,* os Estados Unidos promulgaram diversas normas estaduais e federais de proteção e incentivo à atividade.

Além das regulamentações de proteção ao *whistleblower* no âmbito estadual e federal, o país conta com normas que não garantem direitos trabalhistas, mas fornecem prêmios àqueles que tenham dado ensejo a uma condenação com recuperação de ativos ao Estado, tal como o *False Claims Act*. Para fins de limitação de escopo, este artigo abarcará apenas as normas federais mais recentes que oferecem, além de incentivo monetário, alguma proteção de cunho trabalhista ao *whistleblower*.

2.1. Whistleblower Protection Act de 1989

A primeira norma a efetivamente proteger os informantes, o Whistleblower Protection Act de 1989[4] (WPA), foi criada a partir da concepção de que o *whistleblower* realiza um serviço público contra um Estado capaz de abusar do poder emanado do povo. Por isso, garante a proteção apenas a funcionários públicos que atuam como denunciantes de irregularidades estatais.

2. DEVINE, 1999, p. 533.
3. DEVINE, 1999, p. 532.
4. O WPA também pode ser referido como o Public Law 101-12 de 1989.

Mais especificamente, a norma protege funcionários públicos federais do Poder Executivo, bem como servidores exonerados e candidatos a vagas de emprego do ramo, excetuando aqueles entendidos como detentores de sigilo, membros de certos órgãos governamentais, e cujos cargos o Presidente da República entende como estratégicos[5].

O WPA só protege os funcionários públicos federais cujo teor da denúncia abarque violações de normas, leis ou regulações; gestão temerária de fundos públicos; gastos exacerbados; abuso de autoridade ou risco específico e substancial de perigo à saúde ou segurança pública[6].

Para que lhe seja garantida a proteção trabalhista contra discriminação, não é necessário que a informação se confirme, apenas que o *whistleblower* tenha agido de boa-fé, acreditando no teor de sua própria denúncia.

Além disso, o *whistleblower* não terá qualquer proteção caso tenha violado o seu dever de manutenção de sigilo com a denúncia realizada. Em casos de matéria protegida, para que o informante tenha qualquer garantia legal, a sua denúncia deverá ser feita para o Special Counsel[7]; inspetor geral do órgão ou entidade pública; funcionário cuja atribuição seja o recebimento de denúncias; ou para membros específicos do congresso[8].

Os *whistleblowers* que tenham cumprido com esses requisitos estão protegidos, em tese, praticamente de qualquer tipo de retaliação por parte do empregador em razão da denúncia realizada[9]. No entanto, com poucos casos julgados

5. WHITAKER, 2007, p. 5.
6. WHITAKER, 2007, p. 5.
7. Órgão americano criado para a proteção do "sistema de mérito" dentro do governo federal.
8. WHITAKER, 2007, p. 11.
9. As proteções aos *whsiteblowers* estão em um rol taxativo do WPA, entretanto abarcam praticamente qualquer ato dentro de um contrato de trabalho, conforme elenca o Código Americano, 5 USC 2302 a, 2, A "(i) uma nomeação; (ii) uma promoção; (iii) uma ação elencada no capítulo 75 deste título ou outra ação disciplinar ou corretiva; (iv) um detalhe, transferência ou reatribuição; (v) uma reintegração; (vi) uma restauração; (vii) um recrutamento; (viii) uma avaliação de desempenho previsto no capítulo 43 deste título; (ix) uma decisão sobre remuneração, benefícios ou prêmios, ou sobre educação ou treinamento, se a educação ou formação for razoável levar a uma nomeação, promoção, avaliação de desempenho ou outra ação descrita neste parágrafo; (x) uma decisão para solicitar ensaios ou exames psiquiátricos; E (xi) qualquer outra mudança significativa em deveres, responsabilidades ou condições de trabalho; Com relação a um empregado ou candidato a uma posição e, no caso de uma prática proibida descrita

em favor dos *whistleblowers*, o programa de 1989 nunca se revelou como uma grande segurança aos denunciantes[10].

2.2. Sarbanes-Oxley Act

Após o escândalo de contabilidade na empresa Enron no início dos anos 2000[11], o congresso Americano promulgou o Sarbanes-Oxley Act (SOX) com o intuito de proteger investidores de empresas de mercado aberto. Em linhas gerais, a norma impôs a diretores, órgãos colegiados dentro de companhias e contadores o dever de prestar informações financeiras e contábeis certeiras sob pena de responsabilidade criminal. Para aumentar a eficácia das novas medidas, a norma também previu uma proteção mais robusta ao *whistleblower* privado.

Perante essa lei, estão protegidos os funcionários de companhias abertas na bolsa de valores dos Estados Unidos ou de instituições que devem realizar balanços e informes por obrigação legal, tal como instituições financeiras. Incluem na lista de *whistleblowers* também os funcionários de subsidiárias e afiliadas que constam no demonstrativo financeiro consolidado das referidas empresas[12].

Em geral, a norma federal garante ao *whistleblower* proteção contra represálias por denúncias realizadas em relação à violação de qualquer norma da Securities and Exchange Commission ("SEC"), órgão regulatório do sistema de capitais americano. Há também proteção àqueles cujo teor da denúncia engloba

---

na subsecção (b) (8), um empregado ou requerente de emprego em uma corporação governamental conforme definido na seção 9101 do título 31" (tradução livre). Texto original: "(i) an appointment; (ii) a promotion; (iii) an action under chapter 75 of this title or other disciplinary or corrective action; (iv) a detail, transfer, or reassignment; (v) a reinstatement; (vi) a restoration; (vii) a reemployment; (viii) a performance evaluation under chapter 43 of this title; (ix) a decision concerning pay, benefits, or awards, or concerning education or training if the education or training may reasonably be expected to lead to an appointment, promotion, performance evaluation, or other action described in this subparagraph; (x) a decision to order psychiatric testing or examination; and (xi) any other significant change in duties, responsibilities, or working conditions; with respect to an employee in, or applicant for, a covered position in an agency, and in the case of an alleged prohibited personnel practice described in subsection (b)(8), an employee or applicant for employment in a Government corporation as defined in section 9101 of title 31".

10. GOZA, 2013, p. 329.
11. MACEDO, 2015, p. 42.
12. O'MALLEY, 2015, p. 3.

ilicitudes; normas federais sobre fraude contra acionistas; crimes federais relacionados ao sistema bancário e fraudes por meios de comunicação[13].

Esses *whistleblowers* podem reclamar caso tenham sido desligados, demovidos, suspensos, ameaçados, assediados, ou de qualquer forma discriminados por apresentar informações para auxiliar em investigação sobre fato que acreditam ser uma violação dos atos elencados na lei. A proteção abrange denúncias realizadas a um órgão de investigação, membro do congresso ou qualquer pessoa à qual o empregado está subordinado.

Caso haja algum tipo de represália, é garantido ao *whistleblower* a reintegração no trabalho em posto do mesmo nível hierárquico que lhe seria devido caso não houvesse feito a denúncia. Isso inclui direito a pagamentos retroativos com juros, além do ressarcimento de honorários advocatícios e outros gastos, razoáveis, relacionados aos pleitos realizados[14]. Não há, entretanto, qualquer multa aplicada à empresa pela retaliação e prejuízo causado ao empregado[15].

O que se viu, na prática, foram decisões nas cortes federais dos Estados Unidos constantemente em favor das empresas[16]. Isso foi um efeito da controversa teoria americana denominada *at will*, da qual um dos pilares é a presunção de que o contrato de trabalho é formado por duas partes em pé de igualdade. Essa cultura judiciária tendia a favorecer o argumento do empregador. Em geral, em casos de mudanças e até términos do contrato de trabalho, acolhia-se as alegações

13. O'MALLEY, 2015, p. 3.

14. O SOX prevê na seção 806 "(c) Remédios – (1) Em Geral – Um funcionário que prevalecer em qualquer ação sob a subseção (b) (1) terá direito a todo o alívio necessário para restabelecer a situação anterior. (2) Indenizações – A reparação por qualquer ação sob o parágrafo (1) incluirá: (A) reintegração com o mesmo status de antiguidade que o empregado teria, caso não houvesse sofrido discriminação; (B) o pagamento de valores devidos com juros; e (C) compensação por quaisquer danos especiais sofridos como resultado da discriminação, incluindo custos de litígio, honorários de peritos e honorários advocatícios razoáveis". Texto original: "(c) Remedies-(1) In General- An employee prevailing in any action under subsection (b)(1) shall be entitled to all relief necessary to make the employee whole. '(2) Compensatory Damages- Relief for any action under paragraph (1) shall include– '(A) reinstatement with the same seniority status that the employee would have had, but for the discrimination; (B) the amount of back pay, with interest; and'(C) compensation for any special damages sustained as a result of the discrimination, including litigation costs, expert witness fees, and reasonable attorney fees".

15. AGNELLO, 2013, p. 25.

16. AGNELLO, 2013, p. 22.

de má *performance* dos *whistleblowers,* em vez dos pleitos de discriminação pelas denúncias realizadas[17].

Para demonstrar a ineficácia da norma, pode-se citar pesquisa realizada pela Escola de Direito da Universidade de Nebraska. Entre 2002 e 2005, 491 empregados pleitearam proteção por terem atuado como *whistleblowers*. O primeiro órgão que analisa os casos, Occupational Safety and Health Administration (OSHA) julgou em favor dos empregados apenas em 3,6% das vezes, daqueles que apelaram da decisão, somente 6,5% tiveram seus direitos reconhecidos[18].

Nesse aspecto, restou claro que as promessas de proteção aos *whistleblowers* firmadas no Sarbanes-Oxley Act não tiveram a eficácia prometida, deixando boa parte dos denunciantes sem qualquer respaldo contra medidas ilegais tomadas por empregadores.

2.3. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act

Em 2008, uma nova crise abalou os Estados Unidos, trazendo à tona que as proteções aos *whistleblowers,* até então promulgadas, pouco auxiliaram no combate a irregularidades de grandes empresas do mercado aberto e instituições financeiras[19]. Os Estados Unidos, novamente, depararam com claras manobras fiscais e fraudes contábeis cometidas por bancos e empresas de auditoria, levando à falência de instituições financeiras e a uma crise imobiliária de grandes proporções.

Em resposta ao escândalo que se instalou no país, o congresso promulgou o Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank), visando à proteção do mercado de capitais e prevendo mais direitos aos *whistleblowers*, bem como prêmio àqueles que realizassem denúncias à SEC.

O aspecto protetivo do Dodd-Frank Act engloba empregados de empresas americanas, de capital aberto ou suas subsidiárias, bem como instituições financeiras. De modo geral, a norma protege contra represálias previstas no SOX, com a possibilidade de multa ao empregador que tenha retaliado contra o *whistleblower.* Além disso, houve o aumento do prazo prescricional para o ingresso de ação por discriminação, que até então era de 90 dias a contar da violação.

A Reforma de Wall Street é mais famosa pelo seu programa de incentivo ao *whistleblower*, que permite ao informante que tenha voluntariamente entregue

17. AGNELLO, 2013, p. 22.
18. MOWREY, 2010, p. 432.
19. LAVIN, 2016, p. 2.

informação original à SEC receber prêmios. Caso as informações levem à uma condenação superior a US$ 1 milhão, o informante poderá receber de 10% a 30% do valor recuperado.

O *whistleblower,* para receber o referido prêmio, não precisa necessariamente ter ligação com a empresa ou instituição financeira que denunciar. A norma garante o benefício para qualquer pessoa física que realize a denúncia, sendo possível que mais de uma pessoa seja informante.

O incentivo foi criado para que a SEC obtivesse informações que não teria acesso sem os *whistleblowers*. Por esse motivo, entende-se que a voluntariedade é imprescindível para que um indivíduo se qualifique para o prêmio. Nesse contexto, a voluntariedade significa que a denúncia não poderia partir de uma intimação para depor perante uma comissão ou investigação. Outrossim, estão excluídos aqueles cuja profissão envolve informar agências reguladoras de ilicitudes[20].

Nesse mesmo sentido, a informação prestada à SEC deve ser original. A própria concepção de originalidade já foi foco de muito debate no sistema americano[21]. Algumas cortes federais, como o 5º *Circuit Court*, consideravam que a informação originária deveria ser prestada à SEC diretamente. Ou seja, o indivíduo que reportasse para o seu gestor não teria direitos garantidos pelo estatuto, ainda que posteriormente se direcionasse à SEC.

De acordo com Andrew Walker[22], essa limitação se justificaria, pois deixaria empresas mais propensas a se monitorar, pois teriam dificuldade em prever a ação do *whistleblower*. Além disso, com menos denúncias internas, não poderiam disfarçar suas irregularidades com tanta facilidade.

Por outro lado, outras cortes, como a 2º *Circuit Court*, entenderam que a informação permaneceria original, ainda que prestada pelo funcionário ao seu supervisor[23], privilegiando a regulação da própria empresa e os programas de *compliance*.

A interpretação que prevalece no país é que o Dodd-Frank protege o *whistleblower* que realiza a denúncia ao seu superior hierárquico, sem exigir que a informação original seja prestada diretamente à SEC, entendimento que empodera a organização interna das empresas e protege o sigilo empresarial[24].

20. HURWITZ, 2016, p. 538.
21. LAVIN, 2016, p. 2-9.
22. WALKER, 2015, p. 1773.
23. LAVIN, 2016, p. 4.
24. HURWITZ, 2016, p. 546.

Dentro do escopo de informação original, há entendimento de que é possível que um *whistleblower* realize uma denúncia com base em informações públicas, a partir de um conhecimento específico[25].

O prêmio recebido pelo *whistleblower* é estipulado entre 10% e 30% do valor efetivamente recuperado pela SEC. Esse montante é calculado com base em um sopesamento de fatores positivos e negativos, previamente elencados em lei.

Os fatores positivos consistem na significância da informação apresentada pelo *whistleblower*, o auxílio prestado durante as investigações e processo, interesse do Estado na denúncia, e a participação em sistema de *compliance* interno da empresa. Sendo que este último fator não constava na redação original da lei e foi adicionado pela SEC para valorizar os sistemas de *compliance*[26].

A denúncia interna, apesar de ser um fator positivo para o cálculo do prêmio de um *whistleblower*, já foi reconhecida como um ponto facultativo em certas circunstâncias. Há entendimento de que a ausência de denúncia interna é justificável quando há desconfiança da direção da empresa ou da gestão do programa de *compliance*, bem como medo de retaliação profissional ou pessoal.

Os fatores negativos consistem na interferência na apuração interna dos fatos denunciados, com o fim de prevenir ou atrasar a descoberta das ilicitudes denunciadas; participação e conhecimento das irregularidades; e demora desnecessária para a realização da denúncia.

Desses fatores, extrai-se que, ao contrário do senso comum, o *whistleblower* não necessita estar alheio à prática ilícita. Há vedação expressa de concessão de prêmio ao *whistleblower* que tenha uma condenação criminal pelos atos relatados[27]. Ou seja, caso haja seu envolvimento na atividade ilícita, deve ser, no máximo, uma participação diminuta e irrelevante. Caso contrário, estaria realizando uma confissão espontânea e perderia o direito à recompensa.

Também interessante notar que há uma punição para a demora na realização da denúncia. Esse fator foi adicionado à legislação com o fim de evitar que o

25. HURWITZ, 2016, p. 540.

26. HURWITZ, 2016, p. 550.

27. Redação da previsão: "(2) Negação de prêmio. – Nenhuma concessão sob a subseção (b) deve ser feita '(B) a qualquer denunciante condenado por crime ou violação relacionada à ação judicial ou administrativa para o qual o denunciante poderia receber um prêmio sob esta seção;" texto original: "(2) Denial of award. – No award under subsection (b) shall be made – '(B) to any whistleblower who is convicted of a criminal violation related to the judicial or administrative action for which the whistleblower otherwise could receive an award under this section;".

whistleblower adie a prestação de informação para que o prejuízo estatal se torne maior, o que também incrementaria o seu prêmio.

Vale ressaltar que, além das supracitadas normas, diversos estados americanos promulgaram leis para fortalecer a figura do *whistleblower.* Cada Estado da federação criou uma norma distinta, havendo variação como a qualidade da pessoa a ser protegida, a possibilidade de *Qui Tam Action*[28] e qual o teor das denúncias passíveis de proteção. Em geral, as normas tendem a incluir mais indivíduos do que a previsão federal.[29]

No entanto, para fins de limitação de escopo, utilizar-se-á das normas federais para se extrair uma compreensão melhor do instituto de proteção ao *whistleblower* no país.

3. Contornos acerca do conceito de um *whistleblower*

3.1. Breves considerações sobre a definição do instituto

A tradução literal de *whistleblower* da língua inglesa é "aquele que assopra o apito", ou seja, a pessoa que chama atenção para atos ilícitos. Atualmente, em termos leigos, *whistleblower* é o indivíduo que leva a conhecimento de seus superiores hierárquicos, autoridades ou até da mídia acerca da ocorrência de certa ilicitude com a qual teve contato no decorrer de sua atuação profissional. Essa definição inclui desde pessoas que difundiram dados sigilosos, como Edward Snowden ou Chelsea Manning, que são considerados criminosos nos Estados Unidos, quanto informantes protegidos pela legislação americana.

Por ser em demasia abrangente, a definição leiga de *whistleblower* revela-se inadequada para o estudo do instituo. Deve-se separar quais são os informantes protegidos pela legislação e quais atuam de maneira irregular.

Como no Brasil não há regulamentação da proteção do informante ou proposta de um conceito jurídico desse instituto, este artigo se propõe a levantar breves considerações sobre uma possível definição de *whistleblower*. Esse conceito se baseará nas experiências norte-americanas, criando um contorno capaz realçar as principais questões e dificuldades enfrentadas no âmbito federal.

28. Um Qui Tam Action nos Estados Unidos consiste em uma ação de iniciativa de um *whistleblower,* em nome do Estado, contra outro indivíduo que tenha cometido uma fraude. Caso haja a recuperação dos valores, o *whistleblower* recebe uma porcentagem.

29. GOZA, 2013, p 327.

3.2. Proposta de definição do instituto

De início, cabe ponderar quem é o *whistleblower*. Em geral, deve ser um indivíduo, pessoa física, atuante no mercado de trabalho, seja empregado, seja ex-empregado[30]. No tocante ao local de exercício do labor, pode haver uma limitação quanto à sua natureza, tal como ser uma entidade pública ou privada; ter capital aberto ou fechado ou, inclusive, pelo tamanho da estrutura.

Além disso, importante a definição sobre a abrangência territorial em que a proteção ao *whistleblower* terá efeito. O Dodd-Frank Act, por exemplo, prevê proteção para os *whistleblowers* de empresas com capital aberto nos Estados Unidos – ainda que o indivíduo tenha trabalhado em empresa localizada em outro país.

Por outro lado, pode existir uma limitação para a atividade laboral exercida pelo denunciante. No caso do Dodd-Frank, o indivíduo não pode exercer um cargo que o obrigue a realizar esse tipo de denúncia, sua declaração deve ser espontânea. Nesse mesmo sentido, a legislação pode ponderar se haverá proteção aos indivíduos cuja função é a filtragem e investigação de denúncias internas, tal como área de *compliance*.

Apesar de a legislação americana não apresentar uma vedação expressa sobre a participação do indivíduo na atividade criminosa (O Dodd-Frank menciona a vedação ao prêmio em razão da condenação pelos fatos), há de se esperar que seu envolvimento seja mínimo. Até porque a proteção ao *whistleblower* não prevê a isenção de responsabilidade civil ou criminal por sua participação nas irregularidades denunciadas. Dessa forma, fica inviabilizada uma denúncia realizada por indivíduo que tenha atuação relevante na conduta ilícita.

O *whistleblower* também não pode cometer um crime ao realizar a denúncia. Não seria congruente que um ordenamento jurídico protegesse um indivíduo que, ao prover informações ao Estado, cometa crime, tal como violação de sigilo profissional. Dentro dessa perspectiva, pode-se mencionar o caso do HSBC[31], em

30. Existe na doutrina americana casos de "lista negra" criada por empresas contra *whistleblower*. Nesse aspecto, há divergências acerca a possibilidade de incluir candidatos a vagas de emprego (ROUSEEAU, 2015, p. 151). No entanto, para a simplificação do presente artigo, essa possibilidade não será abordada.

31. Conhecido como o caso SwissLeaks, Hervé Falciani, empregado da área de sistemas do HSBC da Suíça, entregou às autoridades francesas uma lista com aproximadamente 130 mil pessoas com valores ilegais no Banco. Sua conduta foi considerada criminosa pela Suíça, devido às leis de sigilo bancário do país (MACEDO, 2015, p. 47).

que houve a persecução criminal de um informante que realizou o vazamento de dados sigilosos na Suíça, em violação à lei local.

O que se vê, também, na legislação americana é uma ausência de necessidade de um elemento subjetivo honroso para que se faça a denúncia. Apesar de haver diversos retratos do *whistleblower* como um indivíduo que exerce seu dever cívico de combate às ilicitudes[32], na legislação americana não se exige que suas intenções sejam morais ou que a denúncia seja realizada em prol de algum bem comum. Aliás, com o incentivo e o pagamento de porcentagens sobre os valores arrecadados, o dever cívico passa para segundo plano.

Tanto o órgão receptor da denúncia quanto os meios em que é realizada também podem ser limitados. Como já foi anteriormente descrito, o Dodd-Frank Act exige que a denúncia seja realizada à SEC para que haja proteção do *whistleblower*. Por outro lado, o Sarbanes-Oxley Act prevê a possibilidade de denúncia para um superior hierárquico, autoridade competente, ou até o congresso americano. Ou seja, uma informação prestada diretamente à mídia ou à população, em geral, tal como o *site* Wikileaks, não tem o condão de gerar a proteção legal ao *whistleblower*.

Além disso, o teor das informações nos Estados Unidos é relevante para que se defina quais são os direitos garantidos ao informante. No âmbito federal, cada norma foi criada com um rol específico de ilicitudes que devem ser reportadas para que o *whistleblower* tenha algum tipo de proteção ou incentivo para realizar a sua atividade. Pode-se citar no caso do Dodd-Frank Act o descumprimento de normas da SEC.

Levando todos esses fatores em consideração, pode-se realizar uma descrição de um *whistleblower*: uma pessoa física que mantém ou manteve vínculo empregatício com um ente cujas características estão previstas em lei e que, voluntariamente, sem infringir o dever de sigilo, realiza uma denúncia, pelos meios adequados, por fato que acredita constituir ato ilícito, que esteja previsto em regulamentação especial.

Essa definição ampla e repleta de lacunas deve ser preenchida conforme a necessidade legislativa. Como o *whistleblower* é capaz de denunciar qualquer tipo de ilicitude, deve o Estado delimitar quais são os motivos que lhe levam à proteção, para poder realizar o preenchimento de acordo com a finalidade proposta.

32. DEVINE, 1999, p. 532.

4. Considerações sobre a proteção do *whistleblower* nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, são frequentes os relatos de *whistleblowers* que, após realizarem uma denúncia, foram demitidos de seus empregos, anteciparam o fim de suas carreiras, perderam laço amizade e passaram por divórcios[33]. Isso decorre de uma perda de confiança no indivíduo e retaliação no emprego, gerando grande estresse que pode afetar muito mais do que o mero vínculo empregatício.

O que se vê, na prática, é que o *whistleblower* paga um preço muito alto pelas denúncias realizadas. Nesse aspecto, escolhendo o Estado impulsionar a atividade, deve oferecer algum tipo de proteção, sob o risco de ver seu programa de denúncias ruir.

Nos Estados Unidos, para incentivar as informações de *whistleblowers*, predomina um sistema de proteções e recompensas. No entanto, conforme já foi abordado, essas proteções são limitadas em diversos aspectos, principalmente no local de trabalho do denunciante e as informações prestadas às autoridades. Recebe proteção apenas aqueles *whistleblowers* que oferecem informações de interesse do Estado, conforme a legislação vigente.

Um *whistleblower* de boa-fé que tenha realizado uma denúncia por ato que não seja abarcado pela legislação americana não terá qualquer direito a reclamar. Nesse aspecto, a proteção contra represálias parece muito mais uma moeda de troca do que um direito do trabalhador.

Há motivos fortes que levam à limitação do escopo de proteção ao *whistleblower*. Isso porque o incentivo à atividade não está livre de consequências para a sociedade, empresas e Estado.

Do ponto de vista social, o que se vislumbra é um possível enfraquecimento de laços de confiança interpessoais no âmbito empresarial. Afinal, o colega de trabalho ao lado pode estar atuando como um agente infiltrado do Estado. Fomentar o comportamento de *whistleblowers* pode aumentar a sensação de desconfiança e criar uma sociedade de laços mais frágeis e superficiais.

Há custo também às empresas que contam com proteção ao *whistleblower*. Legislações como Sarbanes-Oxley preveem a necessidade de criação de órgãos de *compliance* para recebimento e análise de denúncias[34]. Além disso, como o *whistleblower* tem proteção trabalhista, a companhia acaba por ser obrigada a

33. GOODSON, 2015, p. 188.

34. COALSON, 2007, p. 657.

manter em seu quadro de funcionários indivíduos cujos laços de confiança foram quebrados independentemente da procedência ou não de suas denúncias. Nesse aspecto, há uma perda clara de autonomia empresarial.

Por fim, a ampliação do teor das informações prestadas por *whistleblowers* tem um custo estatal associado. As denúncias devem ser filtradas e analisadas por funcionários públicos. A estrutura física para a realização dessas tarefas é proporcional à quantidade de denúncias recebidas. Assim, deve o Estado limitar leque de proteção, para que o custo associado à regulamentação e proteção do *whistleblower* não supere os benefícios advindos da descoberta de irregularidades.

Cabe ainda questionar se deve o Estado invadir a esfera da vida privada dos indivíduos a ponto de apurar pequenas ilicitudes, que não seriam descobertas por outras formas. Seria uma moralização excessiva do Estado?

Apesar da diversidade de normas federais e estaduais vigentes nos Estados Unidos, as leis com maior eficácia na proteção de *whistleblowers,* Sarbanes-Oxley Act e Dodd-Frank Act, limitam-se às ilicitudes cometidas dentro de empresas de capital aberto e contra normas que protegem o mercado de valores mobiliários.

Nesse aspecto, pode-se dizer que os interesses protegidos incluem estabilidade do mercado de capitais, estabilidade econômica do país e a geração de empregos. Não estão abarcados, entretanto, bens jurídicos tal como moralidade administrativa e saúde pública.

5. Considerações sobre a finalidade de proteção ao *whistleblower* no Brasil

No Brasil, há a possibilidade de qualquer indivíduo realizar denúncia anônima, por meio de disque-denúncias e, com a Lei 13.608/2018, há também a possibilidade de o Fundo Nacional de Segurança Pública financiar programas de premiação em dinheiro para informações que levem à solução de crimes. Nesse mesmo sentido, em abril de 2017, o Banco Central do Brasil publicou a Resolução 4.567/2017, que prevê a obrigatoriedade de instituições financeiras a disponibilizar canais de denúncias.

No entanto, não basta um canal de denúncias e uma possibilidade de premiação por informações prestadas para que se configure uma legislação de proteção ao *whistleblower*. Ausentam dessas normas diversos elementos que compõem uma norma de incentivo ao *whistleblower,* tal como estímulo a denúncias advindas do âmbito empresarial; proteções trabalhistas e/ou premiações suficientes para suprir a possível estagnação de carreira de um *whistleblower* e delimitação do meio pelo qual as denúncias possam ser realizadas.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o Brasil ainda não tem uma legislação específica de proteção ao *whistleblower*. No entanto, a regulamentação da atividade do *whistleblower* tem sido exaltada como uma solução para o Estado se infiltrar e punir aqueles que tenham desobedecidos normas administrativas e penais. O bem jurídico mais mencionado é a moralidade da administração pública. Pretende-se, por meio da fomentação de denúncias e proteção do *whistleblower*, o combate à corrupção[35].

Essa abordagem que se pretende para o instituto diverge daquela presente nos Estados Unidos. Enquanto naquele país as medidas foram criadas para evitar abuso estatal, preservar o valor das ações das grandes empresas e proteger a economia do país, no Brasil se pretende o combate à corrupção sem medir os riscos à atividade econômica envolvidos nessa saga.

O que se tem verificado na prática brasileira é uma superexposição de operações de combate à criminalidade dentro de grandes empresas. Isso causa uma oscilação no valor das ações e uma insegurança para investidores, sócios e até para os próprios empregados. Por exemplo, em caso recente, na denominada "Operação Carne Fraca" as ações da empresa JBS caíram 11% logo após uma operação da Polícia Federal que se demonstrou pouco embasada[36].

Não se espera que uma denúncia advinda de um *whistleblower* tenha um tratamento diverso das informações obtidas em investigações policiais e em delações premiadas. Nesse aspecto, verifica-se que a exaltação de uma proteção à figura do *whistleblower* no Brasil nasce com uma função diferente do que a experiência americana pressupõe.

6. Conclusão

A figura do *whistleblower* tem sido cada vez mais discutida na esfera legislativa do Brasil. Entretanto, o incentivo para a proteção dessa figura não é livre de perigos e controvérsias. Daí a necessidade de realizar um estudo aprofundado do tema, com análise de experiências de países que tenham realizado a regulamentação e incentivo.

Vislumbra-se que, atualmente, o processo legislativo nacional se embasa na experiência americana para a formulação de normas de proteção e incentivo ao *whistleblower*. Ocorre que a implementação brasileira tem uma finalidade

35. OLIVEIRA, 2015, p. 5.

36. O ESTADO DE SÃO PAULO, 2017.

essencialmente moral, enquanto a experiência americana busca a recuperação de ativos pelo Estado e proteção de investidores do mercado de valores mobiliários e as grandes empresas.

No contexto dos Estados Unidos, em que a proteção é essencialmente financeira e econômica, há uma lógica que embasa o pagamento ao *whistleblower* de percentuais dos valores recuperados em razão de sua denúncia. Isso porque o intuito moral por trás das denúncias não é avaliado, e a mera atração pelo prêmio é suficiente para a realização da denúncia.

Se a proposta brasileira é a *moralização da administração* e o *combate à corrupção*, parece-nos que recompensar o *whistleblower* com um percentual dos valores recuperados pelo Estado não seria uma forma eficaz para atingir esse fim. Afinal, o propósito da realização da denúncia seria a obtenção de vultosa quantia financeira, em vez de um exercício de um dever moral.

Mais do que isso, nesse modelo de recompensa pela recuperação de ativos vislumbra-se que o *whistleblower* pode afastar-se da ética. Um exemplo já enfrentado pela legislação americana é de o *whistleblower,* ao saber de uma irregularidade, decidir adiar a sua denúncia com a finalidade de aumentar o valor a ser recuperado posteriormente. Outro exemplo é a prática de denúncia diretamente às autoridades, com a finalidade de receber recompensa. Em vez de se permitir que a empresa remedeie o problema internamente, o *whistleblower* pode preferir ir diretamente às autoridades para o recebimento de seu prêmio. Verifica-se, nesse caso, que se põe o prêmio acima do reestabelecimento da ética dentro da empresa ou órgão estatal.

Nos Estados Unidos, a recompensa financeira também está atrelada a uma espécie de compensação pelos danos à carreira e à vida privada que o um *whistleblower* acaba por enfrentar. A experiência americana demonstra que os *whistleblowers* enfrentam diversas dificuldades em sua carreira; além de serem demitidos, não conseguem empregos em outros locais, o que acaba gerando efeitos graves na vida pessoal.

O Brasil, por outro lado, possui uma cultura diversa. O sistema trabalhista, por exemplo, reconhece que o trabalhador é hipossuficiente e, por isso, necessita amparos legais para ter os seus direitos garantidos. Nesse contexto, vislumbra-se que, diante de eventual proteção de cunho trabalhista aos *whistleblowers,* que o Estado lhes garantiria o direito à não discriminação, provavelmente de forma mais eficaz do que nos Estados Unidos. Dessa forma, não parece se justificar vultosas recompensas a *whistleblowers* com a finalidade de recompensar eventuais perdas na carreira profissional no Brasil.

Nesses aspectos, vislumbra-se que o incentivo pecuniário ao *whistleblower* não é necessário para lhe recompensar de transtornos de carreira e, além disso, entra em conflito direto com os aspectos morais que supostamente fundamentariam a legislação de proteção e incentivo ao *whistleblower* no território nacional.

Além da moralidade da recompensa pecuniária ao *whistleblower,* outros aspectos merecem ser levados em consideração no que tange à premiação pecuniária. Até a promulgação da Lei 12.850/2013, não havia no País uma cultura de delação premiada, ou – até mesmo – de fornecimento de informações às autoridades. Incentivar ainda mais uma cultura de delação e de denúncia de pares, tal como faria uma lei de incentivo ao *whistleblower*, pode ter efeitos sociais graves.

O Estado passa a proferir prêmios para aqueles que entregam ao Estado colegas de trabalho e amigos, o que certamente gera um enfraquecimento relevante de laços sociais e uma cultura de desconfiança de próximo. Além disso, os pagamentos permitem que o Estado tenha maior permeabilização em relações pessoais e maior controle sobre a vida privada dos cidadãos. Essencialmente, o Estado realiza o pagamento para aumentar o monitoramento sobre os cidadãos.

Nesse aspecto, a realização de pagamento de recompensas a *whistleblowers*, além de não cumprir com o a elevação moral desejada pelo legislador brasileiro, essencialmente não é necessário no território nacional e, mais do que isso, mostra-se possivelmente prejudicial às relações sociais.

Por outro lado, entende-se que um *whistleblower* também é a testemunha de um ilícito. Dessa forma, reconhece-se a sua proteção legal como tal e entende-se a possibilidade de se justificar eventuais proteções cíveis ou trabalhistas com a finalidade de evitar que seja prejudicado por relatar ilicitudes dentro de um sistema de *compliance* ou às autoridades.

De qualquer forma, as proteções trabalhistas e civis aos *whistleblowers* também devem ser vistas com cautela. Afinal, ainda que em menor proporção do que em relação ao pagamento de recompensas, o Estado, ao proteger o *whistleblower,* privilegia pessoas que rompem laços sociais a fim de denunciar colegas de trabalho ao Estado.

Nesse aspecto, muito mais do que uma questão de compatibilidade com o sistema normativo vigente, vislumbra-se que o incentivo e proteção ao *whistleblower* deve ser avaliado sob a ótica da necessidade e das consequências de sua eventual implementação. Sugere-se que o legislador pondere se o punitivismo estatal, que hoje se encontra em um pedestal, sobrepõe-se à ética, à moral e às relações sociais todos os que serão afetados pela proteção e pelo incentivo ao *whistleblower*.

Bibliografia

AGNELLO, Vinccent; AGNELLO, Audrey. The Sarbanes-Oxley Act Section 806: ten years later. *The BRC Academy Journal of Business*, v. 3, n. 1, p. 19-37, 2013.

COALSON, Jennifer K. The Sarbanes-Oxley Act of 2002: are stricter internal controls constricting international companies. *Ga. J. Int'l & Comp,* v. 36, p. 647-676, 2007.

DE GRANDIS, Rodrigo. Whistleblowing e direito penal. *Jota*. 12.02.2015. Disponível em: [https://jota.info/artigos/coluna-rodrigo-de-grandis-12022015]. Acesso em: 30.04.2017.

DEVINE, Thomas M. The Whistleblower Protection Act Of 1989: foundation for the modern law of employment dissent. *Administrative Law Review*, v. 51, n. 2, p. 531-579, 1999.

FANTO, James. A social defense of Sarbanes-Oxley. *New York Law School Law Review,* v. 52, p. 517, 2007.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*: 2016. Ano 10. 2016. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf]. Acesso em: 28.07.2017.

GOODSON, RACHEL. The adequacy of whistleblower protection: is the cost to the individual whistleblower too high. *Houston Business And Tax Law Journal*, v. 12, p. 161-193, 2012.

GOZA, Rebecca; TYNER, Lee; JOHNSON, Jennifer B. Whistleblower laws: state or federal protection?. *Journal of Workplace Rights*, v. 17, n. 3, p. 319-346, 2013.

HURWITZ, Michael H.; KOVACS, Jonathan. An overview of the SEC's Whistleblower Award Program. *Fordh Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, v. 21, p. 531-580, 2016.

JBS. *Fato relevante*: JBS informa que a J&F assinou acordo de leniência com Ministério Público Federal, 2017. Disponível em: [http://jbss.infoinvest.com.br/ptb/4154/Fato%20Relevante%20-%20Acordo%20MPF%20assinado.pdf]. Acesso em: 27.07.2017.

LAVIN, Howard S.; DIMICHELE, Elizabeth E. Second and fifth circuits split on who is entitled to whistleblower protection under Dodd-Frank. *Employee Relations Law Journal*, v. 41, n. 4, 2016. Disponível em: [www.stroock.com/publications/second-and-fifth-circuits-split-on-who-is-entitled-to-whistleblower-protection-under-dodd-frank]. Acesso em: 30.04.2017.

MACEDO, Cássio Rocha. *Prática de* whistleblowing *e direito penal*: da possibilidade de uma legislação *whistleblowing* enquanto estratégia e política criminal. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem*. 21.12.2016. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem]. Acesso em: 30.042017.

MOWREY, Megan E., CASH. Stephen; DICKENS, Thomas L. Does Sarbanes--Oxley Protect Whistleblowers – The recent experience of companies and whistleblowing workers under SOX. *William & Mary Business Law Review,* v. 1, 2010. Disponível em: [http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=wmblr]. Acesso em: 17.06.2017.

O'MALLEY, Megan. Whistleblower protections, retaliation issues, and investigative issues arising under the Sarbanes-Oxley Act and the Dodd-Frank Act. Estados Unidos. *The American Bar Association*, 31.07.2015. Disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/am/2015/omalley.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 30.04.2017.

OCDE. *G20 anti-corruption action plan protection of whistleblowers*, 2012. Disponível em: [www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf]. Acesso em: 30.04.2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Ações da JBS caem 11% após operação Carne Fraca; BRF recua 7,5%,* São Paulo, 17.03.2017. Disponível em: [http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-da-jbs-e-da-brf-devem-ser-penalizadas--pela-operacao-carne-fraca,70001703746]. Acesso em: 28.07.2017.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação* whistleblower *no Brasil*. Senado Federal. Maio 2015. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509658/TD175-JulianaMFOliveira.pdf?sequence=1]. Acesso em: 28.07.2017.

PACELLA, Jennifer. *The cybersecurity threat*: compliance and the role of whistleblowers, 2016. Disponível em: [http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol11/iss1/3/]. Acesso em: 30.04.2017.

PAULINO, Helder. O *criminal compliance* e os sistemas de *whistleblowing*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). *Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa*. São Paulo: LiberArs, 2015.

POPE, Kelly Richmond; LEE, Chih-Chen. Could the Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 be helpful in reforming corporate America? An investigation on financial bounties and whistle-blowing behaviors in the private sector. *Journal of Business Ethics,* v. 112, n. 4, p. 597-607, 2013.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance, prevención y reacciones corporativas*. Atelier.

ROUSSEAU, LIANE. Whistle while you work: the gap in whistleblower protection exposed by the sith circuit. *Ohio State Law Journal Furthermore*, v. 76, p. 147-153, 2015.

WALKER, Andrey. *Why shouldn't we protect internal whistleblowers?* Exploring justifications for The Asadi Decision. 2015. Disponível em: [www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-90-5-Walker.pdf]. Acesso em: 28.07.2017.

WHITAKER, L. Paige. The whistleblower protection act: an overview. Law and Law Enforcement Issues. 2007. *New York University Law Review*, v. 90, p. 1761-1785, nov. 2015. Disponível em: [https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL33918.pdf]. Acesso em: 17.06.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A regulamentação do *whistleblowing* e o risco de inefetividade da Lei 13.608/2018, de Arthur Emanuel Leal Abreu e Lara Santos Zangerolame Taroco – *RDAI* 12 (DTR\2020\19);
- Gerenciamento de risco, *compliance* e geração de valor: os *compliance programs* como ferramenta para mitigação de riscos reputacionais nas empresas, de Danilo Brum de Magalhães Júnior – *RT* 997/575-594 (DTR\2018\20828);
- *Whistleblowing* como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denunciações internas na Administração Pública brasileira, de Leonardo Dantas Costa – *RBCCrim* 150/189-233 (DTR\2018\22444); e
- *Whistleblowing* no Pacote Anticrime, de Eduardo Cambi e Gustavo Carvalho Kichileski – *RT* 1006/201-229 (DTR\2019\35533).

Depoimento da vítima como vértice das provas nos crimes de estupro: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem cumprido essa normativa?

The victim's witness as a vertice of proof in rape crimes: has the Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo *fulfilled this standard?*

Gabriela Perissinotto de Almeida

Doutoranda em Psicologia pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), com bolsa CNPq. Mestra em Direito e Desenvolvimento (2017) e graduada em Direito (2015) pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). ORCID: 0000-0003-1556-7133
gabriela.perissinotto.almeida@gmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 01.08.2019
Última versão da autora: 12.08.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A doutrina nacional e a jurisprudência, amparadas por tratados internacionais, consideram que nos crimes sexuais, como o estupro, o depoimento da vítima deve ser o vértice das provas. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar se a referida recomendação tem sido cumprida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Para tanto, 63 sentenças proferidas pela primeira instância em crimes de estupro julgados no ano de 2016 foram submetidas à análise de conteúdo. Os resultados sugerem que a centralidade do depoimento da vítima não tem sido observada, devido ao descumprimento do dever de motivar as decisões, às contradições que perpassam os julgamentos e aos estereótipos relacionados à vítima, ao agressor e ao estupro. Esperamos que os resultados desta pesquisa forneçam subsídios para que o processo de

Abstract: National doctrine and jurisprudence, supported by international treaties, consider that in sexual crimes, such as rape, the victim's testimony must be the main evidence. In this sense, the purpose of this article is to analyze whether this recommendation has been complied with by the Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Therefore, 63 first degree sentences in rape crimes judged in the year 2016 were submitted to content analysis. The results suggest that the centrality of the victim's testimony has not been observed due to the noncompliance with the duty to motivate the decisions, the contradictions that cross the judgments and the stereotypes related to the victim, the aggressor and the rape. We hope that the results of this research will provide support for the process of formulating public policies to become more consistent and

formulação de políticas públicas se torne mais consistente e atento à práxis dos tribunais, com a finalidade de conferir efetividade às normativas internacionais quanto ao acesso das mulheres à justiça, bem como ao combate à violência de gênero.

Palavras-chave: Estupro – Depoimento da vítima – Provas processuais – Estereótipos de gênero – Decisões judiciais.

attentive to the praxis of the courts, in order to make effective the international norms regarding the women's access to justice, as well as the fight against gender violence.

Keywords: Rape – Testimony of the victim – Procedural evidence – Gender stereotypes – Judicial decisions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os desafios da produção de provas no crime de estupro. 3. A valoração do depoimento da vítima do crime de estupro. 3.1. O descaso. 3.2. As contradições. 3.3. Os estereótipos. 3.3.1. Algumas palavras valem mais. 3.3.2. A figura do estuprador-monstro. 3.3.3. A representação típica do crime. 3.4. Quando nem o exame de corpo de delito é suficiente. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O 12º Anuário Brasileiro de Segurança Pública divulgou o número de estupros contabilizados em 2017: 60.018 – um aumento de 8,4% em comparação ao ano anterior (FBSP, 2018). Esse número significativo deve ser analisado em conjunto com a reduzida taxa de notificação em casos de estupro: estima-se que, no Brasil, apenas 7,5% dos crimes dessa natureza sejam reportados às autoridades públicas (DATAFOLHA, CRISP, 2013).

Os dados apontados se inserem em um contexto de naturalização com relação à violência perpetrada contra as mulheres e de culpabilização das vítimas. Sendo essa a conjuntura social, ela também perpassa pelos discursos proferidos no contexto do Judiciário e se torna especialmente relevante na análise de provas processuais. Assim, ainda que as decisões judiciais devam ser embasadas no complexo probatório como um todo, tratando-se de crimes contra a dignidade sexual, como o estupro, a recomendação da doutrina nacional, adotada pela jurisprudência e em consonância com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é que o depoimento da vítima seja o vértice das provas.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo será analisar se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) tem cumprido com a referida orientação, evidenciando de que forma as provas, em especial o depoimento da vítima, têm sido valoradas em casos dessa natureza. Para tanto, serão apresentadas as peculiaridades da produção de provas em crimes de estupro e seus obstáculos, as referências que versam sobre a produção de provas em crimes contra a dignidade sexual, assim

como a bibliografia especializada no assunto, sendo, na sequência, analisadas decisões proferidas em primeira instância, no TJSP, em crimes de estupro, no ano de 2016.

A análise em questão permitirá identificar aspectos relevantes acerca da produção de provas e, com isso, fornecer subsídios para que o processo de formulação de políticas públicas se torne mais consistente e atento à práxis dos tribunais, com a finalidade de conferir efetividade às normativas internacionais quanto ao combate à violência de gênero, promovendo, dessa forma, os ideais democráticos de igualdade, tal como previstos constitucionalmente.

2. Os desafios da produção de provas no crime de estupro

O ordenamento jurídico brasileiro determina que as decisões sejam tomadas com base no livre convencimento motivado, ou seja, o magistrado é livre para decidir, desde que observe as provas existentes no processo e fundamente sua decisão. Assim, também nos processos penais, o juiz deve formar sua convicção com base na análise do complexo probatório e expor a argumentação que o levou a proferir a sentença, seja ela absolutória ou condenatória. Nesse contexto, insere-se a dificuldade de serem produzidas provas nos crimes contra a dignidade sexual, em razão de serem praticados na clandestinidade, como explicam Silva Pimentel, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer e Valeria Pandjiarjian, na clássica obra "Estupro: crime ou cortesia?".

> "Pela própria natureza do delito, esses crimes não costumam deixar vestígios e são praticados na ausência de terceiros, o que leva à dificuldade de comprovação dos fatos por outras provas materiais ou pela participação de testemunhas no processo, além de aumentar a incidência de estereótipos de gênero sobre a vítima, o agressor e o crime." (PIMENTEL et al., 1998, p. 204)

Os problemas apontados há duas décadas pelas autoras persistem, pois estão associados à própria natureza do delito, praticado longe dos olhos de terceiros que poderiam testemunhar sobre o ocorrido[1]. Esse fato se confirma ao ser confrontado com dados acerca do local onde o estupro costuma ser praticado:

1. O que ocorre com certa frequência é a oitiva de testemunhas que conheciam a vítima e/ou o agressor antes da ocorrência, além de policiais que tiveram contato com a vítima logo após o crime. Nesses casos, é comum a inversão do julgamento do fato para a conduta pregressa da vítima ou do estado em que ela se encontrava, física e emocionalmente, após o crime.

mais de 50% dos crimes são cometidos dentro de uma residência (SOU DA PAZ, 2016), chegando a 70% quando se consideram apenas os casos em que o agressor é um conhecido (IPEA, 2014). Também é emblemático que o estupro seja um dos poucos crimes cuja incidência é mais alta durante a semana, e não aos finais de semana (IPEA, 2014). Esses dados ratificam a natureza clandestina do crime e sugerem que ocorra abuso da confiança da vítima, que, em cerca de 60% dos casos, conhece seu agressor (SOU DA PAZ, 2016).

Sendo o agressor um conhecido, a dificuldade em denunciá-lo logo após o crime é potencializada, tornando comum o perecimento dos vestígios, que, às vezes, sequer existem, já que a vítima pode não ter sido submetida à agressão física e/ou conjunção carnal, mas à violência psicológica e a atos libidinosos que não deixam evidências físicas[2]. Com isso, descaracteriza-se a necessidade de realizar o exame de corpo de delito, cuja indispensabilidade, prevista legalmente, depende de a infração deixar elementos materiais capazes de serem aferidos pela prova pericial, o que não ocorre em uma parcela considerável dos casos de estupro[3].

Além da ausência de testemunhas oculares, isto é, que presenciaram o fato, e dos óbices à realização do exame de corpo de delito, há fatores socioculturais que influenciam esse processo, os denominados *mitos sobre o estupro* – preconceitos e falsas crenças sobre o estupro, a vítima de estupro e seu agressor (BURT, 1980). São expressões desses mitos: o estupro é causado por um *impulso* estimulado pela aparência, roupa ou comportamento da mulher; o estuprador é um monstro, desconhecido da vítima e sem acesso ao sexo consensual; a mulher que *realmente* foi estuprada teria resistido o máximo possível fisicamente, teria lesões físicas graves e visíveis e informaria imediatamente a polícia (SCHAFRAN, 2005).

Os exemplos apresentados revelam a relação subjacente entre os mitos sobre o estupro e os estereótipos de gênero, caracterizados como noções difundidas e arraigadas à sociedade sobre os papéis e comportamentos considerados

2. O conceito de estupro adotado neste artigo é o normativo, previsto no artigo 213 do Código Penal: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso".

3. Nesse sentido: "O exame de corpo de delito feito no Instituto Médico Legal é resumido num formulário próprio, mas ele não pode ser concludente, especialmente se a vítima não era mais virgem e se já se passaram muitas horas desde a ocorrência, pois sinais como esperma na vagina e congestão das mucosas desaparecem em 48 horas. A atitude mais comum das mulheres, imediatamente após o estupro, é tomar vários banhos e jogar fora a roupa que vestiam, antes de ir à delegacia." (ARDAILLON; DEBERT, 1987, p. 21).

adequados para cada um dos sexos, sob a justificativa de que há diferenças físicas, biológicas, sexuais e sociais entre ambos (COOK; CUSACK, 2010). Desse modo, como as mulheres são as principais vítimas de estupro[4], razão pela qual esse crime consiste em uma *violência de gênero*[5], atribuir-lhes características como mentirosas, vingativas e loucas pode incitar dúvidas quanto à veracidade do seu depoimento e, assim, deslegitimar a acusação.

A situação se torna ainda mais grave quando observada em termos interseccionais, que levam em consideração a multiplicidade e a interdependência das relações de poder, como cor, sexo e classe, além da sobreposição desses sistemas na produção e reprodução das desigualdades (CRENSHAW, 2002). Esse aspecto foi apontado pela Recomendação geral 33 sobre acesso das mulheres à justiça, emitida após análise dos relatórios[6] produzidos pelos Estados-Partes da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres:

> "O Comitê documentou muitos exemplos do impacto negativo de formas interseccionais de discriminação sobre o acesso à justiça, inclusive, a não efetividade de remédios para grupos específicos de mulheres. As mulheres pertencentes a tais grupos geralmente não reportam violações de seus direitos às autoridades pelo temor de serem humilhadas, estigmatizadas, presas, deportadas, torturadas ou submetidas a outras formas de violência, inclusive por agentes encarregados de fazer cumprir a lei. O Comitê também observou que, quando as mulheres desses grupos apresentam denúncias, as autoridades frequentemente falham em agir com a devida diligência para investigar, processar e punir os perpetradores e/ou prover remédios." (CEDAW, 2015, p. 5)

4. O relatório do IPEA "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde" (2014) constatou que a vítima, em cerca de 90% dos casos, é mulher. Em contrapartida, o agressor, em mais de 95% dos casos, é homem.
5. *Violência de gênero*, de acordo com a Recomendação Geral 35 sobre violência de gênero contra as mulheres, é um tipo de "violência que é dirigida contra uma mulher porque é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente" (CEDAW, 2017).
6. O Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher foi criado com base na previsão do artigo 17 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1979), e tem a finalidade de examinar os progressos alcançados na aplicação da convenção a partir da análise de relatórios submetidos pelos Estados-Partes. Nesses relatórios devem constar as medidas (legislativas, judiciárias, administrativas, entre outras) adotadas pelos Estados a fim de eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres. Com isso, a convenção cria mecanismos para acompanhar e fiscalizar em que medida os Estados-Partes estão se mobilizando para efetivar a convenção, coibindo as práticas discriminatórias.

O excerto transcrito ressalta outro aspecto relevante: tanto a subnotificação dos crimes em razão do medo de ser revitimizada quanto a obtenção de uma resposta insatisfatória, seja por estar eivada de estereótipos de gênero, seja por ser negligenciada a devida diligência no processo penal, são violações do acesso das mulheres à justiça. Isso porque a Recomendação Geral 33 adota um conceito amplo de acesso à justiça, que engloba tanto o acesso formal ao sistema de justiça quanto o acesso substancial, prevendo o empoderamento para que as mulheres reivindiquem seus direitos e a boa qualidade das decisões, de modo que sejam imparciais e sensíveis ao gênero (CEDAW, 2015).

Em suma, a dificuldade em produzir provas em crimes de estupro contribui para a frequente dúvida com relação à palavra da vítima e para a sua consequente revitimização, sobretudo, quando essa mulher se encontra em eixos de subordinação que a subalternizam ainda mais. Dito de outra forma, ao denunciar a violência perpetrada contra ela, a vítima poderá ser submetida à violência secundária, ou seja, à violência institucional, praticada pelo Estado e seus agentes. Nesse contexto de desconfiança, é possível que ocorra, inclusive, a inversão dos polos processuais, de modo que a vítima passe a ser acusada e seja considerada culpada pela violência praticada contra ela (PIMENTEL et al., 1998). Esse fato torna as instituições um espaço hostil para as mulheres e, como não poderia ser diferente, afeta a decisão da vítima de não denunciar o crime, comprometendo seu acesso à justiça.

Diante disso, torna-se relevante analisar de que maneira o Judiciário tem valorado os depoimentos das vítimas nos casos de estupro, com a finalidade de responder à seguinte questão: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) tem cumprido com as orientações no sentido de que o depoimento da vítima deve ser considerado o vértice das provas nos crimes de estupro?

3. A valoração do depoimento da vítima do crime de estupro

Com o intuito de responder à pergunta norteadora da pesquisa, foram analisadas 63 (sessenta e três) sentenças proferidas pela 1ª instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, obtidas por meio da *Consulta de julgados de 1º Grau*[7], no Portal de Serviços E-SAJ, do TJSP. A escolha de trabalhar com julgados

7. PORTAL DE SERVIÇOS E-SAJ. Acesso em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/]. A pesquisa foi realizada com as seguintes coordenadas: (i) *Pesquisa Livre:* "213" e "NÃO vulnerável"; (ii) *Classe*: "Ação Penal – Procedimento Ordinário"; (iii) *Assunto*: "Estupro"; e, por fim, (iv) *Data inicial:* 01.01.2016 e *data final:* 31.12.2016. Foram descartadas as

da 1ª instância deveu-se ao fato de as mudanças no entendimento e na atuação dos tribunais, historicamente, terem sido promovidas pelas bases do Poder Judiciário. Por outro lado, a opção por analisar sentenças, em detrimento de realizar, por exemplo, entrevista, embasou-se na compreensão da sentença como um documento oficial que já é uma interpretação, pois, assim como o processo judicial como um todo, é uma expressão textual cujo objetivo é traduzir uma experiência, no caso, a valoração das provas e consequente decisão (OLIVEIRA; SILVA, 2005).

Embora a quantidade de casos analisados seja pequena, o que impede generalizações, os dados obtidos a partir das sentenças refletem alguns dos números aferidos em pesquisas quantitativas oficiais. Por exemplo, nas sentenças analisadas, 97% das vítimas eram do sexo feminino e os agressores em 100% dos casos eram homens, ao passo que em relatórios oficiais esses percentuais correspondem a 90% e 97%, respectivamente (IPEA, 2014; SOU DA PAZ, 2016). No mesmo sentido, o percentual de vítimas que conhecem seus agressores se aproxima de 60% tanto nos dados obtidos nesta pesquisa quanto em outras anteriores (PIMENTEL et al., 1998; SOU DA PAZ, 2016). Ainda, a pesquisa sugere haver uma relação inversamente proporcional entre condenação e proximidade vítima/agressor[8].

Neste estudo, 57% dos casos resultaram em condenação[9] e 43%, em absolvição. Nos casos que tiveram este resultado, as duas estratégias de defesa mais frequentes foram: negar a ocorrência do crime (62%) e alegar o consentimento da vítima quanto à prática do ato sexual (20%). Não por acaso, a causa mais

sentenças relativas ao estupro de vulnerável, termos de audiência e despachos, além de sentenças de embargos declaratórios e de extinção de punibilidade. Por fim, foram excluídas as sentenças de casos anteriores a 2010, em razão da promulgação da Lei 12.015/2009, que alterou o artigo 213 do Código Penal, unindo em um único tipo penal o estupro e o atentado violento ao pudor.

8. Essa informação foi apresentada em estudo anterior de maneira mais detalhada: "Desse modo, quando a vítima e o réu tiveram um relacionamento anterior, mais de 80% dos casos resultaram em absolvição; quando o acusado era um familiar, mais de 60% das sentenças foram absolutórias; e, quando o agressor era um conhecido, a probabilidade de condenação era de 50%. Em contrapartida, caso o réu fosse um desconhecido, a chance de condenação era de 80%" (ALMEIDA; NOJIRI, 2018, p. 837).

9. Em uma das sentenças houve absolvição imprópria, que, embora seja apontada no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, como uma das causas de absolvição, foi classificada como condenação, em razão da imposição de uma pena ao réu: a medida de segurança.

frequente de absolvição do réu é a falta de provas (art. 386, incisos II e VII do CPP), que embasou mais de 95% das decisões absolutórias analisadas. Assim, é possível que essas estratégias sejam mais assíduas justamente devido à dificuldade da produção de provas que corroborem a versão da vítima, inconveniente amparado pela recorrência dos estereótipos que permeiam o crime de estupro, a vítima e o agressor[10].

Uma vez apresentado esse panorama geral das sentenças, é necessário ressaltar que não foram adotadas premissas quanto à culpabilidade dos réus, seja a fim de considerá-los culpados ou inocentes. Os documentos foram analisados tão somente com a finalidade de identificar como foram apreciadas as provas e os argumentos para construir a verdade que fundamenta cada uma das decisões, de modo a evidenciar a valoração atribuída à palavra das vítimas, até porque o depoimento pode ser – e foi – sopesado de maneira questionável tanto em sentenças absolutórias quanto em condenatórias –, de modo que os processos que dão origem a estas sentenças (e elas próprias) podem ser tão ou mais desgastantes para as mulheres que aquelas, isto é, absolutórias.

A fim de identificar como foram sopesados os depoimentos das vítimas nas sentenças, estas foram submetidas à análise de conteúdo, quer seja, uma metodologia de investigação que, por meio de um procedimento que inclui pré-análise, exploração do material e tratamento dos resultados, visa obter "indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens", com isso, busca-se "inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem" (BARDIN, 2001, p. 42 e 46). Assim, as sentenças foram lidas e as unidades de registro foram categorizadas por eixos temáticos, com o intuito de ressaltar aspectos relevantes acerca da valoração do depoimento da vítima e das demais provas nos crimes de estupro, como passaremos a expor na sequência.

3.1. O descaso

O primeiro aspecto verificado na análise das sentenças é a inobservância do direito à valoração das provas e do dever de fundamentar as decisões. Assim, na Sentença 08[11], por exemplo, o magistrado transcreve um trecho das alegações

10. Os termos são empregados no singular justamente como forma de marcar o sentido essencialista e universalista que permeia os estereótipos associados a essas categorias.

11. Por questões éticas, as sentenças foram enumeradas e não foram revelados os números dos processos, principalmente em razão do nome das partes não ter sido, na maioria

finais do Ministério Público – "a versão apresentada em Juízo pela vítima divergiu daquela apresentada à Autoridade Policial [...]" –, seguido de uma citação do Ministro Celso de Mello sobre o princípio da presunção de inocência, já partindo para o dispositivo da sentença, decidindo pela absolvição. A suposta divergência entre os depoimentos não é exposta. A fundamentação da sentença, que deveria explicitar a apreciação das provas e a subsunção da lei ao caso concreto, sequer existe. Na verdade, nem mesmo a apresentação dos fatos é realizada no relatório – algo também observado na Sentença 26. De modo semelhante, na Sentença 12, o magistrado afirma que "o depoimento da vítima não foi convincente", embora não explique o porquê.

Ao deixar de apreciar e valorar, na sentença, as provas produzidas, garantidas a fim de tornar efetivo o princípio do contraditório, os juízes negligenciam o dever de motivar as decisões, que consiste em um dos requisitos essenciais da sentença, conforme determina o artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, bem como o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Fere-se, portanto, não apenas um direito processual, mas uma garantia constitucional.

> "A motivação surge como instrumento por meio do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se for o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade, a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela Justiça." (GRINOVER et al., 2009, p. 198)

Desse modo, mais do que consistir em um direito das partes, a fundamentação das decisões surge também como um mecanismo de controle no Estado democrático de Direito, razão pela qual seu descumprimento acarreta nulidade. Essa consequência será reconhecida mesmo nos casos em que exista alguma motivação, mas seja ela considerada insuficiente, ou seja, quando o juiz analisar determinadas alegações, deixando de apreciar questão relevante (GRINOVER et al., 2009, p. 200).

Além da motivação insuficiente, as Sentenças 08, 26 e 12 têm em comum o reduzido tamanho: enquanto as duas primeiras contam com duas páginas, a terceira apresenta três páginas. Quanto a esse ponto, um dado interessante é a quantidade média de páginas das sentenças. Tendo como base as 63 sentenças

das sentenças, mantido em sigilo. Com isso, visa-se garantir o direito à intimidade da vítima e a presunção de inocência ao réu, que pode, por exemplo, ter sido condenado em primeira instância, mas absolvido em segunda instância.

analisadas, o tamanho médio das sentenças condenatórias é de 8 páginas, variando de 3 a 30 páginas, enquanto no caso das sentenças absolutórias, a média é de 5 páginas, variando de 2 a 10 páginas. Esses dados poderiam não ser considerados relevantes, sob a justificativa de que a presunção de inocência demanda uma argumentação extensa e cuidadosa quando da condenação. Embora isso seja verdade, não se pode ignorar que decisões como as apresentadas, em que os juízes sequer relatam os fatos, beiram o descaso. Certamente, o tamanho da sentença não é sinônimo de qualidade, mas, nesses casos, é um indicativo de negligência por parte do julgador, que descumpre o dever constitucional de fundamentar as decisões, uma vez que o princípio não se limita às sentenças condenatórias. Verifica-se, portanto, que nesse primeiro caso o direito à valoração do depoimento é tolhido da vítima, em que pese todas as normativas em sentido oposto.

Superadas as decisões com fundamentação inexistente ou deficitária, outras problemáticas surgem, como veremos a seguir.

3.2. As contradições

Entre as sentenças analisadas, é comum o encadeamento de argumentos em sentidos contraditórios. Em algumas dessas ocorrências, é destacada a importância da palavra da vítima de modo abstrato, para, depois, desqualificá-la no caso concreto, como ocorreu na Sentença 19.

> "Assim sendo, embora seja cediço que em crimes contra os costumes a palavra da vítima assume grande importância, isto porque delitos desta natureza são sempre praticados na mais perfeita clandestinidade, presentes apenas os agentes passivo e ativo da infração, no caso em questão, não é possível condenar o réu com base exclusivamente em tal depoimento, uma vez que *tudo* indica que a relação sexual foi consensual." (Sentença 19) [grifo nosso]

Se a palavra da vítima deve ser levada em consideração, sendo analisada em conjunto com as demais provas, não se pode dizer que *tudo* indica que o estupro não se caracterizou no caso em questão, pois ao menos o depoimento da vítima e, no caso, de uma testemunha de defesa, levavam a uma conclusão diversa. Nesse sentido, é interessante observar que cada palavra ou tempo verbal empregados têm um peso e um significado, demonstram algo para além das palavras. No caso, o magistrado, ao afirmar que *tudo* indica ter havido consenso, transmite implicitamente a mensagem de que desconsiderou os depoimentos tanto da vítima quanto de sua testemunha. Nesse contexto, os juízes exercem um papel importante: eles não são meros porta-vozes do discurso oficial do Estado; seus valores,

crenças e experiências influenciam sua atuação, que também é marcada por essas contradições (OLIVEIRA; SILVA, 2005, p. 256).

De modo contraposto, há casos em que o juiz afirma que a palavra da vítima deve ser sopesada com cautela, para, na sequência, atribuir-lhe credibilidade, como no caso abaixo.

> "Como bem se sabe, os relatos dos ofendidos devem ser sopesados com cautela. Desse modo: '*As declarações da vítima devem ser recebidas com cuidado, considerando que sua atenção expectante pode ser transformadora da realidade, viciando-se pelo desejo de reconhecer e ocasionando erros judiciários*' (JUTACRIM 71:306). [grifo do original]
>
> Finda a instrução, resta evidenciada a responsabilidade do réu pela prática a ele imputada na peça inicial. A palavra da vítima foi firme e clara ao descrever a agressão e a prática de conjunção carnal consumada.
>
> *Não se deve olvidar que nesta espécie de delito, de natureza sexual, a palavra da vítima assume preponderante importância* por ser a única prova de que dispõem a acusação, em face da clandestinidade da infração." (Sentença 09) [grifo nosso].

O mesmo padrão foi notado nas Sentenças 29 e 33. Apesar de bem fundamentadas, incorrem em contradição ao transcreverem (o mesmo) julgado que reforça estereótipos de gênero:

> "Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes, às ocultas, horas mortas, sem vigia de ninguém. *Descrer delas, só quando se arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional*." [grifo nosso]

Sem entrar, por ora, no mérito da citação, focando apenas na contradição e na repetição, parece que os juízes separam algumas citações de acórdãos e da doutrina e sempre as utilizam, independente das peculiaridades do caso concreto e do caráter condenatório ou absolutório da sentença. Isso leva a uma série de incoerências no conteúdo das decisões, além de evidenciar certa apatia com relação a casos tão delicados e complexos, possivelmente, causada ou potencializada pela quantidade excessiva de processos a serem julgados. Em qualquer uma das hipóteses, ocorrem contradições que comprometem a lógica das sentenças, além de serem reproduzidos e reforçados estereótipos, ainda que acriticamente.

As contradições também são observadas nos casos em que, embora se espere que a vítima reaja bravamente em defesa de sua honra, ao fazê-lo, sua palavra é deslegitimada, pois não teria sido possível identificar "se ele (o acusado)

realmente tinha ou não a intenção de estuprá-la, muito embora todos os indícios apontem neste sentido" (Sentença 47). Isso porque, quando a vítima reage para além do estereótipo da mulher frágil e de vítima, deixa de merecer o amparo do Estado.

Para Fabiana Severi, incongruências como essas se devem ao fato das sentenças não se restringem apenas a atos do Judiciário, mas serem construções que resultam das dinâmicas sociais e das disputas no campo dos sentidos do Direito.

> "A sentença judicial, apesar de ser um ato do Judiciário, é construída em meio a uma dinâmica em que partes processuais e várias autoridades públicas estão, o tempo todo, disputando a prevalência de determinados sentidos sobre o direito ou modelos de respostas a serem dadas pelo Judiciário à demanda. São dinâmicas marcadas por movimentos contraditórios, heterogêneos, permeados por ambiguidades e contradições." (SEVERI, 2016, p. 44-45)

Sendo as sentenças resultado dessas dinâmicas sociais que manifestam as ambiguidades e os paradoxos vivenciados pela sociedade no cotidiano, é esperado que elas sejam maculadas por incoerências e contradições acerca da compreensão do Direito ou de quem ele favorecerá nos casos concretos. Analisando por uma ótica mais ampla, ao mesmo tempo em que ocorre o fortalecimento dos movimentos feministas, também há uma ameaça constante aos direitos conquistados em prol da igualdade. São movimentos contraditórios, que perpassam a sociedade e as instituições nela inscritas, não sendo diferente com as sentenças, que são produtos da atuação do Judiciário.

Essas contradições comprometem a valoração das provas, em especial, do depoimento da vítima, uma vez que geram ambiguidades e verdadeiros equívocos, além de reforçar estereótipos, que são igualmente responsáveis por prejudicar a valoração dos depoimentos das vítimas nas sentenças. Por isso, passaremos a analisá-los adiante.

3.3. Os estereótipos

As sentenças analisadas evidenciam um padrão já denunciado em pesquisas da década de 1980 e 1990 sobre processos criminais de estupro: trata-se de uma disputa entre as partes e seus representantes processuais, cada qual buscando aproximar os protagonistas – vítima e acusado – dos estereótipos que mais lhe convém.

> "Dizer que a palavra da vítima [...] vale menos não seria justo. O que ocorre é, antes, uma luta entre Defesa e Acusação no sentido de ver, em primeiro lugar,

> se acusado e vítima se encaixam nos estereótipos dos protagonistas de um estupro. Armas e munições serão retiradas da vida de cada um dos envolvidos: o tipo de relacionamento entre eles, o local e a hora do crime, a aparência física de cada um, comportamentos específicos etc." (ARDAILLON; DEBERT, 1987, p. 27)

Desse modo, a acusação tentará aproximar a imagem da vítima à idealização da mulher honesta e do réu, ao perfil de estuprador-monstro; enquanto isso, a defesa buscará enquadrar a "pretensa vítima" em uma imagem de mulher mentirosa ou vingativa, ao passo que tentará criar uma imagem de bom moço para o acusado. O manejo dos estereótipos de vítima e agressor, além dos estereótipos relacionados ao crime de estupro, será determinante quanto ao desfecho do litígio. Analisaremos cada uma das três categorias de estereótipo na sequência.

3.3.1. Algumas palavras valem mais

Embora a citação anteriormente transcrita considere que seria injusto dizer que a palavra da vítima vale menos com relação à do agressor, é possível asseverar que, entre as vítimas, há aquelas que merecem maior credibilidade, sendo a principal delas a *mulher honesta*. Essa expressão remete à adequação da mulher aos padrões de comportamento impostos pela sociedade, sendo considerada mulher honesta aquela que, enquanto solteira, morava com os pais, é trabalhadora, virgem e de postura recatada, não sai para bares e festas noturnas e não faz uso de álcool. Mailô de Menezes Vieira de Andrade complementa essa descrição em termos interseccionais.

> "A interseccionalidade impõe questionar: quem é a mulher honesta? Há um recorte racial na construção da honestidade? Como gênero, raça e classe se articulam para construção da mulher honesta? Tais estudos, embora muito relevantes, invisibilizam a experiência de outras mulheres que não a mulher branca no Brasil. Há estereótipos específicos altamente racializados que vulnerabilizam, ainda mais, a mulher negra, seja porque é vítima preferencial do crime de estupro no Brasil, seja porque é discriminada pelo sistema penal em decorrência também de sua raça [e, por certo, da classe]." (ANDRADE, 2018)

A ausência de indicações quanto à cor e aos demais marcadores sociais das vítimas e dos agressores nas sentenças impediu uma análise mais aprofundada em termos interseccionais nesta pesquisa, sendo esse um de seus limites mais evidentes e sérios. É indispensável, contudo, ressaltar que a construção da imagem da mulher honesta é perpassada por uma série de marcadores sociais, entre

os quais raça e classe, sendo possível acrescentar que a mulher considerada honesta, além de branca e de classe média alta, é heterossexual (orientação sexual), cisgênero (identidade de gênero), não é indígena (etnia), nem migrante (nacionalidade) e assim por diante. São critérios de inclusão e exclusão na categoria que tornam algumas formas de opressão ainda mais acentuadas para algumas mulheres, sendo "muito mais difícil para uma mulher que não pode ser caracterizada como 'honesta' conseguir fazer vale a sua palavra, sua versão dos fatos e, com isso, garantir a proteção de seus direitos" (PIMENTEL et al., 1998, p. 182).

Em razão disso, haverá um verdadeiro esforço da acusação para qualificar a *honestidade* da vítima, ao mesmo tempo que a defesa se dedicará a descaracterizá-la. O exemplo a seguir evidencia um dos casos em que a defesa obteve sucesso na desconstrução da imagem da vítima como mulher honesta, provocando o deslocamento do julgamento do crime para uma averiguação acerca da sua virgindade. Aparentemente, o fato de a vítima optar por não expor seu histórico sexual foi suficiente para que sua credibilidade esmorecesse.

> "Agora, com esses desencontros de relatos, pode até ser que o fato criminoso tenha realmente ocorrido, mas a única prova (palavra da vítima), não é segura para uma condenação. Foi concedida a oportunidade para esclarecer a situação divergente, o que, nem sendo mais virgem, não afastaria a possibilidade do alegado abuso. Mas insistiu à magistrada e à psicóloga mencionando não ter mantido relação sexual com nenhum de seus namorados." (Sentença 13)

Curiosamente, a juíza relata que a possibilidade da vítima não ser mais virgem não descaracterizaria o estupro, agindo em sentido diverso ao tornar o julgamento uma investigação sobre a virgindade ou não da vítima, sob a justificativa de que, se a vítima mentiu a respeito de seu histórico sexual, teria mentido, também, sobre o crime de estupro. Algo semelhante ocorre na Sentença 51, em que o magistrado destaca o fato de a vítima não ser virgem.

> "Veja que a vítima, ao narrar os fatos inicialmente à Autoridade Policial, em momento algum comentou a respeito da suposta prática de sexo oral, o que causa estranheza.
>
> Deve ser ressaltado que a vítima não apresentava quaisquer sinais de lesões pelo corpo, a denotar possível ação de resistência ao agressor. Além disso, apresentava deflorada na data do exame, de data não recente." (Sentença 51)

Assim como a possível mentira sobre a virgindade na Sentença 13 levou ao descrédito com relação ao depoimento da vítima, na Sentença 51 o fato de ela não ter relatado aos policiais que havia sido coagida a praticar sexo oral na ocasião do

estupro foi considerado pelo magistrado uma omissão passível de deslegitimar a acusação. Algo bastante semelhante é observado na Sentença 45, em que a vítima, na delegacia, alegou que o réu lhe fez sexo oral, para, em juízo, afirmar que foi submetida ela própria a fazê-lo.

> "A vítima Joana[12] quando ouvida na fase investigativa relatou que o réu lhe fez sexo oral, mas não pediu que ela fizesse nele; em juízo mudou a versão afirmando que o denunciado a obrigou a manter sexo oral nele.
>
> As afirmações estão colidindo entre si, pairando dúvida a respeito da ocorrência dos fatos.
>
> Existe uma presunção relativa de que o crime tenha acontecido, contudo, diante da fragilidade da prova produzida, inviável que se decrete uma sentença condenatória." (Sentença 45)

Além da vergonha e da humilhação por ter que apresentar detalhes do ocorrido, a conclusão do juiz, que deixa de acreditar na palavra da vítima em decorrência da mudança da versão dos fatos (Sentenças 51 e 45), vai de encontro aos estudos desenvolvidos nas últimas décadas em Psicologia do Testemunho, que destacam a influência de fatores internos (como emoção e estresse) e de fatores externos (como sugestionabilidade) na conformação da memória, já que ambos são capazes de alterá-la (STEIN, 2015). Assim, a exigência de que a vítima mantenha absolutamente imutável seu depoimento, de modo que seja reproduzido em juízo *ipsis litteris*, tal como colhido pela autoridade policial, é algo que contraria e extrapola os limites da capacidade humana, sobretudo, tendo em vista as circunstâncias traumáticas que envolvem crimes dessa natureza.

Ademais, também consiste em um imperativo contestável que a vítima tenha marcas físicas da agressão sofrida, a fim de comprovar que resistiu à prática do crime de estupro, conforme ressaltado na Sentença 51. Nesse sentido, Luciana Lopes Rocha, juíza titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Taguatinga/TJDFT, e Regina Lúcia Nogueira, psicóloga e neurocientista, esclarecem que os efeitos traumáticos da violência sexual sobre o cérebro podem ser variados, bem como as reações de defesa das vítimas desse tipo de violência. Isso porque, apesar de ser possível que a vítima aja prontamente para evitar o ataque, o que as autoras denominam *luta* e *fuga*, cerca de um terço das vítimas fica fisicamente paralisada, fenômeno denominado *congelamento ou*

12. Os nomes das vítimas e dos acusados foram alterados, a fim de preservar a intimidade de ambos e, também, garantir o princípio da presunção de inocência, já que mesmo nos casos de condenação o acusado ainda poderia recorrer.

imobilidade tônica, caracterizada como "uma inibição motora temporária, semelhante a um estado catatônico, com aumento do tônus muscular, analgesia e diminuição da resposta a estímulos externos" (ROCHA; NOGUEIRA, 2017, p. 286).

Essa incapacidade de lutar ou fugir é frequentemente confundida com uma não resistência à relação sexual e, assim, com um consentimento implícito, especialmente tendo em vista que a violência prevista no conceito legal de estupro é, em geral, interpretada restritivamente, ou seja, apenas enquanto violência física. De modo semelhante, embora cada indivíduo responda a situações traumáticas à sua maneira, é comum que vítimas que reagem de maneira extremamente emotiva após o crime mereçam maior credibilidade. Essa conclusão foi obtida com base em estudo realizado com universitários canadenses, que chegou ao seguinte resultado:

> "Results revealed that the complainant's emotional display had a powerful impact on participant's judgments, with the claim viewed as more valid when the complainant was portrayed as tearful/upset as opposed to calm/controlled, but only when the complainant was portrayed as gender stereotypic."[13] (SCHULLER et al., 2010, p. 759)

Assim, apesar de existirem evidências que confirmem que muitas vítimas de estupro aparentam estar calmas (BUDDIE; MILLER, 2001, p. 143), é comum que seja atribuída maior confiabilidade ao depoimento da vítima quando ela demonstra estar triste e abalada. Na Sentença 56, por exemplo, o comportamento da vítima ao depor é salientado pelo juiz ao decidir: "A vítima Andressa apresentou importante relato em Juízo, tendo ficado visivelmente emocionada e abalada ao relatar o ocorrido" (Sentença 56). Nesse contexto, ganham destaque os policiais, testemunhas que costumam entrar em contato com as vítimas logo após a ocorrência do crime e, frequentemente, são convidados a relatar o estado em que ela se encontrava, como se deu na Sentença 49.

> "Nos crimes sexuais, que ocorrem na clandestinidade, a palavra da vítima é de suma importância, ainda quando congruente nas duas fases da persecução em que é ouvida. Mas somado a isto, reforço mais uma vez, que os policiais

13. *Tradução livre da autora*: "Os resultados revelaram que a aparência da vítima com relação ao seu emocional teve um impacto poderoso nos julgamentos dos participantes, sendo a acusação mais válida quando a vítima foi retratada como chorosa/perturbada, ao invés de calma/controlada, mas apenas quando a vítima foi retratada como alguém que se adequa aos estereótipos de gênero."

> militares Getúlio e Dário, esclareceram para este julgador, que mantiveram contato com a ofendida logo em seguida aos fatos, e destacaram que a ofendida estava muito nervosa, abalada, em pânico, e que diante disto demonstrava dizer a verdade." (Sentença 49)

A despeito de ser passível de questionamento que a credibilidade atribuída à palavra da vítima dependa de uma validação externa (e masculina, na maioria das vezes), maior preocupação surge ao se notar que o relato de policiais e servidores públicos continua a ter a mesma validade, isto é, presunção de veracidade, ainda que sejam próximos de uma das partes. Esse fato foi observado na Sentença 32, em que as testemunhas de defesa eram guardas municipais e policiais militares, todos eles colegas de trabalho do réu, que era guarda municipal.

> "A testemunha de defesa João, vigia da Guarda Municipal, declarou que na data dos fatos estava trabalhando, quando Cacilda e a vítima passaram na Base da guarda municipal, perguntando quem estava trabalhando, tendo como resposta o réu Nelson. [...] Ambas aparentavam estar embriagadas, pois cada uma estava com uma lata de cerveja. Afirmou ter achado estranha a conduta de Cacilda em querer apresentar sua amiga ao réu. Declarou que após saírem, foi inspecionar o sanitário, e constatou ter vômito no local. Relatou (que) o ocorrido se deu em local movimentado, em frente ao Bar da Avenida. Afirmou que o réu é casado e tem uma filha." (Sentença 32)

O excerto permite constatar que a seleção dos trechos dos depoimentos do réu, da vítima e das testemunhas também é consequência de um exercício de valoração quanto ao que importa ser reafirmado nos autos e será determinante para o desfecho do litígio. O relato também demonstra a tentativa em afastar a figura da vítima da imagem de mulher honesta, que não ingere bebidas alcoólicas. Quanto a esse ponto, pesquisas mostram que vítimas que ingerem álcool são mais culpabilizadas pelo crime perpetrado contra elas. Nesse sentido: "Research has demonstrated that it is apparent that observers perceived victims who consume alcohol prior to being assaulted as more responsible for the attack than they do to non-intoxicated victims"[14] (GRUBB; TURNER, 2012, p. 448-449).

Com base nos casos apresentados, nota-se que, nos crimes de estupro, é necessário que a vítima, majoritariamente mulher, seja também absolvida do crime

14. *Tradução livre da autora*: "Pesquisas têm demonstrado que é evidente que os observadores consideram que as vítimas que consomem álcool antes de serem violadas são mais responsáveis pelo ataque do que as vítimas não intoxicadas."

praticado contra ela. Assim, são constantes as referências com relação ao seu comportamento e as insinuações acerca de um possível *motivo* que a levasse a imputar falsamente o crime ao acusado. Essa referência surge, por exemplo, na Sentença 61, quando o juiz afirma: "Ademais, a douta Defesa e o réu não trouxeram álibi comprovado nos autos e nem demonstraram algum motivo que justificasse a vítima imputar levianamente acusações tão graves contra o réu, pessoa que sequer conhecia antes dos fatos". Logo na sequência, ao dosar a pena, o juiz assevera: "O comportamento da ofendida não influenciou o crime", frase também mencionada na Sentença 52. É provável que essa sentença faça alusão ao artigo 59 do Código Penal, que considera o comportamento da vítima um elemento a ser sopesado na fixação da pena, no entanto, não se pode ignorar que deveria haver certo bom senso ao identificar em quais crimes esse componente deve ser analisado ao decidir, sob pena de incorrerem em violência secundária.

A revitimização também pode ser provocada quando o juiz tem certeza que o consentimento para um encontro faz presumir tudo o mais que puder ocorrer, como na Sentença 55:

> "Saliente-se que a vítima Roberta estava em companhia do acusado por vontade própria. Foi a vítima e sua irmã Giovana que solicitaram carona ao réu e pediram para que ele as levasse para passear na cidade de Ariranha, e ainda que chamasse seu amigo Ronaldo, para acompanhar Giovana, restando mais que evidente que a intenção de todos era ter uma aventura amorosa naquela noite. [...]
>
> Não que isso comprove a inocorrência dos fatos ou o consentimento da vítima para eventual conjunção carnal e ato libidinoso, mas ao menos indica essa possibilidade, ou seja, de que a vítima possa ter consentido para o ato, até mesmo por estar sob o efeito de álcool, e depois tenha se arrependido." (Sentença 55)

A sentença em questão é permeada por estereótipos dos mais variados. O magistrado julga a vítima por ter ingerido bebida alcoólica, considera que a acusação pode ser consequência de arrependimento posterior e acrescenta, em trechos subsequentes, que a vítima tinha fama de namoradeira – todo o necessário para afastá-la da concepção de mulher honesta. Contudo, o ápice do distanciamento com relação à mulher honesta ocorrerá quando a vítima for uma trabalhadora do sexo, ou assim quiser caracterizá-la a defesa do acusado, a fim de ver-se absolvido. As Sentenças 44 e 45 são exemplos de casos em que os agressores afirmam que a vítima é prostituta, que haviam discordado acerca do valor a ser pago pelo programa e, com isso, motivado a denúncia. Em um dos casos houve condenação e, no outro, absolvição, o que evidencia a ampla margem de discricionariedade (talvez, arbitrariedade) em situações dessa natureza.

Como se vê, são inúmeros os caminhos utilizados para desqualificar o depoimento da vítima, sendo o manejo de estereótipos de gênero uma estratégia central. A assiduidade desse recurso é tamanha, que as autoras Silvia Pimentel, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer e Valéria Pandjiarjian cunharam a expressão *in dubio pro stereotypo*, em alusão aos casos em que o princípio da presunção de inocência ultrapassa seus limites e o julgamento se torna discriminatório.

> "Vale dizer, a aplicação do *in dubio pro reo,* técnica processual do sistema penal que garante ao réu o benefício da dúvida, baseada em princípios de respeito ao cidadão acusado da prática de um crime, acaba sendo substituída pelo *in dubio pro stereotypo,* no qual além de contar com o benefício da dúvida, o réu conta também, a seu favor, com o benefício do estereótipo e da discriminação social, em detrimento do respeito à cidadania da vítima mulher.
>
> O *in dubio pro stereotypo* aparece, então, como um dos princípios determinantes para as discriminações de gênero presentes na atuação dos operadores do Direito e da justiça." (PIMENTEL et al., 1998, p. 130-131)

Diante disso, para que seja considerada uma vítima genuína, cujo depoimento mereça credibilidade, deverá ultrapassar todas as barreiras impostas pelos estereótipos: ser mulher honesta, manter uma versão rígida sobre os fatos, lutar incansavelmente contra seu agressor em defesa de sua honra, reagir de maneira emotiva e visivelmente abalada, de preferência, diante de alguma autoridade policial, entre outros aspectos que vão de encontro ao que estudos têm evidenciado sobre não haver uma figura única de vítima, tampouco uma reação-padrão ao crime. Todavia, ainda que cumpra todas as premissas necessárias, é possível que seja desacreditada, caso seu agressor não corresponda ao imaginário social do estuprador-monstro, sobre o qual falaremos a seguir.

3.3.2. A figura do estuprador-monstro

Elencamos uma série de atributos necessários para caracterizar a vítima de estupro, bem como os fatores que a desqualificam enquanto tal. Qual seria, então, a imagem estereotipada do agressor em um crime dessa natureza? Na década de 80, Danielle Ardaillon e Guita Grin Debert já se dedicavam a delineá-la.

> "Existe uma imagem do senso comum, a de que o estuprador é de classe baixa, vive segurando um copo de pinga na mão, é preto, malvestido e sujo, desempregado, mora numa favela e tem uma ficha policial carregada. Essa visão se reflete nas peças processuais, que, por sua vez, a reforçam. As pesquisas, entretanto, mostram que os estupradores existem em todos os tamanhos, cores e

> formas. Entre eles há ricos e poderosos que têm um comportamento tido como normal e altamente recomendado em outras esferas de sua vida." (ARDAILLON; DEBERT, 1987, p. 28)

Inicialmente, é preciso reforçar que assim como a imagem da mulher honesta é perpassada por diversos marcadores sociais, também o é a representação do agressor em crimes de estupro. Assim, a análise interseccional põe em evidência que a figura do estuprador é racializada e repercute na lógica seletiva do sistema penal, sendo o cenário completo, portanto, composto pelo homem negro que estupra a vítima branca (ANDRADE, 2018). Outras preconcepções irão contribuir para a ideia de que o agressor é um desconhecido, que irá fugir após a prática do delito, alguém sem família e amigos. Um verdadeiro monstro sem acesso ao sexo consensual.

Dessa forma, qualquer agressor que não corresponda a essas características passará despercebido, como ocorreu na Sentença 32, em que o juiz assevera: "deve-se ressaltar que o réu conta com família estruturada e estava em serviço na data dos fatos". Aparentemente, o acusado ter uma *família estruturada*, o que possivelmente inclui uma companheira ou esposa, é uma forma de atestar a impossibilidade de o estupro ter ocorrido (ARDAILLON; DEBERT, 1987, p. 31). Há casos, porém, em que a estratégia do acusado de demonstrar ser um bom moço, incapaz de cometer um crime de tal gravidade, pode acabar sendo frustrada, como ocorreu na Sentença 30.

> "O réu durante seu interrogatório se mostrou muito falastrão, querendo passar a figura de bom moço, dizendo inclusive que se trata de um "moço de família que ainda pede a benção do pai". Esta postura de querer muito mostrar ser quase "santo" é típica de quem tentar mascarar crime cometido, ainda mais de estupro, geralmente praticado na clandestinidade, por pessoas primárias, sem antecedentes e que gozam de bom conceito social (como é também o caso do réu)." (Sentença 30)

O caso é interessante na medida em que a juíza, ciente das articulações de estereótipos empreendidas pela defesa nos casos de estupro, passa a utilizá-los em detrimento do réu, algo que também não é adequado, porque continua a deslocar o julgamento do fato, dessa vez, para o comportamento do agressor. Trata-se de um episódio bem mais raro com relação às dezenas de casos analisados em que os estereótipos são manipulados em detrimento das vítimas, mas, ainda assim, também prejudica um julgamento adequado, em que as provas são adequadamente apreciadas.

Entre as crenças relacionadas ao agressor do estupro – e contrariando os dados já mencionados nesta pesquisa –, há o estereótipo de que ele é um desconhecido. Assim, quando for alguém próximo da vítima, será mais difícil que acreditem nela (SCHULLER et al., 2010, p. 763). A Sentença 19 é bastante elucidativa nesse sentido:

> "De plano, verifica-se que a própria narrativa da vítima não demonstra a grave ameaça ou a violência que teria sido praticada pelo réu. Aliás, pela narrativa da vítima, *os fatos se aproximam muito mais de uma relação consensual do que propriamente de grave ameaça*. Segundo a vítima, pediu para ele parar, tentando empurrar com os pés. Porém, não se verifica até que ponto esse pedido se mostrou verossímil no caso em questão.
>
> Em seguida, após todo o evento foram colocar crédito no celular e tomar sorvete, comportamento incomum para pessoa que mantém relação sexual forçada.
>
> No mais, soa estranho a vítima em juízo narrar que vinha sofrendo abuso desde infante. Isso porque, se ela já tem 21 anos, poderia ter denunciado muito antes a questão e não o fez." (Sentença 19)

Além da imagem padronizada de agressor, há também a influência de um protótipo de crime: aquele cometido mediante violência física, deixando marcas facilmente observáveis. É necessário ponderar, contudo, que os crimes cometidos por familiares destoam dessa lógica. O agressor é uma pessoa em quem a vítima confia(va), alguém de quem ela costumava gostar e, pior, alguém de quem todos ao redor dela gostam. Há, ainda, a existência de certo temor reverencial, que mantém o silêncio da vítima, ao mesmo tempo que cria um ciclo vicioso: "O temor reverencial impondo o silêncio. O silêncio do temor reverencial perpetuando a violação" (PIMENTEL et al., 1998, p. 93). No caso em questão, o agressor era padrasto da vítima, sendo pai de seus irmãos. A vítima relatou ser estuprada desde os 8 anos de idade, tendo 21 anos na data da denúncia, o que levou o magistrado a duvidar da veracidade acusação.

Silvia Pimentel, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer e Valéria Pandjiarjian explicam que em casos dessa natureza, isto é, de estupro praticado na unidade doméstica por pai ou padrasto, ocorre uma *conspiração do silêncio*. Esse fenômeno é caracterizado pela continuidade da violação e por longos períodos de silêncio, que dificilmente são rompidos, a não ser que ocorra um fato concreto que rompa esse ciclo (PIMENTEL et al., 1998, p. 128). Ignorar esses ciclos de violência e pressupor que a lógica dos crimes cometidos por familiares será a mesma de um agressor desconhecido é uma grave negligência, capaz de provocar (ainda mais) revitimização, o que ocorre, por exemplo, na Sentença 19, quando o magistrado

estranha que o agressor e a vítima tenham tomado sorvete depois dos fatos, ignorando os jogos de "toma lá, dá cá" manipulados pelo agressor a fim de manter a conspiração do silêncio. A sentença ainda destaca outra expectativa presente no senso comum: a ideia de que o agressor iria fugir logo após cometer o delito, presente também nas Sentenças 63 e 28.

> "Também chama a atenção o fato de o réu ter sido preso em flagrante na residência da própria vítima, e enquanto ainda dormia. Tal conduta não se coaduna com a de quem acabara de praticar tão horrendo delito, como seria o estupro da própria tia. Cumprindo o benefício da saída temporária, *o mais razoável seria o réu fugir do local após violentar a vítima, o que não ocorreu*." (Sentença 63) [grifo nosso]
>
> "Ora, não se mostra crível que o réu tenha tentado estuprar a ofendida Laura, permanecendo no local para uma futura e provável abordagem policial. Ainda que ele trabalhasse como vigia na obra, *a reação que se espera de um criminoso é que saia imediatamente da cena do delito para se esquivar de eventual prisão*." (Sentença 28) [grifo nosso]

A Sentença 63 reproduz a lógica da Sentença 19: o agressor é sobrinho da vítima e, após a prática do delito, dorme. Na Sentença 28, por outro lado, o agressor é um desconhecido, mas a expectativa de que ele fuja após a prática do crime se mantém. Nesse sentido, pesquisas sugerem que comportamentos contraestereotípicos indicam que o ator não pertence àquela determinada "classe de pessoas" (HOWARD, 1984, p. 271). Assim, quando o agressor não foge após a prática do crime, deixa de corresponder à imagem de estuprador e, dessa forma, de pertencer ao grupo de criminosos sexuais.

Outros estereótipos serão determinantes para a decisão do caso concreto, como a noção de que o agressor agiria por instinto sexual. Para Daniella Coulouris, por trás da ideia de instinto sexual está uma falta, pois há uma crença de que o criminoso real seria aquele que não tem controle interno sobre seus desejos, sendo biologicamente incapaz de controlá-los. A consequência será enquadrá-lo como alguém com desenvolvimento mental incompleto, como ocorreu na Sentença 39, ou disseminar o discurso que reforça a "monstruosidade" dos sujeitos ativos do crime de estupro (COULOURIS, 2010, p. 160-161). Danielle Ardaillon e Guita Grin Debert explicam o problema dessa associação do agressor sexual a uma figura anormal.

> "Toda vez que se relata um caso de estupro a um homem, sua primeira reação é dizer: 'Mas esse cara é um anormal!'. Há uma dificuldade em conceber que a proporção de "anormais" que praticam o estupro não é superior àquela

> existente em outros crimes e que o estupro pode ser cometido por homens considerados normais em seus demais comportamentos. Essa dificuldade explica, em grande parte, a má vontade dos investigadores e delegados de polícia, que tendem a ver as denúncias de estupro como uma fantasia de mulheres histéricas e vingativas, quando o acusado não se enquadra no modelo de um ser 'anormal'." (ARDAILLON; DEBERT, 1987, p. 23)

Assim, ao atribuir ao agressor o estereótipo de monstro ou anormal, dissemina-se uma crença de que as pessoas que convivem conosco jamais praticariam um ato dessa natureza, tampouco aqueles que parecem ter uma vida organizada e considerada socialmente adequada. Essa categorização gera uma clivagem capaz de garantir a impunidade àqueles que não correspondem a essa imagem e, por outro lado, fomenta a dúvida com relação ao depoimento da vítima. Para que essa desconfiança deixe de obstar a adequada valoração das provas, é necessário desconstruir esse estereótipo e ter em mente que "inexiste um só tipo de estuprador e o mais comum é o de indivíduos com uma orientação e vida normais" (PIMENTEL et al., 1998, p. 202).

3.3.3. A representação típica do crime

Com base na análise dos mitos relacionados à vítima e ao agressor, é possível ter uma noção dos estereótipos que permeiam o crime de estupro: trata-se de um ato de penetração forçada, praticado mediante emprego de violência física, empreendida por um estranho, repentinamente, em uma via pública deserta. Mailô Andrade descreve esse panorama.

> "A grande narrativa do estupro se desenvolve da seguinte maneira: é um homem negro desconhecido, que ataca a vítima branca em ruas ermas, esta, por sua vez, faz de tudo para defender a sua vida – e honra. Este homem é comumente representado como de lascívia desenfreada, que age por impulso sexual, um degenerado. Fazendo-o parecer uma eventualidade que acomete um número pequeno de mulheres, as grandes narrativas ocultam a realidade por detrás do estupro." (ANDRADE, 2018)

A narrativa em questão permite aferir que os mitos sobre o estupro, com frequência, confundem-se com os estereótipos relativos à vítima e ao agressor, especialmente nos casos analisados. Quando não são cumpridas todas essas exigências a fim de enquadrar o crime na representação do que tipicamente ocorre, é provável que o depoimento da vítima seja valorado com profunda suspeita, como ocorreu na Sentença 26.

> "A prova produzida, durante a instrução criminal, é fraca e malsegura, uma vez que *os relatos da vítima são absolutamente incompatíveis com o que no mais das vezes ocorre, ferindo a razoabilidade. Os depoimentos tomados,* conquanto tendentes a confortar a versão incriminadora da vítima, *mostram-se dissociados do que costumeiramente acontece* e de todo o colhido não se extrai certeza de violência capaz de mitigar reação da vítima." (Sentença 26) [grifo nosso]

O exemplo evidencia que, devido a não correspondência do caso com relação ao que o magistrado considera que "costumeiramente acontece", o depoimento da vítima é desacreditado. O problemático conteúdo dessa decisão permite levantar uma hipótese com relação à razão pela qual alguns estudos têm demonstrado uma associação direta entre adequação ao estereótipo de crime e denúncia, de modo que quanto mais o episódio de violação se afasta dos estereótipos de estupro, menor a probabilidade de a vítima denunciar o crime (DU MONT et al., 2015, p. 480-481). Essa correlação pode se dever ao medo de ser revitimizada ou, até mesmo, ao fato de muitas mulheres que são estupradas não se identificarem como vítimas de estupro (BUDDIE; MILLER, 2001, p. 139) – resultado da naturalização dos estereótipos de gênero e das violências perpetradas contra as mulheres há gerações.

A naturalização dessas violências pode explicar como uma denúncia de estupro pode se tornar uma condenação por roubo, tal qual ocorreu na Sentença 02. Nesse caso, a vítima caminhava rumo à sua casa, após ter deixado o trabalho, quando foi abordada pelo acusado, mediante o emprego de uma faca. O acusado exigiu que ela entregasse seu celular, ao que ela prontamente atendeu. Não obstante, o agressor continuou a conduzi-la em direção a uma rua sem saída, até que a vítima dissesse a ele que estava grávida. Diante da nova informação, o acusado pediu desculpas e devolveu o celular à vítima.

> "Portanto, diante do relato da vítima, em juízo, entendo que não restou configurado o crime de estupro, uma vez que a conduta do acusado não restou adequada ao tipo penal em questão. Neste particular, saliento que as provas constantes nos autos sequer apontam para a prática, pelo acusado, do núcleo do tipo em questão (constranger), com a finalidade específica de se obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, ainda que em sua forma tentada." (Sentença 02)

O trecho da sentença explana os motivos pelos quais o juiz entendeu pela não ocorrência do estupro, sequer em sua modalidade tentada, além de ter rejeitado o pedido de desclassificação do crime para constrangimento ilegal, formulado pelo Ministério Público, condenando o acusado por roubo, ainda que

ele tenha devolvido o celular poucos minutos depois de tomá-lo. Chama a atenção o não enquadramento no núcleo do tipo – constranger –, que remete a coagir alguém a fazer algo contra a sua vontade, observando que o réu continuou a levá-la para uma rua sem saída, mudando sua postura apenas diante da alegação de gravidez. É curioso, também, que o próprio acusado apenas tenha deixado de dar continuidade ao delito ao perceber que a vítima desempenhava uma função digna de mulher honesta: estar na iminência de se tornar mãe.

Na Sentença 58, a associação com a maternidade não beneficiou a vítima, pois, nessa ocasião, o estereótipo do agressor-desconhecido se sobrepôs ao estereótipo da mulher honesta-mãe. Isso porque a vítima havia tido um relacionamento anterior com o réu, de modo que o magistrado entendeu que o ato sexual havia sido consentido.

> "No presente caso, a palavra da vítima tem que ser verificada com parcimônia, pois ela tinha muito temor dos seus familiares que eram muito rígidos em razão da religião e não permitiam que ela namorasse com ninguém e, quando descobriu a gravidez, isso pode ter motivado a invenção da versão de que o ato sexual não fora consentido, para se eximir da sua responsabilidade perante os familiares." (Sentença 58)

Como se pode observar, há sempre a busca por um motivo que justifique a falsa imputação do crime ao agressor, ratificando o estereótipo da mulher mentirosa e vingativa. Essa investigação deixará de ocorrer somente quando o crime se enquadrar perfeitamente na representação típica do crime de estupro, como vemos na Sentença 17. Nesse caso, a vítima estava parada no ponto de ônibus quando foi surpreendida por dois desconhecidos, que a obrigaram a entrar em uma Kombi e a ingerir um líquido que a fez perder os sentidos. Acordou nua em uma *kitnet*, sendo coagida à conjunção carnal e a atos libidinosos com ambos os agressores. O laudo de sexologia forense comprovou a materialidade do fato.

Há casos, porém, que nem mesmo as evidências materiais, somadas ao depoimento da vítima, são suficientes para que ela mereça ser acreditada, como passaremos a analisar.

3.4. Quando nem o exame de corpo de delito é suficiente

Há uma lógica por trás das teses de defesa dos acusados: quando não há exame de corpo de delito que comprove a materialidade do crime e a autoria, a estratégia é negar a ocorrência do estupro; quando há, a argumentação será no sentido de que houve consentimento da vítima. Assim, mesmo quando houver laudo

pericial comprovando a conjunção carnal ou atos libidinosos, será possível que o desfecho do caso seja a absolvição do réu, tal qual na Sentença 12.

> "A denúncia é improcedente.
>
> Em que pese o laudo de f. 77, indicando que houve conjunção anal, as demais provas colhidas são frágeis para incriminar o réu.
>
> Em Juízo, o réu negou a prática do crime. Disse que a relação íntima foi consentida e que ambos já tinham um relacionamento anterior (f. 232-233). [...]
>
> É que a prova oral também indica que o depoimento da vítima não foi convincente, militando a dúvida em favor do acusado.
>
> O próprio policial destacou que a vítima não parecia ter sido vítima de crime de estupro.
>
> Frágil, portanto, o quadro probatório, impõe-se a absolvição do acusado." (Sentença 12)

Mais uma vez, em razão da não correspondência ao estereótipo de vítima, somado ao fato de o agressor ser um conhecido com quem ela já havia mantido relacionamento, a conclusão é que não houve crime. De modo semelhante, na Sentença 07, o juiz afirma: "O acusado, ao ser ouvido em juízo, admitiu que manteve relação sexual com a vítima porém com o consentimento dela, porque anteriormente já tiveram relacionamento amoroso". Nota-se, portanto, que o magistrado estabelece uma relação de causalidade, como se o relacionamento anterior conferisse uma anuência tácita para qualquer relação sexual subsequente, ainda que a vítima fosse casada com outra pessoa, como era o caso. Na verdade, ao contrário do agressor, que quando tem um relacionamento está imune ao crime, a vítima ser casada ou ter um companheiro implica uma relação consentida denunciada com a finalidade de ocultar sua traição (ARDAILLON; DEBERT, 1987, p. 31). Assim, ao que parece, a vítima está sempre sob suspeita, logo, seu depoimento também. Na Sentença 11, por exemplo, há laudo sexológico, laudos de exame de corpo de delito da vítima e do réu, testemunhas e a confissão do réu. Nada disso permitiu que o juiz acreditasse no relato da vítima, que teve que ser submetida à perícia psicológica, a fim de averiguar se ela era louca ou estava mentindo.

> "Ela (vítima) foi ouvida pela psicóloga do setor técnico deste fórum e o laudo apontou que ela apresenta "*curso e forma do pensamento dentro da normalidade com elaboração de crítica adequada e planificação futura consciente*". Disso se depreende que, ao menos no plano teórico, não há indicativos de que ela minte." (Sentença 11) [grifo nosso]

Esse é um exemplo emblemático capaz de atestar que o processo poderá ser extenuante para a vítima mesmo quando o réu é considerado culpado. Nesse sentido, "até mesmo para condenar um agressor por violação de estupro, os operadores do Direito, por vezes, lançam mão – é provável que inconscientemente – de expedientes que acabam por reforçar o estereótipo das vítimas de estupro" (PIMENTEL et al., 1998, p. 96). Com isso, a ratificação dos estereótipos contribui para a violência secundária institucionalizada em prejuízo da vítima, até mesmo quando são inúmeras as provas que atestam a culpabilidade do agressor.

4. Considerações finais

Após a análise das sentenças, retomamos a pergunta inicial: o TJSP tem cumprido com as orientações no sentido de o depoimento da vítima ser considerado o vértice das provas nos crimes de estupro? Embora a quantidade de sentenças analisadas seja pequena, o que impede generalizações, é possível concluir que há indícios de que o TJSP não tem cumprido essas normativas. Isso porque, além dos obstáculos inerentes à produção de prova em casos de estupro, surgem outros empecilhos à adequada valoração das provas. O primeiro deles diz respeito ao descaso ao decidir, havendo situações em que as sentenças não contêm os fatos, nem a motivação das decisões, razão pela qual também não ocorre a apreciação do depoimento da vítima. Nesse caso, o direito à valoração das provas, em especial do depoimento da vítima, lhe é totalmente tolhido, sendo a nulidade a medida que deveria se impor. O segundo empecilho observado se refere às contradições das quais padecem as sentenças, que se traduzem em argumentações e expectativas que, muitas vezes, parecem mutuamente excludentes. Essas incongruências, na verdade, refletem um cenário mais abrangente, marcado pelas disputas de sentido quanto ao que é o direito e a quem ele serve. Em meio a essas contradições, inserem-se os estereótipos, que se tornam, também, obstáculos que mitigam a adequada valoração do depoimento das vítimas. Isso porque, a crença de que haveria uma imagem única de vítima, representada pela figura da mulher honesta, apenas um perfil de agressor, isto é, associado a um monstro, e de um típico crime de estupro relega às margens do direito e da justiça inúmeros casos que não correspondem à expectativa do senso comum.

Nesse sentido, ressalta-se a conclusão do relatório *Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais*:

> "Levar a sério uma denúncia de estupro não significa condenar sumariamente o suspeito, mas sim acolher a vítima, escutá-la, dar credibilidade a seu relato e buscar, através da devida investigação, a devida elucidação do caso." (IPEA, 2016).

Assim, não se trata de diminuir as garantias do processo penal no que diz respeito à presunção de inocência, apenas de tornar o sistema de justiça um espaço acolhedor para as vítimas de violência sexual – o que contraria o estado atual das coisas, em que é frequente que a vítima seja submetida à violência secundária. Nesse sentido, é possível afirmar que tanto a inobservância das normativas que determinam a centralidade do depoimento das vítimas quanto a revitimização perpetrada pelo sistema de justiça[15] e seus representantes mitigam o acesso das mulheres à justiça e contribuem com a cultura do estupro, que tolera e faz perpetuar a violência de gênero.

Cabe lembrar que a Recomendação Geral 33 amplia o conceito de acesso à justiça, que passa a envolver seis componentes: justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade e previsão de remédios. Esses elementos determinam que o acesso à justiça não seja meramente físico, mas substancial, sugerindo a revisão das regras sobre procedimento probatório (CEDAW, 2015, p. 7) e a previsão de um julgamento imparcial e sensível ao gênero, isto é, não influenciado por estereótipos ou preconceitos de gênero (CEDAW, 2015, p. 9). Essas orientações se dão no sentido de promover o aprimoramento do sistema de justiça, de modo que ele se torne um espaço acolhedor para as mulheres, tal como sugeriu o relatório do IPEA (2016).

Ao tornar o sistema de justiça, de fato, acessível para as mulheres, é possível que a principal garantia delineada na Convenção de Belém do Pará, quer seja, o direito a uma vida livre de violência, também se torne mais eficaz. Isso porque um sistema de justiça comprometido com a acessibilidade e a boa qualidade de seus julgamentos também age com zelo a fim de prevenir, investigar e punir a violência contra as mulheres. Cria-se, assim, uma força motriz capaz de alterar toda a lógica vigente no sistema. Essa mudança só poderá ser implementada por meio da educação. Assim, devem ser disponibilizados cursos e treinamentos a todos os representantes do Judiciário e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como àqueles que trabalham diretamente com violência contra a mulher (CIDH, 2007). Contudo, essas medidas não devem se restringir à capacitação de profissionais, pois uma transformação efetiva depende de uma mudança estrutural dos padrões sociais e culturais. Assim, é necessário promover políticas

15. Deve-se ressaltar, contudo, que não é apenas o sistema de justiça que não está preparado para lidar com o atendimento a vítimas de violência sexual. Na Sentença 09, por exemplo, consta que a vítima relatou que, ao ser atendida no sistema de saúde, a médica lhe disse que não deveria ter lavado a boca, a fim de preservar evidências para o exame de corpo de delito. Falas irresponsáveis como essa são comuns, a despeito da existência da Lei 12.845/2013, que prevê atendimento integral e multidisciplinar para as vítimas.

públicas educacionais destinadas a toda a população, especialmente que sejam atentas aos *direitos humanos das mulheres*[16].

Uma mudança estrutural permitirá que crenças, como a de que as mulheres mentem e imputam falsamente o crime de estupro ao agressor, em que pese o percentual de falsas acusações de estupro se aproxime de 2% do total de denúncias (GRUBB; TURNER, 2012, p. 445), deixem de ser consideradas verdades universais, de modo que a previsão existente há tempos[17] acerca da importância do depoimento da vítima como prova nos crimes de estupro passe a ser vislumbrada na prática dos tribunais, para que não sejam necessárias mais de 300 vozes para que as vítimas sejam, finalmente, ouvidas.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 08, n. 02, p. 826-853, 2018.

ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. Perspectivas feministas em criminologia: a interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 435-455, 2018.

ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher:* análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BUDDIE, Amy M.; MILLER, Arthur G. Beyond Rape Myths: A more complex view of perceptions of rape victims. *Sex Roles*, v. 45, n. 3-4, p. 139-160, ago. 2001.

BURT, Martha B. Cultural myths and supports for rape. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 38, n. 02, p. 217-230, 1980.

16. A expressão *direitos humanos das mulheres* manifesta uma crítica à definição individualista e universal de direitos humanos e à sua identificação com valores ocidentais e masculinos. Para Elizabeth Jelin, essa tem sido uma das grandes contribuições do feminismo: criticar e desmascarar o paradigma que adota homens como ponto de referência universal e que transforma os *outros* – inclusive as mulheres – em diferentes ou invisíveis (JELIN, 1994, p. 125).

17. Nesse sentido: "A palavra da vítima representa a viga mestra da estrutura probatória, e a sua acusação firme e segura, em consonância com as demais provas, autoriza a condenação (TJDF, Ap. 10.389, DJU 15.5.90, p. 9859; Ap. 13.087, DJU 22.9.93, p. 39109-10, in RBCCr 4/176; TJMG, JM 128/367)" (DELMANTO et al., 2000, p. 415).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Relatoría sobre los derechos de la mujer*. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. CIDH, 2007.

COMITÊ DE ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES (CEDAW). Recomendação Geral n. 33 sobre o acesso das mulheres à justiça. CEDAW, 2015.

COMITÊ DE ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES (CEDAW). Recomendação Geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres. CEDAW, 2017.

COOK, Rebecca; CUSACK, Simone. *Estereotipos de género:* perspectivas legales transnacionales. Bogotá: Profamilia, 2010.

COULOURIS, Daniella Georges. *A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

COULOURIS, Daniella Georges. *Violência, gênero e impunidade*: a construção da verdade nos casos de estupro. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2004.

CRENSHAW, Kimberle W. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, v. 10, n. 01, p. 171-188, 2002.

DE CAMPOS, Carmen Hein; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. *Revista Direito e Práxis*, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DU MONT, Janice; MILLER, Karen-Lee; MYHR, Terri. The role of "real rape" and "real victim" stereotypes in the police reporting practices of sexually assaulted women. *Violence Against Women*, v. 09, n. 04, p. 466-486, abr. 2003.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *12º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

GRUBB, Amy; TURNER, Emily. Attribution of blame in rape cases: a review of the impact of rape myth acceptance, gender role conformity and substance use on victim blaming. *Aggression and Violent Behavior*, n. 17, p. 443-452, 2012.

HOWARD, Judith A. The "Normal" Victim: The Effects of Gender Stereotypes on Reactions to Victims. *Social Psychology Quarterly*, v. 47, n. 3, p. 270-281, set. 1984.

INSTITUTO DE PESQUISA DATAFOLHA; CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA. *Pesquisa Nacional de Vitimização*. Datafolha/Crisp, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Estupro no Brasil:* uma radiografia segundo os dados da saúde. Brasília: IPEA, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais*. Brasília: IPEA, 2016.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Estatísticas criminais do estado de São Paulo*. São Paulo, 2016.

JELIN, Elizabeth. Mulheres e direitos humanos. *Estudos Feministas*, v. 02, n. 03, p. 117-149, 1994.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 07, n. 13, p. 244-259, jan.-jun. 2005.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro:* crime ou "cortesia"? Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

ROCHA; Luciana Lopes; NOGUEIRA, Regina Lúcia. Violência Sexual: um diálogo entre o Direito e a Neurociência. In: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira (Org.). *Leituras de direito*: violência doméstica e familiar contra a mulher. Natal: TJRN, 2017.

SCHAFRAN, Lynn Hecht. Barriers to credibility: understanding and countering rape myths. *National Judicial Education Program Legal Momentum*, 2005.

SCHULLER, Regina A. et al. Jugments of sexual assault: the impact of complainant emotional demeanor, gender, and victim stereotypes. *New Criminal Law Review*, v. 13, n. 04, p. 759-780, 2010.

SEVERI, Fabiana Cristina. Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto feminista de legalidade no Brasil. Tese (Livre-Docência em Departamento de Direito Público – Área de Direitos Humanos) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016a.

STEIN, Lilian M. (Coord.). Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. *Série Pensando o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2015. v. 59.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Ação pública incondicionada no estupro, de Aélio Paropat Souza – *RT* 743/483-494 (DTR\1997\366);
- Estupro – Enfoque vitimológico, de Antonio Scarance Fernandes e Oswaldo Henrique Duek Marques – *RT* 653/265-276 (DTR\1990\51); e
- O valor dos depoimentos das vítimas perante as cortes criminais, de Laércio Pellegrino – *RT* 655/396-398 (DTR\1990\93).

A aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro

The applicability of the standards of proof in the Brazilian criminal procedure

Luis Irapuan Campelo Bessa Neto

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2018). Especialista em Direito Administrativo pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS (2017). Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2019). Pós-graduando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – FDDJ (2019-). Bacharel em Direito pela UFSC (2014). Advogado criminalista. ORCID 0000-0002-0124-5013. luisbessaneto@gmail.com

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Doutorando (2019-) e Mestre (2018) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina, em convênio com Universidade do Vale do Itajaí – Univali (2017). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ABDConst (2019). Bacharel em Direito pela UFSC (2015). Advogado criminalista. ORCID 0000-0002-9432-1379. luizeduardo.cardoso@gmail.com

Rodolfo Macedo do Prado

Mestrando em Direito pela Delaware Law School da Widener University (EUA), com dupla titulação pela UNIVALI (2019-). Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) (2016). Especialista em Direito Penal e em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio (2017). Bacharel em Direito pela UFSC (2015). Advogado criminalista. ORCID 0000-0001-8439-7452. rodolfoprado91@gmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 14.08.2019
Última versão dos autores: 20.10.2019

Bessa Neto, Luis Irapuan Campelo; Cardoso, Luiz Eduardo Dias; Prado, Rodolfo Macedo do. A aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 165. ano 28. p. 129-158. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Neste artigo, promove-se uma reflexão acerca da aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro. Para tanto, parte-se de uma apresentação introdutória acerca das provas no processo penal. Mais adiante, apresentam-se os *standards* probatórios, que correspondem aos níveis de prova exigidos em cada situação processual e são fixados de acordo com a espécie de processo de que se trata – civil ou penal – e o bem jurídico em questão. Na sequência, apresentam-se exemplos práticos de aplicação dos *standards* probatórios. Por fim, passa-se à reflexão quanto à permeabilidade do processo penal brasileiro aos *standards* probatórios. É esse, portanto, o problema acerca do qual orbita o presente artigo. A hipótese de que se parte conjectura que os *standards* probatórios são, sim, aplicáveis ao processo penal pátrio. O trabalho é orientado pelo método dedutivo, na medida em que parte de considerações abrangentes acerca das provas e de seus *standards* com o objetivo de verificar a aplicabilidade desses modelos de contestação ao processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Processo penal – Provas – *Standards* probatórios – Prova além de qualquer dúvida razoável – Preponderância de provas.

Abstract: In this article, a reflection on the applicability of the evidential standards to the Brazilian penal process is promoted. To do so, we start from an introductory presentation about evidence in criminal proceedings. Later, the standards of proof are presented, which correspond to the levels of evidence required in each procedure situation and are set according to the type of process in question – civil or criminal – and the legal interest in question. Following are practical examples of application about standards of proof. Finally, we proceed to reflect on the permeability of the Brazilian criminal procedure to the standards of proof. This is, therefore, the problem about which this article orbits. The hypothesis is that the standards of proof are applicable to the domestic criminal proceedings. The article is guided by the deductive method, insofar as it is based on comprehensive considerations about the evidence and its standards in order to verify the applicability of these models to Brazilian criminal procedure.

Keywords: Criminal procedure – Proof – Standards of proof – Proof beyond a reasonable doubt – Preponderance of evidence.

Sumário: 1. Introdução. 2. As provas no processo penal. 3. Os *standards* probatórios. 4. A aplicação prática dos *standards* probatórios. 4.1. O caso O. J. Simpson. 4.2. Os *standards* probatórios no Brasil: aparições pontuais no direito positivo e nos tribunais. 5. É possível aplicar os *standards* probatórios ao processo penal brasileiro?. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A atividade judicial tem sido alvo de inúmeros questionamentos e debates, especialmente, no âmbito criminal, após a deflagração de megaoperações investigativas, como a Operação Lava Jato. Boa parte dos enfrentamentos pode ser resumido no campo de conhecimento relativo à prova, desde seu conceito,

passando pela finalidade e, mais profundamente, acerca de sua valoração. É precisamente este último aspecto que o presente artigo pretende abordar, não olvidando o histórico da teoria geral da prova. A ideia central reside no fato de que há um grau de certeza mínimo para que o julgador possa condenar alguém, sendo esse grau diferente quando aplicado ao processo penal e ao processo civil. Esses distintos graus de convencimento correspondem aos *standards* probatórios.

Assim, o presente artigo busca investigar se os *standards* probatórios são aplicáveis ao direito processual brasileiro, em especial quanto ao processo penal e ao modelo da prova além de qualquer dúvida razoável. Apresenta-se hipótese inicial no sentido de que o direito processual penal brasileiro é, sim, permeável aos *standards* probatórios.

A fim de verificar ou falsear a hipótese em questão, o presente artigo, orientado pelo método dedutivo – uma vez que parte de premissas abrangentes acerca dos *standards* probatórios e busca formular conclusão quanto à aplicabilidade prática desses modelos – e pela técnica de pesquisa bibliográfica, parte de breve contextualização a respeito das provas e dos paradigmas que as conduziram ao longo dos séculos, especialmente na atividade de valoração desses elementos de convencimento.

Na sequência, passa-se à apresentação dos *standards* probatórios, que representam exatamente modelos que devem guiar a valoração probatória. Delineia-se, assim, a origem dos *standards*, bem como seus principais fundamentos e atributos.

Para passar da teoria à prática, o artigo avança, na seção seguinte, à exposição quanto a alguns exemplos de aplicação prática dos *standards* probatórios. Menciona-se, assim, o célebre caso O. J. Simpson – exemplo ilustrativo da distinção entre os modelos de constatação cível e penal – e a pontual manifestação dos modelos de constatação no direito positivo e na prática jurisdicional brasileiros.

Por fim, sedimentado o caminho para tanto, promove-se reflexão quanto à possibilidade de aplicação dos *standards* probatórios no processo penal brasileiro, sobretudo à luz dos fins aos quais os modelos de constatação se prestam – como o controle epistemológico do convencimento judicial.

2. As provas no processo penal

Há séculos, a questão da prova no processo – e, especialmente, no âmbito processual penal – é objeto de debate e reflexão pela academia, doutrina e jurisprudência ao redor do mundo.

Já a partir das ordálias (ou o "juízo de Deus" – *judicium Dei*)[1], há mais de 2000 anos, verificou-se que a produção probatória estaria umbilicalmente ligada, no processo penal, à demonstração/reconstrução dos fatos pretéritos, com a finalidade de remontar-se uma pretensa "verdade dos fatos", levando à absolvição ou à condenação do acusado. Nesse diapasão, a verdade nasceria da prova, a qual se manifestaria na própria pessoa do acusado ou da testemunha por meio da vontade de Deus.

O "juízo de Deus" foi a principal fonte de prova durante séculos, até boa parte da Idade Média. A principal característica (ou até justificativa) das ordálias era a de que tais expedientes serviriam como garantia de imparcialidade do juízo, uma vez que se introduziriam forças superiores à humana, as quais traduziriam a indiferença dos deuses ou mesmo de uma sorte cega[2].

Com o avanço cultural, tecnológico e até militar das civilizações, bem como do assentamento de Estados soberanos e codificação de leis, também se notou a evolução da finalidade da prova e de sua valoração, especialmente quanto à busca pela verdade. Ao final da Idade Média, os principais "pensadores" (*glosadores*) já apontavam, partindo do pressuposto de que não se pode determinar o que é relevante de um ponto de vista abstrato – mas somente em relação à causa, ou seja, ao ponto em discussão –, que não é possível chegar-se à tão venerada "verdade absoluta dos fatos" (ou verdade real), mas tão somente a uma *verdade judicial*[3].

Tal conclusão, extraída a partir de um novo contexto social e cultural da época – baseado mais na Lei do que no juízo de Deus – já apontava para o que viria a

1. Desde o Código de Hamurabi é possível encontrar disposições acerca do *judicium* Dei, por exemplo, o tratado no artigo 2º: "Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador". Fernando da Costa Tourinho Filho, ainda sobre as ordálias, descreve que "havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...]. A do ferro em brasa: o pretenso culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta". (*Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 216).
2. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1960. p. 61.
3. KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-51, jan.-fev. 2001.

seguir, um novo paradigma da prova no processo penal, o qual não mais se basearia na verdade apresentada por um ser superior (não humano), mas sim no que a lei definisse como o necessário, dentro do processo, para se provar determinado fato pretérito. A prova, então, seria produzida de acordo com a lei, com a finalidade de convencimento do julgador, e a este caberia sua interpretação e decisão.

Resta, assim, evidenciada a divisão comumente utilizada na teoria geral da prova em "clássica" e "moderna", embora ambas tenham como foco a busca de uma "verdade".

A primeira, que transcendeu as Idades Antiga e Média, era fruto de uma perspectiva problemática, tópica e argumentativa. Não havia clara separação entre questão de fato e de direito e, em razão da possibilidade de falha do ser humano, tinha-se a manifestação de um ser superior como fonte da prova. A segunda, por sua vez, pretende separar questões de fato e de direito, buscando uma perspectiva objetivista, cientificista e absoluta, cujo nascedouro seria o iluminismo. Aqui, entra o racionalismo judicial e a produção da prova com base na lei[4].

Assim, de uma verdade inicialmente revelada pelos deuses àquela produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do Século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos[5].

Hodiernamente, a prova pode ser entendida como o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa[6], ou, mais especificamente no campo penal, a informação produzida destinada à demonstração da (in)existência de fato ou conduta juridicamente relevante à imputação[7].

Para que possa ser utilizada no convencimento racional do julgador, a prova deve atender a princípios constitucionais e processuais penais, bem como a ritos e procedimentos específicos. Uma informação produzida sem o crivo do

4. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista da AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007. p. 161-162.
5. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 174.
6. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 310.
7. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: EMais, 2017. p. 699.

contraditório, sem possibilitar a ampla defesa, com disparidade de armas, obtida por meios ilícitos e/ou outras situações que atinjam o texto constitucional e legal não pode (e muito menos deve) ser utilizada no convencimento do julgador.

Na mesma trilha, a prova que obedecer aos princípios, ritos e procedimentos, poderá (e deverá) ser utilizada no convencimento do julgador, uma vez que apontará um tipo de certeza judicial, cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal. É diferente da verdade real, uma vez que esta pretenderia a reconstrução de uma verdade histórica, trazendo não só o fato, mas também os sentimentos, condições climáticas e inúmeros outros fatores que compuseram determinado fato jurídico. A "verdade real", portanto, é absolutamente inalcançável, uma vez que não se consegue reconstruir os fatos pretéritos com tamanha exatidão.

Dessa forma, devidamente delineado o que se entende como prova e quais provas podem ou não ser utilizadas, resta uma pergunta essencial a se responder: como valorá-las? Qual o grau de certeza que um julgador deve ter para que haja uma condenação criminal?

A atividade de valoração das provas diz respeito a diversas questões ao longo do processo – desde as medidas cautelares pré-processuais até a culpa do réu. Diz respeito, ainda, a processos de diferentes naturezas. Assim, no processo de valoração dos elementos de convencimento, o julgador deve se guiar por diferentes níveis de prova: são os *standards probatórios*, a serem explorados na sequência.

3. Os *standards* probatórios

Oriundos da cultura jurídica anglo-saxã[8] e também chamados de modelos de constatação, os *standards* probatórios são, como se antecipou anteriormente,

8. Em "*The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*", James Q. Whitman (New Haven: Yale University Press, 2008) relata que o *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável foi introduzido na *Common Law*, por volta de 1780, como forma de garantir aos jurados que eventual condenação equivocada não lhes acarretaria qualquer maldição divina. Esse *standard* surgiu, assim, em resposta aos temores religiosos então existentes, e buscou superar dificuldades existentes em casos nos quais, diante de certas dúvidas aparentemente insignificantes, os jurados absolviam os réus em razão do medo de eventual maldição divina. No mesmo sentido, Dallagnol narra que, "desde o século XVII, cortes inglesas já reconheceram que a culpa do réu nunca era estabelecida com absoluta segurança [.... A partir disso, as cortes passaram a orientar os júris que declarassem o réu culpado quando houvesse 'certeza moral'. Nos Estados Unidos, a partir de 1850, os julgadores evoluíram para passar a instruir os juris com base no *reasonable doubt standard*. A dúvida razoável era conceituada por exclusão"

diferentes níveis de prova exigidos em relação a cada uma das questões a serem decididas pelo julgador ao longo do processo – ou mesmo antes dele.

A ideia subjacente aos *standards* probatórios é a de que cada processo, em razão das particularidades que lhe são ínsitas – como sua natureza, seus procedimentos, os bens jurídicos envolvidos, as garantias asseguradas e as sanções a serem aplicadas –, possui um nível de provas próprio. Assim, a depender do processo de que se trate, uma alegação poderá ser provada com um maior ou menor nível de prova: isto é, um *standard* probatório mais elevado ou mitigado. Busca-se, com isso, controlar de forma racional e lógica o livre convencimento dos julgadores, bem como minimizar riscos de erros judiciais na apreciação das provas.

São dois os *standards* probatórios mais célebres e mais utilizados na prática judicial, cunhados principalmente pela jurisprudência norte-americana (mas com raízes mais remotas): o da prova além de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e o da preponderância de prova (*preponderance of evidence*). O primeiro é comumente vinculado ao processo penal; o segundo, ao processo civil.

No processo penal, considera-se que o acusado somente pode ser declarado culpado se não restar dúvida razoável quanto à sua culpa. Essa regra, conjugada à presunção de inocência – segundo a qual o acusado é presumido inocente até que se prove o contrário –, dá forma ao *standard* de prova além de qualquer dúvida razoável.

A menção à presunção de inocência torna oportuno asseverar que os *standards* probatórios comumente são vinculados a presunções. Enquanto o *standard* subjacente ao processo penal é acompanhado da presunção de inocência – que

(DALLAGNOL, Deltan. *As lógicas das provas no processo*: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 268). Quanto à origem desse mesmo *standard* nos Estados Unidos da América, Larry Laudan (*Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 65) menciona o caso *Commonwealth v. Webster, 59 Mass. 295, 320 (1850)*, em que Suprema Corte de Massachusetts se manifestou no sentido de que se remanesce alguma dúvida razoável, o acusado deve ser inocentado; houve aí, basicamente, a primeira definição jurisdicional de "prova além de qualquer dúvida razoável" de que se tem notícia. É importante mencionar, ainda, a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana *In re Winship*, *397 U.S. 358 (1970)*, em que se definiu que a cláusula do *due process of law*, estabelecida pela quinta emenda à Constituição, exige que a culpa do acusado seja provada além de qualquer dúvida razoável – *standard* que diz respeito a todos os fatos constitutivos do crime objeto da acusação. Além disso, em *Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1 (1994)*, a Suprema Corte definiu que as instruções fornecidas ao júri podem – mas não necessariamente devem – definir o que é uma dúvida razoável, desde que as instruções como um todo transmitam seu significado.

somente é derruída se não houver dúvidas razoáveis quanto à culpa do réu –, o modelo de constatação vigente no processo civil (da preponderância de provas) é acompanhado por presunções tal como a de veracidade das alegações de fato feitas pela parte autora e não impugnadas pela parte ré (artigo 341 do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, esclareça-se que os *standards* probatórios não se confundem com as regras de distribuições do ônus da prova, embora haja entre esses preceitos íntima relação. Como afirma Nuno Garoupa, "a distinção entre o ônus e o *standard* probatório nem sempre é clara". Como indica o mesmo autor, a análise do ônus da prova diz respeito à teoria que explica qual parte, no processo penal, deve satisfazer determinado *standard*, ao passo que a teoria que justifica uma certa força da prova requerida para a imposição de sanções pertence ao âmbito de estudo dos *standards* probatórios[9].

Assim, no processo penal, se o júri[10] (ou o juiz singular) tiver alguma dúvida quanto à culpabilidade do réu, não deve condená-lo.

A propósito, a doutrina processualista norte-americana usualmente arrola três justificativas para a exigência de um *standard* probatório mais elevado no processo penal.

Cooter e Ulen[11] indicam, inicialmente, que a condenação de uma pessoa inocente parece pior do que a absolvição de um culpado; assim, o processo penal balanceia esse equilíbrio em favor dos réus. Além disso, apontam que a acusação pode valer-se de todo o aparato estatal em seu favor, de modo que a imposição de um elevado *standard* mitiga essa vantagem – é um conceito que muito se aproxima do princípio da paridade de armas. Por fim, os autores afirmam que os cidadãos necessitam de proteção contra agentes estatais que porventura busquem vantagens políticas e burocráticas indevidas[12].

9. GAROUPA, Nuno. Explaining the standard of proof in criminal law: a new insight. *Supreme Court Economic Review*, v. 26, 2018.

10. João Gualberto Garcez Ramos (*Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 193) assevera que, no processo penal estadunidense, necessariamente, "ao júri é dito que o acusado é presumido inocente; que o mero fato de que ele foi acusado da prática de um crime não pode ser tomado como prova contra ele; e que sua culpa deve ser demonstrada 'além de uma dúvida razoável'".

11. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 459.

12. Nuno Garoupa, por exemplo, propõe que a exigência de um *standard* probatório mais elevado no processo penal decorre, dentre outros fatores, das preferências punitivas dos agentes estatais.

Mas Cooter e Ulen, dois célebres estudiosos da Análise Econômica do Direito, também ressaltam outro aspecto particularmente relevante sob a óptica econômica: afirmam que reduzir erros é especialmente importante no processo penal porque a persecução por um crime envolve estigmas e gastos – ou seja, custos, em sentido amplo – em desfavor do acusado, mesmo que o veredito final aponte sua inocência. Dessa forma, ainda que implicitamente, há uma ideia de redução de custos (principalmente aqueles decorrentes de condenações indevidas) subjacente ao *standard* probatório da prova além de qualquer dúvida razoável.

O *standard* probatório do processo penal, por ser mais rigoroso, busca evitar condenações equivocadas – ou pelo menos diminuir as probabilidades de que isso ocorra –, mas, ao mesmo tempo, isso aumenta a probabilidade de que ocorram absolvições errôneas. De qualquer forma, os estudiosos da Teoria Econômica do Direito em geral afirmam que a assimetria dos custos decorrentes da absolvição equivocada de réus culpados e da condenação de réus inocentes (o que gera custos presumivelmente mais altos[13]) justifica a exigência do *standard* probatório além de qualquer dúvida razoável[14].

Já no processo civil o *standard* probatório é mitigado em relação àquele vigente no processo penal; exatamente por isso, no âmbito cível fala-se em preponderância de evidências. Esse modelo de constatação funda-se sobretudo na paridade das partes que norteia o processo civil, no qual não há, em geral, um descompasso como aquele existente no processo penal, em que o réu rivaliza, sozinho, contra o aparato persecutório estatal.

No modelo cível, para que a parte se sagre vitoriosa, basta que sejam preponderantes as provas em seu favor. Já no processo penal, isso é insuficiente. Ainda que preponderem provas que indiquem a culpa do réu, isso não basta para que se profira uma decisão condenatória; mais do que a preponderância de provas, é necessário que não subsistam dúvidas quanto à culpa do acusado. Somente nessa situação é possível considerar derruída a presunção de sua inocência.

Ainda é possível identificar na doutrina e na jurisprudência norte-americanas um terceiro *standard* probatório, denominado *clear and convincing evidence* (evidência clara e convincente), devotado às causas que, embora se desenvolvam no âmbito cível, têm em seu âmago um bem jurídico muito mais sensível do que o patrimônio – bem da vida que se discute em boa parte das demandas cíveis. É o caso, para citar um exemplo à brasileira, das ações de improbidade

13. A conhecida "Fórmula de Blackstone" (célebre jurista inglês do Século XVIII) prescreve que é melhor que dez pessoas culpadas escapem a que um inocente sofra.

14. GAROUPA, 2018.

administrativa, em que o réu pode sofrer severas sanções, a despeito de não estar submetido a um processo penal[15]. É possível citar, ainda, modelos de constatação tais como *reasonable suspicion, reasonable to believe, probable cause, credible evidence* e *substantial evidence*.

Muitos desses *standards*, vale observar, podem ser aplicados em um processo de mesma natureza. Quanto ao processo penal, por exemplo, Badaró assevera que, muito embora a diferenciação usualmente leve em conta a relevância dos bens jurídicos tutelados – com a consequente distinção entre processos de naturezas distintas (processos penais e processos "não penais"), "nada impede que a técnica dos 'modelos de constatação' seja utilizada no processo penal com vista a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal". O autor cita que essa utilização dinâmica dos *standards* probatórios é observada, no processo penal, "para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseada em provas além de qualquer dúvida razoável". No mesmo sentido, ilustra que "o mesmo tema, p. ex., a autoria delitiva, está sujeito a um juízo de probabilidade na fase prévia, e a um juízo de certeza, ao final do processo". Com efeito, segundo o autor, ao longo da persecução ocorre uma formulação progressiva de juízos a respeito do mesmo *thema decidendum*, que poderá ser objeto de deliberação judicial desde a admissibilidade da denúncia até a sentença. Como afirma Badaró, "passa-se de um juízo de simples possibilidade, para uma probabilidade, até se chegar à certeza"[16].

Em igual sentido, Dallagnol observa que mesmo no processo penal podem ser aplicados diferentes *standards* para diferentes decisões, tais como a decretação de quebra de sigilo fiscal ou bancário, a interceptação telefônica, a busca e apreensão, a prisão, o confisco, o recebimento de denúncia e a condenação criminal[17].

---

15. Precedente ilustrativo quanto a essa orientação: "A ação civil pública por improbidade semelha à ação penal e somente deve ser julgada procedente à vista de prova conclusiva quanto à autoria do ilícito. No caso concreto, o exame da prova revela um quadro frágil do alcance imputado ao réu, que não enseja sua condenação às graves sanções do art. 12 da Lei 8.429/92" (TJRS, Ap. Cív. 70006549794, rel. Des. Araken de Assis, 4ª Câmara Cível, j. 22.10.2003).

16. BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 355.

17. DALLAGNOL, 2015. p. 259.

He, por sua vez, afirma que na persecução penal (que compreende a investigação e a ação), é possível vislumbrar quatro modelos de constatação: razoável suspeita criminal (para iniciar uma investigação), prova de avantajada probabilidade (para efetuar uma prisão), prova clara e convincente (para a conclusão da investigação e o início da ação penal) e, finalmente, prova além de qualquer dúvida razoável (para a condenação), correspondentes, respectivamente, a convicções nos patamares de 40%, 51%, 80% e 90% (ressalvadas as críticas quanto à utilidade da conversão dos *standards* probatórios em valores numéricos)[18].

A alusão à parametrização quantitativa dos *standards* permite recordar que, embora haja controvérsias quanto à utilidade da representação numérica dos *standards* probatórios[19], os autores que a aceitam usualmente afirmam, ilustrativamente, que a prova além de qualquer dúvida razoável corresponderia a uma convicção maior que 90%, ao passo que a preponderância de provas indicaria uma convicção superior a 50%.

De qualquer forma, independentemente de sua quantificação numérica, é relevante observar que os *standards* probatórios constituem critérios para nortear a análise da prova, isto é, parâmetros para efetivamente submeter ao contraditório as decisões valorativas do julgador.

4. A aplicação prática dos *standards* probatórios

Embora consistam em uma complexa e secular formulação teórica, os *standards* probatórios possuem profunda aplicabilidade prática. Aliás, o surgimento

18. HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Pequim: Springer, 2018. p. 172.

19. Gustavo Badaró (2011. p. 343-364), por exemplo, afirma que "não se trata de quantificar, matematicamente, os graus de probabilidade distintos que caracterizam os diversos standards ou modelos de constatação, tendo fracassado as tentativas de atribuir valores numéricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas atribuem aos enunciados fáticos". No mesmo sentido, adverte Michele Taruffo (2003, p. 670): "se *standards* tais quais a preponderância de evidência e a prova além de qualquer dúvida razoável são definidos – como comumente são – em termos de valores numéricos de probabilidade quantitativa em um espectro entre 0 e 1 (em que o primeiro corresponda ao menos a 0,51 e o segundo equivalha a algo além de 0,9), essas definições não podem ser tomadas como confiáveis e como adequadas racionalizações dos standards probatórios". Em sentido contrário, como explica Kokott, a jurisprudência norte-americana mostra uma tendência de procurar definir os diversos níveis de prova de acordo com critérios matemáticos (KOKOTT, Juliane. *The burden of proof in comparative and international human rights law*. London: Kluwer Law International, 1997).

desses modelos de constatação vincula-se exatamente à pretensão de guiar a prática jurisdicional. Não se trata, como adverte Knijnik[20], de mero academicismo, mas de uma questão essencialmente prática. Por isso, apresentada uma breve introdução aos *standards* probatórios, passa-se à exposição quanto à utilização prática desses diferentes níveis de prova.

4.1. O caso O. J. Simpson

Para que se confira maior concretude às lições teóricas aqui lançadas a respeito dos *standards* probatórios, o tema será abordado a partir de uma breve análise acerca de conhecidíssimo caso criminal envolvendo acusado igualmente célebre, em narrativa que chegou a ser objeto de série televisiva: trata-se das acusações de duplo homicídio que pesaram nas esferas penal e cível contra o ex-jogador de futebol americano Orenthal James "O. J." Simpson.

A indagação que paira a respeito do caso é simples: O. J. Simpson matou Nicole Simpson (sua ex-mulher), e Ronald Goldman (amigo dela)? Um júri criminal disse que não; um júri civil disse que sim[21].

No dia 16.06.1994, Nicole Brown e seu amigo Ronald Goldman foram brutalmente assassinados a golpes de faca. A principal suspeita quanto à autoria dos crimes recaiu sobre Orenthal James "O. J." Simpson, célebre ex-jogador de futebol americano e ex-marido de Nicole.

Pouco mais de três meses após os assassinatos, teve início "o julgamento do século", em que Simpson foi acusado de duplo homicídio. Após um longo e midiático julgamento, em 03.10.1995 o júri anunciou o veredito: inocentou Simpson das duas imputações que lhe foram feitas.

Em 1996, os pais de Ronald Goldman e o espólio de Nicole Brown (representado pelos pais desta vítima) intentaram uma demanda civil contra O. J. Simpson. Por considerar que Simpson foi responsável pelos homicídios em questão, um júri o condenou a pagar à família das vítimas indenização a título de *compensatory* e *punitive damages* no valor de 33,5 milhões de dólares.

Como se vê, há aí uma aparente contradição, uma vez que os vereditos proferidos pelos júris civil e criminal foram distintos. Entre os fatores que explicam

20. KNIJNIK, 2001. p. 16.

21. VARS, Frederick E. Toward a general theory of standards of proof. *Catholic University Law Review*, v. 60, n. 1, p. 1-50, 2011.

esse aparente paradoxo judicial[22], o principal[23] é a existência de diferentes *standards* probatórios no processo penal e no processo civil.

À luz desses *standards* probatórios – já introdutoriamente apresentados –, verifica-se que os júris criminal e civil responderam, em verdade, a diferentes questões. O júri criminal foi indagado quanto à existência de provas além de qualquer dúvida razoável de que Simpson cometeu o duplo homicídio de que foi acusado. Já o júri civil foi questionado se eram preponderantes as provas no sentido de que o Simpson havia assassinado Brown e Goldman[24].

À acusação cabia provar além de qualquer dúvida razoável que o réu havia cometido os dois homicídios que lhe eram imputados. Aos jurados, por sua vez, cabia condenar Simpson se não tivessem dúvidas razoáveis quanto à sua culpa.

Todavia, por diversos motivos – como o fator étnico, o racismo da Polícia de Los Angeles e algumas falhas nas provas apresentadas pela acusação –, os jurados do júri criminal consideraram que havia dúvidas razoáveis quanto à culpa de Simpson; exatamente por isso, o veredito indicou que o réu era inocente.

Em outras palavras, observa-se que, para os membros do júri criminal, a acusação do "julgamento do século" não logrou provar a culpa de Simpson além de qualquer dúvida razoável.

Quanto aos jurados, vale enfatizar que, enquanto no julgamento criminal deveria haver unanimidade entre os 12 jurados, na demanda civil bastava que 9 dos 12 jurados considerassem o réu culpado.

---

22. Usualmente apontam-se, ainda, outros fatores que elucidam a discrepância entre os resultados obtidos no processo criminal e no processo civil: 1) o mau desempenho (ou o excesso de confiança) da acusação no julgamento criminal; 2) o fator racial, muito influente no dito "julgamento do século", em que a defesa sustentou a tese de que Simpson era vítima de uma perseguição racial promovida pela alegadamente Polícia de Los Angeles, marcada por práticas racistas, ao passo que o juiz presidente do júri civil vedou à defesa de Simpson que se valesse da questão racial; 3) as composições dos júris (o júri criminal tinha maioria negra, enquanto o júri civil era composto sobretudo por brancos); 4) a cobertura midiática, que foi intensa no âmbito criminal e muito menor na demanda civil; e 5) a produção de novas provas na demanda civil, como uma foto em que Simpson aparece com o tênis cujas marcas estava na cena do assassinato de Goldman e Brown.
23. HE, 2018. p. 171.
24. Como noticiou o NY Times à época ([http://alturl.com/jt8ew]), o júri civil respondeu afirmativamente quando questionado se havia preponderância de provas de que Simpson havia provocado a morte de Brown e Goldman.

De todo modo, o fato é que o sistema processual – tanto o americano quanto o brasileiro – permite que um réu, diante de uma mesma imputação de fatos, seja absolvido no âmbito criminal e condenado na seara civil.

Isso decorre exatamente do fato de que o processo penal adota um *standard* probatório mais elevado que aquele peculiar ao processo civil. Dessa forma, por mais que uma acusação não tenha sido provada além de qualquer dúvida razoável, ainda assim é possível considerá-la provada sob a ótica da preponderância de provas. É precisamente o que ocorreu nos julgamentos em que Simpson se viu envolvido.

A diferença entre os julgamentos ocorridos perante um júri criminal e um júri civil, diante de provas praticamente idênticas, é ilustrativa quanto à diferença entre os níveis de provas ínsitos a cada um desses juízos. Com efeito, enquanto o júri civil pôde condenar Simpson com base no modelo da preponderância de provas, o júri criminal – ainda que bastante criticado por sua escolha[25] – se absteve de condenar o réu por entender que havia dúvidas razoáveis quanto à autoria dos delitos que lhe eram imputados.

4.2. *Os* standards *probatórios no Brasil: aparições pontuais no direito positivo e nos tribunais*

Os casos que envolveram o célebre O. J. Simpson, apesar de bastante elucidativos quanto à distinção entre os níveis de prova subjacentes aos juízos criminal e cível, dizem respeito ao ordenamento jurídico norte-americano, ao qual os *standards* probatórios são tão intimamente arraigados.

Nos sistemas de *Civil Law,* todavia, é realidade é outra. Com efeito, em geral não há manifestações a respeito dos *standards* probatórios no ordenamento jurídico ou mesmo na prática judicial. Ainda assim, é possível apontar exceções à regra: analisado o ordenamento jurídico e a prática jurisdicional brasileiros, encontram-se aparições pontuais a respeito dos *standards* probatórios.

De todo modo, embora se tenha afirmado – com menção aos processos judiciais que envolvem as acusações de homicídios contra O. J. Simpson –, que o

25. Vale observar que o júri criminal do caso Simpson é criticado por alegadamente ter adotado um *standard* probatório demasiadamente elevado; algo equivalente à indagação "há alguma possibilidade, não importa o quão remota, de que a polícia tenha plantado as provas contra Simpson?" (ROWLES, Dustin. *O. J. Simpson versus Steven Avery*: why one man was convicted and the other acquitted. 2016. Disponível em: [https://goo.gl/6pPr9x]).

sistema processual brasileiro permite essa aparente contradição entre o resultado dos julgamentos criminal e civil, é necessário destacar que a legislação brasileira é muito tímida nas menções aos *standards* probatórios, como também a prática jurisdicional o é.

Com efeito, a legislação brasileira apresenta pouquíssimas referências explícitas aos *standards* probatórios. As duas mais destacadas dizem respeito – ambas – ao modelo da prova além de qualquer dúvida razoável.

Uma delas é encontrada no Estatuto de Roma, que estabeleceu a Corte Penal Internacional e foi incorporado ao Direito brasileiro pelo Decreto 4.388, de 2002. Em seu artigo 66, item 3, o Estatuto estabelece que, "para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável".

De todo modo, trata-se de norma que regulamenta o processo decisório de corte internacional. Assim, muito embora se trate de remissão legislativa ao *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável, trata-se de dispositivo de reduzida interferência no direito interno.

Muito embora esse nível de prova seja mais comumente utilizado no processo penal, uma de suas aparições é verificada no Código de Processo Civil promulgado em 2015. O artigo 311, inciso IV, do diploma instrumental, ao versar acerca de uma das hipóteses em que é possível a concessão de tutela de evidência, alude à prova além de qualquer dúvida razoável: prescreve, assim, que "a tutela da evidência será concedida [...] quando [...] a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável".

Trata-se, como sustenta Alexandre Freitas Câmara doutrinária[26] e jurisprudencialmente[27], de exemplo em que há a excepcional aplicação do *standard* probatório da prova além de qualquer dúvida razoável ao processo civil.

A propósito, vale ressalvar que, embora o *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável geralmente esteja vinculado ao processo penal e o da

26. CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 262, n. 41, dez. 2016. p. 180. Como relata Elizabeth Martin (*Oxford Dictionary of Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 388), a doutrina norte-americana, todavia, apresenta resistência quanto à aplicação do *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável ao processo civil.

27. TJRJ, Agravo de Instrumento 0064506-24.2016.8.19.0000, 2ª Câmara Cível, rel. p/ acórdão Des. Alexandre Antônio Freitas Câmara, j. 15.03.2017.

preponderância de provas ao processo civil, é viável a existência de um "intercâmbio" entre esses modelos de constatação. Em outras palavras, verifica-se que os *standards* probatórios são dinâmicos, e a sua incidência depende de uma série de fatores[28]. Ou seja, além da possibilidade de incidência de diferentes *standards* em um mesmo processo, há ainda a possibilidade de intercâmbio de modelos de constatação entre processos de naturezas distintas.

O caso da tutela de evidência é bastante ilustrativo disso. Como se constatou com remissão ao Código de Processo Civil, essa modalidade de tutela de urgência rege-se, em uma de suas hipóteses legais, pelo *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável. Por outro lado, o juízo de mérito, no processo civil, é orientado pelo modelo da preponderância de prova. Assim, é possível que, em um mesmo processo, o julgador lance mão, liminarmente, do mais elevado *standard*, para mais tarde decidir o mérito da contenda segundo o modelo de constatação, tipicamente civilístisco, da prevalência probatória.

Para além desses exemplos de expressa remissão aos *standards* probatórios – nomeadamente ao da prova além de qualquer dúvida razoável –, a interlocução entre as normas civil e penal é ilustrativa quanto à diferença entre os modelos de constatação subjacentes a cada uma dessas searas.

Diz-se isso com referência, por exemplo, ao capítulo do Código de Processo Penal atinente à ação civil (artigos 63 a 68), dos quais se depreende que a sentença penal condenatória representa título a ser executado perante o juízo cível; ou ainda ao artigo 935 do Código Civil, que vincula o juízo cível ao juízo penal nas decisões quanto à autoria e à existência de determinado fato[29].

---

28. Sánchez, por exemplo, ressalta que o *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável representa uma fórmula mais garantista, o que justifica a sua incidência no processo penal: "incide no Direito Penal a fórmula, mais garantista, *beyond a reasonable doubt*, que requer uma plena convicção do Tribunal, para mais além de toda dúvida razoável. No processo civil, contudo, basta a *preponderance of evidence*, isto é, uma maior probabilidade de que as coisas terem ocorrido de um determinado modo" (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 138).

29. O diálogo entre essas esferas evidentemente não cessa aí. Basta que se remeta aos artigos 315 e 515 do Código de Processo Civil; 63 a 67 do Código de Processo Penal; e 91, I, do Código Penal. Badaró ainda elenca outros exemplos – bem menos explícitos, é verdade – de modelos de constatação presentes na legislação processual penal brasileira: "apenas a título exemplificativo, elencam-se alguns standard ou 'modelos de constatação', diversos da 'prova além da dúvida razoável', diariamente utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam 'fundadas razões ... de autoria'

Oportunamente, retorna-se momentaneamente ao subitem anterior apenas para observar que, exatamente em razão de a responsabilidade civil ser independente da criminal, foi possível a condenação de Simpson em um júri civil mesmo após a sua absolvição por um júri criminal.

O contrário, todavia, não seria possível. Se Simpson houvesse sido condenado por um júri criminal, um júri civil não poderia, em tese, adotar decisão em sentido oposto, uma vez que a questão principal da lide – a responsabilidade do réu pela morte das vítimas – já teria sido decidida de acordo com um *standard* probatório mais rigoroso.

Se a prática jurisdicional norte-americana é pródiga na utilização dos *standards* probatórios, a jurisprudência brasileira, mesmo que ainda de modo bastante tímido, paulatinamente tem acolhido os modelos de constatação, de modo a cada vez mais aplicá-los nas decisões judiciais, sobretudo naquelas em que há complexa controvérsia em relação à matéria probatória[30]. Com efeito, ainda que de forma não sistemática, verifica-se a utilização dos *standards* probatórios pelo menos desde 1996[31].

A despeito disso, ainda são excepcionais os julgados que abordam textualmente os modelos de constatação.

Nesse cenário, Taruffo adverte que boa parte dos países de *Civil Law* ainda não faz uma distinção suficientemente clara entre os diferentes *standards* probatórios[32]. Da mesma forma, Kaplow afirma que não é clara a forma como os países

---

(Lei nº 7.960/89, art. 1º, inc. III), enquanto que para a prisão preventiva é necessário 'indício suficiente de autoria' (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos 'indícios suficientes de autoria' (CPP, art. 413, caput); por outro lado, para o sequestro, 'indícios veementes de proveniência ilícita dos bens' (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a 'dúvida sobre a integridade mental do acusado' (CPP, art. 149, caput). Assim, varia o grau de probabilidade exigida, seja uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, seja uma probabilidade reforçada ou qualificada" (2011, p. 355).

30. Citam-se, a título ilustrativo, os seguintes precedentes: TJRS, AC 70043053453, rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 06.12.2012; TJSC, AC 0021438-24.2010.8.24.0023, rel. Janice Ubialli, j. 09.02.2017; TJPR, AC 13628147, rel. Nilson Mizuta, j. 13.10.2015; TJSP, AC 00017202620138260073, rel. Roberto Solimene, j. 25.06.2015; TRF-4ª Reg., AC 2002.71.14.001608-0/RS, rel. Marga Inge Barth Tessler, j. 11.05.2009, TRESP, RECC 2053 SP, rel. Paulo Henrique dos Santos Lucon, j. 29.09.2009.

31. Vide, por exemplo, o Habeas Corpus 73.338/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob relatoria do Ministro Celso de Mello (*DJ* 19.12.1996).

32. TARUFFO, 2003, p. 659-677.

de *Civil Law* lidam com os modelos de constatação para a formação do convencimento do julgador, mormente porque não há distinção clara entre um *standard* mais ou menos rígido[33].

Isso indica, a um só tempo, a relevância e o relativo ineditismo do tema no meio jurídico nacional. Com efeito, a doutrina processualista brasileira ainda tem sido bastante reticente quanto aos *standards* probatórios[34]. Ainda há, portanto, muito a se falar sobre o tema.

5. É possível aplicar os *standards* probatórios ao processo penal brasileiro?

Realizada breve introdução quanto às provas no processo penal, apresentados os *standards* probatórios e ilustrada a sua aplicação prática, é possível refletir quanto à possibilidade de utilização desses modelos de constatação no processo penal brasileiro.

De início, salienta-se que a ampla utilização dos *standards* probatórios nos sistemas de *Common Law* e sua pequena utilização nos sistemas de *Civil Law* não indica um maior ou menor grau de um de outro sistema. Na verdade, a utilização dos modelos de constatação representa uma questão de cultura jurídica. Como os sistemas de *Common Law* recorrem mais frequentemente aos júris, é natural que se lance mão mais usualmente dos *standards* probatórios, até porque esses modelos nasceram imbuídos sobretudo de um caráter pedagógico, na medida em que eram dirigidos aos jurados – que deveriam se abster de proferir condenação criminal quando estivessem diante de dúvida razoável.

De todo modo, as poucas – mas crescentes – referências que o ordenamento jurídico e os tribunais brasileiros fazem aos *standards* probatórios parecem indicar que o sistema é, sim, permeável àqueles modelos de constatação.

Pode-se refletir a respeito dessa possibilidade à luz da função a que os *standards* probatórios se prestam. Mais do que um papel pedagógico que originalmente

33. KAPLOW, Louis. Burden of Proof. *Yale Law Journal*, v. 121, 2012. p. 741.

34. Como assevera Badaró, "o tema dos standards probatórios ou 'modelos de constatação' tem sido praticamente ignorado pela doutrina processual brasileira, que muitas vezes se limita a apreciar a questão sob o enfoque do in dubio pro reo, mas não dos diversos graus que se pode exigir do julgador para que considere um fato 'provado' ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade e não de 'certeza'" (2011, p. 346). No mesmo sentido, Dallagnol afiança tratar de "tema por muitos tangenciado" (2015, p. 259).

cumpriam perante os júris, os modelos de constatação desempenham importante função no controle do convencimento judicial. Trata-se sobretudo de um controle epistemológico a respeito da atividade de valoração das provas, o qual deve permitir – não somente ao julgador, mas principalmente às partes – a reconstrução do *iter* lógico percorrido por ocasião da decisão judicial de que se trata, até para que, mais tarde, essa mesma decisão possa ser impugnada e, eventualmente, revisada.

Nesse sentido, Taruffo argumenta que a utilidade no estabelecimento de modelos de constatação está em guiar o magistrado para um caminhar racional na valoração da prova, a fim de minimizar riscos de erros judiciais e de implicações ilógicas do raciocínio do julgador, além de viabilizar o controle da liberdade (não plena) do seu convencimento[35].

Clermont, a propósito, entende que os *standards* probatórios são aplicados em alguns países de *Civil Law*. Entretanto, o autor observa que, até mesmo em casos meramente patrimoniais, haveria a aplicação tão somente do mais rígido modelo de constatação – da prova além de qualquer dúvida razoável –, sob a justificativa de que esse rigor acentuado corresponderia a menores risco de erro. Diante disso, Clermont cogita que essa postura seja adotada como forma de legitimar a decisão proferida – que estaria, portanto, sob menor risco de erro. Essa postura, continua o autor, não é comum nas cortes americanas, que estariam preocupadas mais em acertar do que em evitar os erros a todo custo, de forma a não empregar energia desnecessária em casos nos quais tamanho esforço probatório é desnecessário[36].

Pinto, por sua vez, observa que, salvo raras exceções – já apontadas exemplificativamente, com a menção a algumas decisões – "os julgados brasileiros não lidam textualmente com os modelos de constatação". O autor observa, no entanto, que isso não significa que "os tribunais pátrios não se preocupem com a formação de um silogismo lógico e racional para aferir a quantidade de prova necessária para que se tenha um fato como verdadeiro"[37].

35. TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008. p. 103.

36. CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont Law Review*, v. 33. 2009. p. 469-487.

37. PINTO, Marcos Vinicius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 17.

Com remissão a julgados de diferentes tribunais, o autor observa que, em casos que envolvem atos de improbidade administrativa, é possível observar a aplicação dos três *standards* probatórios mais usuais – prova além de qualquer dúvida razoável, prova clara e convincente e preponderância de provas.

Trata-se, é evidente, de uma inconsistência na atividade da valoração de provas – que cada tribunal realiza à sua maneira –, além de violação ao princípio da isonomia.

Há ainda outro exemplo que pode sinalizar inconsistência na valoração das provas, com a utilização de parâmetro probatório inferior ao adequado. É o caso das condenações criminais relacionadas a tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343, de 2006).

Com efeito, a questão dos *standards* probatórios e a sua escorreita aplicação é particularmente relevante em relação aos crimes de tráfico de drogas, em razão de uma série de fatores.

É possível citar, em primeiro lugar, a circunstância que talvez seja a mais óbvia: o fato de que os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a quase um terço – mais precisamente, 30,12% – das pessoas privadas de liberdade em todo o Brasil, conforme "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" (Infopen) produzido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública[38].

Para além do fato de quase um terço do sistema penal ser voltado à repressão ao tráfico de drogas, vale aludir à constatação generalizada de que, em persecuções penais que têm por objeto delitos desse gênero, o conjunto probatório usualmente é bastante tímido – não raro, restrito ao testemunho dos agentes de segurança pública que efetuaram a prisão em flagrante do réu.

Nesse sentido, relatório produzido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro aponta que 53,79% das condenações pelos delitos relacionados têm como único fundamento probatório a palavra dos policiais militares que participaram da prisão do réu. Além disso, em 71,14% dos casos os policiais são as únicas testemunhas. Quanto às condições socioeconômicas e pessoais dos acusados – vetores que devem ser observados para a aplicação, ou não, do disposto no § 4º da Lei de Drogas –, somente 9,84% das decisões as mencionam em suas fundamentações[39].

38. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf].

39. RIO DE JANEIRO. *Relatório final*: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf]. Acesso em: 29.01.2019.

No mesmo norte, pesquisa elaborada por Marcelo Semer em relação a sentenças penais alusivas ao crime de tráfico de drogas apontou que cerca de 89% dos processos têm início com a prisão em flagrante – em 70% dos casos, por policiais militares[40]. O autor apontou, além disso, que pouco mais de 10% dos casos tiveram início com investigações prévias, com a realização, por exemplo, de buscas e apreensões domiciliares ou interceptações telefônicas. A maioria dos casos, pelo contrário, têm origem em ações de patrulhamento policial ostensivo, cuja seletividade é historicamente conhecida.

É evidente que seria precipitado afirmar, em relação a todos os casos nos quais a condenação tem por fundamento tão somente a palavra dos policiais militares, que os julgadores se equivocaram. A pesquisa mencionada, todavia, é bastante ilustrativa quanto ao fato de que, na justiça criminal, eventualmente são utilizados *standards* probatórios inferiores ao apropriado – fenômeno que, dadas as peculiaridades do crime de tráfico de drogas, tem o potencial de atingir esse delito (e os acusados a ele relacionados) com especial virulência.

É possível acrescentar, ainda, outra característica que torna a observância dos *standards* probatórios ainda mais relevante nos casos de tráfico de drogas, consistente no fato de que os limiares entre tal delito e o crime de porte de drogas para consumo pessoal são muito tênues, sobretudo em um cenário legislativo e jurisprudencial no qual não há parâmetros minimamente objetivos que permitam distinguir esses dois tipos penais.

Com efeito, a distinção entre esses delitos se opera no âmbito probatório. Cabe às agências penais, pois, o ônus de comprovar que determinada pessoa apreendida com drogas as portava para traficá-las, e não apenas para consumi-las. Todavia, a prática jurisdicional tem revelado situação distinta, na qual impera, de um lado, a discricionariedade judicial – aliada a uma fundamentação decisória invariavelmente parca – e, de outro, a seletividade do sistema penal.

Muito embora a questão atinente à prova nos processos relativos a tráfico de drogas não seja o objeto de estudo deste escrito – é apenas um exemplo simbólico quanto à aplicação dos *standards* probatórios no processo penal –, vale a atenção a pesquisas que exploraram mais a fundo essa temática.

Nesse sentido, a pesquisa "Avaliação do impacto de critérios objetivos na distinção entre posse para uso e posse para tráfico: um estudo jurimétrico",

40. SEMER, Marcelo; DIETER, Maurício Stegemann. *Sentenciando tráfico*: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

elaborada pela Associação Brasileira de Jurimetria, aponta que "a utilização de critérios objetivos para classificar porte e tráfico gera impactos distintos nos perfis sociais" e complementa: "um exemplo de subpopulação severamente impactada por uma aplicação literal do critério seria o das mulheres portando cocaína em estabelecimentos prisionais"[41].

Exatamente para evitar situações em que uma mesma questão é apreciada sob diferentes *standards* probatórios (como se apontou em relação à improbidade administrativa), bem como o uso equivocado de *standards* inferiores aos apropriados – principalmente na seara penal –, é fundamental que haja uma definição prévia, na doutrina e na jurisprudência, a respeito dos modelos de constatação a serem empregados em cada caso.

Em relação à prova além de qualquer dúvida razoável, por exemplo, a sua aplicação está intrinsecamente arraigada ao processo penal, de forma que não há grandes dificuldades quanto à aplicação desse *standard* probatório.

Quanto aos demais *standards*, todavia, é necessário que a sua aplicação seja mais sistemática, sobretudo porque são problemáticas as constatações (anteriormente registradas) de que as cortes brasileiras empregam o modelo de constatação da prova além de qualquer dúvida razoável às lides civis e de que, para uma mesma questão, empregam três diferentes modelos de constatação.

Nesse sentido, Amaral observa que a decisão judicial que se vale de *standards* probatórios predefinidos e que permite às partes que discutam a respeito desses mesmos *standards* se legitima duplamente, porque se fundamenta em critérios antecipadamente anunciados e porque confere "às partes a oportunidade de participar do convencimento judicial a partir de tais critérios". Assim, afirma o autor, o respeito às regras de distribuição dos ônus probatórios e de valoração das

41. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. Avaliação do impacto de critérios objetivos na distinção entre posse para uso e posse para tráfico: um estudo jurimétrico. 2019. Disponível em: [https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/12/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf]. Outros estudos interessantes quanto à seletividade que permeia o discurso jurisprudencial relativo ao tráfico de drogas são a Tese de Doutorado "'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas" (JESUS, Maria Gorete Marques de. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016), bem como o artigo "Prender a qualquer custo: o tráfico de drogas e a pena de prisão na fundamentação judicial brasileira" (MACHADO, Maíra Rocha, et al. *Journal of Illicit Economies and Development*, 1(2). 2019. DOI: [https://doi.org/10.31389/jied.37]).

provas demanda que se recorra a modelos de constatação que permitam o controle epistemológico do convencimento judicial[42].

A utilização dos *standards* probatórios em sistemas de *Civil Law* – tal como o brasileiro –, habituados ao paradigma do livre convencimento motivado (que já nem mais encontra assento expresso no Código de Processo Civil), é ainda mais relevante, porque permite que se realize o controle epistemológico do convencimento judicial e da atividade valorativa das provas.

Quanto à matéria, Taruffo afirma que princípios como o do livre convencimento motivado – e outros equivalentes, vigentes em outros ordenamentos jurídicos – excluem a aplicação de regras probatórias legais (isto é, regras que determinem a força probatória de específicos itens de evidência), de forma a atribuir aos julgadores o poder de determinar o peso das provas com base em uma aplicação discricionária[43]. Em outras palavras, excluem-se a aplicação de paradigmas tal como o da prova tarifada, que nada mais são senão *standards* probatórios legais[44], isto é, modelos de constatação estabelecidos pelo próprio direito positivo.

Nesse cenário, Taruffo sugere que o verdadeiro problema consiste em "preencher" o "espaço vazio" da discricionariedade.

A proposta dos *standards* probatórios de que aqui se trata consiste exatamente em fornecer às partes e aos julgadores um aparato epistemológico que permita efetuar a valoração das provas com fundamentos em modelos preconcebidos que prescrevem níveis de convencimento a serem atingidos em cada caso, retirando, sobretudo no que toca aos julgadores, a carga de "escolha"[45].

Mendes Júnior propõe, em sentido semelhante, que os *standards* probatórios lógicos se prestam à redução da subjetividade dos julgadores, porque "serviriam

42. AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: TUTIKIAN, Cristiano (Org.). *Olhares sobre o público e o privado*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008. p. 103.

43. TARUFFO, 2003, p. 666.

44. Saliente-se que esses *standards* probatórios legais não se confundem com os standards probatórios de que aqui se trata, os quais, muito embora eventualmente encontrem previsão legal (como no caso dos artigo 311, IV, do Código de Processo Civil e do artigo 66, item 3, do Estatuto de Roma), são, antes de tudo, modelos de constatação de fundamento epistemológico e racional.

45. CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. XX, p. 4-9, 1965.

para preencher, na livre convicção, espaços recheados de subjetividade"[46]. O autor, que observa que o modelo da prova além de qualquer dúvida razoável é utilizado de forma ainda muito tímida no processo penal brasileiro, ainda destaca que é importante que o julgador indique às partes o modelo de constatação de que se valerá, o que permite o exercício do contraditório e da ampla defesa, além de assegurar, também em relação a essa matéria epistemológica, o exercício do duplo grau de jurisdição[47].

Da mesma forma, Knijnik, em alusão aos *standards* probatórios, afirma que "estes critérios, portanto, são pautas objetivas, sujeitas a participação e controle das partes, na constatação de fatos que auxiliam para evitar o arbítrio". Assevera, ainda, que os *standards* probatórios, consistentes em "enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão", promovem o controle do convencimento judicial mediante "parâmetros lógicos, originários do valor de probabilidade em que se fundam as inferências probatórias para efetuá-lo"[48].

Além disso, Dallagnol frisa que "os *standards* probatórios surgem como substitutos epistemológicos de *standards* mais tradicionais como da verdade e certeza, ainda que qualificadas como 'processuais', 'jurídicas', 'morais', 'formais', 'reais' etc."[49]. Trata-se, é evidente, de um novo paradigma epistemológico a informar a atividade de valoração das provas, oriundo, em parte, da constatação – já frisada – de que a certeza e a verdade plenas, objetivamente consideradas, são inalcançáveis.

Não se pode olvidar, todavia, que os *standards* probatórios geram um desconforto, decorrente do fato de que parte da premissa de que o ser humano é naturalmente falho e, portanto, inevitavelmente incorrerá em erros. Na verdade, os *standards* probatórios nada mais são do que uma tentativa de disciplinar esses erros – e de evitá-los, é claro.

Como se afirmou anteriormente, muitos autores envoltos nos sistemas de *Common Law* encaram com certa surpresa e até ceticismo o fato de que, nos sistemas de *Civil Law*, as cortes eventualmente se valem do modelo da prova além de qualquer dúvida razoável até mesmo para decidir lides civis com conteúdo

46. MENDES JÚNIOR, Frederico. *Valoração da prova*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Paranaense, Umuarama, 2009. p. 14.

47. MENDES JÚNIOR, 2009. p. 106.

48. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17-18.

49. DALLAGNOL, 2015. p. 259.

exclusivamente patrimonial. A justificativa para tanto, conjecturam os autores, consiste em uma tentativa de legitimação das decisões judiciais. Com efeito, é desconfortável reconhecer que a utilização de *standards* probatórios mais mitigados – como o da preponderância de prova – é acompanhada pela possibilidade do cometimento de erros de julgamento. Isso, todavia, é natural; é algo ínsito à valoração probatória. Até mesmo o mais elevado dos *standards* parte da concepção de probabilidades – algo que, se pudesse ser quantificado, representaria uma probabilidade em torno de 90%, como se indicou anteriormente[50].

A propósito, Knijnik observa que o próprio processo reconhece a chance de erro e a incorpora ao sistema, de forma a regulamentá-la, de forma que "os *standards* jurídicos ou mecanismos de controle nada mais são que a reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático"[51].

Dallagnol, nesse sentido, observa que ainda é um tabu para parte da doutrina reconhecer que uma condenação criminal, com suas graves decorrências, seja lastreada em probabilidades[52]. Com efeito, da própria denominação do *standard* – prova além de qualquer dúvida razoável – infere-se que é possível proferir um édito condenatório na presença de incertezas, desde que estas não sejam razoáveis[53].

Se, por outro lado, houver dúvidas razoáveis quanto a algum dos elementos constitutivos do crime[54] (ou mesmo em relação à concessão de tutela de

50. Dallagnol destaca que os *standards* estão necessariamente associados à concepção de que erros inevitavelmente serão cometidos: "como é impossível chegar a um valor probatório absoluto, toda decisão lastreada em um conjunto de provas com valor global inferior a 100% permite uma margem de erro, e esta infelizmente acarretará a condenação de inocentes, ao longo do tempo, conforme a série de casos criminais se estenda – o que é uma terrível possibilidade. Essa é a essência do dilema: quanto mais elevado o standard de prova, menos inocentes e culpados serão condenados; quanto mais elevado, mais inocentes e culpados serão condenados. O único modo de não condenar inocentes seria jamais condenar alguém ou revogar todos os tipos penais" (2015. p. 276). Há, como se vê, um verdadeiro *tradeoff* entre esses erros e acertos, que envolve, ainda, os custos decorrentes da produção das provas e desses mesmos erros e acertos. Trata-se de uma questão profundamente normativa – relativa, portanto, ao dever-ser –, que é enfrentada, por exemplo, pela Teoria Econômica do Crime.
51. KNIJNIK, 2001. p. 30.
52. DALLAGNOL, 2015. p. 263.
53. É claro que a tal "razoabilidade" da dúvida é uma questão problemática. De qualquer forma, essa é, até o presente, a melhor fórmula encontrada para expressar o modelo de constatação a ser observado em processos criminais.
54. Recorde-se que a Suprema Corte norte-americana salientou que o modelo da prova além de qualquer dúvida razoável é aplicável a todos os elementos constitutivos do crime.

evidência, por exemplo), o julgador deverá absolver o réu (ou não poderá conceder a antecipação de tutela).

Essa regra sintetiza, na verdade, o princípio da presunção de inocência e, sobretudo, do *in dubio pro reo*. Como se salientou anteriormente, os *standards* probatórios usualmente encontram-se vinculados a presunções. No caso do modelo da prova além de qualquer dúvida razoável, esse nível de prova vincula-se à presunção de inocência[55].

Tudo isso parece conduzir à conclusão de que os *standards* probatórios, são, sim, aplicáveis ao processo penal brasileiro, sobretudo como forma de controle do convencimento judicial e da atividade de valoração das provas. Trata-se, ainda, de meio de garantir às partes que o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição sejam exercidos também em relação ao modelo de constatação de que se valeu o julgador, que, por sua vez, deverá enunciar o *standard* que orientou sua decisão.

Além disso, o direito processual penal brasileiro é permeável aos modelos de constatação. Muito embora se trate de paradigma oriundo sobretudo da *Common Law*, nada impede a sua utilização no processo da *Civil Law*, desde que obedecidos os direitos e as garantias que lhe são inerentes, e especialmente as idiossincrasias do processo penal brasileiro.

Conclusão

Este trabalho buscou responder à seguinte indagação: é possível a aplicação dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro?

Para tanto, iniciou-se o artigo a partir de uma breve exposição a respeito das provas no processo penal, de forma a permitir a contextualização dos *standards* na prática decisória e de valoração das provas. Nesse ponto, apresentaram-se os paradigmas conduziram as provas ao longo dos séculos, especialmente na atividade de valoração desses elementos de convencimento.

55. Nesse sentido, Dallagnol indaga: "Qual o nível de segurança, de probabilidade, abaixo do qual o juiz criminal deve invocar a incapacidade de escolha entre possibilidades fáticas, o *non liquet*, e absolver por insuficiência de provas? Ou, inversamente, qual o nível de probabilidade aceitável para se proferir uma condenação criminal?" (2015. p. 259). Mais adiante, o autor afiança que a noção de prova além de qualquer dúvida razoável, "embora um tanto fluida, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas e, ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal. Dentro dessa ideia, apenas a dúvida que seja razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, e nesse sentido é que deve ser compreendido o brocardo in dubio pro reo" (2015. p. 267).

Na sequência, passou-se à apresentação a respeito dos *standards* probatórios, oportunidade em que foi delineada sua origem e sua definição. Da mesma forma, indicaram-se os níveis de prova mais comumente usados – da prova além de qualquer dúvida razoável e da preponderância de provas – e os atributos de cada um desses modelos. Salientou-se, então, que a utilização dos *standards* probatórios é dinâmica, de maneira que a sua incidência depende não apenas da natureza – penal ou cível – do processo de que se trata, mas também de fatores tais como a fase processual, bem como a sanção e o bem jurídico envolvidos. Destacou-se, ainda, que em um mesmo processo é possível a utilização de diferentes *standards*. Indicou-se, ainda, a controversa possibilidade de parametrização quantitativa dos modelos de constatação.

Apresentaram-se, na sequência, exemplos de aplicação prática dos *standards* probatórios. De início, discorreu-se acerca dos célebres casos judiciais que envolveram o ex-atleta O. J. Simpson, que ilustram a distinção entre os *standards* probatórios e as decorrências daí oriundas. Além disso, apresentaram-se as manifestações dos modelos de constatação no direito brasileiro, especialmente no Código de Processo Civil (em relação à tutela de evidência) e no Estatuto de Roma (relativo ao Tribunal Penal Internacional), bem como em alguns julgados das cortes pátrias, citados exemplificativamente.

Passou-se, então, à reflexão quanto à aplicabilidade dos *standards* probatórios ao direito processual penal brasileiro. Buscou-se salientar, nesse particular, a função a que se prestam os modelos de constatação, mormente no que tange ao controle epistemológico do convencimento judicial e da atividade de valoração probatória.

Concluiu-se, assim, que os *standards* probatórios são compatíveis com o direito processual brasileiro e, portanto, são a ele aplicáveis. Mais do que isso, afiançou-se que a adoção dos modelos de constatação representaria a maneira epistemologicamente correta de realizar o controle do convencimento judicial e da atividade de valoração probatória. Em outras palavras, verificou-se a hipótese inicialmente apresentada.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: TUTIKIAN, Cristiano (Org.). *Olhares sobre o público e o privado*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. *Avaliação do impacto de critérios objetivos na distinção entre posse para uso e posse para tráfico*: um estudo jurimétrico. 2019. Disponível em: [https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/12/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf].

BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista da AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 9, Curitiba, p. 606-609, jul.-set. 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. XX, p. 4-9, 1965.

CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont Law Review*, v. 33, p. 469-487, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Addison-Wesley, 2012.

DALLAGNOL, Deltan. *As lógicas das provas no processo*: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GAROUPA, Nuno. Explaining the standard of proof in criminal law: a new insight. *Supreme Court Economic Review*, v. 26, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HE, Jiahong. *Methodology of judicial proof and presumption*. Pequim: Springer, 2018.

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. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

KAPLOW, Louis. Burden of proof. *Yale Law Journal*, v. 121, 2012.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os "standards" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-51, jan.-fev. 2001.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MACHADO, Maíra Rocha et al. *Prender a qualquer custo*: o tráfico de drogas e a pena de prisão na fundamentação judicial brasileira. *Journal of Illicit Economies and Development*, 1(2), 2019. DOI: [https://doi. org/10.31389/jied.37].

MARTIN, Elizabeth (Ed.). *Oxford Dictionary of Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

MENDES JÚNIOR, Frederico. *Valoração da prova*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Paranaense, Umuarama, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf].

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PINTO, Marcos Vinicius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

RIO DE JANEIRO. *Relatório final*: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf]. Acesso em: 29.01.2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: EMais, 2017.

ROWLES, Dustin. *O. J. Simpson versus Steven Avery*: why one man was convicted and the other acquitted. 2016. Disponível em: [https://goo.gl/6pPr9x].

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SEMER, Marcelo; DIETER, Maurício Stegemann. *Sentenciando tráfico*: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008.

TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 3, p. 659-677, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

VARS, Frederick E. Toward a general theory of standards of proof. *Catholic University Law Review*, v. 60, n. 1, p. 1-50, 2011.

WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*: theological roots of the criminal trial. New Haven: Yale University Press, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais, de João Paulo Kulczynski Forster, José Eduardo Aidikaitis Previdelli e Graziele Silva Costanza – *RBCCrim* 160/147-176 (DTR\2019\40095);
- O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188 (DTR\2019\31668); e
- Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória, de Edilson Vitorelli – *RePro* 297/369-396 (DTR\2019\41011).

Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal

On the (un)constitutionality of the data bank with a genetic profile of convicts in the criminal process

Rosane Feitosa de Souza

Advogada. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (UniBH).
rosane_rfs@yahoo.com.br

Hudson Fernandes de Souza

Delegado de Polícia Federal. Mestrando em Direito Penal (PUCMINAS).
hudson.hfs@gmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 03.06.2019
Última versão dos autores: 02.07.2019

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: Este artigo propõe uma análise acerca dos aspectos técnicos e jurídicos que envolvem a coleta compulsória do perfil genético de condenados no processo penal, bem como o armazenamento desse perfil em banco de dados como consequência extrapenal da condenação por crimes violentos ou hediondos. A partir de uma breve análise acerca da utilização da tecnologia do DNA como ferramenta à investigação criminal nos ordenamentos estrangeiros, das garantias constitucionais relacionadas, bem como das controvérsias que envolvem o mito da infalibilidade da prova genética, pretende-se fomentar a discussão acerca da constitucionalidade e compatibilidade das referidas inovações trazidas pela Lei 12.654/2012 frente aos direitos fundamentais dos condenados. Tem-se que a crescente demanda

Abstract: The present essay proposes an analysis about technical and legal aspects involving the compulsory collection of the genetic profile of condemned persons in the criminal process, as well as the storage of this profile in database as a extrapenal consequence of the condemnation for violent or heinous crimes. From a brief analysis of the use of ADN technology as a tool for criminal investigation in foreign jurisdictions, related constitutional liberties, as well as the controversies surrounding the myth of the infallibility of genetic testing, we intend to foster discussion about constitutionality and compatibility of said innovations brought by law on the fundamental rights of convicted persons. The increasing demand by the State to joust high levels of crime, the number of police investigations

Souza, Rosane Feitosa de; Souza, Hudson Fernandes de. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165. ano 28. p. 159-185. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

do Estado em combater os elevados índices de criminalidade, a quantidade de inquéritos policias arquivados sem a identificação da autoria, bem como a ocorrência de condenações injustas tem direcionado a escolha de uma política criminal cada vez mais punitivista por parte do Poder Público, o que culmina na relativização dos direitos e garantias fundamentais dos acusados e condenados no processo penal. Trata-se de um tema cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de um recurso extraordinário interposto perante a Corte, no qual a defesa de um condenado questiona a legalidade da coleta compulsória do DNA e o seu respectivo armazenamento em banco de dados.

Palavras-chave: Perfil genético – DNA – Banco de dados – Condenados.

filed without the identification of authorship, and the occurrence of unjust convictions have led the public authority to choose an increasingly punitive criminal policy, which culminates in the relativization of the fundamental rights and liberties of those accused and convicted in criminal proceedings. This is an issue whose general repercussion has been recognized by the Brazilian Federal Supreme Court, based on an extraordinary appeal filed before the Court, in which the defense of a convicted person questions the legality of the compulsory collection of ADN and its respective storage in a legal database

Keywords: Genetic profile – ADN Database – Convicted persons.

Sumário: 1. Introdução. 3. Considerações sobre a origem e evolução da coleta de material genético para fins criminais em alguns ordenamentos jurídicos americanos e europeus. 4. Banco de dados e segurança pública. 5. Garantias constitucionais relacionadas. 5.1. O direito à intimidade genética e o princípio da dignidade da pessoa humana. 5.2. As intervenções corporais e a garantia de inviolabilidade do corpo. 5.3. O princípio da não autoincriminação e a coleta compulsória de DNA . 6. Controvérsias técnico-legais. 6.1. Cadeia de custódia. 6.2. Infalibilidade do DNA. Prova perfeita?. 6.3. Compatibilidade da Lei 12.654/2012 com direitos fundamentais. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, alterando os diplomas legais que tratam da identificação criminal[1] e da execução penal[2], introduziu no ordenamento jurídico pátrio a previsão de coleta de material biológico contendo ácido desoxirribonucleico – DNA para a obtenção dos perfis genéticos de suspeitos e condenados no processo penal e a manutenção desses perfis em bancos de dados sigilosos para futuras identificações.

Em 23 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada no Recurso Extraordinário

1. Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.
2. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal – LEP.

973.837 – RE, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, acerca da constitucionalidade da inclusão e manutenção em banco de dados estatal dos perfis genéticos de condenados por crimes dolosos praticados com violência grave contra a pessoa ou por crimes hediondos.

Esse RE foi interposto pela Defensoria Pública de Minas Gerais contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, proferido no julgamento do agravo em execução penal 1.0024.05.793047-1/001, no qual se fixou o entendimento de que a criação do banco de dados com material genético do apenado não atenta contra o princípio da vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), por ser uma decorrência da condenação criminal transitada em julgado, nem viola o princípio da irretroatividade da lei penal, por se tratar de norma que prevê mero procedimento de identificação criminal.

Embora o STF haja realizado entre os dias 25 e 26 de maio de 2017 audiência pública[3] contando com a participação de especialistas em genética forense do Brasil e do Exterior, além de juristas e estudiosos desse tema, o RE permanece pendente de julgamento, mesmo após decorridos 3 anos do reconhecimento de sua repercussão geral.

Enquanto é aguardado o provimento jurisdicional definitivo para resolução da lide objeto desse caso concreto, proliferam os debates acadêmicos e os questionamentos em âmbito judicial e extrajudicial[4] acerca da constitucionalidade da Lei 12.654/2012.

Também no cenário internacional, observam-se em vários sistemas jurídicos discussões acerca dos limites dos poderes estatais na coleta de material biológico de suspeitos ou condenados por infrações penais, na descrição de cada perfil genético examinado, no armazenamento desses perfis em bancos de dados e no uso dessas informações, não havendo uniformidade de tratamento dessa matéria[5].

3. Audiência pública – *Coleta de material genético de condenados*. Brasília, DF. 26 mai. 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw]. Acesso em: 26.02.2018.
4. Vide a *Bibliografia e legislação temática*: banco de dados genéticos para fins criminais, elaborada pela Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal – STF, mai. 2017. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf]. Acesso em: 26.05.2019.
5. À guisa de exemplo, veja-se o Tema 905 da RG – *Coleta de material genético para fins criminais* – da Pesquisa de Jurisprudência Internacional pela Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletademater ialgenticoparafinscriminais.pdf] Acesso em: 26.05.2019.

Nesse contexto, o presente artigo pretende contribuir com essas discussões no direito comparado, apresentando uma breve análise de alguns aspectos relacionados à constitucionalidade da coleta de material biológico de pessoa investigada ou condenada e obtenção do seu perfil genético para fins de identificação criminal e das dificuldades em preservar a cadeia de custódia para assegurar a confiabilidade desse meio de prova.

Afinal, embora se reconheça que a existência de bancos de dados genético estatais para fins de identificação criminal seja uma realidade em muitos países desenvolvidos, a grande dúvida que se apresenta não é apenas em relação à constitucionalidade de sua previsão na letra fria da lei, mas também no tocante aos riscos a garantias constitucionais correlatas (intimidade, dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do corpo, vedação à não autoincriminação, dentre outros) ao uso dessa tecnologia se não houver a capacitação adequada dos agentes encarregados da coleta, manutenção e emprego no Processo penal.

2. Breves apontamentos de algumas relevantes omissões verificadas na Lei 12.654/2012

A partir das alterações promovidas pela Lei 12.654/2012, a identificação criminal[6] "poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético" quando tal providência "for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa"[7].

Pela literalidade dessa norma, a identificação criminal pelo método de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético só pode ocorrer após decisão jurisdicional que a reconheça como essencial à investigação policial. Embora seja difícil definir *a priori* em quais linhas de investigação essa diligência será indispensável, parece razoável supor que ela é cabível quando, em relação à identidade de um suspeito, houver dúvida e esta não puder ser sanada por meio da colheita das impressões digitais (método datiloscópico), fotografia ou qualquer outra forma de identificação pessoal menos onerosa economicamente para a coletividade e menos invasiva aos direitos da personalidade do indivíduo identificado criminalmente.

6. A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no art. 5º, LVIII, que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

7. Art. 5º, parágrafo único, c/c art. 3º, IV, todos da Lei 12.037/2009.

Interessante notar que, no dispositivo em comento, a Lei foi omissa tanto em relação à medida judicial (recurso, mandado de segurança, *habeas corpus* etc.) cabível em caso de despacho denegatório da representação da autoridade policial ou do requerimento das partes para identificação criminal baseada no perfil genético do suspeito, quanto à possibilidade de essa mesma diligência ser requerida pelo querelante em crimes de ação penal privada.

Por outro lado, também não houve qualquer restrição legislativa a respeito da natureza da infração penal ou da pena cominada para o cabimento da decisão judicial determinando a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, tal como ocorre, por exemplo, em relação ao sigilo das comunicações telefônicas, cuja interceptação não será admitida se "o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção" (art. 2º, III, da Lei 9.296/1996).

No tocante à execução penal, a Lei 12.654/2012 acrescentou o art. 9º-A à LEP, prevendo que os condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos, serão obrigatoriamente submetidos à identificação do perfil genético, mediante extração de amostra de DNA, como efeito extrapenal da condenação criminal.

Do mesmo modo, o legislador não definiu quando o condenado será compelido à extração compulsória do seu material genético, ensejando dúvidas se seria somente depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (MARIANO JÚNIOR, 2015) ou após a condenação em primeira ou segunda instância[8], nem se tal medida continuaria sendo necessária se já houvesse identificação do perfil genético em banco de dados oficial.

Outra omissão relevante diz respeito à possibilidade de se aproveitar eventual identificação do perfil genético existente em banco de dados particulares (tais como clínicas e laboratórios privados) para fins de identificação criminal, desde que houvesse autorização judicial nesse sentido.

Ressalte-se, ainda, que no tocante à coleta dos perfis genéticos de condenados, a referida Lei não definiu por quanto tempo esses perfis permanecerão em bancos de dados oficiais, ao contrário daqueles colhidos durante a investigação

8. A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, acrescentou o § 4º ao art. 9-A da LEP, dispondo que o "condenado pelos crimes previstos no *caput* deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena".

criminal, que devem ser eliminados após o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Essas omissões denotam que a disciplina legal dessa matéria ainda não conta com a abrangência mínima necessária que a sua relevância requer e, apesar de ser tratada há décadas em ordenamentos jurídicos americanos e europeus, ainda não está imune a dúvidas, como se procurará demonstrar nos itens seguintes.

3. Considerações sobre a origem e evolução da coleta de material genético para fins criminais em alguns ordenamentos jurídicos americanos e europeus

A utilização de regiões do DNA, denominadas não codificantes, para identificar pessoas, surge em 1984, no meio acadêmico, a partir da tecnologia desenvolvida pelo geneticista inglês, Alec John Jeffreys. Os métodos de investigação de DNA de Jeffreys foram inicialmente empregados em 1985 para auxiliar na resolução de uma disputa judicial envolvendo direito de imigração (PARADELA, 2018). A partir de suas descobertas, tornou-se possível identificar traços de DNA e relacioná-los a determinado indivíduo, a partir de amostras colhidas das vítimas ou de vestígios extraídos no local do crime.

No final da década de 1980, o uso do DNA como ferramenta de identificação criminal difundiu-se nos Estados Unidos da América – EUA, onde várias leis foram editadas no sentido de permitir a coleta de amostras de material genético. Em seguida, o *Federal Bureau of Investigation* – FBI criou um projeto, no ano de 1990, para que os Estados norte-americanos pudessem trocar informações acerca da coleta do material genético. No ano de 1994, houve a aprovação da primeira lei que versava sobre o assunto, denominada "Lei de Identificação de DNA". Esta lei permitiu ao FBI estabelecer um banco de dados e criar um Comitê Conselheiro para os laboratórios de ciência forense. Atualmente, todos os 50 Estados norte-americanos fazem parte desse banco de dados compartilhado.

Durante a audiência pública[9] realizada no STF em 26 de maio de 2017, o perito criminal do FBI, Douglas Hares, afirmou que as cortes judiciais estadunidenses reconhecem a constitucionalidade do banco de dados de perfil genético e que a Suprema Corte dos EUA considera a coleta do material genético dos presos uma medida razoável que faz parte do processo rotineiro de identificação criminal, assim como a fotografia ou a coleta de impressões digitais.

9. Audiência pública – *Coleta de material genético de condenados*. Brasília, DF. 26 mai. 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw]. Acesso em: 26.02.2018.

Na mesma audiência pública, o perito criminal alemão, Ingo Bastisch, afirmou que em seu país o uso de banco de dados de perfis genéticos na investigação criminal já faz parte do cotidiano das atividades policiais e judiciais, e que esta tecnologia de identificação tem sido muito bem recepcionada pelos demais países europeus. Ressaltou a utilidade do perfil genético não somente para elucidar crimes, mas, sobretudo, para sua prevenção.

A respeito de quais crimes podem ser objeto da coleta do material genético, tem-se que a legislação varia entre os países, sendo que no âmbito da União Europeia – UE é reconhecido o uso dessa tecnologia, bem como a possibilidade de intercâmbio desses dados entre os Estados-membros.

De acordo com informações disponibilizadas pelo STF[10] com base em pesquisa de jurisprudência internacional, na Alemanha, o suspeito de cometer crime grave pode ter seu material biológico (tecido celular) submetido a exames moleculares e genéticos para estabelecer o seu perfil de DNA e as informações obtidas podem ser usadas na identificação do indivíduo em futuros processos criminais de substancial importância, levando em consideração a gravidade e as circunstâncias do crime, assim como a personalidade do acusado. Por outro lado, entende-se que a legislação alemã oferece garantias adequadas contra a retenção indiscriminada de amostras e perfis genéticos e proteção jurídica desses dados pessoais contra o uso indevido e eventuais abusos.

Na Letônia, tanto a coleta de material biológico de suspeitos de crimes e a inserção de seus perfis genéticos em bancos de dados, ainda na fase de investigação, constituem medidas adequadas para garantir a segurança pública e a proteção dos direitos dos demais indivíduos. Contudo, as informações sobre o perfil genético do investigado não podem ser mantidas caso este seja inocentado (*rectius*: absolvido).

Para a Suprema Corte de Justiça da Nação do México, a identificação do perfil genético de um indivíduo poderia potencialmente revelar outros dados além daqueles pretendidos no processo judicial em que foi determinado, violando assim o direito à privacidade da pessoa submetida a exame.

O Tribunal Constitucional de Portugal considera interferência não autorizada na vida privada e ofensa à integridade física da pessoa submetida, contra a própria vontade, a exame compulsório de coleta de amostra de saliva para análise

10. Pesquisa de Jurisprudência Internacional Tema 905 da RG – *Coleta de material genético para fins criminais*. 04 out. 2018. Disponível em: [www.stf.jus.br /arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/ anexo/Pesquisa5Coletademater ialgenticoparafinscriminais.pdf]. Acesso em: 26.05.2019.

genética e que o direito à não autoincriminação abrange o respeito ao desejo de permanecer em silêncio e de não ser obrigada a fornecer amostras de DNA para uso contra si própria em Processo penal.

Para o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, a coleta de material biológico por meio do atrito de um cotonete na parte interna da bochecha (suabe bucal) e a manutenção de informações sobre o perfil genético de indivíduo em banco de dados para fins de identificação criminal violam o direito à privacidade previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem e que a não eliminação dessas informações, no caso de não haver condenação, configuraria ofensa ainda mais grave, em razão de tratamento igual de pessoas em situações distintas (inocentes e culpadas), já que em relação a condenados, seria medida proporcional e legítima para prevenção e investigação de crimes, além da proteção dos direitos e liberdades de todos em uma sociedade democrática.

4. Banco de dados e segurança pública

A segurança pública é reconhecidamente uma das principais preocupações de toda a sociedade brasileira, particularmente em razão dos elevados índices de violência e de encarceramento em massa amplamente divulgados pela mídia e pelo poder público.

De acordo com o relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais – CNIEP disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ para consulta no sítio eletrônico www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, no final do primeiro semestre de 2019, a população carcerária distribuída em todo o país totalizaria 717.810 detentos, dos quais 247.582 seriam presos provisórios.

Nesse contexto, questiona-se em que medida a incorporação da tecnologia de coleta de material biológico contendo ácido desoxirribonucleico – DNA para a obtenção dos perfis genéticos de suspeitos e condenados no Processo penal e a manutenção desses perfis em bancos de dados sigilosos para futuras identificações contribuiria para o aprimoramento das políticas de segurança pública.

Segundo dados fornecidos durante a audiência pública[11] realizada no STF em 26 de maio de 2017, a estimativa de custo para se evitar um crime hediondo nos EUA via aumento do policiamento seria de US$ 26,000.00 (vinte e seis mil dólares)

11. Audiência pública – *Coleta de material genético de condenados*. Brasília, DF. 26 mai. 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw]. Acesso em: 26.02.2018.

para cada delito; via aumento das penas seria de aproximadamente US$ 7,600.00 (sete mil e seiscentos dólares) e via alimentação do banco de dados de DNA seria de US$ 600.00 (seiscentos dólares) por crime violento elucidado, tendo em vista seu possível efeito dissuasório, com efeitos de diminuição da reincidência.

Entretanto, é de amplo conhecimento que os EUA têm a maior população carcerária do mundo, estimada atualmente em 2,2 milhões de presos, cuja manutenção demanda crescentes aportes de recursos humanos e financeiros.

Por outro lado, o aprimoramento da prova pericial com emprego da tecnologia de identificação criminal com base no perfil genético poderia de fato melhorar significativamente tanto o sistema judicial criminal quanto as práticas policiais investigativas, haja vista que este método "permite verificar, com alto grau de precisão e acurácia, se um material biológico coincide ou não com o de um suspeito" (COSTA NETO; TRINDADE, 2017, p. 15).

Com efeito, a implantação e manutenção da identificação criminal a partir dos perfis genéticos de suspeitos e condenados no Processo penal em bancos de dados sigilosos para futuras identificações acompanham uma tendência mundial de se utilizar a tecnologia do DNA como meio de prova, desempenhando um papel fundamental na investigação criminal contemporânea e podem ser decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 633).

Mas, para se alcançar resultados confiáveis com essa técnica, é indispensável investir na qualificação dos profissionais que irão coletar e manusear as amostras de material biológico contendo DNA para identificação do perfil genético de suspeitos e condenados, bem como a preservação da cadeia de custódia desse elemento de prova.

Contudo, é inegável que as inovações promovidas pela Lei 12.654/2012 no sistema processual penal brasileiro podem acarretar restrições a direitos e garantias constitucionais dos indivíduos submetidos à coleta de material biológico para sua identificação criminal com base no DNA, tendo em vista que os dados genéticos podem revelar questões intimamente ligadas ao núcleo da personalidade e da dignidade humana, sendo especialmente relevante sua incidência no exercício das liberdades e o risco de práticas discriminatórias (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 62).

A seguir, serão abordados os riscos desse método de identificação criminal que não é infalível e pode se tornar altamente lesivo a direitos e garantias constitucionalmente assegurados, contrariando as finalidades para as quais foi concebido, se não for aplicado adequadamente de acordo com as peculiaridades que essa tecnologia requer.

5. Garantias constitucionais relacionadas

5.1. O direito à intimidade genética e o princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se num dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal de 1988, sendo, na opinião de Maia Neto (2015, p. 23):

> "o núcleo dos direitos humanos de todos os cidadãos, de que decorre a grande importância de respeito aos fundamentos da vida, da liberdade, da igualdade, da fraternidade, da solidariedade e da justiça, tudo como garantia constitucional/judicial dos investigados, acusados, presos e condenados."

Corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade é um direito fundamental assegurado pela Carta Magna em seu art. 5º, X, que diz "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação".

Esse direito fundamental tem a sua origem próxima na Declaração dos Direitos Humanos da Assembleia Geral da ONU, de 1948, que estabeleceu no seu art. 12: "ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, ao segredo, sendo estas apenas algumas de suas expressões, não se tratando de rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade (FERREIRA FILHO; GRINOVER; FERRAZ, 1978, p. 7).

Nesse sentido, uma das suas manifestações é o direito à intimidade genética, cuja função é salvaguardar o bem jurídico fundamental da identidade genética, que constitui uma das manifestações essenciais da personalidade humana. O conteúdo desse direito engloba o dever de respeito e de proteção à constituição genética – única e não repetível – de cada ser humano, em face de ela constituir elemento que qualifica a pessoa humana e dela não deve ser separada (SULZBACH; CARRION, 2011, p. 2).

A Constituição da República de 1988, em seu art. 225, § 1º, assegura que compete ao Poder Público "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio

genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético". Porém, não há, legislação específica tratando acerca dos dados genéticos, podendo-se extrair de alguns documentos internacionais a tutela de tais direitos, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, que, em seu art. 1º, definiu que "o genoma humano, expresso como a base da unidade fundamental da espécie humana, é classificado como patrimônio da humanidade". Visando coibir possíveis discriminações, essa Declaração preocupou-se em garantir o respeito à dignidade e aos direitos humanos, independentemente das características genéticas do indivíduo.

O poder de criar e manter os bancos de dados de perfis genéticos de suspeitos e condenados no Processo penal está indissociavelmente conectado ao dever de confidencialidade sobre essas informações como corolário dos direitos fundamentais à intimidade genética e à proteção dos dados genéticos, sendo também consequência direta do respeito aos princípios da dignidade, igualdade e não discriminação, vez que toda pessoa que aceda, conheça ou trate da informação genética de um terceiro, está obrigada a manter sua confidencialidade (HAMMERCHMIDT, 2007, p. 153).

Ressalte-se que a Lei 12.654/2012 prevê medidas que buscam resguardar a intimidade dos dados indivíduos que têm seus dados coletados e armazenados. Nesse sentido, ela acrescentou à Lei 12.037/2009 o art. 5º-A, § 1º, dispondo que:

> "as informações genéticas contidas nos bancos de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos."

Esse mesmo dispositivo legal dispôs no seu §2º acerca do caráter sigiloso dos bancos de dados ao prever a responsabilização civil, penal e administrativa de quem "permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta lei ou em decisão judicial". Além disso, o acesso aos dados pelas autoridades policiais dependerá de prévia autorização judicial, nos termos do § 2º do art. 9º-A da Lei 12.037/2009. A intenção do legislador, nesse caso, parece ter sido pela prevalência do *jus puniendi* estatal em detrimento da mínima afetação à intimidade do indivíduo, embora sempre sob controle jurisdicional prévio.

Pode-se concluir que o direito à intimidade genética é uma nova vertente do já consagrado direito à intimidade e privacidade como corolário da dignidade da pessoa humana numa nova etapa da evolução dos direitos humanos.

5.2. As intervenções corporais e a garantia de inviolabilidade do corpo

Outra garantia que deve ser resguardada aos sujeitos alcançados pela lei em comento, consiste na inviolabilidade do corpo humano enquanto fonte ou meio de prova no Processo penal. Alguns dispositivos (v.g., art. 5º, XLV, XLVII, XLIX, LIV, LXVII) da Constituição da República tutelam o corpo do suspeito ou do réu de intervenções arbitrárias e outros destinam-se a proteger a dignidade corporal do condenado.

> "As legislações europeias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul, como ocorre, nesses países, com a Argentina (art. 218, *Código Procesal Penal de la Nación*), por exemplo, preveem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias (PACELLI, 2017, p. 394)."

Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, citado por Carvalho (2008), conceitua as chamadas "intervenções corporais" como medidas de investigação realizadas sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta, se necessário, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam do interesse para o processo, em relação às condições ou ao estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos nele escondidos.

Importante ressaltar a distinção que se faz entre intervenções invasivas e não invasivas. Intervenção corporal invasiva será toda aquela que pressupõe a penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, para a sua realização. Os exames de sangue, em geral, constituem exemplos de meios invasivos. "Será não invasiva, quando consistir em uma inspeção ou verificação corporal ou em seus materiais orgânicos" (AFONSO, 2017, p. 50). Ressalte-se que não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma regulamentação sistemática das intervenções corporais.

Parcela respeitável da doutrina entende que é legítimo apreender material descartado, seja orgânico (produzido pelo próprio corpo, como saliva, suor, fios de cabelo), seja inorgânico (decorrentes do contato de objetos, tais como garrafas sujas de saliva etc.). Exemplificando, não sendo possível retirar à força parte ainda fixada ao corpo de um indivíduo para realizar um exame de DNA, nada impede que um fio de cabelo solto desse mesmo indivíduo seja apreendido em um salão de beleza (QUEIROZ, 2017).

Visando à obtenção do material genético, o juiz poderia determinar a busca e apreensão de bens pessoais do indivíduo, como escova de dente, roupas de cama

e restos orgânicos (COSTA NETO; TRINDADE, 2017, p. 15). Nesse diapasão, Lopes Júnior defende que:

> "não existe problema quando as células corporais necessárias para realizar, por exemplo, uma investigação genética, encontram-se no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nesses casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal, previstas no art. 240 e ss. do Código de Processo penal (2014, p. 633)."

Por outro lado, há precedentes jurisprudenciais no STF no sentido de que não se pode obrigar ninguém a doar sangue, tampouco a entregar um fio de cabelo seu. Veja-se, por exemplo, o entendimento explicitado no julgamento do *Habeas Corpus* 77135/SP, da relatoria do Min. Ilmar Galvão, no qual a Corte Suprema reconheceu o direito de um acusado a não fornecer padrões gráficos para exame pericial, ao entendimento de que o réu não era obrigado a fazer prova contra si. Semelhante ponto de vista poderia ser aplicado também ao conhecido *bafômetro,* que vem a ser o teste de alcoolemia, para fins de comprovação da quantidade alcoólica ingerida pela pessoa (PACCELI, 2017, p. 395).

Como já mencionado, a Lei 12.654/2012 prevê que a extração do DNA para a obtenção do perfil genético deverá ser feita por técnica adequada e indolor (art. 3º). Na Polícia Federal, por exemplo, utiliza-se somente o chamado "suabe" bucal para coletar as amostras de DNA. Trata-se de uma espécie de cotonete estéril que é levemente passada no céu da boca do indivíduo. Entendem alguns que, diferentemente da extração de sangue, "o cotonete não penetra no corpo do indivíduo" (COSTA NETO; TRINDADE, 2017, p. 18). No laboratório, é processada a amostragem de DNA, onde se retira somente a parte que interessa, qual seja, a parte não codificante. O que sobra desse material é mantido no laboratório para eventual necessidade de contraprova[12].

12. Foi parcialmente vetada a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no tocante ao acréscimo do § 6º ao art. 9-A da LEP segundo o qual "uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do *caput* deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim", com base nas seguintes razões de veto: "*A proposta legislativa, ao prever o descarte imediato da amostra biológica, uma vez identificado o perfil genético, contraria o interesse público tendo em vista que a medida pode impactar diretamente no exercício do direito da defesa, que pode solicitar a refeitura do teste, para fins probatórios. Ademais, as melhores*

Pode-se questionar o grau de invasividade do suabe bucal. Os peritos criminais afirmam que a extração de DNA pelo suabe bucal não é invasiva (COSTA NETO; TRINDADE, 2017, p. 19), visto que se trata de coleta superficial e que não demanda um comportamento ativo do acusado.

Nesse sentido, a juíza de direito Denise Hammerschmidt afirmou durante a audiência pública acima mencionada que a Corte espanhola, em entendimento jurisprudencial, considera que a obtenção de amostras biológicas para a realização de provas de DNA é qualificada como intervenção corporal leve ou levíssima, não apresentando relevante afetação ao bem-estar do indivíduo, sua saúde e tampouco à sua intimidade. A afetação a tais direitos seria mínima, podendo ser admitida pelo critério da proporcionalidade. Portanto, conforme esse entendimento, a extração de amostras através da saliva, com retirada por meio do suabe bucal, não configuraria lesão alguma.

Importante salientar, contudo, que ninguém, mesmo aqueles submetidos à persecução penal, pode ser obrigado ou coagido a aceitar qualquer procedimento que se caracterize como violador. Portanto:

> "agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico–corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. (...) a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais (MARIANO JÚNIOR, 2015, p. 81)."

Quando se protege o corpo do acusado de qualquer intervenção, com o objetivo de obtenção de prova, bem como quando se protege o preso de tratamento cruel no cumprimento da pena, está-se protegendo algo mais que o corpo: a dignidade humana dele e indiretamente da humanidade toda (CARVALHO, 2008).

5.3. O princípio da não autoincriminação e a coleta compulsória de DNA

O princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a se descobrir) apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar (QUEIJO, 2012, p. 25). Dessa garantia, tem-se que o acusado, como era no modelo acusatório, não pode mais ser tratado como objeto da investigação, visto ser considerado como sujeito de direitos.

---

práticas e recomendações internacionais dizem que após a obtenção de uma coincidência (match) a amostra do indivíduo deve ser novamente testada para confirmação do resultado. Trata-se de procedimento de controle de qualidade com o objetivo de evitar erros."

Ensina Luigi Ferrajoli que o "*nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII, no direito inglês" (2014, p. 560).

O direito ao silêncio, enquanto manifestação do princípio da não autoincriminação, também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, tem previsão constitucional expressa no rol dos direitos e garantias fundamentais constante do art. 5º, inciso LXIII da Carta Magna, que dispõe que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

O art. 186 do Código de Processo penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), com a redação dada pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, assegura que:

> "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas."

Ressalte-se ainda que o parágrafo único do art. 186 do Código de Processo penal assegura que o silêncio não importará em confissão. Essa mesma garantia encontra-se, também, reconhecida no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil via Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, que assegura a toda pessoa acusada de um delito o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Atingindo duramente um dos grandes pilares do Processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou preso permaneça em silêncio durante toda a investigação policial e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse (PACELLI, 2017, p. 43).

No tocante às implicações penais e processuais, o citado princípio compreende

> "a legalidade das provas não invasivas, isto é, que não ofendam a integridade física do suspeito ou que não dependam de ação do indivíduo, com ou sem a sua anuência, a exemplo de inspeções ou verificações corporais e coleta de material orgânico por ele descartado, como, por exemplo, saliva em copo (QUEIROZ, 2017)."

Ocorre que a Lei 12.654/2012 prevê a coleta de material genético de suspeitos, como forma de identificação criminal, além da extração compulsória desse

material de condenados por crimes hediondos ou cometidos dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, sendo uma consequência automática da condenação. Posto isso, questiona-se acerca da possível violação ao direito à não autoincriminação em face da obrigatoriedade de o condenado sujeitar-se à extração de DNA para a obtenção de seu perfil genético e armazenamento em banco de dados.

Os peritos criminais que participaram da mencionada audiência pública no STF defendem que as inovações trazidas pela Lei 12.654/2012 não ferem o direito à não autoincriminação, visto que a coleta do material biológico mediante a técnica do suabe bucal não demanda um comportamento ativo do condenado e tampouco configura um meio invasivo. Nesse sentido, afirmam que não há violação ao direito em comento quando se obriga um indivíduo a permitir que um cotonete seja levemente passado no céu da sua boca (COSTA NETO; TRINDADE, 2017, p. 18).

Em sentido contrário, Maria Elisabeth Queijo entende que exames feitos a partir de saliva, podem ser realizados por meio de técnicas invasivas ou não (ver item 4.2 supra). A autora considera como não invasiva a saliva encontrada em objetos descartados, como gomas de mascar, latas e garrafas de bebidas etc. Contudo, "se as células forem colhidas na cavidade bucal, haverá intervenção corporal invasiva", como é o caso da coleta através do suabe bucal (QUEIJO, 2012, p. 294).

Invocando os princípios da proporcionalidade e da convivência harmônica de direitos, parte da doutrina defende a possibilidade de eventuais restrições e mitigações do direito à não autoincriminação, conforme critérios de adequação, necessidade e razoabilidade. No caso da coleta de material genético de acusados e apenados, entendem que o dever estatal de punir e de cumprir a pretensão punitiva de forma cada vez mais eficiente em nome do interesse público sobrepõe-se a eventuais ingerências nos direitos e garantias processuais dos apenados.

Deve-se observar, portanto, se a edição de uma lei que versa acerca da tutela jurídico-penal, cujas implicações recaem de forma avassaladora sobre redutos fundamentais do condenado, como a sua liberdade, se coaduna com as garantias constitucionais que lhe são asseguradas.

Destarte, Queiroz (2017) aduz que "o princípio da proporcionalidade há de incidir no Processo penal, não para relativizar garantias, mas, ao contrário, para proteger o indivíduo contra eventuais excessos do poder punitivo."

Diante disso, a identificação genética, bem como o seu uso como meio de prova, deve ser analisada sob o enfoque da observância a todas as garantias reservadas aos submetidos à persecução penal.

Com efeito, o direito à não autoincriminação é de suma importância ao processo penal, pois

> "dele se extrai o respeito à dignidade do acusado no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do Processo penal (QUEIJO, 2012, p. 25)."

6. Controvérsias técnico-legais

6.1. Cadeia de custódia[13]

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisão prolatada em 07 de maio de 2019, no julgamento do Recurso Especial – REsp 1.795.341/RS, da relatoria do Min. Nefi Cordeiro, assentou que a "cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita."

A cadeia de custódia compreende o conjunto de documentos que demonstrem todos os caminhos percorridos por um determinado vestígio, desde as condições em que foi coletado, a identidade de quem efetuou a coleta, até a chegada no laboratório para extração e armazenamento no banco de dados, e seu uso no Processo penal para análise pelo magistrado na formação do seu livre convencimento motivado.

Incumbe ao Estado assegurar a credibilidade e a segurança da cadeia de custódia, no sentido de se evitar contaminações, como a mistura do material com outras ou do próprio coletor, pois, do contrário, pode-se estar diante da hipótese da nulidade do meio de prova. Diante disso, torna-se imperioso discutir alguns critérios técnico-legais relativos ao tratamento que a Lei 12.654/2012 dispensa à cadeia de custódia.

Inicialmente, cumpre salientar que no Brasil, diferente do que ocorre nos países europeus e norte-americanos, não há uma legislação específica para resguardar e proteger dados pessoais, embora haja previsão constitucional nesse sentido.

13. A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, acrescentou ao CPP os artigos 158-A a 158-F dispondo sobre a cadeia de custódia, definindo-a como "o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte."

Tendo em vista que os bancos de dados não armazenam somente o perfil não codificante, mas o DNA como um todo, a existência de uma lei geral de proteção de dados consiste em uma medida imprescindível para que se tenha um efetivo tratamento de temas como a transferência de dados, bem como eventuais utilizações ilegais dos mesmos e suas implicações para a persecução criminal.

Ademais, no tocante ao armazenamento desses perfis em bancos de dados, verifica-se, também, que houve negligência por parte do legislador em estabelecer as diretrizes de forma clara e segura.

Com relação à proteção do descarte do material que não será utilizado na análise da identificação criminal, a lei em comento também é silente, pois falta previsão no que concerne a disposições a respeito da sua destinação, não resguardando de forma efetiva que esses dados não serão utilizados para outras finalidades[14].

Embora a lei proíba e restrinja a utilização diversa, não se tem com clareza qual é a consequência disso, tampouco, qual a garantia de que a utilização do material coletado se dará de forma correta.

Com efeito, em que pese a referida lei vedar a revelação de traços somáticos e comportamentais dos indivíduos, assegurando que apenas a parte não codificante do DNA será utilizada para a identificação criminal e armazenamento, peritos ouvidos na audiência pública, dentre eles, o perito criminal alemão, Ingo Bastisch, afirmaram não ser possível chegar ao DNA não codificante sem passar pelo DNA codificante, ou seja, ao se extrair a fração do DNA não codificante ter-se-á acesso ao DNA codificante.

Vigora atualmente a Resolução 3, de 26 de março de 2014, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, que dispõe sobre procedimentos relativos à coleta compulsória do material biológico. Tais matérias, de ordem

14. Foi parcialmente vetada a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no tocante ao acréscimo do § 5º ao art. 9º-A da LEP segundo o qual "a amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar", com base nas seguintes razões de veto: "*A propositura legislativa, ao vedar a utilização da amostra biológica coletada para fins de fenotipagem e busca familiar infralegal, contraria o interesse público por ser uma técnica que poderá auxiliar no desvendamento de crimes reputados graves, a exemplo de identificação de irmãos gêmeos, que compartilham o mesmo perfil genético, e da busca familiar simples para identificar um estuprador, quando o estupro resulta em gravidez, valendo-se, no caso, do feto abortado ou, até mesmo, do bebê, caso a gestação seja levada a termo.*"

penal e processual penal, envolvendo a manipulação de um dado pessoal extremamente sensível, como o exame de DNA, deveriam estar regulamentadas em uma legislação robusta e bem delineada, e não apenas disciplinadas pelo referido Comitê Gestor. Dada a grande vulnerabilidade desses dados e a possibilidade de que possam sofrer inconsistências, desde a coleta até a sua apreciação pelo órgão julgador, é dever do Estado garantir a efetiva segurança no que concerne à proteção da segurança desses dados para que estes possam ingressar, licitamente, no Processo penal.

O STJ, no julgamento do Habeas Corpus 160.662, enfrentou o problema da preservação da cadeia de custódia, sendo que, a partir do voto da Ministra Assusete Magalhães, aquela Corte Superior acolheu, por unanimidade, a tese da quebra da cadeia de custódia, declarando a ilicitude da prova.

Nesse sentido, Prado (2014, p. 79) ensina que "o rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída".

Trata-se, portanto, de importante tratamento dispensado pelo STJ acerca de um tema ainda pouco discutido e cuja importância para a preservação das garantias constitucionais no Processo penal é inquestionável.

6.2. Infalibilidade do DNA. Prova perfeita?

A evolução tecnológica com o uso do exame de DNA para fins de investigação criminal é vista com bastante entusiasmo por grande parte dos envolvidos na persecução criminal, sob o argumento de que tal ferramenta proporciona maior grau de certeza acerca do fato criminoso e da sua autoria.

Trata-se de um dever do Estado, enquanto encarregado da Segurança Pública, utilizar o DNA para proteger as vítimas e a sociedade de assassinos e estupradores, além da capacidade de inocentar pessoas, dado o seu altíssimo grau de acuracidade, se comparado a outros meios de prova, como a testemunhal, cujos depoimentos, muitas vezes, são distorcidos e carregados de certa parcialidade.

Ressalte-se que, no tocante à possibilidade de inocentar indivíduos condenados injustamente, há uma organização sem fins lucrativos denominada *Innocence Project Network*, que atua nos EUA e em mais treze países revertendo a condenação de inocentes através do exame de DNA. A versão nacional desse projeto foi criada em dezembro de 2016 e exonerou da prisão um pai condenado a 27 anos de reclusão, sob a acusação de ter abusado sexualmente de seus dois filhos, quando eram crianças. Em março de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu, por unanimidade, a inocência do acusado. Ele ficou onze

meses preso por um crime que não cometeu. Nos EUA, o *Innocence Project* da Flórida provou, por exame de DNA, que James Bain não era o autor dos crimes pelos quais foi acusado. Em razão do erro judiciário, Bain recebeu do Estado da Flórida uma indenização milionária[15].

Não obstante, durante a audiência pública no STF, a advogada da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Taysa Schiocchet, pontuou que também há erros em condenações fundamentadas no exame de DNA e, em função disso, diversos eventos periciais são promovidos nos EUA para tratar acerca do gerenciamento de erros. Destaca-se o caso da "mulher sem face", descrita pela polícia alemã como a mulher mais perigosa da Alemanha. Durante dezesseis anos, investigações associavam a mulher a diversos crimes, a partir de fragmentos de DNA encontrados nas cenas dos crimes. A conclusão de que os crimes teriam sido cometidos por uma *serial killer* fundamentou-se em traços idênticos de DNA encontrados em quarenta cenas de crimes encontradas no sul da Alemanha e da Áustria. Após inúmeras tentativas frustradas de localizar a autora de todos os crimes, a polícia começou a suspeitar que o material utilizado nas investigações poderia estar contaminado. O caso foi encerrado concluindo-se que o algodão utilizado durante as coletas do DNA realmente estava contaminado.

O taxista britânico, David Butler, foi incriminado e passou mais de oito meses na cadeia porque se imaginava, através do exame pericial feito sobre o DNA, que ele seria o autor de um homicídio. Posteriormente, descobriu-se que ele era inocente. Ocorre que ele era portador de uma doença que o fazia deixar rastros de material biológico de forma que seu DNA era identificado com maior facilidade se comparado ao de outras pessoas. Como era taxista, teria entregue uma nota de troco a um passageiro, o real autor do crime, o que causou o erro pela contaminação na cadeia de custódia.

Também é passível de ocorrer erro em diversos pontos da cadeia de custódia, seja em relação à execução da perícia, com um erro intencional, fraudes, erro em relação ao método de coleta, em relação aos limites da tecnologia (o próprio CODES mudou seus marcadores, com o objetivo de promover maior segurança).

Conforme afirmou-se na audiência pública, vários casos já foram reexaminados, inclusive nos EUA. Casos em que houve condenação por pena de morte e o próprio FBI admitiu falhas no exame de DNA.

Entretanto, não se trata de propor algum desmerecimento no criterioso trabalho da perícia, mas, sobretudo, enfatizar que a decisão judicial não deve se

15. Disponível em [www.innocenceproject.org/cases/james-bain]. Acesso em: 26.05.2019.

fundamentar cegamente no exame de DNA, mas sim, dentro do conjunto probatório como um todo.

6.3. Compatibilidade da Lei 12.654/2012 com direitos fundamentais

A Lei 12.654/2012 inovou ao prever a coleta de material genético como forma de identificação criminal e, para além disso, inaugurou uma nova perspectiva em relação ao sistema probatório vigente, visto que atinge frontalmente princípios e garantias constitucionais basilares, como o da não autoincriminação.

Como já ressaltado, a lei prevê o armazenamento apenas da parte não codificante, o perfil genético. Entretanto, como o material é extraído como um todo, os traços somáticos que contêm as características físicas, como cor dos olhos, pele e cabelos, estão no perfil, e podem ser incorporados ao processo.

Deve-se destacar o fato de que o DNA representa um dado extremamente sensível, "que revela questões intimamente ligadas ao núcleo da personalidade e da dignidade humana, sendo especialmente relevante sua incidência no exercício das liberdades e o risco de práticas discriminatórias" (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 62).

Vale ressaltar que a prevenção da ação de um criminoso vai muito além do fato de ele ter seu perfil constante em um banco de dados. A criminalidade apresenta causas multifatoriais e não há uma relação comprovada, inclusive, em outros países no que se refere ao grau de eficiência dos bancos frente à inibição de delitos (MARTÍNEZ, 1998).

Outra questão importante diz respeito à estigmatização do condenado ao ser obrigado a fornecer seu perfil genético como consequência automática da pena e pelo fato de não haver previsão legislativa acerca da eliminação desses perfis do banco de dados. Não seria demasiado afirmar que o indivíduo cujo armazenamento de dados genéticos foi determinado em função do tipo ou gravidade do delito cometido será tratado como verdadeiro "inimigo" em processos posteriores (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 132).

Portanto, é pertinente inferir que a identificação criminal com base no perfil genético do condenado por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos, afigura-se como um efeito penal secundário de caráter perpétuo, algo vedado pela Constituição da República (art. 5º, XLVII, "a").

As novas tendências punitivas que se apresentam no âmbito do processo penal com o intuito de promover uma resposta simbólica para aplacar os anseios

da parcela da sociedade que almeja um Direito penal máximo e encarcerador trazem consigo a necessidade de mitigar direitos e garantias dos acusados e condenados. Partindo da premissa de que os direitos fundamentais não são absolutos, verifica-se que não são poucos os que defendem a legitimidade da flexibilização ou até mesmo a suspensão desses direitos, desde que de forma justificada, proporcional e controlada.

Em prol da elucidação de crimes, da busca pela chamada "verdade real", da pretensa redução de índices de reincidência, da possibilidade de diminuir casos de erro judicial, dentre outros fundamentos que embasam a Lei 12.654/2012, os condenados por crime hediondo ou praticado dolosamente com violência grave contra a pessoa terão de permitir que uma espécie de cotonete passe no céu da sua boca para a retirada de saliva. Ressalte-se que o STF já decidiu em outros processos envolvendo a obtenção de provas, como no caso do bafômetro e do fornecimento de padrões gráficos manuscritos de próprio punho, que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Diante disso, qual a diferença entre assoprar um bafômetro e abrir a boca para outrem perpassar um cotonete em seu interior?

Ainda que normas previstas nas Resoluções do Comitê Gestor que regulamentam a coleta do DNA e os procedimentos que envolvem a cadeia de custódia tratem acerca da recusa do condenado em se submeter à extração e haja entendimentos, inclusive jurisprudenciais, no sentido de que recolher vestígios que foram descartados pelo indivíduo, como saliva em copo ou fios de cabelo em roupa de cama sejam plenamente possíveis por não atentarem contra o direito à intimidade e à não autoincriminação, é direito do acusado ser informado acerca da inserção do seu perfil no banco, além do seu consentimento.

Pertinente o entendimento de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, ambos citados por Paulo Queiroz, salientando que

> "a dignidade da pessoa humana e suas explicitações representadas pelos direitos à integridade pessoal, à liberdade, à intimidade e à não autoincriminação, fazem barreira à transformação da pessoa, dentro e fora do Processo penal, em objeto ou banco de prova e à consecução de finalidades de eficiência processual. Quer essa coisificação se traduza na extração coativa de declarações, como acontece com a tortura, ou na recolha de ar expelido, de saliva, sangue ou urina. Todos são segmentos da corporeidade que formata a condição humana e constitui o suporte biológico da unidade que cada pessoa é. O respeito pela dignidade intrínseca àquela condição e a esta unidade impõe que esses pedaços de si não sejam obtidos à revelia da sua vontade (2009, p. 31)."

Assim, na análise acerca da constitucionalidade ou não dos perfis genéticos e seu armazenamento em bancos de dados para fins de investigação criminal e

composição de banco de prova, competirá ao STF, a partir do julgamento definitivo do RE 973.837, compatibilizar a) o uso dos avanços técnico-científicos que a genética forense oferece como instrumento determinante na redução dos índices de criminalidade e impunidade que assolam o país e b) a manutenção dos direitos e garantias resguardados àqueles indivíduos submetidos à incidência da persecução criminal.

7. Conclusão

O uso do perfil genético de condenados no Processo penal, bem como o armazenamento desses perfis em bancos de dados representa uma ferramenta bastante conveniente para instruir investigações criminais, desvendar crimes de complexa elucidação e prevenir infrações penais, diminuindo os índices de reincidência, e até mesmo proteger inocentes de condenações injustas.

Nos EUA, a coleta de amostras de DNA faz parte dos procedimentos de rotina das polícias estaduais e do FBI, tanto para crimes mais graves, quanto para os de menor potencial ofensivo, denominados *felony*.

A Suprema Corte norte-americana entende que a identificação genética dos indivíduos mantidos sob custódia do Estado é medida razoável que não viola o princípio da não autoincriminação, sendo semelhante a colher impressões digitais ou fotografar condenados.

Nos países da comunidade europeia, o uso da tecnologia do DNA na investigação criminal também faz parte do sistema judicial, mas a legislação discriminando quais tipos de crimes ensejam a inclusão de perfis em banco de dados varia de país para país.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 12.654/2012 permite a coleta do DNA de suspeitos e condenados, sendo que, para estes últimos, a coleta é compulsória, isto é, realizada mesmo contra a vontade do indivíduo, e o armazenamento em banco de dados tem caráter perpétuo.

A ordem jurídica brasileira assegura, nos termos da referida legislação, que a técnica a ser utilizada para a obtenção do material genético deve ser "adequada e indolor".

Os peritos criminais que realizam a extração do material genético mediante o suabe bucal, uma espécie de cotonete que é passada levemente no céu da boca do indivíduo para a obtenção de amostras de sua salivadependem de um comportamento ativo por parte do acusado/condenado para obtenção desse meio de prova.

Ademais, a própria lei, assim como ocorre nos EUA e na Europa, assegura que somente será disponibilizado para armazenamento no banco de dados a parte

não codificante do DNA, ou seja, aquela porção que não revela traços somáticos ou comportamentais, como características físicas ou predisposição a determinadas doenças.

Quanto à recusa do condenado em fornecer o seu DNA, entende-se que há outros métodos de obtenção sem que se demande um comportamento ativo por parte do indivíduo, como a realização da busca e apreensão de objetos pessoais, a exemplo de escovas de dente, roupas de cama, dentre outros.

Some-se a isso o fato de que, conforme os peritos criminais e aqueles que defendem a legalidade dessa nova ferramenta de política criminal, o Estado tem o poder-dever de compelir o condenado a fornecer o seu material genético, sob pena de este responder por falta grave, nos termos da legislação de execução penal.

Tendo em vista os altos índices de criminalidade que fazem parte do cotidiano da vida em grandes centros e até mesmo de cidades do interior, verifica-se a busca incessante por um Direito penal cada vez mais punitivista e menos garantidor de direitos dos que se encontram na persecução criminal. Persiste-se a todo custo com a política de saneamento da violência por meio do encarceramento em massa e de leis cada vez mais severas.

No entanto, impende ressaltar que o Direito e o Processo penais encontram-se assentados em bases constitucionais, cujo fundamento compreende o respeito à dignidade da pessoa humana e a defesa dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o direito à não autoincriminação, à intimidade e à inviolabilidade do corpo daqueles indivíduos que se encontram sob a tutela do Estado, sendo, por isso, de grande relevância a discussão acerca das possíveis violações às referidas garantias que a introdução do perfil genético como meio de identificação mediante a obrigatoriedade da coleta de DNA e o armazenamento destes perfis em banco de dados sem previsão de descarte, poderão proporcionar ao condenado, que jamais poderá ser visto como objeto de prova, mas sempre como sujeito de direitos.

É no mínimo questionável o dogma de que a tecnologia do uso do DNA consiste em um método "perfeito" que liga de forma incontestável um indivíduo à cena do crime, a partir do confronto do seu perfil genético com aquele encontrado no local do delito ou na própria vítima. Porém, conforme demonstrado no presente estudo, a infalibilidade do DNA, assim como a ideia de que resolveria todos os problemas que envolvem erros judiciais, consiste em um mito, tendo em vista que equívocos podem ocorrer, sobretudo no que concerne a falhas durante o processo da cadeia de custódia, dentre eles equívocos metodológicos e até mesmo fraudes. Isso corrobora o posicionamento de que a prova genética não deve ser analisada isoladamente, como uma verdade real, mas sim dentro de um

contexto probatório, constituindo-se como mais um elemento, dentre outros, para formar o livre convencimento do juiz.

Outro aspecto compreende a questão acerca da estigmatização do condenado, tendo em vista que o seu perfil genético permanecerá armazenado no banco de dados, mesmo após o cumprimento da pena, produzindo verdadeiros suspeitos eternos.

Nesse sentido, por trazer inovações no que concerne ao sistema probatório pátrio, a Lei 12.654/2012, ao prever a possibilidade de extração compulsória do DNA de condenados, vulnera princípios basilares sobre os quais assenta-se a persecução criminal fundamentada em um Direito penal de garantias.

Conclui-se, assim, que a implementação do perfil genético como mais uma forma de identificação criminal e a coleta compulsória do referido perfil através da obtenção do DNA, assim como o armazenamento, em caráter perpétuo, desse material em banco de dados, ao mesmo tempo que se reveste do mito da infalibilidade, configurando-se como prova irrefutável colocada à disposição do Estado para a redução e elucidação de crimes, apresenta flagrante incompatibilidade com os direitos fundamentais dos apenados.

A discussão em torno da constitucionalidade ou não do banco de dados de perfis genéticos e sua coleta compulsória deverá ser decidida pelo STF, mediante a busca por uma interpretação que não se distancie de enxergar os envolvidos na persecução criminal como sujeitos de direitos e não meros instrumentos para atender aos anseios daqueles que defendem o recrudescimento de um Direito penal puramente punitivista, em detrimento das garantias constitucionais fundamentais dos condenados e investigados criminalmente.

8. Referências bibliográficas

AFONSO, Marcelo Santiago de Morais. *O direito à não autoincriminação e a obrigação de sujeição a exames*: a possibilidade da obrigação no Brasil e na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. II. Nota de rodapé n. 84. Disponível em: [www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii /a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo]. Acesso em: 21.03.2018.

CORAZZA, Thais Aline Mazetto. *Novas tendências punitivas e o direito penal à intimidade*: castração química, monitoramento eletrônico e banco de perfis genéticos criminais. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

COSTA NETO, João; TRINDADE, Bruno Rodrigues. A genética forense a serviço do iluminismo. In: *Revista Perícia Federal*. Brasília, DF, Ano XVIII, n. 40, p. 15-18, dez. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética e direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/ agencia/ images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 21.03.2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAIA NETO, Cândido Furtado. 70º aniversário das Nações Unidas em prol dos Direitos Humanos. *Revista Jurídica Consulex*, v. 431, p. 16-23, 2015.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro: arbitrariedade e autoritarismo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 63, p. 78-92, dez.-jan. 2015. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_ sophia =111484]. Acesso em: 02.05.2018.

MARTÍNEZ, Stella Maris. Manipulação genética e direito penal. São Paulo: *IBCCRIM*, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. 300 p. (Monografias, 6).

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PARADELA, Eduardo. *Alec Jeffreys, um pioneiro da genética forense*. Blog Genética Forense. Disponível em: [http://eparadela.wixsite.com/geneticaforense/single-post/2016/06/15/Alec-Jeffreys-um-pioneiro-da-gen%C3%A9tica-forense]. Acesso em: 02.05.2018.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Princípio da não autoincriminação*. 17 mar. 2017. Disponível em: [www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/]. Acesso em: 26.02.2018.

UNESCO. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm]. Acesso em: 02.04.2018.

UNESCO. *Declaração internacional sobre os dados genéticos*. Disponível em: [http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf]. Acesso em: 02.04.2018.

STF (Supremo Tribunal Federal). *Audiência pública:* Coleta de material genético de condenados. Brasília, DF. 26 mai. 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw]. Acesso em: 26.02.2018.

SULZBACH, Grazielle Blume; CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *O direito fundamental à identidade genética*: as terapias gênicas à luz da Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre, PR. out. 2011. Disponível em: [ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais /SIC/XII/XII/7/6/3/2/6.pdf]. Acesso em: 02.04.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A identidade pessoal como direito fundamental da pessoa humana e algumas de suas manifestações na ordem jurídica brasileira, de José Luiz Gavião de Almeida, Luis Renato Vedovato e Marcelo Rodrigues da Silva – *RDCC* 14/33-70 (DTR\2018\10347);
- Banco de dados genético e o princípio *nemo tenetur se detegere*, de Alencar Frederico Margraf, Letícia Pereira Castro e Marcelo Geraldo de Oliveira – *RBCCrim* 161/75-99 (DTR\2019\40730);
- Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RBCCrim* 110/329-366 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 6 (DTR\2014\18446); e
- Proteção de dados, de Rafael Pinheiro Rotundo – *RDPriv* 74/133-158 (DTR\2017\80).

Faces da violência letal: homicídio-suicídio e *mass murder*-suicídio

The faces of lethal violence: homicide-suicide and mass murder-suicide

Davi de Paiva Costa Tangerino

Pós-doutor em Direito pelo Max Planck Institut (Alemanha) (2010). Doutor (2009) e Mestre (2005) em Direito Penal pela USP, com estágio doutoral na Humboldt Universität (Alemanha). Professor de Direito Penal da UERJ/RJ (graduação e pós-graduação) e da Escola de Direito da FGV/SP (graduação). Advogado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8054-2648
professordavitangerino@gmail.com

Henrique Olive

Mestre em Direito Penal pela UERJ. Pós-graduado em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela ABDConst. Advogado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6921-4352.
henriqueoolive@gmail.com

Recebido em: 18/03/2019
Aprovado em: 08/10/2019
Última versão dos autores: 10/10/2019

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O tema da violência letal é de grande importância, pois homicídios continuam alarmantes e as taxas de suicídios têm aumentado progressivamente. Enquanto a dinâmica de homicídios é tradicionalmente estudada em âmbito de segurança pública e os suicídios nas áreas de saúde, o fenômeno do homicídio-suicídio ainda é pouco conhecido. Portanto, este trabalho tem como objetivo principal fomentar o debate sobre o tema, apresentando as principais características do fenômeno; afinal, conhecê-lo viabiliza a implementação de políticas públicas e regulamentações

Abstract: The subject of lethal violence is of great importance. Especially in Brazil, homicide rates remain alarming and suicide rates have steadily increased. While the dynamics of homicide are traditionally studied in the field of public safety and of suicides in healthcare, the murder-suicide phenomenon is still not widely known. Therefore, this work's main goal is to encourage the debate on the subject, presenting the main characteristics regarding murder-suicides and mass murder-suicides; after all, once the phenomenon is adequately understood, the

Tangerino, Davi de Paiva Costa; Olive, Henrique. Faces da violência letal: homicídio-suicídio e *mass murder*-suicídio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165. ano 28. p. 189-244. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

jurídicas. Para isto, esse debate se realiza a partir de uma extensa revisão de estudos empíricos e análises estatísticas sobre o fenômeno, com duas conclusões importantes para o estabelecimento de um ponto de partida no desenvolvimento de políticas públicas e respostas jurídico-penais. A primeira, a grande dificuldade de intervir preventivamente nos eventos; a segunda, a constante verificação de agentes com transtornos psíquicos. Com isso, no que toca à prevenção, aponta-se que o investimento em políticas públicas em saúde pode ter impacto significativo para a segurança pública; e, no que diz respeito a respostas penais, que a culpabilidade, os tipos penais, as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como a fixação e execução da pena devem ser pensados a partir dessa realidade.

Palavras-chave: Homicídio-suicídio – *Mass murder* – Depressão – Transtorno de personalidade – Políticas públicas.

implementation of public policies and legal regulations becomes viable. To this end, this debate arises from a review of the empirical literature on the subject and on statistical analyses on the phenomenon, with two important conclusions for establishing a starting point in the development of public policies and criminal responses. First, the great difficulty of preemptively intervening in these events; second, the widespread incidence of mental disorders among perpetrators. Thus, in regard to prevention, it's pointed out that investment in public health policies can have significant impact on public safety; and, in regard to criminal responses, that criminalization, aggravating and mitigating factors, as well as the imposition and execution of sentences must be carried out considering that reality.

Keywords: Homicide-suicide – Mass murder – Major depressive disorder – Personality disorder – Public policies.

Sumário: 1. Introdução. 2. O homicídio-suicídio. 2.1. Em busca de um conceito de homicídio-suicídio e de sua relevância. 2.2. O perfil do homicida-suicida. 2.3. Espécies de homicídio-suicídio. 3. O *mass murder*-suicídio. 3.1. O papel da mídia no superdimensionamento quanto à incidência de eventos de *mass murder*-suicídio. 3.2. Classificação de eventos de *mass murder*. 3.3. *Pseudocommandos: Rampage School Shootings.* 4. Um norte para pensar o problema. 4.1. Estratégias estadunidenses face os *rampage school shootings.* 4.2. A correlação entre transtornos psíquicos e os eventos de homicídio-suicídio. 4.2.1. Transtorno depressivo maior. 4.2.2. Transtornos de personalidade. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução

São cotidianas as notícias de homicídios no país e no mundo. Inúmeras medidas de segurança pública são promovidas dia após dia sem aparente sucesso. Por mais que no Brasil, por exemplo, os índices de homicídio diminuam nos maiores centros, eles aumentam em diversos estados periféricos e ainda são uma realidade constante na vida de toda a população.

Em sentido similar, os índices de suicídio também são alarmantes, com um crescimento significativo ao redor de todo o mundo, sendo considerado um grande problema de saúde pública.

Naturalmente, muito se tem debatido sobre como lidar com ambos os eventos, entretanto não se encontra discussão no Brasil sobre o fenômeno que reúne as duas faces da violência letal, o homicídio-suicídio.

Esses eventos têm sido cada mais recorrentes em noticiários e seu impacto social é inegável, pois, além do choque decorrente dos homicídios e do suicídio, costumam envolver pessoas com laços familiares, de amizade ou de, no mínimo, proximidade social. Em outras palavras, indica claramente que qualquer indivíduo na sociedade pode ser vítima ou agente de eventos como esses. Portanto, considerando a importância do tema, esse trabalho tem como principal objetivo promover seu debate face à urgente necessidade de promoção de políticas públicas e a rediscussão dos parâmetros jurídicos de responsabilização penal a agentes que porventura não consigam realizar o suicídio.

Com base nisso, visa a responder perguntas como: em que medida os eventos têm ocorrido? Quem são os agentes? Quem são suas vítimas? E, quais as motivações dos agentes?

Para isso, aprofundam-se os elementos que compõem o fenômeno do homicídio-suicídio em todas suas espécies, incluindo o *mass murder*-suicídio. Esse trabalho é feito a partir de uma revisão bibliográfica do tema em literatura estrangeira e, na medida de sua existência, nacional.

Essa revisão perpassa pela análise de textos específicos da área de saúde, seja para apontar elementos quanto a suicídios em geral ou mesmo homicídio-suicídio, afinal são as áreas que têm empenhado maiores esforços no estudo do tema; e, também, de trabalhos em âmbito de segurança pública, criminologia, medicina legal, políticas públicas e direito penal, principalmente no que toca ao *mass murder*-suicídio.

Respondidas as perguntas, busca-se um pequeno passo para o debate sobre o ponto de partida para a implementação de políticas públicas preventivas e respostas penais ao fenômeno, com base na hipótese de que, antes de ser um problema de segurança pública, o homicídio-suicídio é um problema de saúde pública.

Para isso, posteriormente à discussão sobre algumas políticas públicas de caráter neutralizador e punitivo, apresentam-se transtornos psíquicos de grande prevalência entre agentes e se verificam suas origens, de modo a entender se existem indicativos razoáveis de que seja possível intervenção menos invasiva e punitiva, e mais capaz de prevenir a ocorrência dos eventos e orientar categorias da teoria do delito ou da teoria da pena.

Portanto, é possível afirmar que muito mais do que oferecer respostas e soluções definitivas, esse trabalho visa a suscitar questões que devem ser debatidas na comunidade acadêmica em busca, aí sim, de soluções.

2. O HOMICÍDIO-SUICÍDIO

O que é um homicídio-suicídio? E por que um homicídio-suicídio deve interessar ao direito e, especialmente, aos debates de políticas públicas e direito penal?

2.1. Em busca de um conceito de homicídio-suicídio e de sua relevância

Em síntese, pode-se dizer que esses eventos ocorrem quando um agente causa a morte de outrem – seja uma ou mais pessoas – e, em seguida, causa sua própria morte.

Entretanto, desta definição exsurge o primeiro problema: existe um limite temporal entre a ação executória do homicídio e a ação de suicídio, ou seja, o que significa *em seguida*?

Diversos são os posicionamentos. Alguns pesquisadores consideram o evento um homicídio-suicídio apenas quando a ação suicida ocorre até algumas horas após a execução do homicídio (CAMPANELLI; GILSON, 2002; BOSSARTE; SIMON; BAKER, 2006; SAINT-MARTIN; O'BYRNE, 2008; SHIFERAW *et al.*, 2010) ou até 24 horas (PATTON; MCNALLY; FREMOUW, 2015; BLONDINO, 2017). Outros já conferem um maior intervalo, como: três dias (BARRACLOUGH; HARRIS, 2002); ou até uma semana (MARZUK; TARDIFF, 1992; SALEVA, 2007; LIEM; KOENRAADT, 2007; LIEM; POSTULART; NIEUWBEERTA, 2009). Por fim, o maior intervalo aceito como configurador de um homicídio-suicídio deu-se nas pesquisas de Harper e Voigt, considerando casos com intervalos de até 30 dias entre uma ação e outra (2007).

O fato é que não há consenso, seja na psiquiatria, seja na psicologia, seja na criminologia. Porém, pode-se afirmar que o *critério do intervalo* é a base da eleição de objetos de pesquisa. Isto é natural, afinal é muito mais factível encontrar esses objetos nas fontes por meio de *intervalos de tempo* do que, por exemplo, por meio de eventuais *links* psicológicos entre uma ação e outra, o que demandaria grande estudo prévio, que, por vezes, estaria dificultado pela consumação do suicídio.

E, considerando sua essência, é notório que interessa profundamente às promoções de políticas públicas. Todavia, por que interessam ao direito penal?

Como ocorre com qualquer objeto de criminalização, é imprescindível que os detalhes sobre as origens e as formas de manifestação de um evento considerado indesejado sejam conhecidos, seja para impedi-lo (medidas preventivas), seja para promover uma resposta jurídica adequada, respaldada em estudos sobre o problema (medidas punitivas).

Do mesmo modo, deve-se aplicar, naturalmente, aos eventos de homicídio-suicídio. Em um primeiro momento, pode-se pensar: se o agente suicida-se, não há interesse jurídico-penal por conta da extinção da punibilidade em decorrência da morte do agente. Entretanto, não nos parece adequada essa simplificação.

Em primeiro lugar, porque envolvem diretamente o tema da violência letal – e em dois âmbitos diversos, afinal, cuidam tanto da autolesão provocadora da

morte como da lesão que atende ao princípio da alteridade e promove o fim da vida de outrem, ou seja, é, por natureza, relevante à promoção de políticas de segurança pública e políticas públicas de segurança.

Em específico quanto ao interesse do direito penal, mesmo que haja o suicídio do agente, terá havido lesão ao bem jurídico vida; houve a morte de vítima(s); houve delito de homicídio, independentemente da extinção da punibilidade do agente por sua morte, o que não deve interferir na política legislativa com finalidade preventiva.

Além disso, acrescenta-se que recorrentemente o agente não consegue consumar o suicídio, de modo que se verifica um quadro de homicídio(s) com suicídio tentado, em que operará o aparato jurídico-penal em meio a uma forte pressão social.

Por fim, ainda que o suicídio de fato se consuma, não há como obliterar o impacto social causado por eventos como estes, seja em menor escala em suas comunidades, seja em maior escala quando veiculados por mídia de comunicação em massa, impactando a percepção das pessoas quanto à efetividade da segurança pública e, até mesmo, na viabilidade do sistema público garantir a segurança em situações do cotidiano de todos os indivíduos.

A importância social do tema dos homicídios-suicídios no Brasil – seja ela construída pela mídia, seja ensejadora da veiculação midiática – pode ser explicitada pela grande incidência de casos reportados nos periódicos nacionais de grande alcance. Considerando que as notícias de periódicos tradicionalmente são importante fonte de pesquisa no tema (HOLMES, R. M.; BURGER, 1985; LEVIN; FOX, 1985; LEYTON, 1997; PEETE; PADGETT; YORK, 1997; KIMMEL; MAHLER, 2003; SHON; ROBERTS, 2010), pesquisamos – apenas a título elucidativo quanto ao que se afirma, sem extremo rigor metodológico – no G1, portal eletrônico que veicula notícias nacionais e também reproduz notícias regionais de maior importância, o termo "suicídio" no período 2017 e 2018. Como resultado desta pesquisa, fazendo um recorte voltado para dados mais recentes, encontraram-se vinte e um casos casos publicados em um intervalo de dois meses (27/11/2017 a 27/01/2018), caracterizados pelas agências de investigação como homicídio-suicídio[1].

1. Podem-se citar as manchetes a título de exemplo, demonstrando o potencial de impacto destas notícias: i) "Esposa é morta pelo marido com tiros e facada em Nova Serrana; homem se mata em seguida" [https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/esposa-e-morta-pelo-marido-com-tiros-e-facada-em-nova-serrana-homem-se-mata-em-seguida.ghtml];

Com base no que foi exposto até aqui, analisam-se a seguir as características fundamentais dos homicídios-suicídios, bem como se visa a conhecer suas espécies e formas de manifestação.

2.2. O perfil do homicida-suicida

O perfil do homicida-suicida talvez seja o elemento central das pesquisas criminológicas, como também o é, por natural, nos estudos em psicologia e psiquiatria. Portanto, são inúmeros apontamentos sobre as características demográficas, sociais e mentais dos agentes, bem como das vítimas, que também têm seus perfis estudados, seja para compreender os grupos de risco, seja para melhor entender o comportamento do agente.

Sua principal característica, mais vezes relatada, é ter como agentes homens com mais de 30 anos de idade, além de serem mais velhos que sua vítima-mulher (WEST, 1965; PALMER; HUMPHREY, 1980; ALLAN, 1983; DALY; WILSON, 1988; EASTEL, 1994; HANZLICK; KOPONEN, 1994; BERMAN, 1996; STEVEN, 1997; COMSTOCK, 2005; CAMPBELL *et al.*, 2007; SAINT-MARTIN; BOUYSSY; O'BYRNE, 2008; BANKS, 2008; KRULEWITCH, 2009; LIEM; POSTULART; NIEUWBEERTA; HAINES; WILLIANS; LESTER, 2010; LIEM, 2010; BLONDINO, 2017). Em sentido contrário, apenas um único estudo apontou eventos em quantidade proporcional entre homens e mulheres quanto a agentes (ADINKRAH, 2003)[2].

Diversos estudos apontam que a condição socioeconômica do agente é um importante elemento, ocorrendo habitualmente entre pessoas, incluindo as vítimas, com baixa escolaridade e condições econômicas precárias (BARRACOUGH; HARRIS, 2002; ADINKRAH, 2003; LIEM; HENGEVELD; KOENRAADT, 2009; COLLINS, 2014); inclusive no Brasil (BLAY, 2008). Estes dados

ii) "Marido mata mulher enforcada com fio-elétrico e comete suicídio em seguida" [https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/marido-mata-mulher-enforcada-com-fio-eletrico-e-comete-suicidio-em-seguida.ghtml]; iii) "Após separação, homem dá tiro em boca de ex-mulher e tenta suicídio em Mato Grosso" [https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/apos-separacao-homem-da-tiro-em-boca-de-ex-mulher-e-tenta-suicidio-em-mt.ghtml].

2. Vale ressaltar que a grande maioria dos estudos aponta que "brancos" predominam como agentes e, também, como vítimas. Entretanto, parece-nos, apesar de haver diversas indicações de que, ainda com correções quanto às populações, os dados correm sério risco de estarem distorcidos por diversos fatores, entre eles, os locais objeto de estudo, bem como a habitual condução de investigações em função da *clientela* envolvida.

são curiosos e se diferenciam daqueles encontrados em literatura específica sobre suicídio, que apontam no sentido de que eventos suicidas predominantemente ocorrem entre pessoas de classes socioeconômicas mais favorecidas, seja em países desenvolvidos (WU, 2003) ou em desenvolvimento (MORSELLI, 1988; LESTER, 1999; PATEL, 2012), ou seja, pode-se concluir que a opção por causar a morte de um familiar, como geralmente ocorre nos casos de homicídio-suicídio, também está relacionada às eventuais condições de vida da vítima na ausência do agente. Porém, de qualquer forma, alguns estudos revelam que, apesar da questão socioeconômica discrepante, os agentes de homicídio-suicídio possuem em geral perfil muito mais parecido com suicidas do que com homicidas (WEST, 1965; FISHBAIN; RAO; ALDRICH, 1985; COOPER; EAVES, 1996; SÁ; WERLANG, 2007).

Por fim, quanto ao alcance letal de suas ações, relata-se que são raros os casos com mais de uma vítima – além do agente – (EASTEAL, 1994; SAINT-MARTIN; BOUYSSY; O'BYRNE, 2008; LIEM; POSTULART; NIEUWBEERTA, 2009). Alguns estudos apontam que cerca de 1/8 dos casos possuem duas vítimas (9%: BLONDINO, 2017; 10%: BESSARTE; SIMON; BARKER, 2006; 16%: BARRACLOUGH; HARRIS, 2002); e, segundo outros, em cerca de 3% há três ou mais vítimas (BARRACLOUGH; HARRIS, 2002; BESSARTE; SIMON; BAKER, 2006; BLONDINO, 2017).

2.3. Espécies de homicídio-suicídio

Por mais que classificações possam dificultar a compreensão de um objeto de estudo, nesse caso, elas parecem promover uma facilitação a sua compreensão, haja vista a existência de grupos de homicídio-suicídio com características significativamente similares.

É de longa data a tentativa de traçar esta classificação e inúmeras foram as elaborações, ainda que os estudos tradicionalmente se foquem nos casos envolvendo casais (WOLFANG, 1958). Entre as diversas classificações realizadas, prepondera aquela desenvolvida por Marzuk, Tardiff e Hirsch (1992). Segundo esta construção, os homicídios-suicídios dividem-se em: i) conjugal, motivado primordialmente por ciúmes/controle; ii) conjugal, tendo condições de saúde como motivo central (*mercy killing*); iii) filicídio-suicídio; iv) familicídio-suicídio; e, por fim, v) extrafamilicídio-suicídio.

i) O primeiro ocorre quando um cônjuge promove a morte do outro cônjuge (incluem-se aqui também relações entre pessoas divorciadas e entre namorados), portanto, está relacionado à violência doméstica e costuma ser apontado como a espécie mais comum de homicídio-suicídio (WALLACE, 1986; BANKS *et al.*,

2008; LIEM; HENGEVEL; KOENRAADT, 2009); sendo o reestabelecimento do controle sobre o parceiro a motivação central nesses casos (LIEM, 2010). Dois estudos evidenciam ainda mais esse perfil dos envolvidos (agente-homem; vítima-mulher): Malphurs e Cohen apontaram, em uma grande amostra entre estadunidenses, que esta espécie chega a 75% dos casos totais de homicídio-suicídio (2002). Por sua vez, na Suíça, encontrou-se que 92% dos homicídios-suicídios são realizados por homens em detrimento de mulheres em contexto de violência doméstica (LIEM *et al*., 2001).

ii) Por sua vez, em *mercy killings*, o agente visa a encerrar o sofrimento mental e/ou físico da vítima (ALLEN, 1983; EASTEAL, 1994; COMSTOCK, 2005) e, às vezes, também o próprio sofrimento. Portanto, não possui elemento de agressividade, mas, de letalidade, podendo ou não haver o consentimento da vítima. Portanto, por sua natureza, a esmagadora maioria das vítimas costuma ter mais de 55 anos (BERMAN, 1996; MALPHURS; COHEN, 2005; BASSARTE, SIMON BARKER, 2006).

iii) Já o filicídio-suicídio ocorre quando o agente causa a morte de seus filhos antes de suicidar. Naturalmente, pela dinâmica de controle e supervisão dos pais sobre filhos, os agentes costumam ser jovens adultos e as vítimas, crianças. A título de exemplo, Friedman *et al*. encontraram uma média de 36 anos de idade em agentes e de sete anos entre as vítimas (2005), não havendo significativa diferença entre gênero das vítimas (WILSON; DALY; DANIELE, 1995; LIEM, POSTULART; NIEUWBEERTA, 2009). Em regra, são cometidos por mães (WEST, 1965; WALLACE, 1986; SILVERMAN; MUKHERJEE, 1987; EASTEAL, 1994; BARRACLOUGH; HARRIS, 2002), haja vista que os pais tendem a cometer o familicídio (próximo item da classificação) e aquelas raramente causam a morte de cônjuges. Ainda, aponta-se que há uma pequena parcela de casos causados por padrastos/madrastas (RESNICK, 2016), relação familiar que já foi relacionada a maior abuso e maus-tratos de *filhos* (DALY; WILSON, 1994).

Algumas motivações específicas costumam ser apontadas. Na primeira, em que o homicídio é uma extensão do suicídio (*suicide by proxy)*, os agentes pretendem evitar aos filhos os sofrimentos decorrentes da morte dos pais e de viver sem eles (LIEM; KOENRAADT, 2007). A segunda, em que os agentes acreditam estar aliviando a dor ou o sofrimento de seus filhos, seja real ou apenas imaginado, de modo que são verdadeiros *mercy killings*, ainda que inexista referido sofrimento ou dor na vida da vítima, situação de erro encontrada em 70% dos casos de filicídio estudados por Friedman (2005).

Nesses casos, estudo antigo já apontava que, em regra, o agente experiencia o remorso depois do homicídio e acaba por se suicidar, em que pese haver casos em

que experimentam alívio e desistem do ato suicida (RESNICK, 1969), apesar de serem significativas as chances de apresentar estresse pós-traumático (RYNEARSON, 1984; HARRY; RESNICK, 1986).

Ainda, há que se mencionar a frequente não consumação de suicídio de mães (por exemplo: SAINT-MARTIN; BOUYSSY; O'BYRNE, 2008); entretanto, isto pode se explicar pela situação global de suicídios entre mulheres. Ainda que haja a conhecida relação 4:1 (homem: mulher) em suicídios consumados, é notório que as mulheres não tentam menos vezes o suicídio do que os homens (HESKETH; CASTRO, 1978; BREUER, H.; BREUER, J.; FISCHBACH-BREUER, 1986; DOGANAY et *al*., 2003; BANDEIRA DE SÁ *et al*., 2010), mas, sim, utilizam-se de métodos menos agressivos/eficazes (OLIVE, 2016).

Por fim, a terceira motivação opera quando o agente causa a morte dos filhos, tidos como representação do alvo real da ação, como meio de causar sofrimento ao cônjuge (*murder by proxy*) (FRAZIER, 1975; LIEM, 2010).

iv) Por sua vez, o familicídio-suicídio, como já adiantado, refere-se ao evento em que um dos cônjuges causa a morte do outro, bem como a morte de filhos e, às vezes, também a de outros familiares e até mesmo de animais de estimação (DIETZ, 1986; BANKS, 2008). Portanto, converge com o filicídio, em especial nos casos de *suicide by proxy* e *mercy killing*. Em regra, é cometido pelo cônjuge homem. Costuma-se relacionar estes atos a dificuldades econômicas quanto ao sustento, em especial com a (futura) ausência do genitor suicida (BASSARTE; SIMON; BARKER, 2006; OLIFFE *et al*., 2015).

Além dessas, mencionam-se outras subespécies de familicídio-suicídio como os casos de parricídio-suicídio, ainda que haja diferenças elementares. A regra é que sejam realizados por homens em detrimento da vida do genitor masculino (HEIDE, 1992; SHON; TARGONSKI, 2003; HEIDE; PETEE, 2007; SAHIN, 2016), característica principal dos eventos há muito tempo (SHON; ROBERTS, 2010), também sendo raros os casos com mais de duas vítimas (cerca de 2%: HEIDE; PETEE, 2007; HEIDE, 1994; SHON; TARGONSKI, 2003). Ainda, há o matricídio-suicídio, que talvez seja o mais raro entre todos os expostos até aqui (FONTAINE; LAURIERS, 1994; CORNIC; OLIE, 2006) e é um ato tipicamente cometido por agentes mulheres, filhas (D'ORBÁN; O'CONNOR; 1989). Por fim, encontram-se os fratricídios-suicídios, que não ensejam grande preocupação nesta seara, haja vista sua quase inexistência[3].

3. Ressalta-se que a quase inexistência de casos de fratricídio-suicídio decorre do fato de que, aos homicídios, que são comuns, raramente se seguem suicídios (BOUGET; GAGNÉ, 2006).

Portanto, considerando todos os familicídios-suicídios, percebe-se que um elemento central do homicídio-suicídio é, claro, sua grande ocorrência em âmbito familiar (WOLFGANG, 1958), envolvendo pessoas próximas, com intimidade; e ocorrem predominantemente no interior das residências (SELKIN, 1976; PETEE; PADGET; YORK, 1997; DUWE, 2000; CHAN; BEH; BROADHURST, 2004), dificultando, assim, a atuação preventiva estatal e ganhando menos atenção da mídia em geral se comparados aos eventos em locais públicos (PETEE; PADGETT; YORK, 1997).

v) Por fim, o extrafamilicídio-suicídio, como o nome sugere, cuida de casos em que a(s) vítima(s) não integra(m) o núcleo familiar do agente (BANKS, 2008). São menos comuns, porém, por vezes, mais danosos em número de vítimas. Ao contrário das espécies anteriores, em que em regra prevalece a morte de mulheres, as vítimas são predominantemente homens (LIEM; POSTULART; NIEUWBEERTA, 2009); ou seja, pode-se afirmar que os homens são vítimas nas ruas, em disputas e vinganças extrafamiliares; enquanto as mulheres são vítimas em ambiente doméstico (MENEGHEL; HIRAKATA, 2001)

Em regra, a motivação do agente diz respeito a uma sensação de injustiça, e se direciona às pessoas que teriam causado diretamente esse mal (real ou supostamente), como também a pessoas desconhecidas e alheias à injustiça (HARPER; VOIGT, 2007). Nesse último caso, os agentes direcionam-se contra pessoas do ambiente escolar ou de trabalho (OLIFFE *et al.*, 2015).

Aponta-se que talvez o mais famigerado perfil de extrafamilicida-suicida seja o *mass murderer*, estudado a seguir. Entretanto, deve-se ter em mente que qualquer homicídio-suicídio pode ser um evento de *mass murder*, bem como um extrafamilicídio-suicídio pode não ser um *mass murder*, conforme o critério utilizado para classificá-lo; e, por fim, *mass murderers* podem sequer ser suicidas, ainda que sejam ocasiões bastante raras.

3. O *MASS MURDER*-SUICÍDIO

Enquanto os eventos de homicídio-suicídio em geral são muito comuns por todo o mundo, a incidência de *mass murder* destaca-se primordialmente nos Estados Unidos (HAMAMOTO, 2002), onde, conforme estima Lankford, ocorrem 31% dos casos (2016); sendo, ainda assim, um fenômeno global (TURVEY, 2008).

Ainda, onde mais ocorrem, nos Estados Unidos, são raros diante dos eventos de homicídio em geral, alcançando cerca de 1% de todos os casos no país (COLLINS, 2014). Em um estudo quantitativo de casos entre 1976 e 1999, Fox e

Levin encontraram uma média de ocorrência de dois casos a cada mês (2003; e, também, em FOX; DELATEUR, 2014); e Towers *et al*. estimam que atualmente ocorra um evento a cada 12,5 dias (2015), o que não é pouco, dados seus efeitos.

Isto porque, ainda que raro numericamente falando, possui – além das diversas mortes que causa – grande efeito tanto nos sobreviventes ao evento, em especial provocando estresse pós-traumático (SCHWARS; KOWALSKI, 1991; JONKER; HAMRIN, 2003; LITTLETON; TAQUECHEL; AXOM, 2009; SYSE, 2014), como na sociedade como um todo, que o experimenta indiretamente por meio da imprensa (AITKEN, 2001).

Afirma-se que a ocorrência destes eventos tem aumentado progressivamente desde o início da década de 1960 (FALK, 1990; FAZEL; GRANN, 2006), entretanto, como afirma Duwe, esta sensação muito provavelmente dê-se pelo início sistemático das investigações sobre o fenômeno a partir daquela década (2007; HOLMES, R.; HOLMES, S., 1980), ainda que o tema permaneça em segundo plano em relação aos homicídios comuns (BOWERS; HOLMES, E.; RHOM, 2010).

Estes estudos podem ser divididos em três etapas diferentes, de acordo com o foco das pesquisas. Num primeiro momento, é notório que os estudos buscavam entender e traçar perfis psicológicos dos agentes (BERNE, 1950; GALVIN; MACDONALD, 1959; MALMQUIST, 1960; KAHN, 1960; BRUCH, 1967; EVSEEF; WISNIEWSKI, 1972; GALLERMORE; PANTON, 1976; MCCULLY, 1978). Em seguida, o intento foi ampliar o objeto de estudo, tendo em vista sistematizar os dados, criar padrões gerando tipologias e, enfim, buscando definir o evento *mass murder* e diferenciá-lo de *serial killing* (DIETZ, 1986; BUSCH; CAVANAUGH, 1986; RAPPAPORT, 1988; HOLMES, R.; HOLMES, S., 1992; GRESSWELL; HOLLIN, 1994; PETEE; PADGETT; YORK, 1997). E, por fim, mais recentemente, buscou-se iniciar uma compreensão mais ampla dos eventos, entendendo melhor o perfil das vítimas e a dinâmica geral dos eventos para além do agente (LEVIN; FOX, 1996; HEMPEL; MELOY; RICHARDS, 1999; DUWE, 2000).

Fato é que ao longo destas décadas não houve pacificação quanto ao que seria um evento *mass murder*, sobretudo no que toca à quantidade de vítimas e à inserção das ações em espaço e tempo, até que recentemente o *Federal Bureau of Investigation* parece ter pacificado a questão por meio de sua força institucional, ao defini-lo como um evento em que o(s) agente(s) causa(m) a morte de quatro ou mais vítimas em um mesmo evento, em regra, em espaço-tempo único (MORTON; HILTS, 2008), podendo ou não realizar o suicídio em seguida.

3.1. O papel da mídia no superdimensionamento quanto à incidência de eventos de mass murder*-suicídio*

Apesar de haver, proporcionalmente, poucos eventos, seu impacto social é significativamente grande, excedendo as pessoas que deles participaram diretamente e alcançando toda a população por meio da difusão midiática.

Não são poucas as críticas às coberturas desses eventos, que, inclusive, causam a impressão de que ocorrem com ainda mais frequência (BALDASSARE *et al.*, 2013) em função da excessiva divulgação nas mais diversas plataformas de comunicação (HEATH; GILBERT, 1996).

Também são apontadas como seletivas – em função de vítimas, método de execução e local de ocorrência (DUWE, 2007, p. 746; SCHILDKRAUT.; MUSCHERT, 2014) – e sensacionalistas (MAGUIRE; WEATHERBY; MATHERS, 2002; COHEN, 2011). Sobre a seleção em função do perfil da vítima, é notório o destaque aos casos em que se trata de *worthy victims* (vítimas dignas – pessoas brancas, jovens ou idosos, de classe econômico-social alta) (SORENSON; MANZ; BERK, 1998), haja vista que o *valor da notícia* costuma ser calculado principalmente a partir da natureza violenta do crime e das *características demográficas* das vítimas (CHERMAK, 1995), ganhando ainda maior relevância em função da etnia do agente (SCHILDKREUT; ELSASS; MEREDITH, 2018). O sensacionalismo chega até mesmo a promover descrições dos fatos divergentes em relação aos contidos nos documentos oficiais (DUWE, 2000; MUSCHERT, 2007).

Com isto, essas coberturas contribuem significativamente na promoção de um pânico generalizado – naturalmente mais forte nas sociedades onde incidem frequentemente – como efeito destes eventos (PALERMO, 1994; BURNS; CRAWFORD, 1999; KILLINGBECK, 2001; ALTHEIDE, 2002; AITKEN, 2001; MUSCHERT, 2007; MUSCHERT; PEGUERO, 2010; MADFIS, 2016), gerando um forte discurso do medo (ALTHEIDE, 2009) e possibilitando a ocorrência de imitações, haja vista o grande fascínio que estes eventos causam[4].

Exaustivamente se debate o efeito contágio, a cobertura midiática e sua regulação no que toca a suicídios (MARTIN, 1998; STACK, 2003; GOULD; JAMIESON. ROMER, 2003; TOUSIGNANT, 2005; MANN *et al.*, 2005;

4. Bom exemplo deste fascínio é evidenciado pela atenção que Anders Behring Breivik angariou depois de seus ataques na Noruega que causaram a morte de setenta e sete pessoas e feriram outras cinquenta e uma. Em menos de dois anos, recebeu cerca de 600 cartas durante o cumprimento da pena privativa de liberdade a que foi condenado (SYSE, 2014).

NIEDERKROTENTHALER; SONNECK, 2007; KAGA; TAKESHIMA; MATSUMOTO, 2009; KWON; CHUN; SHO, 2009; FU; CHAN; YIP, 2011; WU; CHEN; YIP, 2012; EIMONTAS; GAILIENÈ, 2014; SCHERR; STEINLEITNER, 2015; CHEN *et al.*, 2016; MACKENZIE *et al.*, 2016), porém, ainda são poucos os esforços neste sentido especificamente quanto ao *mass murder*-suicídio.

Isto pode ser explicado porque os eventos em público ocorrem de forma isolada em algumas regiões, de modo a não ensejar tamanha preocupação, seja porque cada evento *mass murder* torna-se uma batalha de uma guerra ideológica mais ampla que alcança até mesmo os estudos acadêmicos, tendo como principal exemplo a questão da regulação da propriedade e uso de armas (REICH; BARTH, 1998; OZANNE-SMITH; ASHBY; NEWSTEAD, 2005; MCGINTY; WEBSTER. BARRY, 2013; DEPETRIS-CHAUVIN, 2015; STEIDLEY; COLEN, 2017).

No entanto, apesar desse cenário, encontram-se casos isolados como o estudo de Cantor *et al.*, que sugere a real existência do efeito de contágio (1999), bem como estudo que, ao contrário, não encontrou sua ocorrência (DUWE, 2004)[5]. Ainda, verifica-se a criação de campanhas como a *Don't Name Them* e a *No Notoriety*, com a finalidade de não conferir atenção à figura do agente (JOHNSTON; JOY, 2016), visto que há indicadores de que muitos visam a fama e a notoriedade (DIETZ, 1986; LEVIN; MADFIS, 2009; SHON; ROBERTS, 2010; MELOY; HOFFMANN, 2013; ALOOSH; BEHZADI, 2016; LANKFORD, 2016a). No Brasil, destacam-se os estudos que debateram a abordagem da mídia quanto ao *Massacre de Realengo* (ALVES, 2010; LOPES, 2012; MORAIS; FIGUEIREDO, 2012; COUTINHO; FREITAS, 2014).

Tendo como pressuposto a existência, além dos danos locais e à ordem jurídica, um grande impacto social decorrente dos casos de *mass murder*-suicídio, tanto em seu local de ocorrência como em âmbito nacional e até internacional, discutem-se a seguir os elementos dessa destacada espécie de homicídio-suicídio.

3.2. *Classificação de eventos de* mass murder

De forma diversa do que ocorre entre homicídios-suicídios em geral, boa parte dos *mass murderers* possuem características muito peculiares, de modo que não se mostra razoável a compreensão de um perfil único de agente e de dinâmica dos fatos.

5. É digna de nota a medida extrema tomada pelo governo chinês, com o objetivo de impedir o efeito contágio, ao proibir a divulgação midiática de eventos em 2010 (HILAL et al., 2014).

Portanto, apesar de sua classificação, enfrentam um desafio logo de início, qual seja, a difundida compreensão de que se trataria de eventos sem padronização; aleatórios; desprovidos de sentido (VOLOKH, 2000; KIMMEL; MAHLER, 2003; WIKE; FRASER, 2009), utiliza-se aquela elaborada por Dietz, ainda em 1986, que divide os eventos entre i) aniquilamentos familiares; ii) *pseudocommandos*; e iii) *set-and-run killings*.

i) Os primeiros integram o já analisado familicídio-suicídio, ou seja, costumam ser realizados por um homem que causa a morte da esposa e de seus filhos, geralmente mais novos que o agente, antes de realizar o suicídio.

Estas ações em regra são: a) expressões de lealdade, a se aproximar do conceito de *mercy killing* (FOX; LEVIN, 1998); ou b) materialização de vingança (LEVIN; MADFIS, 2009). São motivados por desesperança, solidão, frustração e, em regra, após os homicídios, realizam suicídio ou provocam sua consumação por meio de atos executórios de um agente policial (*suicide by cop*) (DIETZ, 1986). Por seus atributos, esta modalidade de *mass murder* ocorre em regra no interior das residências familiares (FAZEL; GRANN, 1997; DUWE, 2000).

Por sua vez, ii) os segundos são uma verdadeira guerra pessoal do agente contra a sociedade, em uma espécie de demonstração de poder (FOX; LEVIN, 1998). Os agentes são indivíduos que traçam um planejamento detalhado, ao longo de muito tempo, e executam o massacre fortemente equipados com armas de fogo e, na maioria das vezes, planejam especificamente sua própria morte ou simplesmente ignoram qualquer hipótese de fuga (KNOLL, 2010a). Um bom exemplo deu-se com o atirador do *Western Psych shootings*, que implorou por ser alvejado, o referido *suicide by cop* (SARTESCHI, 2016).

Os *pseudocommandos* são sem sombra de dúvidas os casos que mais chamam a atenção popular, razão por que se separará um tópico específico mais à frente.

Por fim, os iii) *set-and-run killings*, que não são casos de *mass murder*-suicídio.

De modo diverso do que ocorre com aniquiladores de família e *pseudocommandos,* os agentes desses eventos planejam e orientam seus atos para evitar que sejam detidos ou que seus atos resultem em sua própria morte. Um bom exemplo desse perfil é dado por R. Holmes e S. Holmes ao relatar o exemplo de um agente que causa uma explosão depois de instalar artefato explosivo com acionamento a distância, sem participar presencialmente da ação homicida (1992); ou quando um agente aplica veneno em mecanismos de grande distribuição, como sistemas de água e gás (VAUGHN *et al.*, 2009).

Também a motivação desses agentes os distancia dos demais perfis, pois ainda que sejam encontrados casos movidos por vingança, em regra, os atos são i) instrumentos para a obtenção de outros ganhos, geralmente econômicos

(HOLMES, R.; HOLMES, S, 1992) por meio de extorsões ou fraudes a seguro; ou ii) expressões de cunho ideológico (DIETZ, 1986).

No entanto, é importante lembrar que as classificações muitas vezes não delimitam perfeitamente os casos concretos, haja vista a grande ocorrência de casos que ultrapassam seus limites. Um bom exemplo é o famigerado caso de Ernst Wagner, que causou a morte de sua esposa e de quatro filhos antes de ferir letalmente nove pessoas em local público na Alemanha em setembro de 1913 (BRUCH, 1967), onde se percebem elementos tanto de aniquilamento familiar como de *pseudocommando*.

Como exposto, os aniquilamentos familiares são casos de familicídio-suicídio, desde que com mais de quatro vítimas, cujos elementos foram analisados no item 2; e os *set-and-run killings* possuem dinâmica extremamente diversa de homicídio-suicídio e das demais espécies de *mass murder*. Portanto, resta-nos aprofundar o debate quanto aos casos de *pseudocommando*.

3.3. Pseudocommandos: Rampage School Shootings

Entre os casos de *pseudocommandos* destacam-se os *workplace vengeance* e os *rampage school shootings*, que, como seus nomes já evidenciam, ocorrem tipicamente em locais públicos (KELLEHER, 1997; PETEE; PADGETT; YORK, 1997; PALERMO, 1997; PALERMO; ROSS, 1999), em oposição aos *mass murder*-suicídio em âmbito familiar, como já exposto.

Os primeiros são casos que ocorrem em ambiente de trabalho, cometidos por adultos descontentes com a ausência do reconhecimento que julgam merecer de chefes e de seus pares (LEVIN; MADFIS, 2009). Sua agressividade é provocada, *triggered*, por obstruções de metas, violação de regras e compromissos, bem como por ridicularização pública ou mesmo críticas desconstrutivas (BIES; TRIPP, 1996; SKARLICKI; FOLGER, 1997; ALLRED, 1999).

Ainda, é possível que o ataque seja, na realidade, institucional, sendo absolutamente irrelevantes as pessoas vitimadas diretamente, desde que representem a estrutura empresarial (COLLINS, 2014), a se tratar de um típico caso de *murder by proxy* (FOX; LEVIN, 1994). Há bastante tempo relatam-se casos de ataques institucionais como modo de vingança corretiva de percepções de injustiças, como no caso de furtos contrapondo a sensações de exploração laboral (HOLLINGER; CLARK, 1983; GREENBERG; SCOTT, 1996). Porém, os principais casos de *pseudocommandos* são os ataques praticados por jovens em escolas (FOX; LEVIN; QUINET, 2012) ou em universidades (FOX; SAVAGE, 2009), denominados *school rampage shootings*, cujas características são elencadas a seguir.

Possuem duração extremamente reduzida, muitas vezes, sequer alcançando quinze minutos (VOSSEKIUL *et al*., 2004). Trata-se de casos em que um ou mais atiradores[6] atacam colegas sem alvos específicos (VOLOKH, 2000; KIMMEL; MAHLER, 2003), salvo quando a vítima é escolhida por seu simbolismo, geralmente, pelo cargo que ocupa – como um professor ou diretor –, não havendo qualquer relação com sua personalidade (NEWMAN, 2004). Contudo, ainda que mais raros, também se encontram casos em que os agentes escolhem especificamente suas vítimas, denominados *targeted shootings* (MUSCHERT, 2007).

Em ambas espécies, os agentes sentem-se acima da lei e das convenções sociais (PALERMO, 1997); e, salvo raríssimas exceções[7], são homens (FOX; LEVIN, 1998; BAND; HARPOLD, 1999; MCGEE; DEBERNARDO, 1999; FOX; LEVIN, 2003; KIMMEL; MAHLER, 2003; DUWE, 2007; MADFIS, 2014a; MADFIS, 2016), de "etnia" branca (FOX; LEVIN, 2005; DUWE, 2007; BLAIR *et al*., 2013) e privilegiados socioeconomicamente (SCHIELE; STEWART, 2001; WISE, 2001; MADFIS, 2014a; MCPHEDRAN, 2017), além de geralmente possuírem intenções suicidas[8] (PETEE; PADGETT; YORK, 1997; LARKIN, 2007; LANKFORD, 2015). Quanto a suas vítimas, apesar da aleatoriedade, são predominantemente mulheres (KLEIN, 2005a, 2006a), neste aspecto, identificando-se com eventos *mass murder*-suicídio em geral (GIBSON; KLEIN, 1961; DUWE, 2004; FOX; LEVIN, 2013).

Diferentemente do que se costuma propagar, os atos dos agentes não são decorrentes de um rompante impulsivo. A maioria das ações tem seus planos de ataque desenvolvidos durante semanas ou até meses (FOX; LEVIN, 1994; VERLINDEN; HERSEN; THOMAS, 2000; FEIN *et al*., 2002; NEWMAN, 2004; MADFIS; LEVIN, 2013); a título de exemplo, Eric Harris e Dylan Klebold, agentes do evento de Columbine (Colorado, Estados Unidos) em 1999, planejaram-no por mais de um ano (LARKIN, 2007), ou seja, os *rampage school shootings* seguem o padrão de longa preparação dos *mass murder* em geral (LEVIN; MADFIS, 2009); trata-se de atos predatórios, com propósito controlado

6. Em oposição aos demais casos de *mass murder*, em que os agentes atuam sozinhos, nos casos de *rampage school shootings*, é comum que os agentes ajam em parceria com outro jovem (LEVIN; MADFIN, 2009).
7. Segundo relato de Madfis, apenas cinco eventos realizados por mulheres foram registrados nos Estados Unidos até 2016 (2016).
8. É interessante notar as conclusões de Fox e Levin de que o suicídio de agente de *mass murder* é cinco vezes mais provável, estatisticamente falando, do que sua realização por um homicida "simples" (2005).

(MENEGHEL; HIRAKATA, 2001). Porém, não se pode omitir as críticas de Palermo e Lankford a esta conclusão, afirmando que na realidade se está confundindo *atos preparatórios* com meras *obsessões prévias*, visto que as ações seriam em verdade totalmente impulsivas (1997; 2016b).

Até meados da década de 90, entendiam-se esses eventos como próprios de grandes áreas urbanas (ARCUS, 2002), todavia, hoje, sabe-se que se trata, por todo o mundo, de eventos predominantemente de pequenas comunidades e áreas rurais (FOX; LEVIN, 2003; KIMMEL, 2008; MADFIS; LEVIN, 2013; MADFIS, 2014b). Isto ocorre até mesmo nos Estados Unidos, onde se registra ausência de disparidade entre áreas isoladas e grandes centros quanto à violência juvenil por arma de fogo (NANCE *et al.*, 2010). Estas comunidades onde ocorrem os eventos em regra possuem como características elementares sua homogeneidade e uma orientação político-social conservadora e intolerante (KIMMEL; MAHLER, 2003; NEWMAN, 2004; ARONSON, 2004). Salienta-se que nos Estados Unidos, apesar deste elemento local, a mídia progressivamente tem operado os eventos como um problema de larga escala, e não mais apenas como matérias locais (MUSCHER; CARR, 2006), em consonância com a estratégia americana de prevenção e controle, que que perpassa por ampliar as ações para além do âmbito local.

Com o exposto, foram dissecados os elementos também dos *mass murder*-suicídio e, portanto, surgem duas questões centrais: i) como evitar sua ocorrência? e ii) como lidar com o problema posteriormente a sua ocorrência?

São as perguntas a que se visa fomentar com esse trabalho, a partir da ideia de que após conhecer o problema, é possível debatê-lo e alcançar soluções. De qualquer forma, apresentam-se a seguir – sem qualquer pretensão de exaurir as questões – algumas ideias que podem colaborar para o debate em âmbito de promoção de políticas públicas, como também à reflexão sobre a responsabilização penal dos agentes que vierem a sobreviver.

4. Um norte para pensar o problema

Por todo o exposto, constatou-se que a grande maioria dos homicídios-suicídios ocorrem em âmbito familiar e são de muito difícil inserção dos órgãos públicos, haja vista que ocorrem dentro de uma esfera de absoluta intimidade, em regra, no interior das residências, limitando significativamente a viabilidade de intervenção direta nos eventos em caráter de políticas públicas.

Entretanto, no que toca especificamente aos eventos *mass murder*-suicídio, estes costumam ocorrer em espaço público, havendo maior viabilidade para a tentativa de implementação de medidas preventivas diretas. Uma boa forma de

discutir estas medidas é analisar o que os Estados Unidos têm promovido neste sentido, haja vista ser o país em que mais ocorre essa espécie de homicídio-suicídio, como se faz a seguir.

4.1. Estratégias estadunidenses face os rampage school shootings

Por mais que os *mass murders*-suicídio ocorram em locais públicos, é notória a dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de prever sua ocorrência (PALERMO, 1997; KNOLL, 2010b; MUSCHERT, 2007), afinal, não são poucos os ambientes que congregam fatores de caráter social capazes de promovê-los.

Segundo Larkin, os fatores seriam: i) tolerância a comportamentos predatórios; ii) ética machista do mais forte; iii) fácil acesso a armas de fogo; iv) fascínio da mídia e exploração da violência (2009); além de v) alta densidade demográfica; vi) baixa presença do poder público; e a vii) natureza convidativa dos ambientes (BOYNTON, 2003).

Ainda, o pequeno número relativo de casos também limita o desenvolvimento de estudos mais aprofundados e a construção de padrões capazes de colaborar na promoção de medidas preventivas (DIETZ, 1986; FOX; LEVIN, 2003).

De qualquer forma, sabe-se que os Estados Unidos possuem por padrão uma resposta extremamente punitiva (KLEIN, 2005b), inclusive com a promoção de uma cultura de punição corporal em escolas infantis (HYMAN, 1995), historicamente integrada à educação estadunidense (ORENTLICHER, 1992). Isto faz destas escolas cada vez mais análogas a instituições de segurança do que propriamente locais de educação e desenvolvimento (DIMIATRIADIS; MCCARTHY, 2003), a ponto de se argumentar que a postura estadunidense no combate à violência escolar segue o modelo militar de contenção utilizado para enfrentar o comunismo (WEBBER, 2003).

A verdade é que este ambiente hostil de tolerância zero faz com que os estudantes não sejam capazes de se portar seriamente ante ameaças reais em um ambiente – pseudo – absolutamente controlado e seguro (MADFIS, 2014b, 2014c); porém, não custa afirmar que, apesar dos problemas, o espaço escolar tradicionalmente é tido como mais seguro que seu entorno (BROMLEY, 1992; VOLKWEIN; SZELEST; LIZOTTE, 1995).

Especificamente quanto a medidas que podem e têm sido utilizadas concretamente nos locais, um bom exemplo é a instalação de detectores de metal e máquinas de radiação X nos acessos aos ambientes de riscos. São medidas que, apesar muito caras e de seu caráter exageradamente controlador, significativamente limitam a viabilidade de execução do agente.

Já a maioria das medidas consegue reduzir o âmbito de atuação do agente, limitando apenas seus atos executórios já iniciados. Como exemplo, têm-se: i) telefones de emergência, que dificultam o isolamento do agente com potenciais vítimas; ii) sistemas de comunicação em massa e botões de alarmes, que alertam imediatamente as vítimas quanto à execução do evento e como devem proceder para sua segurança; e iii) portas com travas automáticas, que limitam a circulação do agente e seu acesso a potenciais vítimas. Ainda, já houve quem defendesse buscas pessoais aleatórias e inesperadas (MUIR, 1992; WILSON-BREWER; SPIVAK, 1995), que não demonstram eficácia e, além disso, podem facilmente promover processos de estigmatização (MAWSON *et al*., 2002).

Talvez a medida mais comum seja a instalação de câmeras de segurança (SULKOWSKI; LAZARUS, 2011), que permitem saber a localização do agente em tentativas de neutralização e, depois do evento, auxilia no desenvolvimento de novas medidas protetivas e de estratégias de contenção.

Outras medidas locais, de caráter ainda mais controlador, são verificadas, como a relação permanente entre ambiente escolar e autoridades policiais (SHAFER *et al*., 2010), especificamente treinadas para *caçar e abater* eventuais *mass murderers* (GREENBERG, 2007); ou, até mesmo, a inserção de equipes especiais de segurança privada armada no interior das escolas (REAVES, 2008).

Quanto a medidas em âmbito nacional, destaca-se o desenvolvimento de uma melhoria no *National Instant Criminal Background Check*[9] – um sistema nacional de consulta acerca das condições pessoais de um pretendente à aquisição de arma de fogo – em função do famigerado evento de Virginia Tech em 2007, com o objetivo de restringir o acesso de pessoas com transtornos psíquicos a armas de fogo.

Uma segunda medida diz respeito aos *planos de ação imediata*, promovidos pelo *Clery Act* de 1990[10] e fomentados em âmbito nacional por meio da manutenção de fundos às instituições que os adotam, tendo alcançado índice de 90% de adoção entre escolas de ensino médio e universidades na década passada (FOX; SAVAGE, 2009). Estes planos geralmente envolvem banimento formal de armas; instalação de sistemas de alarme e portas automáticas; bem como o desenvolvimento de procedimentos de atuação conjunta com autoridades policiais locais (SHAFER *et al*., 2010).

9. Public law 110–180–JAN. 8, 2008. Disponível em: https://www.congress.gov/110/plaws/publ180/PLAW-110publ180.pdf. Acesso em 08 de julho de 2017.

10. *The Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Campus Crime Statistics Act* de 1990.

No entanto, o controle de armas de fogo parece ser a principal medida para evitar ataques, em sentido exatamente oposto ao que se tem buscado promover com a inserção de agentes de segurança armada, sejam privados ou públicos, no interior das instituições de ensino.

Não é recente a conclusão de que o acesso a armas de fogo e sua *glamourização* são fatores que contribuem significativamente para a ocorrência dos eventos (PHILIPS; HENSLEY, 1984; PRESLY; MEILMAN; CASHIM, 1997; HAIDER-MARKEL; JOSLYN, 2001; WEBBER, 2003; LAWRENCE; BIRKLAND, 2004; GLASSNER, 2010), a se apontar estas armas como principal instrumento de execução de *mass murder*-suicídio (DUWE, 2007; LANKFORD, 2016b; TAYLOR, 2018) e homicídio-suicídio em geral por todo o mundo (ALLEN, 1983; LESTER, 1987; EASTEAL, 1994; HANZLICK; KOPONEN, 1994; MALPHURS; COHEN, 2002; BARRACLOUGH; HARRIS, 2002; ADRINKRAH, 2003; BASSARTE; SIMON; BARKER, 2006; FRIEDMAN *et al.*, 2005; SIMON; COMSTOCK, 2005; BARKER, 2006; HARPER; VOIGT, 2007; SALEVA *et al.*, 2007; LIEM; KOENRAADT, 2007; SAINT-MARTIN; BOUYSSY; O'BYRNE, 2008; KRULEWITCH, 2009; LIEM; POSTULART; NIEUWBEERTA, 2009; BANKS *et al.*, 2010; SHIFERAW *et al.*, 2010; BLONDINO, 2017), salvo dados encontrados em Fiji (ADINKRAH, 2003) e Polônia (LIEM; OBERWITTLER, 2012).

A referida cultura de armas faz com que circule uma grande quantidade dos artefatos entre os jovens, o que por si só já gera riscos aos indivíduos, tanto em âmbito físico como psicológico (SULKOWSKI; LAZARUS, 2011). Não são poucos os estudos de larga escala que relatam a grande presença de armas de fogo em ambiente escolar (PATRICK *et al.*, 1997; MILLER; HEMENWAY; WECHLER, 1999; KLEIN, 2006; FOX; DELATEUR, 2014), bem como muitas vezes são consideradas pelos portadores como um meio de defesa. Porém, há relatos de que possuidores de armas estão, estatisticamente, 4,5 vezes mais propensos a serem alvejados por armas de fogo, portanto, não sendo um meio adequado de proteção (BRANAS *et al.*, 2009).

Também não são poucos os estudos que apontam a existência de arma de fogo como incrementador de risco quanto a homicídios e suicídios em geral (ZIMRING, 1968; SLOAN, 1998; LOFTIN, 1991; KELLERMAN *et al.*, 1992; CONNER; DHONG, 2003; DAHLBERG; IKEDA; KRESNOW, 2004), inclusive especificamente entre crianças (MILLER; AZRAEL; HEPBURN, 2006).

Entretanto, também se encontram estudos indicando que armas de fogo não causariam tais danos, servindo efetivamente como instrumentos de autoproteção (BRUCE-BRIGGS, 1976; COOK, 1991; KLECK; DELONE, 1993; KLECK; GERTZ, 1995; WHITLEY; PLASMANN, 2003). A sensação de proteção

decorrente da propriedade de armas de fogo no país evidencia-se também por meio do grande incremento na demanda por armas de fogo logo após a ocorrência de eventos *mass murder*, em especial em casos de grande repercussão (DEPETRIS-CHAUVIN, 2015; STUDDERT *et al*., 2017).

Enfim, percebe-se que têm sido promovidas medidas locais e que existe incentivo em âmbito nacional para a prevenção quanto aos eventos, entretanto, não se tem percebido efetividade nas medidas utilizadas (GEHRING; CALLAWAY, 1997; CALLAWAY; GEHRING; DOUTHETT, 2000; JANOSIK; GREGORY, 2003; SULKOWSKI; LAZARUS, 2011). Em contrapartida, nota-se a promoção da violência juvenil por meio da cultura da violência institucional (JEFFERY, 1977; GILLIGAN, 2000; STRAUS, 2000; ARCUS, 2002) e a *penitenciarização* das escolas (GARCIA, 2003), enquanto ausentes perspectivas de promoção de uma política rigorosa de controle de armas de fogo no país.

Portanto, em resumo, *mass murders*-suicídios, ainda que ocorram em locais públicos, são de dificílima contenção, de modo que sequer medidas de intervenção ostensiva, de natureza controladora e/ou punitiva em ambientes de risco, demonstraram, até o momento, efetividade onde foram implementadas.

Dito isso, pergunta-se: é possível encontrar um denominador de grande incidência em todas as espécies de homicídio-suicídio que possa orientar políticas públicas preventivas? A resposta parece perpassar necessariamente pela correlação entre transtornos psíquicos e eventos de homicídio-suicídio, como se expõe a seguir.

4.2. A correlação entre transtornos psíquicos e os eventos de homicídio-suicídio

Cada vez mais, pesquisas empíricas vêm demonstrando que a referida correlação é positiva; ou seja, que, analisados grupos de casos das diversas espécies dos eventos, tem sido encontrada grande incidência de transtornos psíquicos nos agentes, variando, em regra, da casa dos 30% (ex.: LIEM, M.; HENGEVELD, M.; KOENRAADT, 2009) até a casa dos 80% (ex.: FRIEDMAN, 2005), superando em muito os 12,5% do paradigmático estudo de Wolfgang (1958), sugerindo a importância do aperfeiçoamento de técnicas de investigação e diagnóstico.

No entanto, indaga-se: que transtornos são esses?

4.2.1. Transtorno depressivo maior

Estudo realizado no Canadá, depois de concluir pela existência de transtornos psíquicos em quase 70% dos eventos, apontou que o *transtorno depressivo maior* (TDM – a depressão) esteve presente em quase metade do total de agentes

(BUTEAU; LESAGE; KIELY, 1993); Shiferaw *et al.* encontraram, em pesquisa na Suíça, índice de 30% (2010); e Rosenbaum, nos Estados Unidos, alcançou números ainda mais expressivos, apontando que 75% dos agentes foram diagnosticados com TDM (1990). O papel desse transtorno nos eventos é tão significativo que Shepard, há muito tempo, cogitou que o TDM pudesse ser elemento indispensável para a ocorrência de homicídio-suicídio (1961), o que não se tem mostrado realidade.

Em específico, quanto a eventos *mass murder*-suicídio, também são inúmeros os estudos a encontrarem nos agentes um quadro de depressão aliado a histórico de ideação suicida (PALERMO, 1997; MCGEE; DEBERNARDO, 1999; VOSSEKUIL *et al.*, 2004; FERGUSON; COULSON; BARNETT, 2011; FOX; DELATEUR, 2014) e até mesmo a prévias tentativas concretas de suicídio (VOSSEKUIL *et al.*, 2004; WIKE; FRASER, 2009).

O *transtorno depressivo maior* é uma doença relacionada a emoções normais como tristeza e luto, entretanto, o indivíduo não consegue superar essas emoções mesmo depois do desaparecimento de eventuais causas externas (BELMAKER; AGAM, 2008). O indivíduo pode apresentar irritabilidade, distúrbios do sono e do apetite, além da notória ausência de reação a estímulos de prazer (PIZZAGALLI *et al.*, 2008), o que contribui com uma sensação de que a vida não faz sentido.

Assim como está presente de modo significativo nos casos dos eventos estudados, é uma doença com altíssima incidência na população em geral e ao redor de todo o mundo (WEISSMAN *et al.*, 1996; FERRARI *et al.*, 2013), com especial prevalência em mulheres (WEISSMAN *et al.*, 1993; GATER *et al.*, 1998; KESSLER *et al.*, 2003), cujo impacto social é demonstrado com sua capacidade de debilitar os indivíduos, comparável a doenças crônicas como diabetes e artrites (WELLS *et al.*, 1989; HAYES, 1995).

Não são poucos os estudos que apontam haver graus de predisposição genética à depressão (TSUANG; FARAONE, 1990; PLOMIN *et al.*, 1997; WASSERMAN *et al.*, 2009; VELDERS *et al.*, 2011), porém, também já se apontou que não parece haver maior ou menor predisposição genética significativa em função do gênero (KENDLER *et al.*, 1995; MCGUFFIN *et al.*, 1996; LYONS *et al.*, 1998), de modo que, ainda que prevaleça o entendimento de um grande vetor biológico, não há como afastar as influências sociais no desenvolvimento do transtorno[11].

Uma boa maneira de entender essa influência social no desenvolvimento da depressão é a constatação de suas relações de comorbidades, ou seja, quais outras doenças/sintomas costumam acompanhar a depressão.

11. E de qualquer outro transtorno (OS; KENIS; RUTTEN, 2010).

Destacam-se o TP *limítrofe* (ZANARINI *et al.*, 1998; ZIMMERMAN; MATTIA, 1999; MCGLASHAN *et al.*, 2000), a dependência de álcool/drogas e, principalmente, o estresse pós-traumático (HELZER; ROBINS; MCEVOY, 1987; BRESLAU *et al.*, 1991; KESSLER *et al.*, 1995; WEISMANN *et al.*, 1996; HORESH *et al.*, 2017; THOMLINSON; MUNCER; DENT, 2017), que podem decorrer tanto de eventos mais simples, como problemas quanto a relacionamento, saúde ou finanças, quanto de eventos de mais séria gravidade, como abusos psicológicos, agressões físicas e sexuais, além de episódios de violência presenciados pelo indivíduo (KENDLER *et al.*, 1999).

Pessoas com histórico de negligência e abuso infantil possuem significativamente mais chances de desenvolverem depressão na vida adulta (NORMAN *et al.*, 2012; CASTROMAN *et al.*, 2015; SACHS-ERICSSON, 2017; MADRUGA *et al.*, 2017), verificando-se nessas pessoas até mesmo o desenvolvimento de disfunções hormonais (KENDLER *et al.*, 2000; LEE *et al.*, 2005), diretamente relacionadas a quadros de depressão (MERALI *et al.*, 2004; MACMASTER *et al.*, 2006); ou que pessoas com condições de vida muito duras são mais propensas a serem diagnosticadas com depressão, como, por exemplo, indivíduos sem-teto (FAZEL *et al.*, 2008) ou refugiados (MOMARTIN *et al.*, 2004; BAE; PARK, 2010).

Enfim, a correlação entre depressão e eventos de homicídio-suicídio não surpreende, pois há muito tempo já se tem conhecimento de que a depressão é um relevantíssimo fator de risco para a realização de suicídio (BREUER, H.; BREUER, J.; FISCHBACH-BREUER, 1986; KIM *et al.*, 2004; WERNECK, 2006; SANTOS *et al.*, 2009; CAVALCANTE *et al.*, 2013; BOTEGA, 2014). Entretanto, é imprescindível frisar que o TDM é um – entre vários – fator de risco, de modo que somente uma minoria de pessoas com TDM promoverão atos suicidas (CHACHAMOVICH *et al.*, 2009), em que pese já ter sido apontado como fator de risco preponderante (O'TOOLE, 2000).

4.2.2. Transtornos de personalidade

Além do TDM, também são encontrados índices significativos dos mais diversos *transtornos de personalidade* (TP) nos casos de homicídio-suicídio.

Hoje são subdivididos em dez espécies e inseridos dentro de três grupos, todas possuindo em comum o fato de que os agentes experienciam e reagem, interna e externamente, aos estímulos de forma muito diversa da expectativa sociocultural e dos padrões de reação dos indivíduos em geral (APA – DSM-5, 2013, p. 645). Diversos estudos entre o final da década de 80 e o início dos anos 2000 demonstraram a grande incidência desses transtornos na população em geral, alcançando prevalência em torno de 20% da população (Ex.: 14%, TORGERSEN;

KRINGLEN; CRAMER, 2001; 18%, ZIMMERMAN; CORYELL, 1989; e 23%, DRAKE; ADLER; VAILLANT, 1988; BLACK *et al*., 1993).

São comuns os relatos de diagnóstico nos agentes de homicídio-suicídio, com destaque para TP *limítrofe* (PALERMO, 1997; MCGEE; DEBERNARDO, 1999; LANGMAN, 2009) e TP *narcisista* (PALERMO, 1997; HOFFMANN; MELOY; SHERIDAN, 2013). E, especificamente, quanto aos agentes de *mass murder*-suicídio, também se destaca o TP *esquiva* (ABE, 2017), sendo importante ter em mente que os TP não se excluem, sendo comum a comorbidade na população em geral (TORGENSEN; KRINGLEN; CRAMER, 2001).

Estas conclusões também não surpreendem, pois também se reconhece há longo tempo que *transtornos de personalidade* são fatores de risco significativos para suicídio (LESAGE *et al*., 1994; MEHLUM *et al*., 1994; TANNEY, 2000), com especial destaque para o TP *limítrofe* (PETERSON; BONGAR, 1990; PARIS; ZWEIG-FRANK, 2001).

4.2.2.1. Transtorno de personalidade limítrofe

O TP *limítrofe* (*borderline*) tem como característica principal a perturbação afetiva, de modo que o indivíduo pode ter mudanças abruptas, repentinas e transitórias do estado de ânimo (*disforia*), além de raiva, tristeza, vergonha, pânico e sofrimentos crônicos de vazio e solidão (LIEB, 2004). São emoções sentidas de forma extremamente intensa (STIGLMAYR, 2005) e em graus de simultaneidade muito mais elevado do que em indivíduos sem a doença (ZANARINI *et al*., 1998; STIGLMAYR, 2001).

Os indivíduos com TP *limítrofe* ainda apresentam alto grau de vulnerabilidade a este contexto de emoções negativas, haja vista que são facilmente afetados emocionalmente por eventos externos, tendo grande dificuldade de superar esta afetação (LINEHAN, 1987). Somado a isto, apresentam um desvalor próprio exagerado, muitas vezes com alucinações e delírios transitórios (ZANARINI; GUNDERSON; FRANKENBURG, 1990).

Ainda, são notórios os sinais de impulsividade, que se manifestam de diversas formas e, inclusive, de modo autodestrutivo. Portanto, são comuns as tentativas de suicídio e autolesões (OLDHAM, 2006); e, por outro lado, irresponsabilidade econômica, rompantes verbais, abuso de fármacos (GROSS, 2002) e drogas, além de distúrbios alimentares (LIEB, 2004). Entretanto, destacam-se o abuso de drogas nos homens, distúrbios alimentares em mulheres (GRANT, 2008) e agressões impulsivas em geral (COCCARO; SIEVER, 2005).

Em decorrência desse quadro, é natural que as relações interpessoais sejam muito instáveis, caracterizadas por medo de abandono e dificuldade em manter

relações íntimas saudáveis (GUNDERSON *et al.*, 2011), e inclusive impactando diretamente na capacidade laboral dos indivíduos (SKODOL, 2002; 2005).

Em que pese se estimar que o TP *limítrofe* ocorra entre 1,6% e 5,9% da população (APA – DSM-5, 2013, p. 665), há relatos de que seja o transtorno com maior acompanhamento psiquiátrico, com prevalência de cerca de 10% entre pacientes externos e entre 15 e 25% dos internos (TORGERSEN, 2001; GUNDERSON, 2009).

Como também ocorre com a depressão, inúmeros estudos apontam interferência positiva de fatores genéticos para o desenvolvimento de TP *limítrofe* (LIVESLEY; JANG; VERNON, 2002; SKODOL *et al.*, 2002; TORGERSEN, 2008), o que, também nesse caso, não afasta a enorme importância das experiências do indivíduo em sociedade.

É possível afirmar que pessoas com TP *limítrofe* passaram por mais eventos traumáticos do que pessoas com outros TPs (YEN *et al.*, 2002), havendo dúvida quanto a alterações psicopatológicas decorrentes de eventos traumáticos em idade adulta (FOSSATI; MADEDDU; MAFFEI, 1999; PARIS, 2007). Entretanto, o mesmo não se pode falar quanto a experiências traumáticas na infância.

A dificuldade de manter laços estáveis na infância parece indicar futuros diagnósticos de TP *limítrofe* (GUNDERSON, 1996), e muitas vezes está relacionada a eventos traumáticos, em que se destacam a negligência e o abuso na infância como fatores de grande risco para o desenvolvimento de TP *limítrofe* (ZANARINI *et al.*, 1989; HERMAN; PERRY; KOLK, 1989; TEMES *et al.*, 2017).

Entre as espécies de abuso, mostram-se com grande relevância os casos de abuso sexual para o desenvolvimento do transtorno (OGATA *et al.*, 1989; REED; FITZMAURICE; ZANARINI, 2015), cuja intensidade é influenciada diretamente pela intensidade dos abusos (SILK *et al.*, 1995; ZANARINI *et al.*, 2002), ainda que não se saiba concretamente se o abuso sexual na infância acarreta diretamente o transtorno ou se promove algum outro fator de risco (FOSSATI; MADEDDU; MAFFEI, 1999; HUANG, 2012; MERZA; PAPP; SZABÓ, 2015).

4.2.2.2. Transtorno de personalidade narcisista

Por sua vez, o indivíduo com TP *narcisista* apresenta como principal característica um distúrbio em duas dimensões fundamentais nas relações interpessoais. Segundo a tradição da psicologia social e da personalidade, por um lado, existe a vontade de individualizar e expandir o *eu*, envolvendo qualidades como instrumentalidade, ambição, dominância, competência e independência (dimensão do *agency*), por outro, a dimensão do *communion* diz respeito à vontade

de integrar o *eu* em uma unidade social, envolvendo qualidades como foco nos demais, cooperatividade, expressividade, cordialidade, confiabilidade, interdependência e afeto (LEARY, 1957; BAKAN, 1966; WIGGINS, 1979).

O indivíduo com TP *narcisista* desenvolve e exercita *agency* em excesso, enquanto relega a último plano a *communion* (WIGGINS; PINCUS, 1994; CAMPBELL; SEDIKIDES; BOSSON, 1994; PAULHUS; JOHN, 1998); é um *viciado* em autoestima (BAUMEISTER; VOHS, 2001).

Estudos mais antigos enfatizavam que traços narcisistas estariam associados à desadaptação e tristeza (REICH, 1954; KERNBERG, 1975; LASCH, 1979; COOPER; RONNINGSTAM, 1992), enquanto estudos mais recentes têm apontado que estariam associados a um bem-estar psicológico (KOHUT, 1977; WATSON; HICKMAN; MORRIS, 1996; RHODEWALT; MADRIAN; CHENEY, 1998).

Entretanto, não há dúvida de que o excesso desses traços está diretamente relacionado a competitividade, raiva, hostilidade e desconfiança; e relacionado, de forma inversa e proporcional, a afabilidade, empatia, gratidão e necessidade de intimidade (MORF; WEIR; DAVIDOV, 2000; RHODEWALT, 2001; SEDIKIDES, 2002).

Se, por um lado, pessoas com TP *narcisista* possuem exagerada autoestima, por outro, em muitos casos, por também possuem delírios de grandeza (RONNINGSTAM, 2009), acabam por se sentirem inferiores aos demais devido à ausência de confiança. Essa fragilidade se evidencia na hipersensibilidade a críticas e abalos à autoimagem (GABBARD, 1989; COOPER; RONNINGSTAM, 1992), a ponto de engatilhar sentimentos de vergonha e desafeição (SCHORE, 1994) e, até, comportamentos defensivos, como raiva e hostilidade (BAUMEISTER; SMART; BODEN, 1996; RHODEWALT; MORF, 1998), reagindo de forma agressiva às críticas e aos questionamentos (BUSHMAN; BAUMEISTER, 1998; STUCKE; SPORER, 2002).

Essa dificuldade em lidar com abalos à autoestima e à imagem promove um comportamento egoísta (*self-serving bias*) (SEDIKIDES *et al.*, 2004), que se refere à tendência a aceitarem crédito por sucesso alheio e negar seus próprios fracassos (CAMPBELL; SEDIKIDES, 1999; SEDIKIDES; GREGG, 2003), bem como se a sentirem atraídos por parceiros que expressem admiração em vez de intimidade (CAMPBELL, 1999) em relacionamentos com pouco comprometimento real (CAMPBELL; FOSTER, 2002; CAMPBELL; FOSTER; FINKEL, 2002).

Sua prevalência é menor do que aquela do TP *limítrofe*, mas ainda é significativa, alcançando índices de até 6% (APA – DSM-5, 2013, p. 671), com especial incidência entre homens (REICH, 1960; VAILLANT; PERRY, 1985; AKHTAR, 1989; STINSON *et al.*, 2008; HASIN; GRANT, 2015), entretanto, traços de narcisismo

são encontrados largamente na população em geral (KOHUT, 1997; MORF, 2006; PINCUS; LUKOWITSKY, 2010) e nos indivíduos com diagnóstico de outros transtornos (PERRY, J. D; PERRY, J. C., 2004). Mas é com o *transtorno de personalidade antissocial* que existem grandes índices de comorbidade (BURSTEN, 1973; WULACH, 1988; STONE, 1993) – cuja principal característica é um comportamento impulsivo em meio a desrespeito às normas sociais e despreocupação quanto aos demais – a ponto de Kemberg ter proposto que essa correlação seria quase necessária (1989).

Quando se abordam as causas do transtorno, aponta-se, de maneira indireta, influências genéticas no desenvolvimento do TP *narcisista* a partir de influências da neurotransmissão serotoninérgica na susceptibilidade à socialização (BELSKY, 2005; TAYLOR *et al.*, 2006), de modo a que a preponderância é atribuída aos fatores ambientais, em especial, na infância.

No final dessa fase, as crianças já possuem habilidade cognitiva para perceber como são vistas e valorizadas pelas demais pessoas e, a partir disso, formar ideias de si próprias (HARTER, 1999). Em meio a esse processo, possuem um forte desejo de se sentirem valiosas e bem estimadas (HARTER, 2006), de modo que o excesso dessas emoções representa o desenvolvimento de traços narcisistas.

Esse desenvolvimento é explicado de duas maneiras. Por um lado, sustenta-se que o narcisismo decorre da forma inadequada com que os pais relacionam-se com as crianças, com excesso de mimos e elogios (MILLON, 1981; IMBESI, 1999), atribuindo, de forma controladora, à criança supostos talentos extraordinários (HORTON; BLEAU, DRWECKI, 2006; OTWAY; VIGNOLES, 2006). A partir dessas experiências sociais precoces disfuncionais, as crianças estabeleceriam expectativas, sobre si e sobre como as pessoas as veem, diretamente dependentes de uma excessiva autoestima e intolerância a críticas (MORF; RHODEWALT, 2001).

Por outro lado, sustenta-se o papel da negligência (KERNBERG; KOHUT, 1977) e da agressividade (CRAMER, 2011) dos pais em relação às crianças como um vetor de desenvolvimento do transtorno, que podem fazer com que as crianças coloquem-se em um pedestal nas demais relações sociais em busca de uma valorização e validação não encontradas em âmbito familiar.

Por fim, em âmbito mais amplo, também se vem sustentando a importância da cultura social da produção exagerada de autoestima no desenvolvimento de indivíduos com o TP *narcisista*, haja vista que insere o indivíduo num ambiente de extrema competitividade, em que as crianças e adolescentes são ensinados a serem únicos, melhores que os demais, especiais (TRZESNIEWSKI; DONNELLAN; ROBINS, 2008; TWENGE; CAMPBELL, 2009).

4.2.2.3. Transtorno de personalidade esquiva

O TP *esquiva* tem como elemento central um senso de inferioridade aliado a um medo e expectativa de rejeição – o que a aproxima do TP *narcisista* –, o que promove a constante evitação a interações sociais pelos indivíduos (LAMPE; MALHI, 2016).

Essa evitação a interações sociais se materializa em uma ansiedade decorrente de simples atividades, como falar formal e informalmente em público e comer em ambientes públicos (TURNER *et al.*, 1986), ou seja, está associada a medos e altos níveis de ansiedade social e evitação das mais diversas experiências em comunidade (HERBERT; HOPE; BELLACK, 1992; HOLT, C.; HEIMBERG; HOPE, 1992) e, portanto, é capaz de incutir grande debilidade no indivíduo (LAMPE; MALHI, 2016).

Sua incidência é menor do que os transtornos já analisados, mas ainda representa uma parcela importante da população, variando até índices 2% (ASARNOW *et al.*, 2001; GRANT *et al.*, 2004; COID *et al.*, 2006; TRULL *et al.*, 2010; LAMPE; SUNDERLAND, 2015), salvo em estudos exceções que apontaram índices entre 6,6 e 9,3% (TILLFORS *et al.*, 2004; QUIRK *et al.*, 2017); e, quanto à comorbidade, é comum a verificação de depressão e abuso de álcool/drogas (TURNER, 1986), com significativa correlação positiva com ideação e tentativas suicidas (HUMMELEN *et al.*, 2007; LAMPE; SUNDERLAND, 2015).

Como também verificado nos demais transtornos, as experiências sociais na infância são apontadas há muito tempo como importantes para o desenvolvimento do TP *esquiva* (MILLON; 1981). Destacam-se experiências de ausência de relações afetuosas e de responsabilização exagerada da criança (STRAVYNSKY; ELIE; FRANCHE, 1989), negligência em geral, abusos físicos e superproteção (JOYCE *et al.*, 2003; HAGEMAN *et al.*, 2015), em que pese também parecer haver contribuição genética para o fenômeno (REICHBORN-KJENNERUD *et al.*, 2007; TORVIK *et al.*, 2016).

5. Conclusões

Por todo o exposto, considerando que homicídios-suicídios são eventos de grande importância para a administração pública e da justiça, mostram-se como urgentes a implementação de políticas públicas preventivas e a construção de paradigmas jurídicos seguros e justos em âmbito penal.

E o ponto de partida parece ser que, em populações com altos índices de *transtorno depressivo maior* e determinados *transtornos de personalidade*, há incremento de risco de ocorrência de homicídios-suicídios.

Isto porque as emoções e os sentimentos que costumam mover os indivíduos em homicídios-suicídios, como intolerância, agressividade, isolamento, ciúmes,

sensação de impotência, ausência de interesse em viver etc., estão presentes nos quadros das doenças psíquicas estudadas, apontadas como recorrentes nos agentes dos eventos.

E, por mais que haja fatores genéticos que possam contribuir para o desenvolvimento desses transtornos, o fator decisivo é o desequilíbrio do ambiente social do indivíduo, em especial, na infância, referente a como o indivíduo relaciona-se e interage com as pessoas e como as pessoas com o indivíduo relacionam-se, destacadamente seus pais e colegas de escola.

Esse desequilíbrio decorre de relações pautadas em abusos emocionais, físicos e sexuais, além da negligência parental, que são, indiscutivelmente, formas de violência. Portanto, verifica-se a correção da máxima *violência gera violência*, de modo que um passo importante na prevenção deve ser a promoção de saúde mental em atenção básica em saúde e o fomento cultural de ambientes familiares e escolares saudáveis.

Portanto, no que toca a políticas públicas, se, por um lado, as medidas de intervenção física nos ambientes em que os eventos ocorrem não parecem surtir efeito até o momento, por outro, há grande indicativo de que esses caminhos apontados possam interferir diretamente na prevenção a eventos de homicídio-suicídio. Em outras palavras, é pensar a segurança pública por outra perspectiva, a entendê-la, concretamente, de forma integrada às demais áreas de investimento público.

Logo, *investir em saúde pública é investir em segurança pública*, é promover uma alternativa, ainda que de longo prazo, às intervenções punitivas, com natureza de polícia, com altíssimo custo humano e econômico, ainda sem comprovação de sucesso.

Por outro lado, a identificação da origem real desses eventos de natureza penal pode contribuir para o desenvolvimento de novos parâmetros e paradigmas na forma de pensar os tipos penais contra a vida, a culpabilidade, a dosimetria da pena e a sua execução[12].

Referências bibliográficas

ABE, K. What is a serial killer? What is a mass murderer? How do they differ? *European Journal of Academic Essays*, v. 4, n. 4, p. 187-198, 2017.

ADINKRAH, M. Homicide-suicides in Fiji: offense patterns, situational factors, and sociocultural contexts. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 33, n. 1, p. 65-73, Primavera 2003.

12. Ressaltam os autores que pretendem publicar estudo específico sobre os impactos em institutos jurídico-penais.

AITKEN, S. Schoolyard shootings: racism, sexism, and moral panics over teen violence. *Antipode: A Radical Journal of Geography*, v. 33, n. 4, p. 593-600, set. 2001.

AKHTAR, S. Narcissistic personality disorder: Descriptive features and differential diagnosis. *Psychiatric Clinics of North America*, v. 12, n. 3, p. 505-529, 1989.

ALLEN, N. Homicide followed by suicide: Los Angeles, 1970-1979. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 13, n. 3, p. 155-165, 1983.

ALLRED, K. Anger and retaliation: toward and understanding of impassioned conflict in organizations. *Research on Negotiations in Organizations*, v. 7, p. 27-58, 1999.

ALOOSH, M.; BEHZADI, A. Depression of personality disorder: autopsy of a mass-homicide [Carta]. Australian & New Zealand Journal of Psychiatry, v. 50, n. 9, 2016.

ALTHEIDE, D. *Creating Fear*: News and the Construction of Crisis. New York: Aldine de Gruyter, 2002.

ALTHEIDE, D. The columbine shootings and the discourse of fear. *American Behavioral Scientist*, v. 52, n. 10, p. 1354-1370, 2009.

ALVES, A. O que a chacina em Realengo tem a nos dizer: uma análise sobre os discursos da violência escolar no Brasil. *Polyphonía*, v. 21, n. 2, p. 537-548, jul.-dez. 2010.

AMERICAN PYCHIATRIC ASSOCIATION [APA]. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Editions, DSM-5*. Washington; Londres: American Psychiatric Publishing, 2013.

ARCUS, D. School shooting fatalities and school corporal punishment: a look at the States. *Aggressive Behavior*, v. 28, n. 3, p. 173-183, 2002.

ARONSON, E. How the columbine high school tragedy could have been prevented. *Journal of Individual Psychology*, v. 60, n. 4, p. 355-360, 2004.

ASARNOW, R. et al. Schizophrenia and schizophrenia-spectrum personality in the first-degree relatives of children with schizophrenia: the UCLA Family Study. *Archives of General Psychiatry*, v. 58, n. 6, p. 581-588, 2001.

AUXEMERY, Y. The mass murderer history: modern classifications, sociodemographic and psychopathological characteristics, suicidal dimensions, and media contagion of mass murders. *Comprehensive Psychiatry*, v. 56, p. 149-154, 2015.

BAE, J.; PARK, H. Depression and the influencing factors in Korean American Immigrants. *Journal of Korean Academy of Psychiatric and Mental Health Nursing*, v. 19, n. 1, p. 67-75, mar. 2010.

BAKAN, D. *The duality of human existence*. Reading[Estados Unidos]: Addison-Wesley, 1966.

BALDASSARE, M. et al. *PPIC Statewide Survey*: Californians and their government. San Francisco [Estados Unidos]: Public Policy Institute of California, 2013.

BANAY, R. S. Psychology of a mass murderer. *Journal of Forensic Sciences*, v. 1, n. 1, p. 1-6, 1956.

BAND, S.; HARPOLD, J. School violence: Lessons learned. *FBI Law Enforcement Bulletin*, 68, n. 9, p. 9-16, 1999.

BANDEIRA DE SÁ, N. et al. Atendimentos de emergência por tentativas de suicídio. *Revista Médica de Minas*, v. 20, n. 2, p. 145-152, 2010.

BANKS, L. et al. A comparison of intimate partner homicide to intimate partner homicide-suicide: one hundred and twenty-four New Mexico cases. *Violence Against Women*, v. 14, n. 9, p. 1065-1078, set. 2008.

BARRACLOUGH, B.; HARRIS, C. Suicide preceded by murder: the epidemiology of homicide-suicide in England and Wales 1988-92. *Psychological Medicine*, v. 32, n. 4, p. 577-584, 2002.

BASSARTE, R.; SIMON, T.; BARKER, L. Characteristics of homicide followed by suicide incidents in multiple states, 2003-04. *Injury Prevention*, n. 12, suppl. 2, p. 33-38, 2006.

BAUMEISTER, R.; SMART, L.; BODEN, J. Relation of threatened egotism to violence and aggression: the dark side of high self-esteem. *Psychological Review*, v. 103, n. 1, p. 3-33, 1996.

BAUMEISTER, R.; VOHS, K. Narcissism as addiction to esteem. *Psychological Inquiry*, v. 12, n. 4, p. 206-210, 2001.

BELMAKER, R.; AGAM, G. Major depressive disorder. *The New England Journal of Medicine*, v. 358, n. 1, p. 55-68, jan. 2008.

BELSKY, J. Differential susceptibility to rearing influences: An evolutionary hypothesis and some evidence. In: ELLIS, B.; BJORKLUND, D. (Eds.). *Origins of the social mind*: evolutionary psychology and child development. New York: Guilford, 2005, p. 139-163.

BERMAN, A. L. Dyadic death: a typology. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 26, n. 4, p. 342-350, Inverno 1996.

BERNE, E. Cultural aspects of a multiple murder. *Psychiatric Quarterly*, n. 24, p. 250-269, 1950.

BIES, R.; TRIPP, T. Beyond distrust: "Getting even" and the need for revenge. In: KRAMER, R. M.; TYLER, T. (Eds.). *Trust and organizations*. Thousand Oaks [Estados Unidos]: Sage, 1996, p. 246-260.

BLACK, D. et al. Personality disorder in obsessive-compulsive volunteers, well comparisons subjects, and their first-degree relatives. *The American Journal of Psychiatry*, v. 150, n. 8, p. 1226-1232, 1993.

BLAIR, J. et al. *Active shooter events and response*. Boca Raton [Estados Unidos]: CRC Press, 2013.

BLAY, E. *Assassinato de mulheres e direitos humanos*. São Paulo: Editora 34, 2008.

BLONDINO, C. *Do numbers matter? Comparing single homicide followed by suicide and multiple homicide followed by suicide using the National Violent Death Reporting System*, 2003-2012. 2017. Theses and Dissertations – Public Health. University of Kentucky, Lexington [KY, Estados Unidos].

BODLUND, O.; EKSELIUS, L.; LINDSTRÖM, E. Personality traits and disorders among psychiatric outpatients and normal subjects on the basis of the SCID screen questionnaire. *Nordisk Psykiatrisk Tidsskrift*, v. 47, n. 6, p. 425-433, 1993.

BOSSARTE, R.; SIMON, T.; BARKER, L. Characteristics of homicide followed by suicide incidents in multiple states, 2003–2004. *Injury Prevention*, v. 12, (Suppl. 2), p. 33-38, 2006.

BOTEGA, N. Comportamento suicida: epidemiologia. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 231-236, 2014.

BOUGET, D.; GAGNÉ, P. Fratricide: a forensic psychiatric perspective. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and Law*, v. 34, n. 4, p. 529-533, dez. 2006.

BOWERS, T.; HOLMES, E.; RHOM, A. The nature of mass murders and autogenic massacre. *Journal of Police and Criminal Psychology*, v. 25, p. 59-66, 2010.

BOYNTON, A. Securing college campuses in the face of terrorism. *Campus Law Enforcement Journal*, v. 33, p. 15-17, 2003.

BRANAS, C. et al. Investigating the link between gun possession and gun assault. *American Journal of Public Health*, v. 99, n. 11, p. 2034-2040, 2009.

BRESLAU, N. et al. Traumatic events and posttraumatic stress disorder in an urban population of young adults. *Archives of General Psychiatry*, v. 48, n. 3, p. 216-222, mar. 1991.

BREUER, H.; BREUER, J.; FISCHBACH-BREUER, B. Social, toxicological and meteorological data on suicide attempts. *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, v. 235, p. 367-370, 1986.

BROMLEY, M. L. Campus and community crime rate comparisons: a statewide study. *Journal of Security Administration*, v. 15, n. 2, p. 519-531, 1992.

BRUCE-BRIGGS, B. The Great American Gun War. *Public Interest*, n. 45, p. 37-62, 1976.

BRUCH, H. Mass murder: the Wagner case. *American Journal of Psychiatry*, v. 124, n. 5, p. 693-8, 1967.

BURNS, R.; CRAWFORD, C. School shootings, the media, and public fear: Ingredients for a moral panic. *Crime, Law and Social Change*, v. 32, n. 2, p. 147-168, 1999.

BURSTEN, B. Some narcissistic personality types. *International Journal of Psychoanalysis,* v. 54, n. 3, p. 287-300, 1973.

BUSCH, K. A.; CAVANAUGH, J. The study of multiple murder: preliminary examination of the interface between epistemology and methodology. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 1, n. 1, p. 5-23, mar. 1986.

BUSHMAN, B.; BAUMEISTER, R. Threatened egotism, narcissism, self-esteem, and direct and displaced aggression: does self-love or self-hate lead to violence? *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 75, n. 1, p. 219-229, 1998.

BUTEAU, J.; LESAGE, A.; KIELY, M. Homicide followed by suicide: a Quebec case series, 1988-1990. *Canadian Journal of Psychiatry*, v. 38, p. 552-556, out. 1993.

CALLAWAY, R.; GEHRING, D.; DOUTHETT, T. Two-year college compliance with the notice requirement of the Campus Security Act. *Community College Journal of Research and Practice*, v. 24, p. 181–191, 2000.

CAMPANELLI, C.; GILSON, T. Murder–suicide in New Hampshire, 1995–2000. *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, v. 23, n. 3, p. 248-251, 2002.

CAMPBELL, J. et al. Intimate partner homicide: review and implications of research and policy. *Trauma Violence Abuse*, v. 8, n. 3, p. 246-269, 2007.

CAMPBELL, W. Narcissism and romantic attraction. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 77, n. 6, p. 1254-1270, 1999.

CAMPBELL, W.; FOSTER, C. Narcissism and commitment in romantic relationships: An investment model analysis. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 28, n. 4, p. 484-495, 2002.

CAMPBELL, W.; FOSTER, C.; FINKEL, E. Does self-love lead to love for others? A story of narcissistic game-playing. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 83, n. 2, p. 340-354, 2002.

CAMPBELL, W.; SEDIKIDES, C. Self-threat magnifies the self-serving bias: a meta-analytic integration. *Review of General Psychology*, v. 3, n. 1, p. 23-43, 1999.

CAMPBELL, W.; SEDIKIDES, C.; BOSSON, J. Romantic involvement, self-discrepancy, and psychological well-being: A preliminary investigation. *Personal Relationships*, v. 1, p. 399-404, 1994.

CANTOR, C. et al. Media and mass homicides. *Archives of Suicide Research*, v. 5, n. 4, p. 283-290, 1999.

CASTROMAN, J. et al. Posttraumatic stress disorder following childhood abuse increases the severity of suicide attempts. *Journal of Affective Disorders*, v. 170, p. 7-14, 2015.

CAVALCANTE, G. et al. Diferentes faces da depressão no suicídio em idosos. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 10, p. 2985-2994, out. 2013.

CHACHAMOVICH, E. et al. Quais são os recentes achados clínicos sobre a associação entre depressão e suicídio? *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 31, Supl. 1, p. 518-525, 2009.

CHAN, C.; BEH, S.; BROADHURST R. Homicide-suicide in Hong Kong, 1989-1998. *Forensic Science International*, v. 140, n. 2-3, p. 261-267, mar. 2004.

CHEN, Y. Y. et al. Newspaper reporting and the emergence of charcoal burning in Taiwan: a mixed methods approach. *Journal of Affective Disorders*, v. 193, p. 355-361, mar. 2016.

CHERMAK, S. *Victims in the News*: Crime and the American News Media. Boulder [Estados Unidos]:: Westview Press, 1995.

COCCARO, E.; SIEVER, L. Neurobiology. In: OLDHAM, J.; SKODOL, A.; BENDER, D. (Eds). *Textbook of personality disorders*. Washington: American Psychiatric Publishing, 2005.

COHEN, S. *Folk devils and moral panics*: The creation of the mods and rockers. New York: Routledge, 2011.

COID, J. et al. Prevalence and correlates of personality disorder in Great Britain. *The British Journal of Psychiatry*, v. 188, n. 5, p. 423-431, 2006.

COLLINS, R. Micro-sociology of mass rampage killings. *Revue de Synthèse*, v. 135, série 6ª, n. 4, p. 405-420, 2014.

COMSTOCK, R. Epidemiology of homicide-suicide events Oklahoma, 1994-2001. *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, v. 26, n. 3, p. 229-235, set. 2005.

CONNER, K.; ZHONG, Y. State firearm laws and rates of suicide in men and women. *American Journal of Preventive Medicine*, v. 25, n. 3, p. 320-324, nov. 2003.

COOK, P. J. The technology of personal violence. *Crime and Justice*, v. 14, p. 1-71, 1991.

COOPER, A.; RONNINGSTAM, E. Narcissistic personality disorder. *American Psychiatric Press Review of Psychiatry*, v. 11, p. 80-97, 1992.

COOPER, M.; EAVES, D. Suicide following homicide in the family. *Violence and Victims*, v. 11, n. 2, p. 99-112, 1996.

CORNIC, F.; OLIE, J. Psychotic parricide. Prevention. *Encephale*, v. 32, n. 4, p. 452-458, 2006.

COUTINHO, K.; FREITAS, A. A invenção de chacinas escolares: das representações *psi* às rotas de fuga. *Educação & Realidade*, v. 39, n. 1, p. 303-323, jan.-mar. 2014.

CRAMER, P. Young adult narcissism: a 20 year longitudinal study of the contribution of parenting styles, preschool precursors of narcissism and denial. *Journal of Research in Personality,* v. 45, n. 1, p. 19-28, fev. 2011.

D'ORBÁN, P.; O'CONNOR, A. Women who kill their parents. *British Journal of Psychiatry,* v. 154, n. 1, p. 27-33, jan. 1989.

DAHLBERG, L.; IKEDA, R.; KRESNOW, M. Guns in the home and risk of a violent death in the home: findings from a National study. *American Journal of Epidemiology*, v. 160, n. 10, p. 929-936, nov. 2004.

DALY, M.; WILSON, M. *Homicide*. New York: Aldine De Gruyter, 1988.

DALY, M.; WILSON, M. Some differential attributes of lethal assaults on small children by stepfathers versus genetic fathers. *Ethology and Sociobiology*, v. 15, n. 4, p. 207-217, jul. 1994.

DEPETRIS-CHAUVIN, E. Fear of Obama: an empirical study of the demand for guns and the U.S. 2008 presidential election. *Journal of Public Economics*, v. 130, p. 66-79, 2015.

DIETZ, P. Mass, serial and sensational homicides. *Bulletin of the New York Academy of Medicine*, v. 62, n. 5, p. 477-491, jun. 1986.

DIMITRIADIS, G.; MCCARTHY, C. Creating a New Panopticon: Columbine, cultural studies, and the uses of Foucault. In: BRATICH, J.; PARKER, J.; MCCARTHY, C. (Eds.). *Foucault, Cultural Studies, and Governmentality*. Albany [Estados Unidos]: State University of New York Press, 2003, p. 273-292.

DOGANAY, Z. et al. Climatic and diurnal variation in suicide attempts in the ED. *American Journal of Emergency Medicine*, v. 21, n. 4, p. 271-275, jul. 2003.

DRAKE, R.; ADLER, D.; VAILLANT, G. Antecedents of personality disorders in a Community sample of men. *Journal of Personality Disorders*, v. 2, n. 1, p. 60-80, 1988.

DUWE, G. Body-count journalism: the presentation of mass murder in the news media. *Homicide Studies*, v. 4, n. 4, p. 364-399, 2000.

DUWE, G. *Mass murder in the United States*: a history. Jefferson [Estados Unidos]: McFarland & Company, 2007.

DUWE, G. The patterns and prevalence of mass murder in twentieth-century America. *Justice Quarterly*, v. 21, n. 4, p. 729-761, dez. 2004.

EASTEAL, P. Homicide-suicides between adult sexual intimates: an Australian study. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 24, n. 2, p. 140-151, Verão 1994.

EIMONTAS, J.; GAILIENÈ, D. Apie savižudybes rašan i žurnalist poži ris specialist rekomendacijas bei j laikytis palank s ir nepalank s veiksniai. *Psichologija*, v. 49, p. 34-43, 2014.

EVSEEF, G.; WISNIEWSKI, E. A psychiatric study of a violent mass murderer. *Journal of Forensic Sciences*, v. 17, n. 3, p. 371-376, 1972.

FALK, G. *Murder*: An analysis of its forms, conditions, and causes. Jefferson [Estados Unidos]: McFarland, 1990.

FAZEL, S. et al. The prevalence of mental disorders among the homeless in Western countries: a systematic review and meta-regression analysis. *PLOS Medicine*, v. 5, n. 12, p. 1670-1681, dez. 2008.

FAZEL, S.; GRANN, M. The population impact of severe mental illness on violent crime. *American Journal of Psychiatry*, v. 163, n. 8, p. 1397-1403, ago. 2006.

FEIN, R. et al. *Threat assessment in schools*: a guide to managing threatening situations and creating safe school climates. Washington: U.S. Secret Service; National Threat Assessment Center, 2002.

FERGUSON, C.; COULSON, M.; BARNETT, J. Psychological profiles of school shooters: positive directions and one big wrong turn. *Journal of Police Crisis Negotiation*, v. 11, p. 1-17, 2011.

FERRARI, A. et al. Global variation in the prevalence and incidence of major depressive disorder: a systematic review of the epidemiological literature. *Psychological Medicine*, v. 43, n. 3, p. 471-481, 2013.

FISHBAIN, D.; RAO, V.; ALDRICH, T. Female homicide-suicide perpetrators: a controlled study. *Journal of Forensic Sciences*, v. 30, n. 4, p. 1148-1156, 1985.

FOSSATI, A.; MADEDDU, F.; MAFFEI, C. Borderline personality disorder and childhood sexual abuse: a meta-analytic study. *Journal of Personality Disorders*, v. 13, p. 268-280, 1999.

FOX, J. A.; LEVIN, J. Multiple homicide: patterns of serial and mass murder. *Crime and Justice*, v. 23, p. 407-455, 1998.

FOX, J.; DELATEUR, M. Mass shootings in America: moving beyond Newtown. *Homicide Studies*, v. 18, n. 1, p. 125-145, dez. 2014.

FOX, J.; LEVIN, J. *Extreme killing*: understanding serial and mass murder. Los Angeles [Estados Unidos]: Sage Publications, 2005.

FOX, J.; LEVIN, J. *Overkill*: mas murder and serial killing exposed. New York: Plenum Press, 1994.

FOX, J.; LEVIN, J. The growing threat of workplace homicide. In: HENRY, S. *Annals of the American Academy of Political and Social Science,* v. 536: Employee Dismissal: Justice at Work, nov. 1994, p. 16-30.

FOX, J.; LEVIN, J.; QUINET, K. *The will to kill*: making sense of senseless murder. 4. ed. Upper Saddle River [Estados Unidos]: Pearson, 2012.

FOX, J.; SAVAGE, J. Mass Murder Goes to College: An Examination of Changes on College Campuses Following Virginia Tech. *American Behavioral Scientist*, v. 52, n. 10, p. 1286-1308, 2009.

FRAZIER, S.; Violence and social impact. In: SCHOOLAR, J.; GAITZ, C. (Eds.). *Research and the Psychiatric Patient*. New York: Brunner and Mazel, 1975.

FRIEDMAN, S. et al. Filicide-suicide: common factors in parents who kill their children and themselves. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 33, n. 4, p. 496-504, jan. 2005.

FU, K.; CHAN, Y.; YIP, P. Newspaper reporting of suicides in Hong Kong, Taiwan and Guangzhou: compliance with WHO media guidelines and epidemiological comparisons. *Journal of Epidemiology and Community Health*, v. 65, n. 10, p. 928-933, 2011.

GABBARD, G. Two subtypes of narcissistic personality disorder. *Bulletin of the Menninger Clinic*, v. 53, n. 6, p. 527-532, 1989.

GALLERMORE, J.; PANTON, J. Motiveless public assassins. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry Law,* v. 4, n. 1, p. 51-57, 1976.

GALVIN, J.; MACDONALD, J. Psychiatric study of a mass murderer. *The American Journal of Psychiatry*, v. 115, n. 12, p. 1057-1061, jun. 1959.

GARCIA, C. School safety technology in America: current use and perceived effectiveness. *Criminal Justice Policy Review*, v. 14, n. 1, p. 30-54, mar. 2003.

GATER, R. et al. Sex differences in the prevalence and detection of depressive and anxiety disorders in general health care settings. *Archives of General Psychiatry*, v. 55, n. 5, p. 405-413, maio 1998.

GEHRING, D.; CALLAWAY, R. Compliance with the notice requirement of the Campus Security Act. *College and University*, v. 73, p. 13-18, 1997.

GIBSON, E.; KLEIN, S. *Murder*: a home office research unit report. Londres: HMSO, 1961.

GILLIGAN, J. Violence in public health and preventive medicine. *Lancet*, v. 355, n. 9217, p. 1802-1804, maio 2000.

GLASSNER, B. *The culture of fear*: why Americans are afraid of the wrong things. 10. ed. New York: Basic Books, 2010.

GOULD, M.; JAMIESON, P.; ROMER, D. Media contagion and suicide among the young. *American Behavioral Scientist*, v. 46, n. 9, p. 1269-1284, maio 2003.

GRANT, B. et al. Prevalence, correlates, and disability of personality disorders in the United States: results from the national epidemiologic survey on alcohol and related conditions. *Journal of Clinical Psychiatry*, v. 65, n. 7, p. 948-958, 2004.

GREENBERG, J.; SCOTT, K. Why do workers bite the hand that feeds them? Employee theft as a social exchange process. In: STAW, B.; CUMMINGS, L. (Eds.). *Research on Organizational Behavior*, v. 18. Greenwich [Estados Unidos]: JAI Press, 1996, p. 111-156.

GREENBERG, S. Active shooters on college campuses: conflicting advice, roles of the individual and first responder, and the need to maintain perspective. *Disaster Medicine and Public Health Preparedness,* v. 1, n. 1, p. 57-61, 2007.

GREGORY, D. The effect of the Clery Act on campus judicial practices. *Journal of College Student Development,* v. 44, n. 6, p. 763-778, nov.-dez. 2003.

GRESSWELL, D.; HOLLIN, C. Multiple murder: a review. *The British Journal of Criminology*, v. 34, n. 1, p. 1-14, jan. 1994.

GROSS, R. et al. Borderline personality disorder in primary care. *Archives of Internal Medicine,* v. 162, n. 1, p. 53-60, 2002.

GUNDERSON, J. Borderline personality disorder: ontogeny of a diagnosis. *The American Journal of Psychiatry,* v. 166, n. 5, p. 530-539, maio 2009.

GUNDERSON, J. et al. Ten-year course of borderline personality disorder. *Archives of General Psychiatry*, v. 68, n. 8, p. 827-837, 2011.

GUNDERSON, J. The borderline patient's intolerance of aloneness: insecure attachments and therapist availability. *The American Journal of Psychiatry*, v. 152, n. 6, p. 752-758, jun. 1996.

HAGEMAN, T. et al. Links between childhood experiences and avoidant personality disorder symptomatology. *International Journal of Psychology*, v. 15, n. 1, p. 101-116, 2015.

HAIDER-MARKEL, D.; JOSLYN, M. Gun Policy, Opinion, Tragedy, and Blame Attribution: The Conditional Influence of Issue Frames. *Journal of Politics*, v. 63, n. 2, p. 520-43, 2001.

HAINES, J.; WILLIANS, C.; LESTER, D. Murder-suicide: a reaction to interpersonal crises. *Forensic Science International*, v. 202, p. 93-96, 2010.

HAMAMOTO, D. Empire of death: militarized society and the rise of serial killing and mass murder. *New Political Science*, v. 24, n. 1, p. 105-120, 2002.

HANZLICK, R.; KOPONEN, M. Murder-suicide in Fulton County, Georgia, 1988-1991. Comparison with a recent report and proposed typology. *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, v. 15, n. 2, p. 168-173, 1994.

HARPER, D.; VOIGT, L. Homicide followed by suicide: an integrated theoretical perspective. *Homicide Studies*, v. 11, n. 4, p. 295-318, 2007.

HARRY, B.; RESNICK, P. Posttraumatic stress disorder in murderers. *Journal of Forensic Sciences*, v. 31, n. 2, p. 609-613, 1986.

HARTER, S. *The construction of the self*: A developmental perspective. New York: Guilford, 1999.

HARTER, S. The self. In: EISENBERG, N. (Ed.). *Handbook of child psychology*: Social, emotional, and personality development. New York: Wiley, 2006, p. 505-570.

HASIN, D.; GRANT, B. The National Epidemiology Survey on alcohol and related conditions (NESARC) Waves 1 and 2: *re*view and summary of findings. *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, v. 50, n. 11, p. 1609-1640, nov. 2015.

HAYES, R. et al. Functioning and well-being outcomes of patients with depression compared with chronic general medical illnesses. *Archives of General Psychiatry*, v. 52, n. 1, p. 11-19, jan. 1995.

HEATH, L.; GILBERT, K. Mass media and fear of crime. *American Behavioral Scientist*, v. 39, n. 4, p. 379-386, 1996.

HEIDE, K. Evidence of child maltreatment among adolescent parricide offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 38, n. 2, p. 151-162, jun. 1994.

HEIDE, K. Why kids kill parents. Newbury Park [Estados Unidos]: Sage, 1992.

HEIDE, K.; PETEE, T. Parricide: An empirical analysis of 24 years of U.S. data. *Journal of Interpersonal Violence,* v. 22, n. 11, p. 1382-1399, 2007.

HELZER, J.; ROBINS, L.; MCEVOY, L. Post-traumatic stress disorder in the general population. Findings of the Epidemiologic Catchment Area Survey. *New England Journal of Medicine*, v. 317, n. 26, p. 1630-1634, dez. 1987.

HEMPEL, A.; MELOY, J.; RICHARDS, T. Offender and offense characteristics of a nonrandom sample of mass murderers. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 27, n. 2, p. 213-225, 1999.

HERBERT, J.; HOPE, D.; BELLACK, A. Validity of the distinction between generalized social phobia and avoidant personality disorder. *Journal of Abnormal Psychology*, v. 101, n. 2, p. 332-339, 1992.

HERMAN, J.; PERRY, C.; KOLK, B. Childhood trauma in borderline personality disorder. *The American Journal of Psychiatry*, v. 146, n. 4, p. 490-495, abr. 1989.

HESKETH, J.; CASTRO, A. Fatores correlacionados com a tentativa de suicídio. *Revista de Saúde Pública*, v. 12, n. 2, p. 138-146, 1978.

HILAL, S. et al. The routine of mass murder in China. *Homicide Studies*, v. 18, n. 1, p. 83-104, 2014.

HOFFMANN, J.; MELOY, J.; SHERIDAN, L. Contemporary research on stalking, threatening, and attacking public figures. In: MELOY, J.; HOFFMANN, J. *International Handbook of Threat Assessment*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 160-177..

HOLLINGER, R.; CLARK, J. *Theft by employees*. Lexington [Estados Unidos]: Lexington Books, 1983.

HOLMES, R. M.; BURGER, J. Profile in terror: the serial murderer. *Federal Probation*, v. 49, p. 29-34, 1985.

HOLMES, R. M.; HOLMES, S. T. Understanding mass murder: a starting point. *Federal Probation*, v. 56, n. 1, p. 53-60, 1992.

HOLT, C.; HEIMBERG, R.; HOPE, D. Avoidant personality disorder and the generalized subtype of social phobia. *Journal of Abnormal Psychology*, v. 101, n. 2, p. 318-325, 1992.

HORESH, D. et al. An in-depth look into PTSD-depression comorbidity: a longitudinal study of chronically-exposed Detroit residents. *Journal of Affective Disorders*, v. 208, p. 653-661, jan. 2017.

HORTON, R.; BLEAU, G.; DRWECKI, B. Parenting narcissus: Does parenting contribute to the development of narcissism? *Journal of Personality*, v. 74, n. 2, p. 345-376, abr. 2006.

HUANG, J. et al. Childhood abuse in Chinese patients with borderline personality disorder. *Journal of Personality Disorders*, v. 26, n. 2, p. 238-254, abr. 2012.

HUMMELEN, B. et al. The relationship between avoidant personality disorder and social phobia. *Comprehensive Psychiatry*, v. 48, n. 4, p. 348-356, 2007.

HYMAN, I. Corporal punishment, psychological maltreatment, violence, and punitiveness in America: research, advocacy, and public policy. *Applied & Preventive Psychology*, v. 4, n. 2, p. 113-130, Primavera 1995.

IMBESI, L. The making of a narcissist. *Clinical Social Work Journal*, v. 27, n. 1, p. 41-54, mar. 1999.

JANOSIK, S.; GREGORY, D. The Clery Act and its influence on campus law enforcement practices. *Journal of College Student Development*, v. 41, n. 6, p. 763-778, nov.-dez. 2003.

JEFFERY, C. *Crime prevention through environmental design*. 2. ed. Beverly Hills [CA, Estados Unidos]: Sage, 1977.

JOHNSTON, J.; JOY, A. Mass shootings and the media contagion effect. In: *Symposium of American Psychological Association*, 2016, Denver [Estados Unidos], Paper On-line, 2016, p. 1-40. Disponível em: https://www.apa.org/news/press/releases/2016/08/media-contagion-effect.pdf. Acesso em 13 de janeiro de 2018.

JOINER, T. The clustering and contagion of suicide. *Current Directions in Psychological Science*, v. 8, n. 3, p. 89-92, jun. 1999.

JONKER, B.; HAMRIN, V. Acute stress disorder in children related to violence. *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing,* v. 162, n. 2, p. 41-51, 2003.

JOYCE, P. et al. Temperament, childhood environment and psychopathology as risk factors for avoidant and borderline personality disorders. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, v. 37, n. 6, p. 756-764, 2003.

KAGA, M.; TAKESHIMA, T.; MATSUMOTO, T. Suicide and its prevention in Japan. *Legal Medicine*, v. 11, p. 18-21, 2009.

KAHN, M. Psychological test study of a mass murderer. *Journal of Projective Techniques*, v. 24, p. 148-160, 1960.

KELLEHER, M. *Flashpoint*: the American mass murderer. Westport [Estados Unidos]: Praeger, 1997.

KELLERMAN, A. et al. Suicide in the home in relation to gun ownership. *New England Journal of Medicine,* v. 327, p. 467-472, ago. 1992.

KENDLER, K. et al. A pilot Swedish twin study of affective illness including hospital and population-ascertained subsamples: results of model fitting. *Behavior Genetics*, v. 25, n. 3, p. 217-232, maio 1995.

KENDLER, K. et al. Causal relationship between stressful life events and the onset of major depression. *American Journal of Psychiatry*, v. 156, n. 6, p. 837-841, jun. 1999.

KENDLER, K. et al. Childhood sexual abuse and adult psychiatric and substance use disorders in women: an epidemiological and co-twin control analysis. *Archives of General Psychiatry*, v. 57, n. 10, p. 953-959, out. 2000.

KERNBERG, O. *Borderline conditions and pathological narcissism*. New York: Jason Aronson, 1975.

KERNBERG, O. The narcissistic personality disorder and the differential diagnosis of antisocial personality. *Psychiatric Clinics of North America*, v. 12, n. 3, p. 553-570, 1989.

KESSLER, R. et al. Posttraumatic stress disorder in the National Comorbidity Survey. *Archives of General Psychiatry*, v. 52, n. 2, p. 1048-1060, dez. 1995.

KILLINGBECK, D. The role of television news in the construction of school violence as a "Moral Panic". *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, v. 8, n. 3, p. 186-202, 2001.

KIM, C. et al. Seasonal Differences in Psychopathology of male suicide completers. *Comprehensive Psychiatry*, v. 45, n. 5, p. 333-339, set.-out. 2004.

KIMMEL, M. Profiling school shooters and shooters' schools: the cultural contexts of aggrieved entitlement and restorative masculinity. In: AGGER, B.; LUKE, D. (Eds.). *There is a gunman on campus*: tragedy and terror at Virginia Tech. Lanham [Estados Unidos]: Rowman and Littlefield, 2008, p. 65-78.

KIMMEL, M.; MAHLER, M. Adolescent masculinity, homophobia, and violence. Random school shootings, 1982-2001. *American Behavioral Scientist*, v. 46, n. 10, p. 1439-1458, jun. 2003.

KLECK, G.; DELONE, M. A. Victim resistance and offender weapon effects in robbery. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 9, n. 1, p. 55-81, 1993.

KLECK, G.; GERTZ, M. Armed resistance to crime: the prevalence and nature of self-defense with a gun. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 86, n. 1, p. 150-187 Outono 1995.

KLEIN, J. America is from mars, Europe is from Venus: how the United States can learn from Europe's social work response to school shootings. *School Social Work Journal*, v. 30, n. 1, p. 1-24, 2005a.

KLEIN, J. An invisible problem: everyday violence against girls in schools. *Theoretical Criminology*, v. 10, n. 2, p. 147-177, 2006.

KLEIN, J. Sexuality and school shootings: what role does teasing play in school massacres. *Journal of Homosexuality*, v. 51, n. 4, p. 39-62, 2006.

KLEIN, J. Teaching her a lesson: Media misses boys' rage relating to girls in school shootings. *Crime, Media, Culture*, v. 1, n. 1, p. 90-97, 2005b.

KNOLL, J. The "Pseudocommando" mass murderer: Part I, the psychology of revenge and obliteration. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 38, n. 1, p. 87-94, mar. 2010a.

KNOLL, J. The "Pseudocommando" mass murderer: Part II, the language of revenge. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 38, n. 2, p. 263-272, jun. 2010b.

KOHUT, H. *The restoration of the self*. New York: International Universities Press, 1977.

KOSSLER, R. et al. The epidemiology of major depressive disorder: results from the National Comorbidity Survey Replication (NCS-R). *Journal of the American Medical Association*, v. 289, n. 23, p. 3095-3105, jun. 2003.

KRULEWITCH, C. Epidemiology of intimate partner homicide-suicide events among women of childbearing age in Maryland, 1994-2003. *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, v. 30, n. 4, p. 362-365, dez. 2009.

KWON, J.; CHUN, H.; CHO, S. A closer look at the increase in suicide rates in South Korea from 1986-2005. *BMC Public Health On-line*, v. 9, n. 72, 2009. Disponível em: https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-9-72. Acesso em 10 de julho de 2018.

LAMPE, L.; MALHI, G. Psychology research and behaviour management dovepress avoidant personality disorder: current insights. *Psychology Research and Behavior Management*, v. 11, p. 55-66, mar. 2018.

LAMPE, L.; SUNDERLAND, M. Social phobia and avoidant personality disorder: similar but different? *Journal of Personality Disorders*, v. 29, n. 1, p. 115-130, 2015.

LANGMAN, P. *Why kids kill*: inside the minds of school shooters. New York: Palgrave, 2009.

LANKFORD, A. Fame-seeking rampage shooters: Initial findings and empirical predictions. *Aggression and Violent Behavior*, v. 27, n. 1, p. 122-129, 2016a.

LANKFORD, A. Mass shooters in the USA, 1966-2010: differences between attackers who live and die. *Justice Quarterly*, v. 32, n. 2, p. 360-379, 2015.

LANKFORD, A. Public mass shooters and firearms: a cross-national study of 171 countries. *Violence and Victims*, v. 31, n. 2, p. 187-199, 2016b.

LARKIN, R. *Comprehending Columbine*. Philadelphia [Estados Unidos]: Temple University Press, 2007.

LARKIN, R. The Columbine legacy. Rampage shootings as political acts. *American Behavioral Scientist*, v. 52, n. 9, p. 1309-1326, maio 2009.

LASCH, C. *The culture of narcissism*: American life in an age of diminishing expectations. New York: W. W. Norton, 1979.

LAWRENCE, R.; BIRKLAND, T. Guns, Hollywood, and school safety: Defining the school shooting problem across the public arenas. *Social Science Quarterly*, v. 85, n. 5, p. 1193-1207, 2004.

LEARY, T. *Interpersonal diagnosis of personality*: a functional theory and methodology for personality evaluation. New York: Ronald, 1957.

LEE, R. et al. Childhood trauma and personality disorder: positive correlation with adult CSF corticotropin-releasing factor concentrations. *American Journal of Psychiatry*, v. 162, n. 5, p. 995-997, maio 2005.

LESAGE, A. et al. Suicide and mental disorders: a case-control study of young men. *American Journal of Psychiatry*, v. 151, n. 7, p. 1063-1068, jul. 1994.

LESTER, D. Murder followed by suicide in those who murder police officers. *Psychological Reports*, v. 60, p. 1130, 1987.

LESTER, D. Suicide in post-Soviet Central Asia. *Central Asian Survey*, v. 18, n. 1, p. 121-124, 1999.

LEVIN, J.; FOX, J. A psycho-social analysis of mass murder. In: O'REILLY-FLEMING, T. (Ed.). *Serial and mass murder*: theory, research, and policy. Toronto [Canadá]: Canadian Schoolars' Press, 1996.

LEVIN, J.; FOX, J. *Mass murder*: America's growing menace. New York: Plenum, 1985.

LEVIN, J.; MADFIS, E. Mass murder at school and cumulative strain: a sequential model. *American Behavioral Scientist*, v. 52, n. 9, p. 1227-1245, maio 2009.

LEYTON, E. *Hunting humans*: the rise of modern multiple murder. New York: Penguin, 1987.

LIEB, K. et al. Borderline personality disorder. *The Lancet*, v. 364, n. 9432, p. 453-461, jul. 2004.

LIEM, M. et al. Homicide-suicide and other violent deaths: an international comparison. *Forensic Science International*, v. 207, n. 1-3, p. 70-76, 2011.

LIEM, M. Homicide followed by suicide: a review. *Aggression and Violent Behavior*, v. 15, p. 153-161, 2010.

LIEM, M.; HENGEVELD, M.; KOENRAADT, F. Domestic homicide followed by parasuicide. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 53, n. 5, p. 497-516, out. 2009.

LIEM, M.; KOENRAADT, F. Homicide-suicide in the Netherlands: a study of newspaper reports, 1992-2005. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, v. 18, n. 4, p. 482-493, dez. 2007.

LIEM, M.; OBERWITTLER, D. Homicide followed by suicide in Europe. In: LIEM, M.; PRIDEMORE, W. *Handbook of European homicide research*: patterns, explanations, and country studies. New York: Springer-Verlag, 2012, p. 197-215.

LIEM, M.; POSTULART, M.; NIEUWBEERTA, P. Homicide – Suicide in the Netherlands. An epidemiology. *Homicide Studies*, v. 13, n. 2, p. 99-123, maio 2009.

LINEHAN, M. Dialectical behaviour therapy for borderline personality disorder. *Bulletin of the Menninger Clinic*, v. 51, n. 3, p. 261-276, 1987.

LITTLETON, H.; GRILLS-TAQUECHEL, A.; AXOM, D. Resource loss as a predictor of posttrauma symptoms among college women following the mass shooting at Virginia Tech. *Violence and Victims*, v. 24, n. 5, p. 669-686, 2009.

LIVESLEY, W.; JANG, L.; VERNON, P. Phenotypic and genetic structure of traits delineating personality disorder. *Archives of General Psychiatry*, v. 55, n. 10, p. 936-950, out. 2002.

LOFTIN, C. et al. Effects of restrictive licensing of handguns on homicide and suicide in the District of Columbia. *New England Journal of Medicine*, v. 325, p. 1615-1620, dez. 1991.

LOPES, A. J. Considerações sobre o massacre de Realengo. *Estudos de Psicanálise*, n. 37, p. 25-44, jul. 2012.

LYONS, M. et al. A registry-based twin study of depression in males. *Archives of General Psychiatry,* v. 55, n. 5, p. 468-472, maio 1998.

MACKENZIE, D. et al. Do suicides from the Golden Gate bridge cluster? *Psychological Reports*, v. 118, n. 1, p. 70-73, 2016.

MACMASTER, F. et al. Pituitary volume in treatment-naive pediatric major depressive disorder. *Biological Psychiatry*, v. 60, n. 8, p. 862-866, out. 2006.

MADFIS, E. "It's better to overreact": School officials' fear and perceived risk of rampage attacks and the criminalization of american public schools. *Critical Criminology*, v. 24, n. 1, p. 39-55, mar. 2016.

MADFIS, E. Averting school rampage: student interventions amid a persistent code of silence. *Youth and Juvenile Justice*, v. 12, n. 3, p. 229-249, 2014c.

MADFIS, E. In search of meaning: are school rampage shootings random and senseless violence? *The Journal of Psychology*, v. 2, n. 151, p. 21-35, 2016.

MADFIS, E. *The risk of school rampage*: assessing and preventing threats of school violence. New York: Palgrave Macmillan, 2014b.

MADFIS, E. Triple entitlement and homicidal anger: An exploration of the intersectional identities of American mass murderers. *Men and Masculinities*, v. 17, n. 1, p. 67-86, 2014a.

MADFIS, E.; LEVIN, J. School rampage in international perspective: the salience of cumulative strain theory. In: BÖCKLER, N. et al. (Eds.). *School shootings*: international research, case studies, and concepts for prevention. New York: Springer, 2013.

MADRUGA, C. et al. Pathways from witnessing parental violence during childhood to involvement in intimate partner violence in adult life: the roles of depression and substance use. *Drug and Alcohol Review*, v. 36, p. 107-114, jan. 2017.

MAGUIRE, B.; WEATHERBY, G.; MATHERS, R. Network news coverage of school shootings. *The Social Journal*, v. 39, n. 3, p. 465-470, 2002.

MALMQUIST, C. Psychiatric aspects of familicide. *Bulletin of the American Academy of Psychology*, v, 8, n. 3, p. 298-304, 1980.

MALPHURS, J.; COHEN, D. A newspaper surveillance study of homicide-suicide in the United States. *The American Journal of Forensic Medicine Pathology*, v. 23, n. 2, p. 142-148, 2002.

MALPHURS, J.; COHEN, D. A Statewide Case–Control Study of Spousal Homicide–Suicide in Older Persons. *The American Journal of Geriatric Psychiatry*, v. 13, n. 3, p. 211-217, mar. 2005.

MANN, J. et al. Suicide prevention strategies. A systematic review. *Journal of the American Medical Association*, v. 294, n. 16, p. 2064-2074, 2005.

MARTIN, G. Media influence to suicide: the search for solutions. *Archives of Suicide Research*, v. 3, p. 51-66, 1998.

MARZUK, P.; TARDIFF, K.; HIRSCH, C. The epidemiology of murder-suicide. *Journal of the American Medical Association,* v. 267, n. 17, p. 3179-3183, 1992.

MAWSON, A. et al. Preventing lethal violence in schools: the case of entry-based weapons screening. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, v. 27, n. 2, p. 243-260, abr. 2002.

MCCULLY, R. The laugh of Satan: A study of a familial murderer. *Journal of Personality Assessment*, v. 42, n. 1, p. 81-91, 1978.

MCGEE, J.; DEBERNARDO, C. The classroom avenger: A behavioral profile of school based shootings. *The Forensic Examiner*, v. 8, n. 5-6, p. 16-18, 1999.

MCGINTY, E.; WEBSTER, D.; BARRY, C. Effects of news media messages about mass shootings on attitudes toward persons with serious mental illness. *American Journal of Psychiatry*, v. 170, n. 5, p. 494-501, maio 2013.

MCGLASHAN, T. et al. The collaborative longitudinal personality disorders study: baseline axis I/II and II/II diagnostic co-occurrence. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, v. 102, n. 4, p. 256-264, 2000.

MCGUFFIN, P. et al. A hospital-based twin register of the heritability of DSM-IV unipolar depression. *Archives of General Psychiatry*, v. 53, n. 2, p. 129-136, fev. 1996.

MCPHEDRAN, S. Australian mass shootings: an analysis of incidents and offenders. *Journal of Interpersonal Violence On-line*, 2017. Disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0886260517713226#articleCitationDownloadContainer. Acesso em 14 de dezembro de 2017.

MEHLUM, L. et al. The longitudinal pattern of suicidal behaviour in borderline personality disorder: a prospective follow up study. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, v. 90, p. 124-130, 1994.

MELOY, J.; HOFFMANN, J. *International Handbook of Threat Assessment*. New York: Oxford University Press, 2013.

MENEGHEL, S.; HIRAKATA, Y. Feminicídios: homicídios femininos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 564-574, 2001.

MERALI, Z. et al. Dysregulation in the suicide brain: mRNA expression of corticotropin-releasing hormone receptors and GABA(A) receptor subunits in frontal cortical brain region. *Journal of Neuroscience*, v. 24, n. 6, p. 1478-1485, fev. 2004.

MERZA, B.; PAPP, G.; SZABÓ, I. The role of childhood traumatization in the development of borderline personality disorder in Hungary. *The European Journal of Psychiatry*, v. 29, n. 2, p. 105-118, abr.-jun. 2015.

MILLER, M. et al. The association between changes in household firearm ownership and rates of suicide in the United States, 1981-2002. *Injury Prevention*, n. 12, p. 178-182, 2006.

MILLER, M.; HEMENWAY, D.; WECHLER, H. Guns at college. *Journal of American College Health*, v. 48, n. 1, p. 7-12, jul. 1999.

MILLON, T. *Disorders of personality DSM-III*: axis II. New York: Wiley, 1981.

MOMARTIN, S. et al. Comorbidity of PTSD and depression: associations with trauma exposure, symptom severity and functional impairment in Bosnian refugees resettled in Australia. *Journal of Affective Disorders*, v. 80, n. 2-3, p. 231-238, 2004.

MORAIS, A.; FIGUEIREDO, I. <<Massacre de Realengo>>. As emoções na carta de suicídio de Wellington Oliveira. *Comunicação & Cultura*, n. 14, p. 159-173, 2012.

MORF, C. Personality reflected in a coherent idiosyncratic interplay of intra- and interpersonal self-regulatory processes. *Journal of Personality*, v. 74, n. 6, p. 1527-1556, dez. 2006.

MORF, C.; RHODEWALT, F. Unraveling the paradoxes of narcissism: a dynamic self-regulatory processing model. *Psychological Inquiry*, v. 12, n. 4, p. 177-196, 2001.

MORF, C.; WEIR, C.; DAVIDOV, M. Narcissism and intrinsic motivation: The role of goal congruence. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 36, n. 4, p. 424-438, jul. 2000.

MORSELLI, H. *Suicide*: an essay on comparative moral statistics. Trad. não informada. New York: D. Appleton and Company, 1882. Do original: MORSELLI, E. Il suicidio, saggio di statistica morale comparata. Milano: Dumolard, 1879.

MORTON, R.; HILTS, M. *Serial murder*. Multi-disciplinary perspectives for investigators. Quantico [Estados Unidos]: Federal Bureau of Investigation (Behavioral Analysis Unit 2 – National Center for the Analysis of Violent Crime), 2008.

MUIR, E. School staff victimization: monitoring the trends. *School Safety*, p. 4-6, Outono 1992.

MUSCHERT, G. Research in school shootings. *Sociology Compass*, v. 1, n. 1, p. 60-80, 2007.

MUSCHERT, G.; CARR, D. Media Salience and frame changing across events: coverage of nine school shootings, 1997-2001. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, v. 83, n. 3, p. 747-766, Inverno 2006.

MUSCHERT, G.; PEGUERO, A. The columbine effect and school anti-violence policy. *Research in Social Problems and Public Policy,* v. 17, p. 117-148, 2010.

NANCE, M. L. et al. Variation in pediatric and adolescent firearm mortality rates in rural and urban US counties. *Pediatrics*, v. 125, n. 6, p. 1112-1118, jun. 2010.

NEWMAN, K. Rampage: *The social roots of school shooters*. New York: Perseus Books, 2004.

NIEDERKROTENTHALER, T.; SONNECK, G. Assessing the impact of media guidelines for reporting on suicides in Austria: interrupted time series analysis. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, v. 41, n. 5, p. 419-428, maio 2007.

NORMAN, R. et al. The long-term health consequences of child physical abuse, emotional abuse, and neglect: a systematic review and meta-analysis. *Plos Medicine* (On-line), v. 9, n. 11, 2012. Disponível em: http://journals.plos.org/plosmedicine/ article?id=10.1371/journal.pmed.1001349. Acesso em 7 de julho de 2018.

O'TOOLE, M. *The school shooter: a threat assessment perspective*. Quantico [Canadá]: FBI Academy, 2000.

OGATA, S. et al. Childhood sexual and physical abuse in adult patients with borderline personality disorder. *The American Journal of Psychiatry*, v. 146, p. 490-495, ago. 1989.

OLDHAM, J. Borderline personality disorder and suicidality. *The American Journal of Psychiatric*, v. 163, n. 1, p. 20-26, jan. 2006.

OLIFFE, J. et al. Men, Masculinities, and Murder-Suicide. *American Journal of Men's Health*, v. 9, n. 6, p. 473-485, 2015.

OLIVE, H. *Suicídio e sociedade: da política criminal ao paternalismo libertário*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ORENTLICHER, D. Corporal punishment in the schools. *Journal of the American Medical Association*, v. 267, n. 23, p. 3205-3208, jun. 1992.

OS, J.; KENIS, G.; RUTTEN, B. The environment and schizophrenia. *Nature*, v. 468, n. 7321, p. 203-212, nov. 2010.

OTWAY, L.; VIGNOLES, V. Narcissism and childhood recollections: a quantitative test of psychoanalytic predictions. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, n. 1, p. 104-116, 2006.

OZANNE-SMITH, J. et al. Firearm related deaths: the impact of regulatory reform. *Injury Prevention,* n. 10, p. 280-286, 2005.

PALERMO, G. The Berserk syndrome: a review of mass murder. *Aggression and Violent Behavior*, v. 2, n. 1, p. 1-8, 1997.

PALERMO, G. *The faces of violence*. Springfield [Estados Unidos]: Charles C. Thomas, 1994.

PALERMO, G.; ROSS, L. Mass murder, suicide and moral development: can we separate the adults from the juveniles? *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology,* v. 43, n. 1, p. 8-20, 1999.

PALMER, S.; HUMPHREY, J. Offender-victim relationships in criminal homicide followed by offender's suicide, North Carolina, 1972-1977. *Suicide and Life--Threatening Behavior*, v. 10, n. 2, p. 106-118, 1980.

PARIS, J. The nature of borderline personality disorder: multiple dimensions, multiple symptoms, but one category. *Journal of Personality Disorders*, v. 21, p. 457-473, 2007.

PARIS, J.; ZWEIG-FRANK, H. A 27-year follow up of patients with borderline personality disorder. *Comprehensive Psychiatry*, v. 42, n. 6, p. 482-487, 2001.

PATEL, V. et al. Suicide mortality in India: a nationally representative survey. *The Lancet*, v. 379, n. 9834, p. 2343-2351, 2012.

PATRICK, K. et al. Health risk behaviors among California college students. *Journal of American College Health*, v. 45, n. 6, p. 265-272, 1997.

PATTON, C.; MCNALLY, M.; FREMOUW, W. Military versus civilian murder-suicide. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 32, n. 17, p. 2566-2590, 2017.

PAULHAUS, D.; JOHN, O. Egoistic and moralistic biases in self-perception: the interplay of self-deceptive styles with basic traits and motives. *Journal of Personality*, v. 66, n. 6, p. 1025-1060, 1998.

PERRY, J. D.; PERRY, J. C. Conflicts, defenses, and the stability of narcissistic personality. *Psychiatry*, v. 67, n. 4, p. 310-330, Inverno 2004.

PETEE, T.; PADGETT, K.; YORK, T. Debunking the stereotype. An examination of mass murder in public places. *Homicide Studies*, v. 1, n. 4, p. 317-337, nov. 1997.

PETERSON, L.; BONGAR, B. Repetitive suicidal crises: characteristics of repeating versus nonrepeating suicidal visitors to a psychiatric emergency service. *Psychopathology*, v. 23, n. 3, p. 136-145, 1990.

PHILLIPS, D.; HENSLEY, E. When violence is rewarded or punished: the impact of mass media stories on homicide. *Journal of Communication*, v. 34, n. 3, p. 101-116, set. 1984.

PINCUS, A.; LUKOWITSKY, M. Pathological narcissism and narcissistic personality disorder. *Annual Review of Clinical Psychology*, v. 6, p. 421-446, 2010.

PIZZAGALLI, D. et al. Reduced hedonic capacity in major depressive disorder: evidence from a probabilistic reward task. *Journal of Psychiatric Research*, v. 43, n. 1, p. 76-87, nov. 2008.

PLOMIN, R. et al. *Behavioral Genetics*. New York: WH Freeman, 1997.

PRESLY, C.; MEILMAN, P.; CASHIM, J. Weapon carrying substance abuse among college students. *Journal of American College Health*, v. 46, n. 1, p. 3-8, 1997.

QUIRK, S. et al. The prevalence, age distribution and comorbidity of personality disorders in Australian women. *Australian & New Zealand Journal of Psychiatry*, v. 51, n. 2, p. 141-150, 2017.

RAPPAPORT, R. G. The serial and mass murderer: Patterns, differentiation, pathology. *American Journal of Forensic Psychiatry*, v. 9, n. 1, p. 39-48, 1988.

REAVES, B. Campus law enforcement, 2004-5. Washington: Bureau of Justice Statistics, 2008.

REED, L.; FITZMAURICE, G.; ZANARINI, M. The relationship between childhood adversity and dysphoric inner states among borderline patients followed prospectively for 10 years. *Journal of Personality Disorders*, v. 29, n. 3, p. 408-417, jun. 2015.

REICH, A. Early identifications as archaic elements in the superego. *Journal of the American Psychoanalytic Association*, v. 2, p. 218-238, 1954.

REICH, A. Pathologic forms of self-esteem regulation. *Psychoanalytic Study of the Child*, v. 15, p. 215-232, 1960.

REICH, G.; BARTH, J. Planting in Fertile soil: The National Rifle Association and State Firearms Legislation. *Archives of General Psychiatry*, v. 55, n. 5, p. 485-499, 1998.

REICHBORN-KJENNERUD, T. et al. The relation between avoidant personality disorder and social phobia: a population-based twin study. *The American Journal of Psychiatry*, v. 164, n. 11, p. 1722-1728, nov. 2007.

RESNICK, P. Child murder by parents: a psychiatric review of filicide. *American Journal of Psychiatry,* v. 126, n. 3, p. 325-334, 1969.

RESNICK, P. Filicide in the United States. *Indian Journal of Psychiatry*, v. 58, suppl. 2, p. 203-209, dez. 2016.

RHODEWALT, F. The social mind of the narcissist: Cognitive and motivational aspects of interpersonal self-construction. In: FORGAS, J. WILLIAMS, K.; WHEELER, L. (Eds.). *The social mind*: cognitive and motivational aspects of interpersonal behavior. New York: Cambridge University Press, 2001, p. 177-198.

RHODEWALT, F.; MADRIAN, J.; CHENEY, S. Narcissism, self-knowledge organization, and emotional reactivity: the effect of daily experiences on self-esteem and affect. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 24, n. 1, p. 75-87, 1998.

RHODEWALT, F.; MORF, C. On self-aggrandizement and anger: a temporal analysis of narcissism and affective reactions to success and failure. *Journal of Personality and Social Psychology,* v. 74, n. 3, p. 672-685, 1998.

RONNINGSTAM, E. Narcissistic personality disorder: facing DSM-V. *Psychiatric Annals*, v. 39, n. 3, p. 111-121, mar. 2009.

ROSENBAUM, M. The role of depression in couples involved in murder-suicide and homicide. *American Journal of Psychiatry*, v. 147, n. 8, p. 1036-1039, ago. 1990.

RYNEARSON, E. K. Bereavement after homicide: a descriptive study. *American Journal of Psychiatry*, v. 141, n. 11, p. 1452-1454, 1984.

SÁ, S.; WERLANG, B. Homicídio seguido de suicídio na cidade de Porto Alegre. *Estudos de Psicologia*, v. 24, n. 2, p. 181-189, abr.-jun. 2007.

SACHS-ERICSSON, N. et al. Non-violent and violent forms of childhood abuse in the prediction of suicide attempts: direct or indirect effects through psychiatric disorders? *Journal of Affective Disorders*, v. 215, p. 15-22, jun. 2017.

SAHIN, E. et al. Parricide cases of adult offenders from Turkey: a descriptive study. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, v. 39, p. 151-155, 2016.

SAINT-MARTIN, P, BOUYSSY. M; O'BYRNE, P. Homicide-suicide in Tours, France (2000-2005) – description of 10 cases and a review of the literature. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, v. 15, n. 2, p. 104-109, 2008.

SALEVA, O. et al. Homicide-suicide – an event hard to prevent and separate from homicide or suicide. *Forensic Science International*, v. 166, n. 2-3, p. 204-208, 2007.

SANTOS, S. et al. Prevalência de transtornos mentais nas tentativas de suicídio em um hospital de emergência no Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, p. 2064-2074, set. 2009.

SARTESCHI, C. Severe mental illness, somatic delusions, and attempted mass murder. *Journal of Forensic Sciences*, v. 61, n. 1, p. 284-287, jan. 2016.

SCHERR, S.; STEINLEITNER, A. Zwischen dem Werther – und Papageno – Effekt. *Der Nervenarzt*, v. 86, n. 5, p. 557-565, maio 2015.

SCHIELE, J.; STEWART, R. When white boys kill: an Afrocentric analysis. *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, v. 4, n. 4, p. 253-273, 2001.

SCHILDKRAUT, J.; MUSCHERT, G. Media salience and the framing of mass murder in schools: a comparison of the Columbine and Sandy Hook massacres. *Homicide Studies*, v. 18, n. 1, p. 23-43, 2014.

SCHILDKREUT, J.; ELSASS, H.; MEREDITH, K. Mass shootings and the media: why all events are not created equal. *Journal of Crime and Justice*, v. 41, n. 3, p. 223-243 2018.

SCHORE, A. *Affect Regulation and the Origin of the Self*: the neurobiology of emotional development. Hillsdale [Estados Unidos]: Lawrence Erlbaum Associates, 1994.

SCHWARZ, E.; KOWALSKI, J. Malignant memories: PTSD in children and adults following a school shooting. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, v. 30, n. 6, p. 937-944, 1991.

SEDIKIDES, C. et al. The self in relationships: whether, how, and when close others put the self "in its place". *European Review of Social Psychology*, v. 12, n. 1, p. 237-265, 2002.

SEDIKIDES, C.; GREGG. A. Portraits of the self. In: HOOG, M.; COOPER, J. (Eds.). *Sage handbook of social psychology*. London: Sage, 2003, p. 110-138.

SEDIKIDIS, C. et al. Are normal narcissists psychologically healthy?: Self-esteem matters. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 87, n. 3, p. 400-416, 2004.

SELKIN, J. Rescue fantasies in homicide-suicide. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 6, n. 2, p. 79-85, 1976.

SHAFER, J. et al. Critical incident preparedness and response on post-secondary campuses. *Journal of Criminal Justice*, v. 38 (3), p. 311-317, 2010.

SHEPHERD, M. A morbid jealousy: a psychiatric symptom. *Journal of Mental Sciences*, v. 107, n. 449, p. 687-753, jul. 1961.

SHIFERAW, K. A half century retrospective study of homicide-suicide in Geneva – Switzerland: 1956-2005. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, v. 17, n. 2, p. 62-66, fev. 2010.

SHON, P.; ROBERTS, M. An archival exploration of homicide-suicide and mass murder in the context of 19th century American parricides. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 34, n. 1, p. 43-60, fev. 2010.

SHON, P.; TARGONSKI, J. Declining trends in U.S. parricides, 1976-1998: Testing the Freudian assumptions. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 26, n. 4, p. 387-402, jul.-ago. 2003.

SILK, K. et al. Borderline personality disorder symptoms and severity of sexual abuse. *The American Journal of Psychiatry*, v. 152, n. 7, p. 1059-1064, jul. 1995.

SILVERMAN, R.; MUKHERJEE, S. K. Intimate homicide: An analysis of violent social relationships. *Behavioral Sciences and the Law*, v. 5, n. 1, p. 37-47, 1987.

SKARLICKI, D. P.; FOLGER, R. Retaliation in the workplace: the roles of distributive, procedural, and interactional justice. *Journal of Applied Psychology*, v. 82, n. 3, p. 434-443, 1997.

SKODOL, A. et al. Functional impairment in Patients with schizotypal, borderline, avoidant, or obsessive-compulsive personality disorder. *The American Journal of Psychiatry*, v. 159, n. 2, p. 276-283, fev. 2002.

SKODOL, A. et al. The borderline diagnosis II: biology, genetics, and clinical course. *Biological Psychiatry*, v. 51, n. 12, p. 951-963, jun. 2002.

SKODOL, A. The collaborative longitudinal personality disorders study (CLPS) overview and implication. *Journal of Personality Disorders*, v. 19, n. 5, p. 487-504, out.2005.

SLOAN, J. Handgun regulations, crime, assaults, and homicide. *The New England Journal of Medicine*, v. 10, p. 1256-1262, nov. 1988.

SORENSON, S.; MANZ, J.; BERK, R. News media coverage and the epidemiology of homicide. *American Journal of Public Health*, v. 88, n. 10, p. 1510-1514, out. 1998.

STACK, S. Media coverage as a risk factor in suicide. *Journal of Epidemiology and Community Health*, v. 57 (4), p. 238-240, 2003.

STEIDLEY, T.; COLEN, C. Framing the gun control debate: press releases and framing strategies on the National Rifle Association and the Brady Campaign. *Social Science Quarterly*, v. 98, n. 2, p. 608-627, jun. 2017.

STEVEN, S. Homicide followed by suicide: an analysis of Chicago data. *Criminology*, v. 35, n. 3, p. 435-453, ago. 1997.

STIGLMAYR, C. Aversive tension in patients with borderline personality disorder: a computer-based controlled field study. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, v. 111, n. 5, p. 372-379, maio 2005.

STIGLMAYR, C. et al. Experience of aversive tension and dissociation in female patients with borderline personality disorder. *Journal of Psychiatric Research*, v. 35, n. 2, p. 111-118, mar.-abr. 2001.

STINSON, F. et al. Prevalence, correlates, disability, and comorbidity of DSM-IV narcissistic personality disorder: results from the Wave 2 National Epidemiologic Survey of Alcohol and Related Conditions. *Journal of Clinical Psychiatry*, v. 69, n. 7, p. 1033-1045, 2008.

STONE, M. *Abnormalities of Personality*: Within and Beyond the Realm of Treatment. New York: Norton, 1993.

STRAUS, M. *Beating the devil out of them*: corporal punishment in American children. 2. ed. Piscataway [Estados Unidos]: Transaction, 2000.

STRAVYNSKI, A.; ELIE, R.; FRANCHE, R. Perception of early parenting by patients diagnosed avoidant personality disorder: a text of the overprotection hypothesis. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, v. 80, n. 5, p. 415-420, 1989.

STUCKE, T.; SPORER, S. When a grandiose self-image is threatened: narcissism and self-concept clarity as predictors of negative emotions and aggression toward ego threat. *Journal of Personality*, v. 70, n. 4, p. 509-532, ago. 2002.

STUDDERT, D. et al. Handgun acquisitions in California after two mass shootings. *Annals of Internal Medicine*, v. 166, n. 10, p. 698-706, 2017.

SULKOWSKI, M.; LAZARUS, P. Contemporary responses to violent attacks on college campuses. *Journal of School Violence*, v. 10, n. 4, p. 338-354, 2011.

SYSE, A. Breivik – The Norwegian Terrorist Case. *Behavioral Sciences and the Law*, v. 32, n. 3, p. 389-407, 2014.

TANNEY, B. Psychiatric diagnosis and suicidal acts. In: MARIS, R.; BERMAN, A.; SILVERMAN, M. (Eds). *Comprehensive Textbook of Suicidology*. New York: Guilford, 2000, p. 311-341..

TAYLOR, M. A comprehensive study of mass murder precipitants and motivations of offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 62, n. 2, p. 1-23, 2018.

TAYLOR, S. et al. Early family environment, current adversity, the serotonin transporter promoter polymorphism, and depressive symptomatology. *Biological Psychiatry*, v. 60, n. 7, p. 671-676, 2006.

TEMES, C. et al. Prevalence and severity of childhood adversity in adolescents with BPD, psychiatrically healthy adolescents, and adults with BPD. *Personality and Mental Health*, v. 11, n. 3, p. 171-178, ago. 2017.

THOMLINSON, R.; MUNCER, S.; DENT, H. Comorbidity between PTSD and anxiety and depression: implication for IAPT services. *Archives of Depression and Anxiety*, v. 3, n. 1, p. 14-17, 2017.

TILLFORS, M. et al. Social phobia and avoidant personality disorder: one spectrum disorder? *Nordic Journal of Psychiatry*, v. 58, n. 2, p. 147-152, 2004.

TORGERSEN, J. Epidemiology. In: OLDHAM, J.; SKODOL, A.; BENDER, D. (Eds.). *Textbook of personality disorders*. Washington: American Psychiatric Publishing, 2005, p. 129-141.

TORGERSEN, S. et al. Dimensional representations of DSM-IV cluster B personality disorders in a population-based sample of Norwegian twins a multivariate study. *Psychological Medicine*, v. 38, n. 11, p. 1617-1625, nov. 2008.

TORGERSEN, S.; KRINGLEN, E.; CRAMER, V. The prevalence of personality disorders in a Community sample. *Archives of General Psychiatry*, v. 58 (6), p. 590-596, jun. 2001.

TORVIK, F. et al. Longitudinal associations between social anxiety disorder and avoidant personality disorder: a twin study. *Journal of Abnormal Psychology*, v. 125, n. 1, p. 114-124, 2016.

TOUSIGNANT, M. The impact of media coverage of the suicide of a well-known Quebec reporter: the case of Gaëtan Girouard. *Social Science & Medicine*, v. 60, n. 9, p. 1919-1926, 2005.

TOWERS, S. et al. Contagion in mass killings and school shootings. *PLOS One* (*On-line*), julho 2015. Disponível em: [http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0117259]. Acesso em: 18 de março de 2019.

TRULL, T. et al. Revised NESARC personality disorder diagnoses: gender, prevalence, and comorbidity with substance dependence disorders. *Journal of Personality Disorders*, v. 24, n. 4, p. 412-426, 2010.

TRZESNIEWSKI, K.; DONNELLAN, M.; ROBINS, R. Do today's young people really think they are so extraordinary? An examination of secular trends in narcissism and self-enhancement. *Psychological Science*, v. 19, n. 2, p. 181-188, fev. 2008.

TSUANG, M.; FARAONE, S. *The Genetics of Mood Disorders*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1990.

TURNER, S. et al. Psychopathology of social phobia and comparison to avoidant personality disorder. *Journal of Abnormal Psychology*, v. 95, n. 4, p. 389-394, 1986.

TURVEY, B. Mass homicide. In: B. Turvey (Ed.). *Criminal profiling*: an introduction to behavioral analysis. San Diego [Estados Unidos]: Elsevier Academic Press, 2008, p. 507-522.

TWENGE, J.; CAMPBELL, W. *The narcissism epidemic*: living in the age of entitlement. New York: Free Press, 2009.

VAIGHN, M G.; DELISI, M.; BEAVER, K. M.; HOWARD, M. O. Multiple murder and criminal careers: a latent class analysis of multiple homicide offenders. *Forensic Science International*, v. 183, n. 1-3, p. 67-73, 2009.

VAILLANT, G.; PERRY, J. P. Personality disorders. In: KAPLAN, H.; SADOCK, B. (Eds.). *Comprehensive Textbook of Psychiatry*. 4. ed. Baltimore [Estados Unidos]: Williams & Wilkins, 1985, p. 858-986.

VELDERS, F. et al. Genetics of cortisol secretion and depressive symptoms: a candidate gene and genome wide association approach. *Psychoneuroendocrinology*, v. 36, n. 7, p. 1053-1061, ago. 2011.

VERLINDEN, S.; HERSEN, M.; THOMAS, J. Risk factors in school shootings. *Clinical Psychology Review,* v. 20, n. 1, p. 3-56, 2000.

VOLKWEIN, J.; SZELEST, B.; LIZOTTE, A. The relationship of campus crime to campus and student characteristics. *Research in Higher Education*, v. 36, n. 6, p. 647-670, dez. 1995.

VOLOKH, A. A brief guide to school-violence prevention. *Journal of Law and Family Studies*, v. 2, n. 2, p. 99-152, 2000.

VOSSEKUIL, B. *The final report and findings of the safe school initiative*: Implications for the prevention of school attacks in the United States. Washington: U.S. Secret Service; U.S. Department of Education, 2004.

WALLACE, A. *Homicide*: The social reality. Sydney [Australia]: New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research, 1986.

WASSERMAN, D. et al. Depression in suicidal males: genetic risk variants in the CRHR1 gene. *Genes, Brain and Behavior*, v. 8, n. 1, p. 72-79, 2009.

WATSON, P.; HICKMAN, S.; MORRIS, R. Self-reported narcissism and shame: testing the defensive self-esteem and continuum hypotheses. *Personality and Individual Differences*, v. 21, n. 2, p. 253-259, ago. 1996.

WEBBER, J. A. *Failure to hold*: The politics of school violence. New York: Rowman & Littlefield, 2003.

WEBER, J. Pos-Columbine reflection on youth violence as a (trans)national movement. In: SALKMAN, K.; GABBARD, D. (Eds.). *Education as enforcement*: the militarization of schools. New York: Routledge Falmer, 2003, p. 189-201.

WEISSMAN, M. et al. Cross-national epidemiology of major depression and bipolar disorder. *Journal of the American Medical Association*, v. 276, n. 4, p. 293-299, jul. 1996.

WEISSMAN, M. et al. Sex differences in rates of depression: cross-national perspectives. *Journal of Affective Disorders*, v. 29, n. 2-3, p. 77-84, out.-nov. 1993.

WELLS, K. et al. The functioning and Well-being of depressed patients: results from the medical outcomes study. *Journal of the American Medical Association*, v. 262, n. 7, p. 914-919, ago. 1989.

WERNECK, G. et al. Tentativas de suicídio em um hospital geral no Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 10, p. 2201-2206, out. 2006.

WEST, D. *Murder followed by suicide*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

WHITLEY, J.; PLASMANN, F. Confirming "More guns, less crime". Stanford Law Review, v. 55, n. 4, p. 1313-1369, abr. 2003.

WIGGINS, J. A psychological taxonomy of trait-descriptive terms: The interpersonal domain. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 3, p. 295-412, 1979.

WIGGINS, J.; PINCUS, A. Agency and communion as conceptual coordinates for the understanding and measurement of interpersonal behaviour. In: COSTA, P.; WIDIGER, T. (Eds.). *Personality disorders and the five-factor model of personality*. Washington: American Psychological Association, 1994, p. 73-93.

WIKE, T.; FRASER, M. School shootings: making sense of the senseless. *Aggression and Violent Behavior*, v. 14, n. 3, p. 162-169, 2009.

WILSON, M.; DALY, M.; DANIELE, A. Familicide: the killing of spouse and children. *Aggressive Behavior*, v. 21, n. 4, p. 275-291, 1995.

WILSON-BREWER, R.; SPIVAK, H. Violence Prevention in Schools and Other Community Settings: The Pediatrician as Initiator, Educator, Collaborator, and Advocate. *Pediatrics*, v. 94, n. 4, parte 2, p. 623-630, 1994.

WISE, T. School shootings and white denial. *Multicultural Perspectives*, v. 3, n. 4, p. 3-4, 2001.

WOLFGANG, M. An analysis of homicide-suicide. *Journal of Clinical and Experimental Psychopathology,* v. 9, n. 3, p. 208-218, 1958.

WU, B. Testing the Stream Analogy for Lethal Violence: A Macro Study of Suicide and Homicide. *Western Criminology Review*, v. 4, n. 3, p. 215-225, 2003.

WU, K. C.; CHEN, Y.; YIP, S. Suicide methods in Asia: implications in suicide prevention. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v. 9, n. 4, p. 1135-1158, 2012.

WULACH, J. The criminal personality as DSM–III–R antisocial, narcissistic, borderline, and histrionic personality disorder. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 32, n. 3, p. 185-199, 1988.

YEN, S. et al. Traumatic exposure and posttraumatic stress disorder in borderline, schizotypal, avoidant, and obsessive-compulsive personality disorders study. *The Journal of Nervous and Mental Disease,* v. 190, n. 8, p. 510-518, 2002.

ZANARINI, M. et al. Axis I comorbidity of borderline personality disorder. *The American Journal of Psychiatry,* v. 155, n. 5, p. 1733-1739, dez. 1998.

ZANARINI, M. et al. Childhood experiences of borderline patients. *Comprehensive Disorders,* v. 30, n. 1, p. 18-25, jan.-fev. 1989.

ZANARINI, M. et al. Severity of reported childhood sexual abuse and its relationship to severity of borderline psychopathology and psychosocial impairment among borderline inpatients. *The Journal of Nervous and Mental Disease*, v. 190, n. 6, p. 381-387, 2002.

ZANARINI, M. et al. The pain of being borderline: dysphoric states specific to borderline personality disorder. *Harvard Review of Psychiatry*, v. 6, n. 4, p. 201-207, 1998.

ZANARINI, M.; GUNDERSON, J.; FRANKENBURG, F. Cognitive features of borderline personality disorder. *The American Journal of Psychiatry*, v. 147, n. 1, p. 57-63, jan. 1990.

ZIMMERMAN, M.; CORYELL, W. DSM-III personality disorder diagnoses in a nonpatient sample. *Archives of General Psychiatry*, v. 46, n. 8, p. 682-689, ago. 1989.

ZIMMERMAN, M.; MATTIA, J. Axis I diagnostic comorbidity and borderline personality disorder. *Comprehensive Psychiatry*, v. 40, n. 4 p. 245-252, jul.-ago. 1999.

ZIMRING, F. Is Gun Control Likely to Reduce Violent Killing? *The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 721, p. 721-737, 1968.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Letalidade policial e segurança pública. Uma análise metapsicológica da violência legítima, de Paulo Keishi Ichimura Kohara – *RBCCrim* 130/145-176 (DTR\2017\663); e
- Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América, de Loïc Wacquant – *RBCCrim* 46/228-252 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/1311-1330 (DTR\2004\15).

Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador-BA

Drug war and the making of urban space: a socio-space reading of the criminalization of drug trafficking in Salvador-BA

Lucas Vianna Matos
Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2017). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014). Integrante do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisão. Professor e advogado.
lucasviannamatos@hotmail.com

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto
Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2017). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014). Integrante do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisão. Professora e advogada.
analuisalabarreto@gmail.com

Recebido em: 20.02.2019
Aprovado em: 03.06.2019
Última versão dos autores: 24.06.2019

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: A relação entre dinâmicas urbanas e o controle e a gestão dos conflitos tem passado por importantes modificações nas cidades brasileiras a partir do que se convencionou chamar de virada neoliberal, processo que responde a uma demanda por ordem complexa, articulando nossas tradições autoritárias de controle social e as configurações globais do modelo empreendedor

Abstract: The relationship between urban dynamics and processes of control and management of conflicts has undergone important changes in the scope of Brazilian cities from what has been called the neoliberal turn, process that responds to a complex order articulating the authoritarian traditions of social control in Brazil and the global configurations of the city

Matos, Lucas Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador-BA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165. ano 28. p. 245-271. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

de cidade. Nesse contexto, este trabalho constitui uma tentativa de articulação entre a política de drogas e a produção do espaço urbano, uma vez que é a partir da plasticidade das dobras de criminalização por tráfico de drogas que o poder punitivo, enquanto força política configuradora de sociabilidades, territórios e lugares, é exercido em toda a sua potência. A questão central do trabalho, tendo como base empírica sentenças criminais, é compreender as dinâmicas socioespaciais da criminalização por tráfico de drogas na cidade de Salvador e as interfaces entre o discurso e a prática judicial e a atuação das forças de ordem.

Palavras-chave: Tráfico de drogas – Questão urbana – Prisões em flagrante – Seletividade – Decisões judiciais.

entrepreneur model. From this context, this work constitutes an attempt to articulate drug policy and the production of urban space, since it is from the plasticity of the bends of criminalization for drug trafficking that the punitive power as a political force shaping sociabilities, territories and places is exercised in all its potency. The central issue of the paper, based on criminal court decisions, is to understand the socio-spatial dynamics of criminalization for drug trafficking in the city of Salvador-Ba and the interfaces between the discourse and the judicial practice and the action of the forces of order.

Keywords: Drug trafficking – Urban matter – Pretrial detention – Selectivity – Court decisions.

Sumário: 1. Introdução: poder punitivo e produção do espaço urbano. 2. Caminhos de pesquisa: partindo de sentenças para chegar até os flagrantes. 3. A cidade da Bahia: configuração urbana e desigualdade sociorracial. 4. O que contam as sentenças. 4.1. Atitude suspeita e liberdade precária: localidades e forma de abordagem. 4.2. Casas: asilos invioláveis?. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução: poder punitivo e produção do espaço urbano

A[1] relação entre dinâmicas urbanas e processos de controle e gestão dos conflitos tem passado por importantes modificações nas cidades brasileiras a partir do que se convencionou chamar de virada neoliberal (TELLES, 2015). Nesse contexto, é possível sugerir um movimento político de policização do urbano (MATOS, 2017), que pode ser lido em termos gerais como a colonização do espaço das cidades pela prática e lógica de controle social de tipo policial.

Assim, visualiza-se uma nova inflexão na atuação dos aparatos de controle e a intensificação de sua potência configuradora no espaço urbano. É, nesse sentido,

1. Este artigo foi realizado com dados de material empírico coletado para a dissertação de Mestrado de Ana Luisa Leão de Aquino Barreto, intitulada "Urgência Punitiva e Tráfico de Drogas: as Prisões Cautelares entre Práticas e Discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador" e desenvolvida na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

um processo que responde a uma demanda por ordem complexa, que articula as nossas tradições autoritárias de controle social, à cultura punitiva atualmente hegemônica na sociedade brasileira e às configurações do modelo empreendedor de cidade.

A "guerra às drogas" – denunciada por movimentos sociais e desnudada pela crítica criminológica como guerra à pobreza negra – é um elemento-chave da "policização do urbano" em Salvador e em outras cidades do Brasil, uma vez que é a partir da plasticidade das dobras de criminalização por tráfico de drogas que o poder punitivo, enquanto força política configuradora de sociabilidades, territórios e lugares, é exercido em toda a sua potência.

Esse trabalho constitui uma tentativa de articulação entre a política criminal de drogas e a produção do espaço urbano, desde a análise da atuação institucional de agências do poder punitivo na cidade de Salvador. A criminologia brasileira, em que pese concentre as suas atenções nos movimentos de criminalização desenvolvidos nas grandes cidades, resiste a enfrentar as interfaces entre o criminal e o urbano. Por outro lado, os estudos urbanos tradicionalmente apresentam os dispositivos de controle e criminalização como meras evidências de trabalho de campo, "sem chegar a conferir um estatuto a esses mecanismos no desenho da cartografia política da cidade; e, mais precisamente, seu lugar na produção de territorialidades urbanas" (TELLES, 2015, p. 24).

A questão é que a segregação e a exclusão urbana refletem os privilégios raciais e de classe que estruturam a formação social brasileira, influenciando decisivamente nos movimentos de criminalização. Em contrapartida, as "geografias fraturadas das nossas cidades" (VARGAS, 2013, p. 17) constituem e reproduzem cotidianamente esses mesmos privilégios e condicionam as demandas por ordem e a radicalização das dinâmicas de controle socioespacial da pobreza negra (ROMÃO, 2019). Assim, a aproximação teórica entre perspectivas criminológicas e urbanas aparece como possibilidade interdisciplinar para a leitura do poder punitivo como agente político produtor de espacialidades. Nessa perspectiva, o espaço urbano ultrapassa a velha noção de teatro das ações humanas, que projeta a cidade como uma "simples tela de fundo inerte e neutra" (SANTOS, 2005, p. 31), e, a partir da inércia dinâmica do espaço (SANTOS, 2005), passa a elemento-chave na constituição dos processos de criminalização secundária, em uma relação dialética com a produção do espaço.

A questão central do trabalho, tendo como base empírica sentenças criminais proferidas nas Varas Especializadas de Tóxicos da Comarca de Salvador (Bahia), é compreender as dinâmicas socioespaciais da criminalização por tráfico de drogas na cidade de Salvador. Para isso, os dados coletados foram analisados

alicerçados em duas chaves de leitura: a categoria "atitude suspeita" que apareceu de maneira reiterada no relatório das sentenças como explicação para a abordagem policial que resultou em uma prisão em flagrante; e os reiterados casos de violação de domicílio, relatados pela polícia e legitimados pelo Judiciário.

Essa abordagem permite pensar sobre as dinâmicas de criminalização nas diferentes regiões da cidade em sua relação insidiosa com os corpos "suspeitos" cujas casas não são asilos invioláveis. Os resultados buscam contribuir para a interpretação do sentido espacial da seletividade das agências do sistema penal e das interfaces entre processos de criminalização, produção do espaço urbano e marginalização urbana.

2. Caminhos de pesquisa: partindo de sentenças para chegar até os flagrantes

A criminologia crítica tem contribuído decisivamente para a localização da política criminal de drogas como eixo central da prática discursiva autoritária e punitivista no Brasil, assumindo uma tarefa contra-hegemônica de politização (desnaturalização) da questão criminal (NEDER, 2007), com influência especial no debate jurídico-crítico. O campo avançou na consolidação de uma interpretação geral densa sobre os padrões seletivos de atuação das agências de criminalização, especialmente no âmbito da guerra às drogas.

Partindo desse ponto de vista teórico-metodológico, o trabalho propõe a análise espacial da primeira etapa da criminalização secundária (a prisão em flagrante), assim como do *modus operandi* da instituição policial nos casos analisados. Para isso, foi estruturada uma base de dados constituída de todos os processos que tramitaram nas três varas de tóxicos de Salvador e tiveram sentenças publicadas no Diário Eletrônico de Justiça da Bahia (DEJB) no ano de 2015 (604 processos)[2].

Algumas observações preliminares são importantes. A base empírica da pesquisa resume-se às sentenças, documentos públicos de livre acesso a partir de publicação no DEJB. A aproximação das dinâmicas socioespaciais dos flagrantes fundamenta-se na análise dos relatórios das sentenças analisadas. Estes, por sua

2. Destaque-se que a capital baiana possui varas criminais especializadas no processamento e julgamento dos crimes previstos na Lei 11.343/2006 (com exceção do art. 28, processado nos Juizados Especiais Criminais), o que facilita a coleta de dados e possibilita o desenvolvimento de pesquisas empíricas sobre as interfaces entre o sistema de justiça criminal e a política de drogas (BARRETO, 2017).

vez, reproduzem o conteúdo das denúncias oferecidas pelo Ministério Público, que reproduzem os relatórios policiais. Essa transmissão de informações comporta distorções e imprecisões que devem ser consideradas. A questão, contudo, é que as sentenças – compreendidas como *corpus* empírico documental – consubstanciam o caminho metodológico mais acessível para a história da deflagração da persecução penal, inclusive do ponto de vista territorial.

O procedimento metodológico adotado partiu da análise das 604 sentenças, referentes a 928 pessoas criminalizadas (réus). Desde a leitura exploratória das sentenças, foram construídas perguntas em torno da espacialidade e das circunstâncias da prisão em flagrante. Em relação à espacialidade foram criadas duas variáveis: bairro onde ocorreu a prisão (que foram agrupados em cinco regiões da cidade a partir de padrões urbanísticos[3]) e local do flagrante (Espaço Público/Residência/Bar/Automóvel/Estabelecimento Prisional/Aeroporto-Rodoviária-Terminal Marítimo).

"Espaço Público" representa, aqui, qualquer rua, beco, avenida, parque ou outro espaço de circulação pública e – supostamente – livre. "Residência" é entendida no sentido amplo de domicílio formulado pelo campo do direito penal, incluindo quarto de hotel, garagem de residência, quarto habitado em residência alheia etc. "Bar", por sua vez, inclui espaços privados de encontro social e entretenimento tais como restaurantes, botecos etc.[4]. "Automóvel", por seu turno, abarca qualquer veículo automotor, a exemplo de carros ou motos. A categoria "estabelecimento prisional" refere-se a qualquer unidade do sistema prisional. Por fim, a categoria Aeroporto-Rodoviária-Terminal Marítimo diz respeito a situações em que a prisão foi efetuada em um desses espaços de trânsito.

Em relação à circunstância da prisão, a análise exploratória dos processos possibilitou a construção de cinco categorias: "atitude suspeita", "denúncia anônima", "operação de investigação", "*blitz* rotineira" e "revista íntima de visitas em prisão". Essas categorias aparecem expressamente no relatório das sentenças, mais precisamente na indicação de como foi iniciada a persecução penal.

3. Os dados coletados relativos à localização foram primeiramente agrupados por bairro, mas, para permitir e ampliar as possibilidades de análise, estes dados foram posteriormente agrupados nas cinco regiões que serão discutidas no próximo tópico. De todo o modo, é relevante apresentar os cinco bairros com mais prisões em flagrante que resultaram em sentenças criminais, sendo eles os bairros de Itapuã com 34 ocorrências (categorizado na região "Enclaves Orla"), Brotas com 28 ocorrências ("Centro"), Liberdade com 25 ocorrências ("Centro"), Cajazeiras com 25 ocorrências ("Miolo") e Fazenda Grande do Retiro com 20 ocorrências ("Miolo").
4. O nome "bar" foi escolhido por referenciar a maior parte desses casos.

Essa abordagem metodológica permitiu avançar na compreensão da lógica espacial da guerra às drogas em Salvador. Em um sentido territorial, possibilita avaliar quantitativamente em quais regiões da cidade a atuação criminalizante acontece de forma mais intensa e sistemática, ao mesmo tempo que pode indicar localidades imunes à atividade criminalizadora. O mais importante, contudo, parece ser a possibilidade de relacionar as condições da prisão, o *modus operandi* das agências policiais e a territorialidade, como nas dinâmicas policiais em torno do flagrante por "atitude suspeita". A repetição do roteiro e de territórios específicos indica uma estratégia de suspeição generalizada territorial e socialmente localizada, reproduzindo o quadro histórico de liberdade precária da população negra nas cidades brasileiras (CHALHOUB, 2012). Nesse mesmo sentido, os processos que contam histórias de flagrantes em bairro nobres também são instrutivos, tanto pela excepcionalidade quanto pela forma diferenciada das prisões e do controle judicial da legalidade da atividade policial.

A análise desses dados, contextualizada com as leituras teóricas sobre a produção do espaço de Salvador e desigualdades materiais e simbólicas entre territórios, racismo institucional na atuação do Estado e criminalização seletiva, pode qualificar as interpretações sobre os sentidos políticos da policização do espaço urbano contemporâneo.

Não é demais recordar, por fim, que os dados sobre o contexto espacial da criminalização do tráfico de drogas nada informam sobre a realidade do varejo de drogas na cidade de Salvador. Nesse contexto é que Becker (2007) – enunciando a regra metodológica elementar para o campo da criminologia e da sociologia do desvio – lembra que as estatísticas e dados oficiais sobre a "criminalidade" dizem mais sobre a atuação das agências de repressão do que sobre a realidade dos desvios. Assim, por exemplo, a indicação do bairro ou região mais recorrente nas sentenças como local de flagrantes não informa necessariamente o local com "mais" tráfico de drogas, mas sim a intensidade da atuação policial.

3. A cidade da Bahia: configuração urbana e desigualdade sociorracial

Diante dos objetivos do trabalho, é fundamental localizar a especificidade do padrão de segregação urbana da capital da Bahia. A explicitação das principais características sociorraciais de cada uma das quatro grandes regiões de Salvador – Centro, Orla Marítima, Miolo e Subúrbio Ferroviário –, nesse viés, é um esforço de contextualização importante para a compreensão do sentido espacial da política criminal de drogas na cidade.

Analisar processos sociais a partir de parâmetros espaciais no âmbito urbano apresenta o risco constante de pensar a cidade como uma máquina ou organismo

com funções muito bem definidas. A metáfora simplista da cidade da periferia do capitalismo como uma "cidade partida" – dividida radicalmente entre territórios dos ricos e áreas dos pobres – oculta as dinâmicas próprias da vida urbana e, inclusive, dos padrões específicos de exploração do trabalho.

Os territórios de resistência que marcam a paisagem urbana de Salvador – enclaves populares em regiões ricas – embaralham ainda mais qualquer pretensão funcionalista de análise. Na realidade de Salvador, esse processo de resistência territorial pode ser visto, por exemplo, na região do Centro Antigo – com bairros como Gamboa de Baixo que está lado a lado com uma das áreas mais ricas da cidade – ou na proximidade entre enclaves populares – como Calabar e Nordeste de Amaralina – e a elite branca que domina a Orla Atlântica. Nessas regiões, contudo, ficam mais evidentes as distâncias simbólicas e a condição de exclusão[5] dos setores populares, além de movimentos específicos de criminalização.

A questão é que, mesmo partindo do reconhecimento dos fluxos de pessoas e da resistência desses enclaves, a Salvador contemporânea é uma cidade profundamente segregada. O desenvolvimento social e econômico da cidade, posteriormente ao período colonial de protagonismo político e econômico, teve breves ciclos de crescimento e grandes períodos de estagnação. Os momentos de avanço econômico, por sua vez, não produziram um padrão democrático de socialização urbana (GARCIA, 2009).

Na importante cidade colonial, o Centro resumia o espaço urbano e a primeira especialização de funções obedeceu à falha geológica que constitui Salvador: a "Cidade Baixa", nas proximidades do porto, área do Centro Antigo até hoje conhecida como "Comércio"; a "Cidade Alta", onde vivia quase toda a população, área hoje conhecida como Centro Histórico.

A partir da segunda metade do século XIX, a composição social do Centro da cidade começa a passar por importantes alterações. O progressivo desgaste do

5. As noções de segregação e exclusão no espaço urbano possuem pontos em comum, mas conceituam realidades distintas. Nesse trabalho, tomamos como referência, nos termos de Souza (2008), "o conceito de segregação como separação da população no espaço habitacional por classes sociais relacionadas à renda, em localizações distintas, com características físico-ambientais distintas, e o de exclusão como privação do direito aos benefícios urbanos individuais e coletivos" (p. 15). Parece fundamental, contudo, que em uma cidade diaspórica como Salvador a variável racial seja – em articulação com a discussão das "classes sociais relacionadas à renda" – reconhecida como constitutiva dos processos de segregação e exclusão urbana, devendo ser introduzida com centralidade na definição dos conceitos. Sobre essa discussão ver: Rolnik (1989); Garcia (2009); Oliveira (2013).

modelo de trabalho escravista, o desenvolvimento dos meios de transportes que possibilitaram o distanciamento dos trabalhadores de seus postos de trabalho e a intensificação da mercantilização da terra urbana são alguns dos principais elementos que configuram a expansão urbana na entrada século XX (CARVALHO; PEREIRA, 2009). Um alargamento do quadro urbano, a partir do Centro, nas direções norte e sul, com importantes diferenciações sociorraciais.

A franja sul do Centro Antigo, sentido Orla Marítima, foi o primeiro vetor de expansão da cidade rica, e, até hoje, bairros como o Campo Grande, Corredor da Vitória e Graça são ocupados por setores da elite e classe média tradicional. De um ponto de vista racial, esses bairros da elite tradicional abrigam parte importante da minoria branca da cidade. A partir dos dados do IBGE, Garcia (2009) indica que no Campo Grande e no Corredor da Vitória 68,5% da população é formada por pessoas brancas. Esse número sobe para 71,9% na Graça. A franja norte, por sua vez, corresponde a localidades tradicionais de setores de classe média e popular, bairros que compõem o atual Centro Antigo da cidade, como Barbalho, Saúde, Nazaré e Liberdade, de maioria negra (GARCIA, 2009).

As iniciativas de modernização de Salvador, repetindo padrões de expansão urbana de outras capitais brasileiras, não privilegiaram o Centro Antigo. A partir da conjugação de fatores, como crescimento demográfico e interesses especulativos do mercado imobiliário, constituíram-se novas centralidades comerciais e residenciais, especialmente a partir do eixo de crescimento da Orla Atlântica e região do Iguatemi, além da criação do Centro Administrativo da Bahia, que deslocou uma série de atividades públicas para a Avenida Paralela, principal via rodoviária de expansão da cidade em direção ao litoral norte, ocupado pelas novas elites soteropolitanas (CARVALHO; PEREIRA, 2009).

Desse modo, hoje a região central da cidade – com exceção da sua franja sul – é ocupada, de uma forma geral, por setores médios e populares. A área, em que pese não tenha o dinamismo econômico de outrora, possui razoável infraestrutura urbana, contando com linhas de transporte público, hospitais públicos e privados, escolas e instituições de ensino superior, além de mais oportunidades de emprego e renda, se comparada com regiões como Miolo e Subúrbio Ferroviário (CARVALHO; PEREIRA, 2009).

A região da Orla Marítima, incluindo aqui o centro econômico da região do Iguatemi e a expansão via Avenida Paralela, constitui, especialmente a partir da década de 1980, a nova "área nobre" da cidade, concentrando os interesses do mercado imobiliário, equipamentos urbanos e investimentos públicos (CARVALHO; PEREIRA, 2009).

Esse eixo de crescimento possibilitou a conurbação entre a capital baiana e a orla de Lauro de Freitas, município da Região Metropolitana de Salvador, marco inicial do que se chama Litoral Norte da Bahia. Nos interstícios entre os dois municípios estão localizados os novos condomínios de luxo, representativos do movimento de autossegregação urbana da elite[6], a partir da narrativa da "vida saudável, com uma comunidade homogênea e distante do barulho, da poluição, da criminalidade, e de outros "males urbanos" (CARVALHO; PEREIRA, 2009, p. 87). Essa região nobre da cidade concentra a maioria da população da elite branca soteropolitana, em que pese a resistência de enclaves populares, territórios negros como Nordeste de Amaralina (90,2% de população negra) e o Bairro da Paz (86,7%) (GARCIA, 2009).

O chamado "Miolo", centro geográfico da cidade que vai da BR-324 até a Avenida Paralela, é um vetor popular de expansão muito ligado à implantação de conjuntos habitacionais desde o período do Sistema Financeiro de Habitação, programa de moradia implantado pela ditadura, até os atuais condomínios do programa "Minha Casa Minha Vida".

A região, que engloba bairros como Cajazeiras, Canabrava, São Cristóvão e Sussuarana, teve uma expansão continuada pela ocupação coletiva de terras e programas habitacionais, resultando em bairros populares de altíssima densidade populacional. O "Miolo" constitui uma região popular, de maioria negra e com disponibilidade de equipamentos urbanos e serviços públicos e privados bastante restrita (CARVALHO; PEREIRA, 2009), além de um histórico de criminalização e violência estatal (REIS, 2005).

O outro eixo de expansão urbana popular é o Subúrbio Ferroviário, ocupação que se estende pela orla da Baía de Todos os Santos, na borda oeste de

6. Para descrever a tipologia social de cada área de Salvador, utilizamos as informações disponibilizadas por Carvalho e Pereira (2009), a partir da organização e análise dos dados fornecidos pelo IBGE. Contudo, diante dos tímidos objetivos dessa descrição para este trabalho, foram aglutinadas algumas categorias sociais propostas pelos autores, chegando às noções de Elite: composta por dirigentes do setor público e privado, e pequena fração dos trabalhadores intelectuais; Classe Média: pequenos empregadores e setores do funcionalismo público; Popular: trabalhadores do setor secundário e terciário, prestadores de serviços diversos, trabalhadoras domésticas e trabalhadores informais. Essa espécie de tipologia sempre consubstancia uma generalização arriscada. Além disso, a tipologia social de uma região da cidade deriva de uma super-representação da categoria naquela área, "assim, uma área superior não é território exclusivo da elite, que pode compartilhar esse espaço com setores médios ou até populares em alguns interstícios, como ocorre em outras cidades" (CARVALHO; PEREIRA, 2009).

Salvador. É nessa região – marcada por sérias dificuldades sociais e urbanísticas – que se concentra a classe trabalhadora mais pauperizada da cidade (GARCIA, 2009; CARVALHO; PEREIRA, 2009). Do ponto de vista racial, Antônia Garcia (2009) aponta a homogeneidade da área, com alta concentração da população negra em todos os bairros da região, como Vista Alegre (91,9% de população negra), Fazenda Coutos (88,6%) e Periperi (80,7%)[7].

Destaque-se ainda que, além das quatro regiões adrede apresentadas, foi construída neste trabalho uma quinta categoria territorial: "Enclaves Orla". A opção metodológica possibilita alguma distinção entre os bairros da elite na Orla (Caminho das Árvores, Rio Vermelho, Pituba, Imbuí, etc.) e os bairros preponderantemente ocupados por classes populares (Chapada do Rio Vermelho, Nordeste de Amaralina, Bairro da Paz, Boca do Rio, etc.), com padrões de criminalização muito distintos.

Em relação ao Centro, embora constitua região urbanística de coexistência de bairros de elite e populares, optamos por não fazer qualquer distinção. Os bairros mais tradicionais da elite nessa região (Vitória e Graça) não apareceram nenhuma vez nos processos. Nesse mesmo sentido, o bairro do Garcia, por exemplo, que congrega classes médias e médias baixas, contou com uma única ocorrência. Por outro lado, bairros categorizados como "Centro" a exemplo do bairro de Brotas, apresentam uma complexidade difícil de destrinchar em subcategorias: Brotas é composta de diversas sub-regiões, possuindo um pequeno grupo de classe média e amplos setores de classe média baixa e classes populares. Assim, a opção do Centro como categoria única dialoga com as circunstâncias especiais dessa região da cidade e já leva em consideração preliminarmente os padrões diferenciados de criminalização.

A partir dessa delimitação por regiões, é possível afirmar que, em termos simplificados, a dualidade sociorracial em Salvador é aquela que opõe, em eixo horizontal, "Orla Marítima x Subúrbios", com a complexificação do Centro e dos

7. É importante notar que as referências acadêmicas à região do Subúrbio Ferroviário quase sempre se restringem à denúncia do grave quadro social e urbanístico da região, com ênfase especial no cotidiano de violência institucional, o que se repete como veremos, nessa abordagem sobre o sentido espacial da "guerra às drogas" em Salvador. Antonia Garcia (2009) – filha do bairro da Plataforma, localizado na região – chama atenção, contudo, para o aspecto de resistência política no Subúrbio, além da riqueza natural, cultural e histórica do patrimônio suburbano. Esse lembrete ajuda a evitar que o discurso que se pretende crítico trate como essencialmente negativo determinado território, postura que, em certa medida, equiparar-se-ia à retórica conservadora que criminaliza espaços populares.

enclaves marítimos. Está longe dos objetivos do trabalho analisar em detalhes a segregação sociorracial no espaço urbano de Salvador. A apresentação panorâmica dessa discussão, contudo, tem como objetivo principal contextualizar os dados apresentados em torno dos processos de criminalização, facilitando a leitura e a interpretação das dinâmicas diferenciadas de atuação das agências repressivas.

4. O que contam as sentenças

Conforme já explicitado, a pesquisa foi desenvolvida a partir de um *corpus* empírico documental, constituído por todas as sentenças publicadas no Diário de Justiça Eletrônico da Bahia no ano de 2015 pelas três varas de tóxicos existentes em Salvador: 604 processos com 928 réus. Os relatórios das sentenças, assim, foram utilizados como caminho para a reconstrução das histórias de prisões em flagrante que iniciaram a persecução penal.

Ocorre, contudo, que nem sempre as sentenças trouxeram as informações buscadas sobre o contexto do flagrante. Isso porque, especialmente nas decisões de extinção de punibilidade e desclassificação, os juízes dispensam os relatórios em suas decisões. Este foi o caso de 167 sentenças que, entretanto, chamaram a atenção por uma questão particular, a qual não foi possível ignorar: para 98 réus, o processo extinguiu-se pela "morte do agente". Se nas sentenças extintivas de punibilidade não é feito o relatório e, portanto, não é possível saber detalhes sobre o contexto da prisão em flagrante, certo é que elas revelam de forma crua a face mais violenta da política criminal de drogas: os corpos dos jovens-homens-negros (REIS, 2005) que ficaram pelo caminho.

O genocídio do negro brasileiro vem sendo apontado por importantes pensadores brasileiros há muitas décadas. Abdias Nascimento (2016), em obra decisiva sobre o tema, escrita em 1976, aponta que o genocídio brasileiro combina a obliteração física do negro com a cultural, pelos constantes apagamentos de todo um povo e de sua história. O autor traz para o centro da discussão o mito da democracia racial que constitui as dinâmicas de relações sociais no Brasil, bem como as tentativas de branqueamento da população mediante políticas migratórias, assim como as tentativas de apagamento ou embranquecimento da cultura negra.

Embora, conforme já afirmado, este trabalho não tenha analisado as sentenças de extinção de punibilidade, uma que vez que a ausência de relatório impedia o retorno ao momento dos flagrantes, foi impossível ignorar as 98 pessoas mortas ao longo dos processos judiciais; como aponta Vilma Reis (2015), parece que"[...] quem não é preso, já foi morto" (p. 05). Nesse contexto, e considerando que a maior parte das pessoas que responde processos criminais e/ou

estão presas no país tem menos de 29 anos[8], chamou a atenção destes pesquisadores o alto número de processos extintos em razão da "morte do agente".

Ana Flauzina (2008) menciona que o sistema penal brasileiro é caracterizado pela "intervenção física para o controle dos corpos". Ao tratar do tema na Bahia, Vilma Reis (2005) afirmou que, para a polícia, os jovens-homens-negros "configuram como uma ameaça permanente" (p. 55), e que uma imagem estereotipada da pessoa negra é construída na vida cotidiana a partir da esfera pública (formada majoritariamente por grupos de elite), produzindo no imaginário coletivo a ideia de que "o mesmo assassinato se resolve com o sentido de que morreu 'porque devia' ou 'bandido tem mesmo é que morrer'" (p. 69). Nesse contexto, o racismo que estrutura as relações sociais no Brasil é a chave desumanizadora que autoriza o genocídio em curso da população negra nas cidades do país.

Em um texto seminal sobre política de drogas no Brasil, Nilo Batista (1998) observa que as políticas criminais não abarcam apenas os critérios diretivos explicitamente proclamados no âmbito da justiça criminal, mas também aqueles "outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação" (p. 77). O exemplo emblemático trazido pelo autor refere-se justamente às mortes, apontando que "não se pode deixar de reconhecer que a política criminal formulada para e por essa polícia contempla o extermínio como tática de aterrorização e controle do grupo social vitimizado – mesmo que a Constituição proclame outra coisa" (p. 77-78).

Destaque-se que, conforme salientam Calazans *et al.* (2016), em um estudo realizado sobre homicídios de jovens em Salvador entre 2010 e 2015, há também um padrão espacial nestas mortes, o que aponta para "uma necropolítica estatal de gestão do espaço urbano e controle da população, seja por omissão, seja por cumplicidade, com os padrões mórbidos de relações raciais no Brasil" (p. 568). As regiões com maior número de homicídios em Salvador são aquelas que concentram a maior parte da população negra e pobre da cidade, padrão que se repete na busca pelos rastros das mortes nos processos aqui analisados.

Entre os casos encontrados[9] em que constavam fotos desses homens, é possível constatar que todos são negros, e tinham menos de 40 anos (a grande maioria

8. 55% dos presos brasileiros têm entre 18 e 29 anos, de acordo com os dados do INFOPEN de junho de 2016.

9. Destaque-se que, em apenas um dos casos, a causa da morte apareceu na própria sentença: "Quanto ao indiciado D. J. S., vulgo 'BA', observa-se, às fls. 133/139, como já dito pela Dra. Promotora de Justiça, que o mesmo veio à óbito, após confronto com a polícia no

com menos de 30 anos), tendo sido mortos nos bairros periféricos da cidade de Salvador e em alguns municípios do interior da Bahia. No imaginário social baiano, *crack* é "cadeia ou caixão"[10] e, a partir da asséptica expressão, "julgo extinta a sua punibilidade" proferida nas sentenças, temos declarada judicialmente a morte desses jovens-homens-negros.

Para os objetivos desse trabalho, contudo, o material de análise foi constituído pelas sentenças nas quais foi possível obter informações sobre o flagrante, o que representou 437 processos, com 671 réus. Destes, o processo acabou em absolvição para 36% (243) dos réus, em condenação para 54% (360), em desclassificação para 9% (58) e em extinção da punibilidade em 1% (10) dos casos.

Confirmando tendência já conhecida, entre as sentenças analisadas nessa pesquisa, 95% contam histórias de flagrantes policiais como ponto de partida para a criminalização por tráfico de drogas. Dos demais casos, em 4% temos mandados de busca e apreensão e de prisão preventiva (o que indica um procedimento investigatório anterior) e em 1% (7 casos) não foi possível identificar na sentença detalhes sobre o início da persecução penal[11]. Destaque-se ainda que, do total de réus nos processos estudados (671 pessoas), 84% responderam ao processo preso (total ou parcialmente); dos demais, 11% responderam ao processo solto, e em relação a 5% não foi possível obter tal informação na sentença.

Fundamentado nesses dados gerais, o trabalho de coleta e organização dos dados empíricos das sentenças foi estruturado a partir de três perguntas de pesquisa, conforme já apresentado. A primeira delas foi em qual região da cidade a prisão ocorreu. Nesse sentido, 31% das prisões ocorreram na região denominada "Miolo", 21%, na região "Subúrbio", 19%, nos "Enclaves Populares na Orla", 17%, no "Centro" e 11%, na "Orla".

---

dia 14/03/2015" (*sic*) (Processo n.0100217-58.2008.8.05.0001). Quanto aos demais, não foi possível obter acesso aos laudos de exame cadavérico ou outros documentos indicativos da causa da morte no próprio processo, mas uma pesquisa simples do nome dos réus no sistema de buscas "*Google*" permitiu apontar que ao menos 38 dos 98 óbitos se tratara de mortes violentas, sendo razoável arriscar que o número real é muito maior. Foi possível ainda a partir de notícias e outras informações encontradas coletar algumas informações como idade, etc.

10. *Slogan* que circulou em outdoors baianos no ano de 2010. Disponível em: [www.bahianoticias.com.br/2011/imprime.php?tabela=principal_noticias&cod=107328].

11. É importante destacar, ainda, que, embora tenham sido trabalhados processos sentenciados em 2015, o momento da prisão variou temporalmente, havendo inclusive um processo iniciado em 2003. A maioria dos processos, entretanto, teve início entre os anos de 2012 e 2015 (51%), o que garante a contemporaneidade do estudo.

Sobre as incidências diferenciadas da política de drogas com suporte em criminalizações/imunizações espaciais, Zaccone (2007) aponta que em sua atividade como delegado em Jacarepaguá, circunscrição policial que incluía regiões como Cidade de Deus e outras comunidades populares do município do Rio de Janeiro, a cada plantão lavrava ao menos um Auto de Prisão em Flagrante por tráfico de drogas; já como delegado na Barra da Tijuca (região nobre da zona oeste do Rio de Janeiro), no período de um ano, lavrou um único auto de prisão em flagrante. Destaque-se que, nesse caso, uma senhora de 60 anos revendia drogas dentro de sua residência, um casebre numa localidade popular dentro daquela circunscrição policial. O autor conclui que não é possível afirmar que não existe tráfico de drogas na Barra da Tijuca, mas que a dinâmica da atuação policial é distinta entre esses espaços. Nessa mesma linha de raciocínio, os dados aqui apresentados sobre regiões da cidade de Salvador e os flagrantes por tráfico de drogas permitem apenas trazer pistas sobre as formas de atuação das agências de controle social em diferentes áreas da cidade.

Além disso, não custa lembrar que analisamos apenas as prisões em flagrante que originaram processos judiciais. Os flagrantes cujos inquéritos foram arquivados, os flagrantes que não geraram inquéritos e, ainda, o cotidiano de abordagens policiais – sempre seletivas e muitas vezes violentas – que não resultaram em desdobramentos na esfera policial e judicial são uma realidade que não se pode mensurar na estratégia metodológica adotada nesse trabalho.

A segunda pergunta referiu-se ao específico "local" da prisão. Assim, 58% das prisões ocorreram no "Espaço Público", enquanto 26% das prisões aconteceram no que foi categorizado como "Residências". Destaque-se a existência de 6% de casos em que a prisão iniciou-se em um "Espaço Público" e terminou em uma "Residência", situação, em geral, retratada com bastante normalidade pelo órgão julgador, como se este circuito fosse apenas um desenrolar normal dos acontecimentos e não o indicativo de possível situação de coação e violência (física ou psicológica). A questão da violação de domicílio será tratada em tópico próprio, mas em 83% das prisões ocorridas dentro de residência não houve mandado de prisão que autorizasse a entrada da força policial.

Em 6% dos casos, a prisão ocorreu no "automóvel" do acusado, em 2% dos casos, a prisão deu-se em um "estabelecimento prisional", em 1% dos casos, ocorreu em um "Bar" e, por fim, em 1% dos casos, em "Aeroporto-Rodoviária-Terminal Marítimo".

Por fim, a terceira pergunta relaciona-se com o modo de ocorrência da prisão. Com base nas informações obtidas nas próprias sentenças, foram construídas as categorias "Atitude Suspeita", "Denúncia Anônima", "Operação de

Investigação", "*Blitz*" e "Revista Íntima em Prisão". A categoria "Atitude Suspeita" apareceu como fundamento de 51% das prisões.

"Denúncia Anônima", por sua vez, abarcou os casos em que o termo apareceu expressamente na sentença ou, ainda, quando a decisão judicial, de acordo com a fala dos policiais, relatava que "populares" apontaram que determinado indivíduo estaria traficando drogas na rua "x", ou que determinada casa era ponto de venda de drogas; de todo o modo, esses denunciantes anônimos jamais voltavam a aparecer no processo para corroborar a afirmação inicial. Esta categoria foi o fundamento dado para 30% das prisões em flagrante.

Já a categoria "Operação de Investigação" incluiu os casos em que a sentença apontava que a prisão decorreu de uma operação estruturada de combate ao tráfico de drogas em uma determinada localidade, situação que representou 15% dos casos. Importante ressaltar que isso não significa que, nesses casos, houve necessariamente um mandado judicial fundamentando a prisão.

A categoria "*Blitz*" incluiu casos em que a pessoa foi parada em uma *blitz* "rotineira" de polícia, representando 2% dos casos; por fim, a categoria "Revista Íntima em Prisão" incluiu os casos de pessoas presas em flagrante durante a revista íntima realizada nos visitantes das prisões, representando 2% dos casos. Esta categoria foi incluída por chamar a atenção o fato de ser completamente integrada por mulheres, representando entre elas 14% dos fundamentos das prisões.

4.1. Atitude suspeita e liberdade precária: localidades e forma de abordagem

Como destacado no tópico anterior, em 51% dos casos estudados, a abordagem policial que gerou o flagrante é justificada pela "atitude suspeita" do suposto autor do delito. A história repete-se na maioria absoluta dos casos: em uma determinada rua de um bairro popular, um indivíduo estava em "atitude suspeita", o que levou os policiais a realizarem a abordagem.

Não há preocupação no relato policial em precisar o conteúdo da etiqueta; tampouco existe constrangimento no discurso judicial: a "atitude suspeita" aparece como um vazio semântico, um simulacro que legitima o cotidiano das abordagens seletivas que constituem o eixo central da atuação das forças policiais em cidades como Salvador.

No cotidiano dos processos de criminalização, o termo aparece para descrever situações nas quais a pessoa estava andando, correndo, parada ou sentada, e o seu sentido prático é preenchido por estereótipos que etiquetam pessoas e

espaços sociais[12]. A "atitude suspeita" é, nesse sentido, parte importante da constante reinvenção da "estratégia de suspeição generalizada" que mobiliza historicamente o controle social dos corpos negros nas cidades brasileiras.

Na abertura normativa do delito de tráfico de drogas, a questão do flagrante torna-se ainda mais decisiva. Ao criminalizar condutas que vão de atos preparatórios à tentativa – do efetivo ato de comércio – e a atos de participação, esta lei exemplifica o que Zaffaroni (2009) apontou como fenômeno da "multiplicidade de verbos", manifestação de uma política criminal autoritária, que não deixa espaços ou lacunas de punitividade[13].

Além disso, a Lei é pouco precisa na distinção entre usuários e traficantes (as cinco condutas previstas para uso, repetem-se no tipo de tráfico), indicando que:

> "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente." (art. 28, § 2º)

Com isso, e considerando a centralidade quantitativa da prisão em flagrante para a criminalização do tráfico e a baixa densidade democrática do controle judicial da atividade policial, cria-se a situação na qual os policiais que realizaram o flagrante são os protagonistas da narrativa que caracterizará o caso como tráfico ou uso.

O processo de tráfico de drogas, nos termos sugeridos por Valois (2017), seria mero "teatro", onde se repete a narrativa apresentada pela polícia. Nesse sentido, o autor aponta que "o juiz nos processos de tráfico de drogas, não é o juiz togado, mas o policial de rua" (p. 459). Os juízes só julgam, assim, a amostragem previamente selecionada pela polícia (BOITEUX *et al.*, 2009) e julgam histórias construídas a partir do discurso policial.

---

12. Vera Malaguti Batista (2003), ao estudar processos relativos a adolescentes apreendidos pela suposta prática da conduta de tráfico de drogas entre 1968 e 1988 no Rio de Janeiro, conclui que: "analisando a fala dos policiais o que se vê é que 'atitude suspeita' não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo de 'fazer algo suspeito' mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas." (p. 103)
13. Conforme o art. 33 da Lei 11.343/2006 constitui tráfico de drogas: "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."

Os 30% dos casos em que o flagrante ocorreu por "denúncias anônimas", por sua vez, parecem conduzir para contextos de "atitude suspeita", encobertas por outra nomenclatura. Essas "denúncias" são sempre feitas por "populares" de forma "anônima" que ligam para a central de inteligências ou comunicam aos próprios policiais em ronda pela localidade, alegando a suposta prática de tráfico de drogas em determinado local. A partir da comunicação, os policiais dirigem-se ao local indicado e lá identificam algum sujeito que "pareça" estar traficando drogas.

Os denunciantes são sempre apresentados no relato policial de forma genérica e não aparecem novamente nos processos como testemunhas, papel reservado quase que exclusivamente aos agentes da ordem que realizaram a prisão em flagrante. Embora este não tenha sido o objetivo do presente artigo, deve ser destacado que não há preocupação probatória na formação da culpa nos processos de tráfico de drogas: a palavra policial coerente e o laudo toxicológico positivo são suficientes, em boa parte dos casos, para garantir uma condenação. Assim, o único papel cumprido por esses supostos denunciantes anônimos será o de levar a polícia àqueles que parecem ser os suspeitos de sempre.

Outro elemento que se destaca é que essas denúncias anônimas muitas vezes são utilizadas para sustentar a legitimidade de violações de domicílio: dos 175 casos em que a prisão em flagrante ocorreu em domicílios, 51% tiveram como fundamento uma "denúncia anônima", enquanto 10% fundaram-se em "atitude suspeita".

De um flagrante juridicamente questionável, passando por prisões processuais quase mandatórias, até sentenças sustentadas em provas frágeis, a criminalização contemporânea do tráfico de drogas no Brasil encarna o direito penal autoritário de que fala Zaffaroni (2009) em diversos aspectos. Isso se dá seja pelo fenômeno da "multiplicação dos verbos", resultando em que "o caráter mágico e fetichista da nossa política criminal de drogas vai demonizando tudo à sua volta" (BATISTA, 2016, p. 17), seja pelo "cancelamento da exigência de lesividade" por meio dos tipos de "perigo sem perigo" (ZAFFARONI, 2011, p. 14), ou, ainda, por se tratar essencialmente de uma lei penal em branco, que delega à ANVISA o poder de determinar quais são as substâncias ilícitas ou não, que serão passíveis de criminalização pela Lei 11.343/2006[14], incidindo com isso em

14. Sobre isso, é importante destacar que o absurdo ainda é maior quando o Superior Tribunal de Justiça no seu Informativo 582 autoriza a classificação como "'droga', para fins da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), a substância apreendida que possua canabinóides – característica da espécie vegetal *Cannabis Sativa* –, ainda que naquela não haja

"tipos confusos e vagos e [n]a delegação de função legislativa penal" (ZAFFARONI, 2011, p. 15).

Essas características, portanto, permitem que a criminalização secundária – operada primeiro pela polícia e depois pelo Judiciário – realize-se de forma ainda mais arbitrária e autoritária do que para os demais tipos penais. A "atitude suspeita" é, assim, ponto de partida desse perigoso itinerário.

É no cotidiano da suspeição da guerra às drogas que o poder das agências penais é exercido de forma mais potente; um poder que não se relaciona somente com objetivos de repressão, mas que ocupa um lugar cada vez mais decisivo na configuração positiva da vida social, das sociabilidades e da circulação no espaço de uma cidade conflitiva como Salvador.

Nesse sentido, é relevante trazer os dados espaciais da prisão (região da cidade) articulados ao modo como as detenções ocorreram. No Centro, do total de abordagens que viraram processos sentenciados em 2015, 56% ocorreram por "atitude suspeita", 29%, por "denúncia anônima" e 13%, por "operações de investigação" (as outras formas somadas resultaram em 2%). Nos Enclaves da Orlas, 51% ocorreram por "atitude suspeita", 35%, por denúncia anônima e 15%, por "operações de investigação". No Miolo, 46% ocorreram por "atitude suspeita", 38%, por denúncia anônima e 14%, por "operações de investigação" (as outras formas somadas resultaram em 1%). Na Orla, 47% ocorreram por "atitude suspeita", 15%, por denúncia anônima e 32%, por "operações de investigação" (as outras formas somadas resultaram em 6%). Por fim, no Subúrbio, 57% ocorreram por "atitude suspeita", 27%, por denúncia anônima e 14%, por "operações de investigação" (as outras formas somadas resultaram em 2%).

É notável que os padrões de abordagem no Centro e no Subúrbio são bastante similares, sendo importante lembrar que não foram encontrados processos iniciados com prisões em flagrante nos bairros ricos da região urbanística do Centro. O Miolo chama a atenção por um número ligeiramente menor de "atitudes suspeitas" e um número maior de "denúncias anônimas", similar ao padrão dos Enclaves da Orla. Por fim, a Orla caracteriza-se pelo mais alto número relativo de "operações de investigação" e por um menor número de "denúncias anônimas", o que pode se explicar pela maior concentração de bairros de elite nessa região levando com que as abordagens tenham que ser fundadas em mais do que meras "suspeitas".

tetrahidrocanabinol (THC)", quando a Portaria 344 da ANVISA apenas classifica como "substância de uso proscrito no Brasil" o THC.

Quanto ao local em que as prisões ocorreram, chama a atenção que, em 58% dos casos, a prisão deu-se em um "espaço público", em 26%, em "residências" e, em 6%, iniciou-se no espaço público e acabou em uma residência. Um dos casos, entre os processos analisados, que se destacou justamente por se tratar de uma absoluta exceção, envolveu a prisão de cinco pessoas em um apartamento no Imbuí, bairro de classe média de Salvador, depois de uma longa investigação do Departamento de Narcóticos (DENARC)[15]. O desconcerto do magistrado é evidenciado na sentença ao fazer questão de ressaltar que o tráfico de drogas era realizado por "pessoas de classe média e tendo como público consumidor pessoas dessa mesma classe". Além disso, refere-se reiteradamente ao homem de 45 anos – apontado pela investigação policial como o "líder" do grupo – como um "jovem de classe média".

Usando os nomes dos réus como palavras-chave, uma pesquisa no sistema de busca "*Google*" sobre o caso também revelou o embaraço da mídia perante a situação. É notável a matização dos discursos ao tratar do tema: em nenhum momento, os acusados recebem o rótulo de "traficantes", sendo referidos entre outras coisas como o "desempregado", o "homem", a "sogra", a "companheira"[16], rótulos muito diferentes dos usuais "traficante", "bandido" e "criminoso".

Em outro processo, também destoante, um universitário de 21 anos foi preso dentro de uma boate no Itaigara, bairro de classe média alta de Salvador[17]. Nesse caso, a polícia foi chamada para resolver uma briga que ocorria dentro do estabelecimento e lá uma jovem, também universitária, comunicou à polícia que um rapaz estaria comercializando drogas no local. A PM, portanto, somente realizou a prisão do "jovem" "estudante" de "classe média" – informações presentes na sentença –, por acaso. No caso em tela, o rapaz respondeu ao processo todo em liberdade e foi absolvido ao final.

Por outro lado, conforme já afirmado, a maior parte dos casos começa do mesmo modo: um jovem é avistado pela polícia em uma suposta "atitude suspeita" e é surpreendido com uma pequena quantidade de drogas. Embora este roteiro ocorra de forma mais frequente em bairros populares, também na região da Orla Atlântica – onde há um incremento relativo de operações de investigação

15. Processo 0398481-53.2013.8.05.0001.

16. Disponível em: [www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/homem-e-preso-apos-transformar-imovel-da-sogra-em-ponto-de-trafico-no-imbui/]eem:[www.tribunadabahia.com.br/2013/05/14/apartamento-da-sogra-no-imbui-era-usado-como-ponto-de-venda-de-drogas].

17. Processo 0372438-79.2013.8.05.0001.

caracterizadas pelo mínimo de cuidado com garantias processuais – é alta a incidência de prisões por atitude suspeita.

É preciso destacar, nesse sentido, que, em que pese a atuação "dura" da Polícia Militar esteja territorialmente relacionada – inclusive em nível imagético – com os bairros e comunidades populares, a distribuição espacial dos serviços de segurança obedece à regra geral que orienta a distribuição dos bens e serviços públicos, ou seja, nas áreas nobres da cidade, a presença da polícia é maior e, mais importante, mais visível no cotidiano, em comparação com os territórios populares (LOPES, 2014).

A partir dos dados do IBGE/PMBA, Regina Lopes (2014) produziu informações importantes sobre a desigualdade da distribuição territorial da PM em Salvador. A pesquisadora comparou a presença policial na Orla Marítima, área nobre de Salvador e de população majoritariamente branca, com o Subúrbio Ferroviário, região mais empobrecida e negra da cidade, encontrando os seguintes dados:

Bairros	População	Efetivo PMBA	Habitantes/ PM	Viaturas em Ronda	Habitantes/ Viatura	Delegacia de Polícia	Habitantes/ Delegacia
Nobres	246.000	1.403	75	34	7235	03	82.000
Periféricos	280.000	267	1045	03	89.000	01	280.000

Fonte: LOPES, 2014, p. 135.

A produção da sensação de segurança em locais dominados pelas elites locais e que configuram pontos turísticos da cidade é uma das principais tarefas políticas das agências de criminalização secundária. O papel configurador dessas agências está, portanto, relativamente desvinculado do fantasmático problema da "criminalidade". Nesse desiderato, nos bairros nobres, observa-se a presença cotidiana da polícia, com patrulhamento em sentido preventivo e não emergencial, com profunda relação com a preservação e a radicalização da homogeneidade dos espaços de privilégio. É nesse contexto que são realizadas as abordagens cotidianas por "atitude suspeita" daqueles que estão "fora do lugar".

A atuação na periferia, por sua vez, é marcada pela lógica das operações de combate, onde se efetuam mais prisões, mais atos de violências arbitrárias e mais homicídios (LOPES, 2014). Nas duas áreas, contudo, a atuação é marcada pelo racismo institucional e formação dos estereótipos que definem quem é criminalizado e, no outro lado da moeda, quem é protegido[18].

18. A atuação diferencial da polícia a partir da divisão geográfica e demarcações sociorraciais dos espaços é notada também por Duarte et al. (2014) ao afirmarem que as "ações de controle social e de "higienização" são realizadas racionalmente em diferentes lugares com diferentes indivíduos" (p. 84).

4.2. Casas: asilos invioláveis?

Se a livre circulação no espaço público para as pessoas negras e pobres em Salvador pode ser pensada a partir da ideia de liberdade precária, a análise das histórias dos flagrantes por tráfico de drogas aponta como também a inviolabilidade do lar[19] perde qualquer sentido concreto em algumas regiões da cidade de Salvador. Entre os casos estudados, 26% das prisões ocorreram em residências e 6% iniciaram-se em espaço público e terminaram em residências, totalizando a situação de 215 réus presos em flagrante em suas próprias casas.

A questão é que em 83% destes casos a polícia não apresentou mandado de busca e apreensão que autorizasse a entrada na residência dos réus. A análise detida das sentenças permite afirmar, ainda, que tampouco há qualquer situação de "flagrância" enquadrável nas hipóteses normativas do ordenamento processual penal que autorize a invasão dos domicílios[20].

Nos crimes chamados "permanentes" – a exemplo de algumas das condutas previstas no art. 33 da Lei de Drogas –, a consumação do delito espraia-se no tempo, existindo uma permanente situação de flagrância, permitindo, portanto, que a prisão em flagrante ocorra a qualquer momento. Acontece, contudo, que, no julgamento do RE 603.616/RO, o STF apontou que os agentes estatais devem demonstrar no momento do controle judicial dos atos policiais que havia previamente fundadas razões para a violação de domicílio. A questão é que o STF não criou critérios minimamente rigorosos para conceituar "fundadas razões", e tem reiteradamente se posicionado no sentido de legitimar invasões de domicílios em casos envolvendo a guerra às drogas, ratificando a falta de controle judicial nas instâncias inferiores (VALOIS, 2017).

Nos processos analisados, as justificativas dadas pelos policiais para a invasão de domicílios variam entre "intenso entra e sai de pessoas característico da prática de crimes", denúncias anônimas que apontavam o local como "boca de fumo" ou "ponto de venda de drogas" e a fuga do réu ao avistar a polícia. Essas justificativas ganham mais ou menos legitimidade a depender de onde estão localizadas essas casas violadas.

19. Destaque-se que a Constituição Federal em seu art. 5º, XI dispõe que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

20. O art. 302 do Código de Processo Penal aponta que se considera em flagrante delito quem está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la, é perseguido, logo depois, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração ou é encontrado, logo em seguida, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Em alguns casos, os policiais alegam a conivência do réu à entrada das forças policiais, sendo apontado suposto "convite" ou, ainda, o fato de que a "porta estava aberta", o que autorizaria a entrada de qualquer transeunte, inclusive da polícia. A postura do Judiciário como órgão garantidor de direitos deveria ser de desconfiança diante das "autorizações" dadas por pessoas nas circunstâncias apresentadas pela polícia. Assim, se a casa é asilo inviolável, salvo nas estritas hipóteses previstas na Constituição Federal, estas deveriam ser interpretadas de maneira restritiva, ou seja, um "convite" dado por alguém depois de uma busca pessoal realizada pela polícia deveria ser interpretado como uma autorização derivada de coação.

No caso da discussão sobre tráfico de drogas, essa questão assume centralidade absoluta. Se o crime de tráfico de drogas só pode ser provado com o laudo toxicológico que demonstre a materialidade da droga, eventual decisão que entenda como ilegal a violação de domicílio e, portanto, ilegal a apreensão da droga, seria necessariamente absolutória.

A questão central, aqui, é pensar sobre o tratamento diferencial dado para moradias diversas em lugares distintos. As prisões em flagrante ocorridas em residências (ou iniciadas em espaço público, mas desdobradas) representaram 32% das ocorrências. Destas, 12% ocorreram no Centro, 35%, no Miolo, 24%, nos Enclaves Populares da Orla, 19%, no Subúrbio e 10%, na Orla. O cruzamento entre as variáveis "existência ou não de mandado judicial" por "região da cidade" revela que 93% das prisões em residência no Centro ocorreram sem a existência de mandado (25 casos), no Miolo, 92% (67 casos), no Subúrbio, 80% (33 casos), nos Enclaves da Orla, 75% (38 casos) e, na Orla, 62% (13 casos).

Os dados apontam que a regra em todas as regiões da cidade é o desrespeito à inviolabilidade do lar no cotidiano de guerra às drogas; mas é possível destacar variações importantes a depender da região da cidade: enquanto no Miolo quase todas as apreensões em residências aconteceram sem mandado (92%), o quadro muda sensivelmente na região nobre da Orla atlântica (63%).

É evidente que a realidade de violações de domicílio não é uma novidade no âmbito da guerra às drogas nas cidades brasileiras. Chama atenção, contudo, o papel do Judiciário na legitimação dessas práticas e sua participação no controle diferenciado da legalidade a depender do contexto socioespacial no qual se desenrolou a violação.

Nesse sentido, é importante destacar que a maioria dos casos nos quais foi possível constatar violação de domicílio resultou em condenação. Entre os casos analisados, os processos sem mandado de busca e apreensão (176 casos) terminaram em condenação em 60% dos processos, tendo ocorrido absolvição em 34% dos casos e desclassificação para o art. 28 em 7% dos casos.

Nos processos em que se constatou mandado autorizando a entrada nas residências (32 casos), tivemos 81% dos casos com condenação, tendo havido absolvição em 9% e desclassificação para o art. 28 em outros 9%. As taxas de condenação mais altas, aqui, relacionam-se justamente com o maior cuidado das agências (polícia, Ministério Público e Judiciário) com a lapidação do material probatório, pois os mandados normalmente aparecem em situações excepcionais de operações de investigação, especialmente em áreas nobres da cidade. Nesse contexto, parece possível sugerir que o maior controle judicial, nesses casos, inibe arbitrariedades policiais e incentiva a realização de uma persecução penal mais cuidadosa.

Destaque-se ainda que, nos casos em que houve mandado para a entrada nos domicílios, 94% dos réus responderam aos processos criminais presos (total ou parcialmente), o que corresponde a 30 dos 32 casos analisados. Em relação aos outros dois réus, um respondeu ao processo em liberdade e sobre o outro não foi possível encontrar informação. Já, entre os casos em que não houve mandado judicial autorizando a entrada no domicílio, as prisões processuais seguiram o padrão geral: em 84% dos casos, os réus responderam aos processos presos (total ou parcialmente), em 4% dos casos, o réu respondeu a todo o processo em liberdade e, em relação a 10% dos casos, não foi possível encontrar informação sobre a situação prisional do réu.

Na dinâmica de criminalização mais geral, concentrada nos bairros populares, o controle judicial é quase inexistente e, se em muitas vezes não é possível condenar diante da fragilidade do corpo probatório, a invasão do domicílio, a prisão em flagrante, eventual prisão cautelar e a lentidão do processo criminal já cumpriram o papel político configurador das relações sociais que caracteriza a guerra às drogas no Brasil.

No processo de análise das sentenças, chamou atenção ainda a criminalização de movimentos sociais, legitimada pelo "combate às drogas". Em algumas sentenças, é possível observar a afirmação de que a casa violada é um "prédio dos sem-teto" ou que aquela é a "região dos sem-teto" indicando, possivelmente, uma ocupação de algum movimento de luta por moradia o que, *a priori*, parece autorizar desrespeitos e violações de garantias. Aqui é possível notar, mais uma vez, rastros da atuação "positiva" dos processos de criminalização, ou seja, dos processos de gestão e controle de pessoas e espaços por meio da criminalização.

5. Considerações finais

Não é objetivo desse trabalho a realização de análise exaustiva do material empírico sistematizado. A ideia é que o conteúdo descritivo produzido possa ser objeto de outras análises e escrutínios, contribuindo para a qualificação do

debate público em torno de um tema que reputamos relevante no que diz respeito aos rumos da democracia no Brasil.

A partir da análise dos dados empíricos, contudo, é possível sugerir algumas questões sobre as dinâmicas que relacionam guerra às drogas e espacialidade em Salvador (BA). Assim, pareceu relevante a problematização do estado de suspeição generalizada a que parece estar submetida parte da população da cidade, em uma espécie de atualização histórica do que Sidney Chalhoub (2012) denominou de "liberdade precária" da população negra no espaço urbano brasileiro.

Foi possível aprofundar, nesse sentido, uma constelação de problemas envolvendo as insidiosas relações entre as prisões e os espaços: os "sujeitos suspeitos" não podem estar na rua, mas tampouco podem estar tranquilos em casa. As casas populares – e essa observação não constitui exatamente uma novidade – são alvos constantes de violações de domicílio, sob o manto de um suposto estado de flagrância, que a criminalização das drogas e seus verbos "guardar" e "ter em depósito", por exemplo, torna permanente. O que chamou especial atenção é que essas violações de domicílio aparecem nas histórias contadas pelos policiais e são relatadas com naturalidade pelo discurso judicial nas sentenças.

Assim, a abordagem metodológica adotada possibilitou a problematização das interações entre o discurso e a prática dos atores do sistema judicial e o cotidiano de criminalização operado pelas agências policiais. Anitua (2018) observa como a criminologia e a sociologia jurídico-penal na América Latina concentrou os seus esforços no estudo sobre o funcionamento das instituições policiais e dos processos gerais de encarceramento.

O lugar privilegiado do Judiciário no processo de endurecimento punitivo no Brasil, contudo, está sendo progressivamente desvendado, depois de anos de relativa blindagem, especialmente por parte do discurso jurídico. Esse caminho parece ser decisivo na atual conjuntura, na qual o Poder Judiciário e suas corporações exercem grande poder político, em um momento no qual a ascensão do autoritarismo mediante a questão criminal ameaça seriamente a nossa frágil democracia.

Referências bibliográficas

ANITUA, G. *Introdução à criminologia*: uma introdução desde o poder de julgar. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BARRETO, A. L. L. de A. *Urgência Punitiva e Tráfico de Drogas: as Prisões Cautelares entre Práticas e Discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

BATISTA, N. Política Criminal com Derramamento de Sangue. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 03, ns. 05-06, p. 77-93, 1998.

BATISTA, V. *Difíceis Ganhos Fáceis*: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, V. Prefácio (3ª edição). In: CARVALHO, S. de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2016.

BECKER, H. *Segredos e Truques da Pesquisa.* Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BOITEUX, L. *et al*. Série *Pensando o Direito*: Tráfico, Drogas e Constituição. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

CALAZANS, Márcia de Esteves *et al*. A Espacialização das Mortes e Padrões Mórbidos de Governança Espacial: Homicídios de Jovens em Salvador 2010-2015. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, p. 568-594, 2016.

CARVALHO, I.; PEREIRA, G. *Como Anda Salvador?* Rio de Janeiro: Letra capital: Observatório das Metrópoles, 2009.

CHALHOUB, S. *A Força da Escravidão*: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DUARTE, E. C. P *et al*. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: FIGUEIREDO, I. S. de; BAPTISTA, G. C.; LIMA, C. do S. L. (Orgs.). *Pensando a Segurança Pública e Direitos Humanos*: Temas Transversais. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014. v. 5.

FLAUZINA, A. L. P. *Corpo Negro Caído no Chão.* O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GARCIA, A. *Desigualdades raciais e segregação urbana em antigas capitais*: Salvador, cidade D'Oxum e Rio de Janeiro, cidade de Ogum. Rio de Janeiro: Faperj, 2009.

LOPES, R. Polícia, Violência e a Ação Policial: a dualidade da segurança pública em Salvador. In: LOURENÇO, L.; MARTINS, H. (Orgs.) *Criminalidade, direitos humanos e seguranças públicas na Bahia.* Cruz das Almas: UFRB, 2014.

MATOS, L. *Conflito e Controle na Cidade: Poder punitivo e produção do espaço em Salvador*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NASCIMENTO, A. *O genocídio do negro brasileiro*: processo de um racismo mascarado. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NEDER, G. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro*: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

OLIVEIRA, R. J. Interfaces entre desigualdades urbanas e as desigualdades raciais no Brasil: observações sobre o Rio de Janeiro e São Paulo. In: Oliveira, R. J. (Org.). *A Cidade e o Negro no Brasil*: cidadania e território. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2013. v. 1.

REIS, V. *Atucaiados pelo Estado: as Políticas de Segurança Pública Implementadas nos Bairros Populares de Salvador e suas Representações, 1991-2001*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

REIS, V. Juristas Negros e Negras: por vida e liberdade no Brasil. In: FLAUZINA, A. *et al.* (Orgs.). *Discursos Negros*. Brasília: Brado Negro, 2015.

ROLNIK, R. Territórios negros nas cidades brasileiras – etnicidade e cidade em São Paulo e Rio de Janeiro. *Revista Estudos Afro-Asiáticos*, Universidade Cândido Mendes, 1989.

ROMÃO, V. de A. *Entre a vida na rua e os encontros com a prisão: um estudo a partir das audiências de custódia*. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

SANTOS, M. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2005.

SOUZA, A. *Limites do Habitar*: segregação e exclusão na configuração urbana contemporânea de Salvador e perspectivas no final do século XX. Salvador: EDUFBA, 2008.

TELLES, V. Cidade: Produção de espaços, formas de controle e conflito. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 46, n. 1, 2015.

VALOIS, L. C. *O Direito Penal da Guerra às Drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VARGAS, J. H. As lutas por territórios negros do Rio de Janeiro. In: Oliveira, R. (Org.). *A cidade e o negro no Brasil*: cidadania e território. São Paulo: Alameda, 2013.

ZACCONNE, O. *Acionistas do Nada*: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R. La legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario. In: VITERI, J. P. M.; PALADINES, J. V. (Eds.). *Entre el Control Social y los Derechos Humanos*. Los retos de la política y de la legislación de drogas. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Aproximações criminológicas e processuais entre a "caça às bruxas" e a "guerra às drogas": a persistência da lógica inquisitorial no processo penal moderno, de Lucas Lopes Oliveira – *RBCCrim* 128/197-232 (DTR\2017\220);
- Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil, de Katie Argüello e Mariel Muraro – *RBCCrim* 113/317-356 (DTR\2015\3615);
- Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador, de Ana Luisa Leão de Aquino Barreto – *RBCCrim* 148/209-242 (DTR\2018\19808); e
- Vítimas condenadas: uma análise crítico-criminológica sobre o impacto da guerra às drogas em mulheres na América Latina, de Taiguara Libano Soares e Souza e Michelle Mendes Meireles Silva – *RT* 999/43-65 (DTR\2018\22779).

Realismo marginal e os princípios de Chicago: um experimento de antropofagia epistêmica

Realismo marginal *and the Chicago principles: an experiment of epistemical anthropophage*

Paula Gomes da Costa Cavalcanti
Mestranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (2017). Advogada criminalista.
ORCID: 0000-0002-8268-8579
paulagccavalcanti@gmail.com

Recebido em: 30.10.2018
Aprovado em: 29.04.2019
Última versão da autora: 28.05.2019

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Resumo: O trabalho consiste em um experimento de "antropofagia epistêmica", nos termos de Eugênio Raúl Zaffaroni, quer dizer, buscou-se realizar uma releitura de certas categorias discursivas do Primeiro Mundo a partir da nossa realidade latino-americana. Nesse sentido, levantou-se a hipótese de que o Realismo Marginal poderia recepcionar em sua teoria o discurso jurídico central dos Princípios de Chicago, de sorte a legitimar a efetivação desses princípios na América Latina. Para tanto, recorremos a uma visão geral do desenvolvimento histórico da Criminologia Crítica e do Realismo Marginal, bem como se realizou uma análise epistemológica do Realismo Marginal enquanto vertente da Criminologia Crítica. Em seguida, abordou-se uma visão geral do desenvolvimento histórico da Justiça de Transição e dos Princípios de Chicago, destacando, quanto a esse último documento, seus principais fundamentos e recomendações, além de se trazer

Abstract: The following work is an experiment of the Eugenio Raúl Zaffaroni's "epistemic anthropophagy", in other words, we did, based on the latin american reality, a rereading of certain First World discursive categories. Thus the hypothesis was raised that the "Realismo Marginal" could receive in its theory the central discourse of the Chicago Principles on Post-Conflict Justice for the purpose of legitimize their realization in Latin America. Therefore we have used an overview and epistemological analysis of "Realismo Marginal" as belonging to Critical Criminology, as well as an overview of Post-Conflict Justice and of "The Chicago Principles on Post-Conflict Justice", highlighting in this last document its main fundamentals and recommendations – also we brought up the vote of Minister Zaffaroni in case 17.768 of the Supreme Court (CSJN) of Argentina. In conclusion, in order to test the initial hypothesis, we draw the compatibilities and the

Cavalcanti, Paula Gomes da Costa. Realismo marginal e os princípios de Chicago: um experimento de antropofagia epistêmica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165. ano 28. p. 273-299. São Paulo: Ed. RT, março 2020.

à tona o voto do então ministro Zaffaroni na causa 17.768 da Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina. Em conclusão, com o intuito de testar a hipótese inicial, traçamos as compatibilidades e as contradições entre o Realismo Marginal e os Princípios de Chicago.

Palavras-chave: Antropofagia epistêmica – Realismo Marginal – Princípios de Chicago.

contradictions between the "Realismo Marginal" and the Chicago Principles.

Keywords: Epistemic anthropophagy – "Realismo Marginal" – The Chicago Principles on Post-Conflict Justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Visão geral do desenvolvimento histórico da Criminologia Crítica e do Realismo Marginal. 2.1. O Realismo Marginal enquanto saber decolonial. 3. Análise epistemológica da Criminologia Crítica e do Realismo Marginal. 4. Visão geral da justiça de transição. 5. Os princípios de Chicago são os frutos doutrinários da justiça de transição. 6. Os princípios de Chicago: recomendações básicas. 6.1. Princípio 1. 6.2. Princípio 2. 6.3. Princípio 3. 6.4. Princípio 4. 6.5. Princípio 5. 6.6. Princípio 6. 6.7. Princípio 7. 7. Voto do Ministro Eugênio Raúl Zaffaroni na causa 17.768 da Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina. 8. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A Criminologia – enquanto ciência autônoma – abriga distintos discursos a respeito da Questão Criminal, cada qual com sua própria epistemologia, objeto de estudo, fundamento teórico, metodologia e fins político-ideológicos. Quanto aos fins político-ideológicos, Vera Malaguti Batista (2018) ensina que podemos dividir as escolas criminológicas em dois grandes grupos: o primeiro engloba os pensamentos legitimantes da pena, e o segundo os pensamentos deslegitimantes da pena. Nossa análise parte da Criminologia Crítica que se encaixa sobremaneira nesse segundo grupo de pensamento criminológico. Do seio da Criminologia Crítica, permanecendo em seu âmbito, surge a vertente do Realismo Marginal, ora abordada.

O objetivo geral desse artigo é tentar aferir se o Realismo Marginal pode recepcionar em sua teoria os Princípios de Chicago para Justiça de Transição e, assim sendo, legitimar, pelo seu prisma, o exercício prático da Justiça de Transição na América Latina. Portanto, trata-se de um experimento de antropofagia epistêmica: conforme Zaffaroni (1993), a antropofagia epistêmica, dentro de uma perspectiva decolonial, direciona a uma releitura das categorias teóricas do Primeiro Mundo a partir da nossa realidade Latino Americana. A fim de testar referida hipótese, almejamos atingir os seguintes objetivos específicos: (I) construir uma visão geral do surgimento e desenvolvimento histórico da Criminologia Crítica

e de seu filho latino-americano: o Realismo Marginal; (II) analisar a teoria, a epistemologia, o método, o objeto de estudo e os fins políticos da Criminologia Crítica e do Realismo Marginal; (III) apresentar uma visão geral do surgimento histórico da Justiça de Transição e dos Princípios de Chicago, (IV) elencar os principais fundamentos e recomendações da carta dos Princípios de Chicago; (V) analisar o voto do então ministro Zaffaroni na causa 17.768, pela qual a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina declarou a inconstitucionalidade das leis de anistia em favor dos autores de violações de Direitos Humanos e Humanitário durante a ditadura no país. Já a metodologia do artigo consiste em revisão bibliográfica.

A principal motivação desse trabalho advém da reprovável insurgência, em pleno 2018, de movimentos populares e discursos políticos exaltando os "tempos de ouro" da Ditadura Militar no Brasil. Em face dessa histeria coletiva, questionamos se a nós brasileiros tem falhado a memória histórica. Se assim o for, então, nada mais atual que relembrarmos aqui a verdadeira herança do autoritarismo e do terrorismo de Estado no nosso país, temas esses pelos quais se ocupam intensivamente o Realismo Marginal e os Princípios de Chicago para a Justiça de Transição.

Sabe-se que a tarefa determinante do Realismo Marginal (ZAFFARONI, 2012) é empreender a crítica ideológica. Essa crítica ideológica estabelece qual é a capacidade de um sistema de ideias originário dos países centrais (Primeiro Mundo) em permitir que nós possamos acessar a nossa realidade latino-americana, obrigando-nos a desenvolver uma crítica em harmonia com as conjunturas e estruturas sociais da nossa própria sociedade. Dessa forma, a presente pesquisa se justifica pela intuição de que os Princípios de Chicago – por necessariamente demandarem atenção às peculiaridades de cada local em que a Justiça de Transição será aplicada – podem promover um proveitoso acesso a nossa realidade e propor medidas aptas a transformá-la.

2. Visão geral do desenvolvimento histórico da Criminologia Crítica e do Realismo Marginal

Consoante Vera Malaguti Batista (2012), a Criminologia Crítica nasce com a publicação de duas obras-primas que invertem a direção da Criminologia: a primeira foi "Punição e estrutura social", de Rusche e Kirchheimer, em 1939, e a segunda, "Vigiar e punir", de Foucault, em 1975. Porém, a Criminologia Crítica só se alavanca com toda a sua força inspirada nos movimentos sociais dos anos 60, movimentos, em geral, da contracultura, com influência também

dos pensamentos feministas, ecologistas e do notável resgate popular das filosofias e sociologias libertárias como o anarquismo e o marxismo (ANITUA, 2015).

Para Anitua (2015), entre os primeiros criminólogos críticos expoentes nos anos 60/70 mencionam-se Stanley Cohen, William Chambliss, Richard Quinney e Austin Turk. Na Europa, o movimento crítico se radicaria originalmente na Grã-Bretanha, em 1968, durante a *National Deviance Conference*, encontro entre pensadores de cunhos políticos heterodoxos: lá se reuniram anarquistas, marxistas, liberais, humanistas, entre outros. Do centro desse momento histórico da ciência criminológica surgem espraiados pensadores da Criminologia Crítica na Itália (Franco Bricola, Dario Melossi, Massimo Pavarini, etc.), na França (Michel Foucault, André-Jean Artaud, Claude Faugeron, etc.), na Espanha (Antonio Beristain, Ignacio Muñagorri, Emilio de Espinosa, José Peset, Julia Varela, etc.), na Alemanha (Alessandro Baratta, Fritz Sack, Sebastian Scheerer, etc.), na Holanda (Clara Meijer, William Bongier, etc.) e com destaque a Ian Taylor, a Paul Walton e a Jock Young, da Grã-Bretanha, por terem escrito a obra inaugural da Criminologia Crítica, *The new criminology* (ANITUA, 2015).

Apesar da diversificação nas reflexões, todos eles estavam unidos pela insatisfação para com a tradicional Criminologia Positivista, cujo paradigma etiológico e sua pretensa neutralidade científica frente a questões políticas e econômicas da sociedade desembocaram em uma teoria criminológica legitimadora do Sistema Penal vigente. Além disso, os criminólogos críticos apontavam as limitações do interacionismo simbólico[1] e do enfoque liberal da reação social (*labeling approach*)[2] porque ambos cairiam no nível meramente descritivo do sistema penal sem propor mudanças sociais profundas (ANITUA, 2015).

Anitua (2015) mostra que, na América Latina, dos anos 60 e 70, os movimentos de libertação nacional – grupos rebeldes que combatiam as ditaduras e denunciavam a falta de legitimidade dos governantes locais – impulsionaram

1. "A tese central desta corrente pode ser definida, em termos muito gerais, pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinqüente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis" (ZAFFARONI, 2012, p. 60).
2. "A partir dessa escola, conhecida como *labeling approach*, ocorre uma correção do próprio conceito de criminalidade: o que existe são processos de criminalização. A *criminalidade* seria uma realidade social atribuída [...]. Essas rupturas deslocam o princípio do fim e da prevenção para uma noção mais abrangente que relaciona a estratificação social ao poder de criminalização" (BATISTA, 2012, p. 74, grifo do original).

as Criminologias Críticas latino-americanas. Naquela conjuntura, as criminologias ortodoxas seguiam negando os abusos do poder punitivo e fechando os olhos para o fato de que o ganha-pão do Estado era a própria desigualdade social: no seu extremo, os criminólogos tradicionais legitimavam racionalmente ambos os malefícios. Daí que coube à Criminologia Crítica o papel político de romper com o pensamento criminológico vigente para denunciar e insurgir contra a desigualdade social e, maiormente, contra os abusos do poder Estatal, venenos tidos por "inexistentes" pela dominação oligárquica local dependente do capital estrangeiro. Ainda conforme Anitua (2015), o pensamento que pode ser chamado de "Criminologia Crítica" tem seu ponto de partida na Venezuela, em 1974, quando se realizou um congresso de criminologia em que as venezuelanas Lolita Aniyar e Rosa Del Olmo deferiram críticas políticas contra o imperialismo do capital internacional e refletiram sobre como a criminologia tradicional, principalmente a positivista, negava a existência dos abusos do Estado na América Latina, impedindo qualquer horizonte de mudanças sociopolíticas.

Os criminólogos críticos latino-americanos alegavam que nós carecemos de um conhecimento realmente local que se livrasse da dependência do conhecimento criminológico do Primeiro Mundo e viabilizasse ferramentas políticas de produção teórica e atividade prática para transformação do meio autoritário latino-americano.[3] Destacaram-se na Argentina, nesse sentido, Emílio García Méndez, Roberto Bergalli, Luis Marcó Del Pont, Enrique Marí e Raúl Zaffaroni. No Brasil, alguns dos expoentes da Criminologia Crítica são Claudio Heleno Fragoso, Ester Kosovski, Nilo Batista, Vera Malaguti, Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos. No México, a forte produção do pensamento crítico se deu no Caderno do Instituto de Ciências Penais. Na Colômbia, brilharam Alfonso Reyes, Emiro Sandoval, Fernando Rojas, Maurício Martínez e Juan Guillermo Sepúlveda, entre outros.

Nesse seguimento, com a virada da década de 1980, alguns Criminólogos Críticos vão elaborar anteprojetos, sejam eles políticas criminais alternativas ou mesmo alternativas ao Sistema Penal. Os anteprojetos mais proeminentes, na visão de Anitua (2015), podem ser divididos em três grupos principais. O primeiro seria o do Abolicionismo Radical Escandinavo e a Política Criminal Tolerante Holandesa, representados pelos pensadores Louk Hulsman, Thomas Mathiesen,

3. Máximo Sozzo destaca a escassez de investigações históricas e empíricas (inclusive no âmbito das pesquisas da Criminologia Crítica) na América Latina por causa do nosso subdesenvolvimento econômico que em efeito dominó leva a ausência de maiores investimentos em educação e produção científica (SOZZO, 2014, p. 78-80).

Hermann Bianchi e Nils Christie, além do australiano Braithwaite, considerado o idealizador do modelo de Justiça Restaurativa. A segunda corrente consiste no Realismo Criminológico de Esquerda e no Reformismo social-democrata anglo-saxão,[4] criminólogos que parecem fazer um regresso às ideias ilustradas, orientados pelo materialismo histórico marxista, para guiar os seus desempenhos em funções políticas na administração do Estado, a exemplo de Lola Aniyar, Philipe Robert e Robert Castel.

O terceiro grupo, destacado nos anos 80, com alternativas para o Sistema Penal é representado pelo Reducionismo, pelo Minimalismo ou pelo Garantismo Penal. Alguns dos críticos desse terceiro grupo chegam a igualar os postulados da Criminologia Crítica aos do Direito Penal Liberal para instrumentalizá-los como freios aos abusos e arbitrariedades estatais. No que toca a essa terceira vertente: se o abolicionismo seria útil aos críticos que atuavam na esfera da denúncia e o realismo serviria aos críticos ocupantes de poderes administrativos, o minimalismo seria a trincheira para os que atuavam no âmbito da justiça (ANITUA, 2015). Importa sublinhar que essa defesa geral de Direitos Liberais se deu em um tempo histórico, anos 1980, de elevação do direito reacionário e de gradual fragilização de garantias individuais no Judiciário. Entre os autores dessa corrente destacam-se Alessandro Baratta, o italiano Luigi Ferrajoli e Raúl Zaffaroni. À vista disso, Zaffaroni reelaborou o garantismo à luz do contexto social da "margem" latino-americana (Realismo Marginal). Pelo o dito, o Realismo Marginal é um filho da Criminologia Crítica.

2.1. O Realismo Marginal enquanto saber decolonial

Dussel (2008), pesquisador do grupo Modernidade/Colonialidade, explica que o ego moderno, encarnado nos colonizadores, pôde se constituir tão somente por ter sido colocado em contraposição ao não ego, este último representado pelos colonizados. Assim, os habitantes das novas terras descobertas eram vistos pelo ego moderno como um "não ego", ao passo que o "não ego" traduzia-se em um "ego moderno em potencial", isto é, um povo que deveria ser destituído de sua alteridade e, então, dominado e colonizado até se tornar totalmente semelhante ao ego moderno.

Nesse sentido:

> "a colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial de poder capitalista. Se funda na imposição de uma classificação

4. São eles os pragmáticos marxistas britânicos ligados a partidos comunistas ou social-democratas.

> racial/étnica da população do mundo como pedra angular do dito padrão de poder e opera em cada um dos planos, âmbitos e dimensões materiais e subjetivas, da existência social cotidiana e da escala social." (QUIJANO, 2000, p. 342, apud BALLESTRIN, 2013, p. 101).

No âmbito da produção de conhecimento e cultura, a colonialidade das mentes mantém-nos, latino-americanos, presos aos padrões científicos dos países centrais, o que quase sempre nos faz perder a vista da nossa própria realidade. O Realismo Marginal se deixa influenciar pelo pensamento, pois almeja superar essa colonialidade do conhecimento, promovendo uma "aproximação desde uma margem" (ZAFFARONI, 1988) ao saber central, com o intuito de selecionar saberes úteis originados no Primeiro Mundo e ao mesmo tempo submetê-los a uma "antropofagia epistêmica" para problematizar certas categorias à realidade da América Latina. Acrescenta Borges (2016, p. 65):

> "Lola Aniyar de Castro, Rosa Del Olmo, Raúl Zaffaroni, Vera Andrade e Vera Malaguti Batista são criminólogas/os de diferentes países latino-americanos que têm como objetivo construir uma criminologia crítica (ou uma sociologia política do poder punitivo) da América Latina para a América Latina, descolonizando saberes e práticas, por meio de uma práxis antipunitiva."

Há inúmeros obstáculos ao desenvolvimento de um pensamento criminológico para a nossa "margem". Entre as dificuldades elencadas por Zaffaroni (1988) para o êxito do Realismo Marginal enquanto pensamento científico optamos por realçar, nesse trabalho, aquela que provém de nossa inevitável limitação instrumental: na América Latina, em razão do nosso subdesenvolvimento e da ausência de pensadores pagos para pesquisar, há uma defasagem de investigação de campo, de instrumentos teóricos adequados.

Dessa maneira, no nosso contexto, marcado pela miséria, para construir uma ciência autêntica nos sobram os métodos sincréticos, os quais podem ser taxados de "intuicionistas", "irracionalistas", "místicos" e "pouco científicos". E tais adjetivos atribuídos aos nossos esforços em compreender nossa própria realidade, normalmente, são baseados em críticas pejorativas advindas de uma visão científica canonizada pelos países do primeiro mundo. De modo que esse tipo de recalque deve ser relevado porque a realidade latino-americana requer uma mudança e nisso o que vale é ter êxito em criar os conhecimentos necessários para efetuar essa transformação. Logo, Zaffaroni (1988) esclarece que não devemos deixar de lutar para se constituir um "saber que nos é necessário", sem que precisemos nos preocupar se esse conhecimento é uma ciência do ponto de vista dos países centrais.

3. Análise epistemológica da Criminologia Crítica e do Realismo Marginal

A Criminologia Crítica procura com independência científica construir pontes com perspectivas filosóficas, sociológicas, psicanalíticas, antropológicas, jurídicas, políticas, etc. que se articulam conforme as demandas da teoria crítica criminológica, salvaguardando as especificidades do controle penal. Com fins de criar um embasamento teórico mais ou menos comum, ela bebe das fontes teóricas da Escola de Frankfurt, *Labeling Approach,* Teorias do conflito e de uma cultura marxista em geral (ANITUA, 2015).

De acordo com Zaffaroni (1988), a Criminologia Crítica toma o sistema penal como uma forma de controle social em direta relação com as estruturas de poder da sociedade: nela, o seu horizonte epistemológico é alargado para caber o sistema penal e as estruturas sociais de poder a ele subjacentes, sendo o seu principal objeto de estudo o sistema penal e a reação social ao comportamento etiquetado como delituoso (paradigma da reação social). Destarte, a Criminologia Crítica levanta um novo paradigma na criminologia: se antes imperava o paradigma etiológico, isto é, a criminologia como estudo das causas da criminalidade, no novo paradigma da reação social, a criminologia crítica irá estudar como se dá a reação da sociedade e dos sistemas penais à criminalidade, isso a partir da metodologia, sobremaneira, do materialismo histórico-social e gnosiológico:

> "Com as teorias da criminalidade e da reação penal baseadas sobre o *labeling approach* e com as teorias conflituais tem lugar, no âmbito da sociologia criminal contemporânea, a passagem da criminologia liberal à criminologia crítica [...] Quando falamos de 'criminologia crítica' [...] colocamos o trabalho que se está fazendo para a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização." (BARATTA, 2013, p. 159).

O objetivo político da Criminologia Crítica é promover mudanças estruturais no Sistema Penal, com base em uma perspectiva deslegitimante da pena. Nesse sentido, sabemos que o Realismo Marginal é uma linha da Criminologia Crítica que toma por objeto de estudo os Sistemas Penais e a Reação Social à criminalidade na América Latina, buscando um saber que nos permita explicar:

> *"Qué son nuestros sistemas penales, cómo operan, qué efectos producen, por qué y cómo se nos ocultan estos efectos, qué vínculo mantienen com el resto del control social y del poder, qué alternativas existen a esta realidade y cómo se pueden instrumentar."* (ZAFFARONI, 1988, p. 19).

É certo também que o sistema penal e suas explicações são um fenômeno histórico, protagonizado pelo Homem, não podendo o Realismo Marginal renunciar à perspectiva materialista histórico-social de compreensão. Nesse caminho metodológico, também se problematizou, em termos decoloniais, a tradicional importação acrítica de teorias e paradigmas eurocêntricos (centrais) para os sistemas penais na periferia (América Latina) do mundo. Em contra proposição, o Realismo Marginal deve realizar uma releitura das categorias teóricas centrais, readaptando-as a nossa realidade, em uma espécie de antropofagia epistêmica. E assim, à semelhança da Criminologia Crítica, o Realismo Marginal, a partir de uma perspectiva interdisciplinar e transdisciplinar, passa a interrogar a todos os campos do saber se é possível mudar o aspecto da realidade constituído por nossos sistemas penais, que hoje se alimenta da dor e da morte, de forma que permita melhorar nossa coexistência, possibilitando-a com um nível inferior de violência.

Zaffaroni (2012) aduz que se debruçarmos nossos olhares, ainda que superficialmente – sem empregar nenhum instrumento teórico ou campo de muito refinamento –, sobre nossa realidade, veremos que em nossas sociedades há uma manifestação do controle penal ambíguo, pois ao mesmo tempo em que se emprega uma punição institucionalizada por meio de um sistema penal em sentido estrito, fomenta-se também um sistema penal parainstitucional, que é subterrâneo e adota técnicas de controle ilegais, tais como tortura, violações de direitos humanos – execuções, superlotação dos presídios, existência de grupos de extermínio e milícias etc. Para ter a certeza disso, basta visitar um presídio brasileiro, por exemplo, mas se preferir uma constatação mais acadêmica, reveja qualquer informe sério de organismos regionais ou mundiais de Direitos Humanos para comprovar o número de sequestros, homicídios, torturas e corrupção cometidos por agências executivas do sistema penal ou por seus funcionários, a estas violações devem ser adicionadas a corrupção, as atividades extorsivas e a participação nos benefícios decorrentes de atividades como o jogo, a prostituição, o contrabando, o tráfico de drogas. Em suma, nos deparamos com o exercício de poder abertamente ilícito por parte do sistema penal, pois a operacionalidade social dos sistemas latino-americanos exerce um violentíssimo poder à margem de qualquer legalidade.

Ademais, o exercício de poder verticalizante – próprio da sociedade industrial – é racionalizado por meio do discurso justificador do Direito Penal, em decorrência disso o sistema penal verticalizado destrói os vínculos comunitários, horizontais e de simpatia, criando e aprofundando os antagonismos e contradições sociais. Também hoje nos é evidente, quanto ao nosso passado, o papel dos sistemas penais como braço de ferro das ditaduras das décadas de 1960/1970 em

diversos países latino-americanos, momento histórico em que a atuação do sistema penal notadamente transbordou qualquer limite de legalidade ou legitimidade jurídico-penal e violou gravemente os Direitos Humanos de seus perseguidos políticos e presos, sendo máquina de fraturar os Estados democráticos. Nesse prosseguimento, Zaffaroni (2012) reaviva a inerência da condição política à ciência criminológica e assume um compromisso político de engajar o Realismo Marginal no marco dos Direitos Humanos, com a convicção de que o fomento dos Direitos Humanos individuais não pode vir apartado do desenvolvimento dos Direitos Humanos sociais. O Realismo Marginal acolhe, assim, em seu berço uma antropologia jurídica advinda da ideologia dos Direitos Humanos e de sua evidência internacional.

Quanto aos efeitos do Realismo Marginal na criminologia e no direito penal, Zaffaroni (2012) ensina que a dimensão criminológica viabiliza uma aproximação da realidade operacional dos sistemas penais latino-americanos com a intencionalidade de buscar saber o que é necessário para diminuir seus níveis de violência e de suprimir o sistema penal como utopia realizável. Já a dimensão jurídico-penal do Realismo Marginal requer a construção de um novo discurso jurídico-penal, o qual se baseie na informação criminológica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais, vindo assim a aceitar a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal e que paute as decisões das agências judiciais com aquele mesmo fim político de reduzir a violência seletiva do sistema e buscar a sua supressão. Introdutoriamente trata-se da construção de um discurso jurídico penal que realize os objetivos assinalados na lei positivada, por exemplo, na Constituição, nos tratados internacionais de Direitos Humanos e na lei como um todo, de sorte que a intervenção mínima do Direito Penal, ou melhor, seus princípios e garantias penais ressurjam como estratégia de contenção da intervenção penal, transferindo conflitos do modelo punitivo para que se proporcione a eles outra solução (reparador, conciliatório, instâncias informais, etc.). Nisso, o que se pode pretender, consoante Zaffaroni (2012) é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade da intervenção penal, operando internamente em nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios e garantias penais.

Sendo assim, em relação à base filosófica do Realismo Marginal, ela remete à teoria da estrutura lógico-real, a qual vincula o direito às leis físicas, possibilitando afirmar que o direito penal não é um ente ideal (algo em círculo), mas, sim, um instrumento ou ferramenta que pode modificar os dados reais com base

nos dados reais. Nessa lógica, ao transportarmos as estruturas lógico-reais para dentro da teoria do delito e da teoria da pena, isto é, ao tentarmos reconstruir uma teoria do delito e teoria da pena a partir dos dados da realidade obtidos pelos atuais conhecimentos criminológicos, produzir-se-ia de pronto uma teoria do delito meramente negativa e limitadora do poder punitivo, além de, no âmbito da teoria da pena, culminaríamos na deslegitimação total das penas e das "medidas de segurança". O Sistema Penal e, dentro dele, a imposição de pena seriam então um *factum* real de poder, é dizer: ambos precisam ser encarados como construções irracionais em marcha no mundo concreto, a exemplo das guerras que devastam a humanidade a despeito da oposição expressa a estas nas elucubrações doutrinárias ou nas decisões das agências judiciais (ZAFFARONI, 2012).

Entretanto, embora o Realismo Marginal entenda que se deva reduzir e limitar ao máximo a programação punitiva de suas agências judiciais, é estruturalmente impossível a estas últimas a completa "autoabolição" do Sistema Penal, sempre restando um pouco de agenda punitiva para o judiciário. Esse resquício punitivo, absolutamente perene na estrutura da agência judicial e na teoria do Direito Penal, consoante o Realismo Marginal, deve ser regulado pelo instituto jurídico da culpabilidade pela vulnerabilidade. Ainda, no âmbito da teoria do delito, a função da culpabilidade pelo injusto – em que se esgota o conteúdo da culpabilidade conforme quase todas as teorias legitimantes da pena – seria mais importante como função negativa, limitadora, não se prestando para a função fundamentadora da pena. Encontramo-nos diante de outro limite à arbitrariedade seletiva no âmago da culpabilidade que lhe servirá de fundamentação, sendo ela a culpabilidade pela vulnerabilidade: "Cremos que uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar o seu próprio exercício de poder" (ZAFFARONI, 2012, p. 267). Na proporção em que quanto menor for o risco probabilístico no caso concreto da pessoa ser selecionada pelo sistema penal, menor deve ser o interesse da agência judicial em conter a pena desse indivíduo, sendo assim maior o grau de culpabilidade pela vulnerabilidade. Por exemplo: "os mais notórios esforços para alcançar situações de alta vulnerabilidade, partindo de posições muito baixas de estado de vulnerabilidade foram empreendidos por alguns delinquentes do poder (genocidas, delinquentes econômicos)" (ZAFFARONI, 2012, p. 271). Contudo, tenha-se em mente que a culpabilidade pela vulnerabilidade nunca pode ultrapassar o limite estabelecido pela culpabilidade pelo injusto.

Por tudo o dito, compreende-se que o Realismo Marginal, diante da matança e da violência potencializadas pelos Sistemas Penais latino-americanos, valora negativamente o poder punitivo (teoria agnóstica da pena), desenvolvendo uma

teleologia redutora do Direito Penal denominada "funcionalismo redutor": "(a) funcionalista porque asume que el Derecho Penal tiene, necesariamente, una función política y (b) reductor porque esta función es reducir La incidencia violenta y selectiva del poder punitivo" (VILLA, 2015). Logo, para nossa realidade marginal, as agências judiciais, por meio do Direito Penal deverão (I) programar a contenção máxima – que lhe seja estruturalmente possível, resguardando o instituto da culpabilidade pela vulnerabilidade – do sistema penal violento e seletivo, que nada mais é que um *factum* real de poder, (II) defender os lugares ou espaços de poder horizontal, comunitário, controle e limitação de poder verticalizador e (III) enfraquecer o instrumental de dependência dos nossos Estados latino-americanos em relação ao poder central do primeiro mundo.

4. Visão geral da justiça de transição

A justiça de transição consiste na realização da justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território em que tenham ocorrido graves violações de Direitos Humanos e de Direito Humanitário. Essa espécie de justiça se apresenta sob a denominação de justiça de transição ou justiça pós-conflito, pois quer gerir a transição, ou seja, a mudança de um contexto nacional de conflito armado ou de presença de regimes autoritários para um governo democrático calcado na existência de um Estado Democrático de Direito.

Nesse trabalho recorremos à abordagem histórica de Japiassú (2013), para quem o desenvolvimento da justiça de transição se desenha em três etapas. As raízes da Justiça de Transição estariam no período do pós-segunda guerra mundial, sendo esta a sua primeira fase. Embora alguns traços da Justiça de Transição possam ser identificados no momento entreguerras, com a definição do crime de agressão e a consequente responsabilização dos Estados envolvidos na Primeira Guerra Mundial, a maior parte da doutrina firma como marco inicial do desenvolvimento da justiça de transição o pós 1945, quando se formularam questionamentos sobre como punir a Alemanha nazista pelas atrocidades cometidas. Em 08 de agosto de 1945, os aliados firmaram o Acordo de Londres (*International Agreement for the Prosecution of European Axis War Criminals*), prevendo as regras do processo de julgamento para Nuremberg. Na continuação, em 20 de outubro de 1945, começaram os trabalhos do Tribunal de Nuremberg, que julgou crimes de conspiração (*common plan or conspiracy*) contra a paz (*crimes against peace*), crimes de guerra (*war crimes*) e crimes contra a humanidade (*crimes against humanity*) praticados durante o regime nazista.

A primeira fase da justiça *post-conflict* teria assim deixado o legado da criminalização e responsabilização individual das condutas violadoras dos Direitos

Humanos, no entanto, a responsabilização penal se definiu com a preponderância da justiça internacional sobre a nacional, originando o internacionalismo característico dessa etapa da Justiça de Transição. Em suma, essa etapa teve por características principais a "cooperação entre os Estados, a aplicação de uma justiça internacional e o desenvolvimento do conceito de reconstrução nacional, aplicado à Alemanha de reduzida soberania no pós-guerra "(JAPIASSÚ, 2013, p. 27). À época, a maior crítica ao Julgamento de Nuremberg foi dele supostamente violar o princípio da legalidade, haja vista seu tribunal ser *ad hoc*, isto é, julgar fatos anteriores a sua criação.

A segunda fase da justiça de transição está demarcada no Pós-Guerra Fria e atrela-se à onda de democratização que tomou conta do leste europeu após 1989, com o colapso da União Soviética e que também desaguou nas nações da África e na América Central. Na América Latina, em especial, foi a queda dos regimes militares, nas décadas de 1970/1980, que movimentou essa etapa de democratização e reconstrução nacional. Contrapondo ao internacionalismo da primeira fase, a Justiça pós-conflito desse segundo momento é notável pela sua democratização, modernização e reconstrução nacional, além da sua diversidade de nações, condições locais e a variação política envolvidas na transição. Houve, então, um direcionamento da Justiça de Transição para a construção de uma história alternativa a partir de abusos passados. Japiassú (2013, p. 39) reflete que:

> "Há, de fato, uma dicotomia uma oposição entre esquecimento e punição – ou responsabilização penal dos autores de violações aos direitos humanos – que parece se resolver a partir de uma política de persecução dos abusos, como meio capaz de evitar que se realizem outros e com forte apelo simbólico, no sentido de que o desrespeito a estes direitos não será tolerado pelo novo governo e tampouco pela comunidade internacional."

Dessa maneira, nessa fase, aplicou-se significativamente mecanismos de transição que se propunham à pacificação nacional, como é o caso da edição das leis de anistia e a criação das comissões da verdade, logo, os objetivos de perdão e reconciliação foram predominantes. Quanto à punição, essa segunda etapa propiciou a responsabilização penal de um pequeno número de participantes dos regimes, primordialmente a figura de seus líderes.

A terceira fase da Justiça de Transição, no fim do século XX, precisa lidar com o fenômeno da globalização, o qual vem acompanhado de instabilidade política, fragmentação e conflitos constantes. Essa fase é marcada pelo comprometimento com a persecução dos responsáveis pelas violações aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário, mediante uma expansão desses direitos e a construção de um novo paradigma de Estado de Direito, ou melhor, consiste em uma etapa

de expansão e institucionalização da justiça de transição, traduzindo-se na realização de julgamentos nacionais e internacionais e do estabelecimento das comissões de verdade. Os atores proeminentes dessa terceira Justiça de Transição são o Tribunal da Antiga Iugoslávia, o Tribunal de Ruanda, de Serra Leoa e, também, a criação do Tribunal Penal Internacional, a partir da ratificação do Estatuto de Roma. Surge, então, o Tribunal Penal Internacional como um dos mais importantes instrumentos de realização da justiça de transição contemporânea, sendo ele permanente e tendo por escopo a persecução de crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.

5. Os princípios de Chicago são os frutos doutrinários da justiça de transição

Abraçando os ideais da Justiça de Transição, surge a carta jurídica contenedora dos sete princípios de Chicago, ordinariamente reconhecidos pelo Direito Penal Internacional, criada a fim de contribuir com o movimento internacional direcionado às violações passadas de Direitos Humanos e Direitos Humanitários. Esses princípios estão motivados no sofrimento humano e na demanda por justiça dele advinda, assumem um firme compromisso legal e moral com os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e se fundamentam no Direito Internacional, em particular, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Referido documento do Direito Internacional é o resultado de uma série de reuniões e consultas que ocorreram em um período de sete anos envolvendo acadêmicos, juristas ilustres, jornalistas, líderes religiosos, entre outros estudiosos. Com o intuito de preservar a diversidade cultural nesse documento de ordem internacional, os princípios passaram por uma série de revisões ao longo de sete anos, de 1997 a 2003; durante as revisões, mais de 180 *experts* de 30 países diferentes foram consultados. A autoria mestra da carta dos Princípios de Chicago foi atribuída a M. Cherif Bassiouni, que é professor e investigador em Direito e Presidente Emérito do *International Human Rights Law Institute*, de *Paul University, College of Law* (Chicago, IL, EE.UU.), além de Presidente do *Istituto Superiore Internazionale di Scienz* e *criminalización* (Siracusa, Itália) e Presidente Honorário da *Asociación Internacional de Derecho Penal* (Paris, França).

M. Cherif Bassiouni havia observado que os conflitos que violam sistematicamente Direitos Humanos e o Direito Humanitário são resolvidos, frequentemente, com impunidade institucionalizada, sendo a demanda das vítimas por responsabilidade ignorada. Não raro, a justiça por atrocidades passadas é sacrificada por medidas de urgência dos Estados no sentido de negociar o término dos conflitos. Bassiouni identifica que uma das razões pelas quais as respostas

às atrocidades violadoras de Direitos Humanos terem sido ineficientes é principalmente pela falta de diretrizes uniformizadoras e princípios básicos para cada contexto cultural em que se desenvolvem os conflitos.

Nesse sentido, os Princípios de Chicago traçam diretrizes básicas, contendo medidas penais e não penais, com o intuito de uniformizar o que seria a mais eficiente coordenação de estratégias – multifacetadas e interdisciplinares, integradas entre si de forma coerente, atentas também aos aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos de cada localidade – para restabelecer e dar solidez, no marco de um comprometimento político de longo prazo, à nova paz e ao Estado Democrático de Direito e prevenir a recorrência de atrocidades humanas.

6. Os princípios de Chicago: recomendações básicas

A seguir levantaremos as recomendações mais relevantes dos Princípios de Chicago que servirão de base para a análise das compatibilidades e contradições entre esse documento doutrinário do Direito Internacional e o Realismo Marginal.

6.1. Princípio 1

Os Estados devem investigar, processar e julgar criminalmente os supostos autores de violações massivas de Direitos Humanos e Direito Humanitário. No tangente aos tribunais e jurisdição, a primazia é dos tribunais nacionais, isto é, tribunais penais internacionais e tribunais nacionais de outros países só podem intervir exercitando jurisdição quando as cortes nacionais nas quais as violações foram cometidas não forem capazes de garantir satisfatória independência e imparcialidade ou são inaptas ou apenas não desejam se engajar em ações legais efetivas. Ao seu turno, o Estado que efetivamente lida com seus próprios conflitos poderá contar com a cooperação internacional, mediante compartilhamento entre os Estados de informações sobre violações de Direitos Humanos, questões relativas à extradição, colaboração de outros estados na investigação, congelamento de bens e restrição de viagens, execução de sentenças estrangeiras etc. Além disso, os Estados devem criar legislações de cunho de jurisdição universal e adotar outras medidas que permitam que os seus tribunais exerçam a jurisdição universal em casos de violações a Direitos Humanos e ao Direito Humanitário em conformidade com os princípios estabelecidos nos tratados e no direito internacional consuetudinário.

Esse primeiro princípio também contém uma série de recomendações sobre como se deve dar o processo de responsabilização criminal dos autores, limitações da defesa, direitos do investigado, acusado e condenado penalmente,

descrições processuais do Estado. Em relação a este último ponto, destacamos no presente artigo a importância e priorização de processar os agentes estatais de altos níveis do poder que tiveram maior capacidade para dirigir as violações aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário.

Em adicional, o princípio versa sobre a anistia e fica estabelecido que: os Estados não poderão conceder anistia para absolver autores responsáveis por genocídio e graves crimes de guerra ou crimes contra a humanidade; não serão aceitas sentenças deficientes ou outras ações que limitem injustamente as penas por graves violações de Direitos Humanos e de Direito Humanitário; os Estados devem limitar a anistia para circunstâncias em que tais medidas sejam estritamente necessárias para negociar o fim de um conflito, com sujeição às obrigações derivadas do Direito Internacional; os Estados que oferecerem anistia e outros mecanismos para reduzir a responsabilidade jurídica dos delitos cometidos no passado serão submetidos a exame pelo Direito Internacional, além de que essas medidas adotadas por eles devem estar vinculadas a mecanismos específicos de transparência diante da população civil. Conclui-se, enfim, que a anistia é mais aceitável quando é feita em benefício de autores de baixo escalão, em favor dos "meninos soldados", ou dos responsáveis por delitos menos graves ou daqueles que se viram obrigados a cometer essas violações.

6.2. Princípio 2

Os Estados devem respeitar o direito à verdade e encorajar investigações formais a violações do passado por meio de comissões da verdade e outros instrumentos. Nesse aspecto, enfatizamos a previsão de participação da sociedade civil, vítimas e seus familiares nas comissões e de realização de consultas ao público. No mais, a construção dessa verdade e dessa memória históricas parte de uma perspectiva interdisciplinar e de entendimento múltiplo (experimental e subjetivo) da verdade, pois ela deve abarcar as versões dos fatos de todos os envolvidos nos conflitos.

6.3. Princípio 3

Esse princípio disciplina os direitos das vítimas, os seus recursos e reparações. Nesse caso, os Estados devem reconhecer a especial situação das vítimas, garantir o acesso à justiça e ao desenvolvimento de recursos e às reparações. Os Estados devem proporcionar às vítimas e seus familiares a oportunidade de participarem ativamente nas causas como requerentes diretos ou em qualquer outra capacidade.

Entre os aspectos das reparações previstas no princípio, enfatizamos a reparação moral, referente a comemorações e homenagens que possam auxiliar na reconciliação social e sanar o distanciamento entre as vítimas, os autores dos crimes e a comunidade em geral, bem como promover o apoio individual e comunitário para a cura de feridas e restabelecimento dos vínculos comunitários.

6.4. Princípio 4

Os Estados devem implementar políticas de veto, sanções e medidas administrativas que deverão alcançar com primazia os atores do Estado com maior poder, como juízes, líderes políticos, militares de alto escalão e agentes da inteligência do Estado, entre outros. Para tanto, os Estados podem desenvolver sistemas institucionais para investigação e imposição de sanções e medidas administrativas mediante os tribunais judiciais ou instâncias administrativas. Vetos, sanções e medidas administrativas devem ser impostos por devidos processos legais e podem servir de base para uma responsabilidade criminal.

6.5. Princípio 5

Os Estados devem apoiar programas oficiais e iniciativas populares para preservar a memória sobre as vítimas e educar a sociedade, relembrando a violência política passada e preservando a memória histórica, isso com a intenção de relembrar para se prevenir a recorrência das atrocidades.

6.6. Princípio 6

Os Estados devem apoiar e respeitar grupos e manifestações indígenas, tradicionais e religiosas locais que relembrem e lidem com as violações passadas, desde que as práticas por eles adotadas respeitem os Direitos Humanos e o devido processo legal. Porquanto, essas formas locais e tradicionais de tratar o processo da Justiça de Transição possibilitam, mediante a solidariedade social, a cura individual e comunitária por meio do restabelecimento dos relacionamentos sociais.

6.7. Princípio 7

Deve-se dar apoio institucional à reforma do Estado de Direito para se promover os direitos fundamentais e o bom governo, e, desse modo, restaurar a confiança do público no aparato estatal. As reformas devem contar com amplas consultas públicas e representação dos grupos mais vulneráveis.

Cumpre frisar que os Estados devem assegurar que os serviços de segurança dos militares, de inteligência e domésticos se operem sob os ditames do controle civil, respeitem os Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Humanitário. O novo regime deve se certificar que as legislações relativas aos órgãos de inteligência e segurança tenham claros limites de seu mandato para garantir o sistema democrático de governo e o Estado de Direito. Ainda, os Estados deverão prezar pelo desarme da população – quer dizer, pela diminuição da disponibilidade de armas no país – e fazer um esforço especial para reintegrar os "meninos soldados" na sociedade. No mais, os governos devem remediar as desigualdades sociais e econômicas por intermédio de reformas que combatam as causas estruturais básicas dos conflitos, sendo as principais: a desigualdade econômica significativa; mecanismos estruturais de marginalização social, política e étnica.

Em resumo, os Estados devem reestruturar e reformar as instituições para aderir ao império da lei – eles devem voltar sua governabilidade e seus alicerces para uma sociedade baseada no Estado de Direito e nos princípios democráticos fundamentais.

7. Voto do Ministro Eugênio Raúl Zaffaroni na causa 17.768 da Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina

Dentro do marco da terceira fase da Justiça de Transição, mais precisamente aos 14 de junho de 2005, a Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina, na decisão do caso *Julio Hector Simón* (Causa 17.768), declarou a inconstitucionalidade das leis de Ponto Final (23.492/86) e de Obediência Devida (23.521/87), ambas impediam a punição dos crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado argentino entre 1975 e 1983.

Reconheceu-se na Corte Argentina que a jurisprudência internacional sobre Direitos Humanos, construída, sobretudo, pela Corte Internacional de Direitos Humanos, constitui fonte essencial para a interpretação da validade do ordenamento jurídico local. Na Causa 17.768 tomou-se por jurisprudência fundamentadora a recente sentença da Corte Interamericana no caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, de 14 de março de 2001, a qual havia determinado que a Corte Interamericana considera inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e estabelecimento de excludente de responsabilidade que pretendem impedir a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações de Direitos Humanos.

De acordo com o voto, ora analisado, do então Ministro Eugênio Raúl Zaffaroni da Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina, nesta Causa

17.768, as leis 23.492/86 e 23.521/87 não poderiam surtir efeitos por império de normas de Direito Internacional Público, haja vista que elas eram posteriores à ratificação argentina da Convenção Americana e em harmonia com as obrigações assumidas pela república nesse último ato, o Congresso Nacional estava impedido de sancionar leis que violassem o referido tratado internacional. Também ambas as leis de anistia violavam o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Partindo de uma visão monista (tese de direito único) do Direito Internacional, Zaffaroni (ARGENTINA, 2005) asseverou que as duas leis violavam normas internas, de modo que a suposta eficácia daquelas leis não consistia apenas em um ilícito internacional, mas feria, por via de regra, a própria constituição argentina e seu direito doméstico, ambos acolhedores tanto da Convenção Americana, quanto de outros pactos voltados para a proteção de Direitos Humanos e Direitos Humanitários.

Em seu voto, Zaffaroni (ARGENTINA, 2005) também trouxe um fato novo: a operatividade real do princípio universal fazia com que cidadãos argentinos estivessem sendo submetidos à jurisdição no estrangeiro, ao seu turno, cidadãos argentinos vinham formulando requerimentos diante de juízos estrangeiros para obter condenações que não podiam reclamar na jurisdição nacional. Dessa maneira, o princípio universal – que em matéria penal vincula a República não só em razão do direito internacional consuetudinário, mas também em virtude de vários tratados internacionais ratificados pelo Estado argentino – levava a essa nova situação em que, em uma mão, cidadãos argentinos estavam sendo detidos, processados e julgados por outros Estados em razão de delitos cometidos em território nacional e, em outra mão, cidadãos argentinos não possuíam acesso à justiça em seu próprio país, precisando recorrer ao juízo internacional.

Com efeito, está firmado em esfera internacional que a jurisdição estrangeira entra em ação tão somente quando o Estado envolvido falha (princípio da territorialidade) na procura e na efetivação da justiça, por conseguinte, ambas as leis de anistia colocavam a nação Argentina diante do mundo como incapaz do exercício de sua própria soberania. Nas palavras de Zaffaroni (ARGENTINA, 2005, p. 109 e 110):

> *"Con la consecuencia de que cualquier otro país pueda ejercerla ante su omisión, em razón de violar el mandato internacional (asumido em ejercicio pleno de su propia soberanía) de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos em su territorio por sus habitantes y ciudadanos, cediendo ese juzgamiento a cualquier otra nación del mundo, colocando a sus habitantes en riesgo de ser sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado del planeta, y, en definitiva, degradando a la propia Nación a un ente estatal imperfecto y con una grave capitis de minutio em*

> *El concierto internacional [...]. Además, la omisión del ejercicio de la jurisdicción territorial (o sea, el no ejercicio de un claro atributo de su soberanía) abre un estado de sospecha sobre todos los ciudadanos del Estado omitente y no sólo sobre los responsables de estos crímenes*."

Por esse ângulo, a Corte Suprema deveria – sem prejuízo de reconhecer que as leis 23.492 e 23.521 já haviam perdido todos os seus efeitos em função da lei 25.779 – ratificar que ambas as leis eram inconstitucionais, cancelando assim qualquer um dos efeitos advindos delas, ou de atos por elas fundados, que pudesse constituir um empecilho para o julgamento dos crimes de lesa humanidade cometidos no território da nação argentina. Na linha do exposto, observamos que o voto de Zaffaroni (ARGENTINA, 2005) foi embasado, sobretudo, em três pontos: (I) a antropologia jurídica voltada para a primazia das garantias e direitos fundamentais, dos Direitos Humanos, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário no contexto Latino Americano, em particular na Argentina; (II) A operatividade real do princípio da jurisdição universal que culminou em cidadãos argentinos restando vulneráveis a julgamentos conforme legislações alheias ao seu próprio Estado, e por outro lado, cidadãos que não tinham acesso à justiça em seu próprio país; (III) na soberania do Estado argentino diante da esfera internacional, pois o país deveria mostrar sua independência e capacidade diante dos demais Estados e da ordem global para resolução de seus próprios conflitos, em particular, crimes cometidos em seu território nacional.

Logo, apesar do Ministro Zaffaroni não ter mencionado literalmente o Realismo Marginal, averigua-se que (I) o ministro empregou como fundamento de seu voto a citada antropologia jurídica dos Direitos Humanos que está no âmago do pensamento Realista Marginal. (II) A partir de uma análise realista e não meramente ideológica da operatividade das leis de anistia, ele chegou a consequências concretas que afetavam o dia a dia do cidadão argentino e daí, inclusive, extrai a necessidade limitadora do poder punitivo por parte das agências judiciais argentinas, as quais deveriam proteger seus nacionais da jurisdição estrangeira e assegurar-lhes a jurisdição nacional com o respeito aos Direitos Humanos e às garantias fundamentais, ao devido processo legal e à pena justa. (III) Outrossim, a defesa da Soberania do Estado Argentino diante da esfera internacional é plenamente compatível com os objetivos emancipatórios e decoloniais inerentes ao Realismo Marginal.

Poderíamos concluir que o voto do então Ministro Raúl Zaffaroni é coerente para com o Realismo Marginal, sendo ele um considerável indício de que o Realismo Marginal se mostra compatível para com Princípios de Chicago? Antes de responder a essa pergunta, precisamos resolver uma prévia contradição:

como poderia se conciliar a demanda, prevista pelos Princípios de Chicago, por investigação, processo e condenação penal de autores de violações de Direitos Humanos e Direito Humanitário com os fins políticos, anunciados pelo Realismo Marginal, de contenção e abolição dos Sistemas Penais na América Latina? A possível saída para esse paradoxo se desenvolverá adiante, já no âmbito da conclusão.

8. Conclusões

Tomando-se em conta o tempo disponível e as circunstâncias para produção da presente pesquisa, restringentes do aprofundamento dos resultados colhidos, deixamos em aberto para posteriores investigações – e, por óbvio, para outros investigadores – maiores conclusões acerca da (in)compatibilidade entre o Realismo Marginal e os Princípios de Chicago. Como foi dito, o Realismo Marginal deve realizar uma releitura decolonial das categorias teóricas centrais, readaptando-as a nossa realidade, em uma espécie de antropofagia epistêmica. Nessa linha, testou-se a hipótese de acolhimento do discurso jurídico dos Princípios de Chicago no espírito teórico do Realismo Marginal.

Primeiramente, repara-se que tanto o Realismo Marginal – esse seguindo a tradição histórica e epistemológica da Criminologia Crítica Latino Americana – como os Princípios de Chicago são respostas à realidade histórica de massivas violações de Direitos Humanos e Direito Humanitário perpetradas por Estados antidemocráticos, ressalvada a diferença de que os princípios de Chicago versam sobre regimes de exceção e as violações de Direitos Humanos na América Latina sejam uma constante. *Eis aí a compatibilidade histórica edificadora de ambas as linhas de pensamento*.

Em segundo lugar, como aponta o criminólogo argentino Sozzo (2014)[5] um dos traços mais marcantes da criminologia crítica latino-americana tradicional é uma tendência à reflexão constante sobre o "dever ser" das formas de governar a questão criminal, traduzida na construção de uma "política criminal alternativa" (ou uma alternativa à política criminal). Com evidência, o Realismo Marginal alicerça-se em uma filosofia da "estrutura lógico-real", tornando o direito uma ferramenta que pode modificar a realidade a partir dos conhecimentos e dados reais sobre esta última: costurando nesse modelo a realidade latino-americana à Criminologia Crítica, em seguida, a Criminologia

5. SOZZO (2014) também avalia negativamente a carência de pesquisas empíricas sobre realidade latino-americana no próprio Realismo Marginal.

Crítica ao Direito Penal e, imediatamente, o Direito à Política Criminal. Semelhante, os Princípios de Chicago estabelecem uma série de políticas, incluindo medidas penais e não penais que servirão para transformar uma realidade específica, as quais também devem se apoiar, sobretudo, no conhecimento interdisciplinar e transdisciplinar a ser produzido por pesquisadores locais sobre a realidade particular em que vai se operar a Justiça de Transição. *Conclui-se que há compatibilidade metodológica entre o Realismo Marginal e os Princípios de Chicago.*

Engendrado nesse segundo aspecto, no terceiro ponto, concluímos que ambas as vertentes apelam para um Realismo a fim de, com base nele, construir uma política criminal (e também não criminal no caso dos princípios de Chicago) com os mesmo fins de responder a massivas violações de Direitos Humanos e Direito Humanitários perpetradas por Estados antidemocráticos no passado, bem como contê-las e prevenir a recorrência dessas. Ao passo que as duas linhas de pensamento acolhem em seu seio uma antropologia jurídica advinda da ideologia dos Direitos Humanos e de sua evidência internacional, desenhando por fim político o ato de salvar e valorizar vidas humanas. Ainda que a priori os princípios de Chicago versem sobre regimes de exceção e as violações de Direitos Humanos na América-Latina sejam uma constante, é possível que várias das medidas propostas pelo documento – as quais necessariamente devem estar atentas à realidade específica em que a justiça de transição é aplicada – possam ser readaptadas para beneficiar a América Latina cotidianamente ferida pela inobservância dos Direitos Humanos. Conclui-se que há compatibilidade entre os fins políticos do Realismo Marginal e dos Princípios de Chicago.

Em quarto lugar, no tocante aos meios traçados para alcançar os fins comuns, a construção da memória coletiva acerca dos abusos do Estado, com a participação ativa das vítimas e seus familiares e de todos os cidadãos, como é recomendada pelos Princípios de Chicago, surge para nós como uma oportunidade de criação de um conhecimento histórico autenticamente latino-americano acerca da nossa realidade, que nos é carente e em demasiado necessário como apontou Zaffaroni (1993). No tangente ao restabelecimento dos laços comunitários – inclusive recorrendo-se aos modelos horizontais de resolução de conflitos –, trata-se de uma medida que foi recomendada tanto pelo Realismo Marginal como pelos Princípios de Chicago. Sequencialmente, sobre a necessidade, prevista pelo Realismo Marginal, de enfraquecimento do instrumental de dependência dos nossos Estados em relação ao poder central do primeiro mundo, os Princípios de Chicago também protegem a primazia dos Estados nacionais para tomar as suas próprias medidas penais e não penais a fim de programar a justiça pós-conflito,

sendo a jurisdição estrangeira meramente subsidiária.[6] Os princípios de Chicago, assim como o Realismo Marginal, também prezam pela legalidade e o respeito aos Direitos Humanos, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos por parte do Estado nos serviços de segurança dos militares, de inteligência e domésticos, certificando-se que as legislações relativas aos órgãos de inteligência e segurança tenham claros limites de seu mandato para garantir o sistema democrático de governo e o Estado de Direito. Além do mais, a preocupação em eliminar as desigualdades sociais é comum tanto aos Princípios de Chicago quanto ao Realismo Marginal, aliás, a angústia direcionada para a desigualdade está no cerne da Criminologia Crítica como um todo. Por última, a especial preocupação presente nos Princípios de Chicago com as mulheres deve integrar o Realismo Marginal, pois além de se tratar de pauta de Direitos Humanos e Sociais, é imprescindível se planejar uma justiça e sistema criminais preparados para lidar com as questões de gênero. Concluímos que os meios empregados pelos Princípios de Chicago e pelo Realismo Marginal são compatíveis.

Resta-nos desvendar o paradoxo que supostamente adviria de uma fusão entre o Realismo Marginal e os Princípios de Chicago: enquanto o primeiro reconstrói o Direito Penal para a máxima contenção do poder punitivo, o segundo designa ao Direito Penal investigar, processar e punir os responsáveis pelo cometimento de graves violações de Direitos Humanos e Direito Humanitário. A contradição é aparente, ela se desfaz à proporção em que nos aprofundamos nos ensinamentos de ambas as linhas de pensamento.

De início, os princípios de Chicago não prevêem apenas medidas penais, mas também uma série de medidas não penais, diluídas ao longo dos princípios 2 a 7, que, como vimos, propiciam a reconstrução dos laços comunitários e das relações horizontais e o soerguimento do Estado Democrático de Direito. Em função disso, os Princípios de Chicago favorecem o controle e a contenção do Estado, procurando impedir os abusos típicos de suas agências punitivas. Somado a isso, os Princípios de Chicago trazem à tona uma variedade de soluções não penais, logo, socialmente menos violentas que o sistema penal para os conflitos, preenchendo a demanda do Realismo Marginal por resoluções de conflito alternativas

6. Nesse aspecto, nossas conclusões são parciais, em verdade, seria preciso guiar uma nova pesquisa para se aferir, por meio de dados concretos, qual é a real operatividade da jurisdição internacional em obediência aos Princípios de Chicago. É muito possível que a seletividade estrutural dos sistemas penais componha por tabela o esqueleto do Direito Penal Internacional implicando a marginalização, exclusão e estigmatização de alguns Estados nacionais em face de outros.

àquelas propostas pelo Poder Punitivo Estatal. *Daí nós extraímos mais uma compatibilidade entre o Realismo Marginal e as recomendações de Bassiouni.*

Ulteriormente, com respeito às medidas de ordem penal, o princípio 1 determina que os Estados devem processar e julgar criminalmente os supostos autores de violações massivas de Direitos Humanos e Direito Humanitário e estabelece igualmente os casos excepcionais de anistia. Supostamente, nessa recomendação brotaria um dissenso entre os Princípios de Chicago e o Realismo Marginal, uma vez que nesse ponto em específico os Princípios de Chicago parecem dotar o Direito Penal de uma função positiva: seja de justa repressão com vistas também a não reincidência, seja de defesa de valores ético-sociais fundamentais tendo por tarefa a proteção dos bens jurídicos e a "educação" da sociedade.

Propomos uma solução para esse choque entre o Realismo Marginal e os Princípios de Chicago. No Realismo Marginal, como outrora explanado, a filosofia das estruturas lógico-reais permite que os dados criminológicos acerca da destrutiva atuação dos sistemas penais latino-americanos possam adentrar o Direito Penal – no qual as garantias reassumem sua função política de contenção do poder punitivo estatal – bem como possam invadir a teoria do delito atribuindo-lhe função meramente negativa. Ao seu turno, quando essas estruturas lógico-reais sobre a operatividade do Sistema Penal são vinculadas à teoria da pena, dá-se luz a uma teoria agnóstica da pena, originando a total descrença em qualquer função positiva da pena. Com efeito, a pena e as medidas de segurança ressurgem assim como um mero dado da realidade, um *factum de poder*, sem qualquer legitimação racional. Em razão disso, uma releitura dos Princípios de Chicago a partir do Realismo Marginal exigiria que, no tangente às suas recomendações de medidas penais, o primeiro se readaptar para assumir a teleologia redutora do funcionalismo redutor, ou seja, o Direito Penal e todas as suas teorias subjacentes assumissem necessariamente a sua função política de reduzir a incidência violenta e seletiva do poder punitivo Estatal. Por conseguinte, as reestruturações institucionais preconizadas pelo sétimo Princípio de Chicago, em relação às agências judiciais, devem ser reformas para resgatar a confiança do público no Sistema Penal tão só no signo de que ele dará cumprimento a um compromisso de autocontenção máxima tendendo à abolição. Notadamente, esse juramento ético formulado no seio do Realismo Marginal em nada se assemelha às corriqueiras e sanguinárias campanhas de "Lei e Ordem", as quais geralmente prometem ao público a expansão desenfreada do punitivismo e a crucificação de bodes expiatórios.

Todavia, como é sabido, embora o Realismo Marginal entenda que se deva reduzir e limitar ao máximo a programação punitiva de suas agências judiciais,

sem embargo é estruturalmente impossível a completa "autoabolição" do sistema penal, sempre restando um pouco de agenda punitiva para o judiciário. Esse resquício punitivo, absolutamente perene na estrutura da agência judicial e mesmo na teoria do Direito Penal, deve ser regulado pelo instituto jurídico da culpabilidade pela vulnerabilidade, como preconiza o Realismo Marginal. Na medida em que quanto menor for o risco probabilístico no caso concreto da pessoa ser selecionada pelo sistema penal, menor deve ser o interesse da agência judicial em conter a pena, sendo assim maior o grau de culpabilidade pela vulnerabilidade – claro que se tendo em mente que a culpabilidade pela vulnerabilidade não pode ultrapassar o limite estabelecido pela culpabilidade pelo injusto.

Ao seu próprio modo, por um lado, os Princípios de Chicago determinam que se deva dar prioridade à investigação, processo e punição de autores de violações que tiveram maior capacidade para dirigir as violações aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário, ou melhor, o foco recai sobre os agentes estatais de altos níveis do poder, como juízes, líderes políticos, militares de alto escalão e agentes da inteligência do Estado; por outro lado, os Princípios de Chicago recomendam que se faça um esforço especial para reintegrar os "meninos soldados" na sociedade, além de firmarem que a anistia é mais aceitável quando é feita em benefício de autores de baixo escalão, por exemplo, em favor dos "meninos soldados", ou dos responsáveis por delitos menos graves ou daqueles que se viram obrigados a cometer essas violações. Pensamos que essas disposições dos Princípios de Chicago entram em consonância com o instituto da Culpabilidade pela vulnerabilidade já que este último prevê automaticamente menos interesse das agências judiciais em reduzir a punição daqueles autores que detinham uma maior possibilidade de escapar da seletividade penal, a exemplo, dos delinquentes do poder que comandaram massivas violações dos Direitos Humanos e Direito Humanitário. Por esse prisma, a crítica de que Zaffaroni teria caído em contradição consigo mesmo em seu voto a favor da declaração de inconstitucionalidade das leis de anistia argentinas – por supostamente renegar a defesa realista marginal de um abolicionismo – é rasa. *Concluímos que o voto do então Ministro da Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina, na Causa 17.768 que declarou, em 2005, a inconstitucionalidade das leis de anistia 23.492/86 e 23.521/87 é forte indício de que o Realismo Marginal é compatível com os postulados da Justiça de Transição materializados nos Princípios de Chicago.*

Portanto, os Princípios de Chicago – ao constituírem um documento doutrinário internacional que abdica parcialmente do universalismo para enfatizar os contextos particulares onde será aplicada a justiça de transição – podem com efeito promover tanto o acesso à realidade Latino Americana como a mudança

desta, assim como o almeja o Realismo Marginal. Em complemento, o próprio Realismo Marginal se iniciou, como outrora explanado, baseando-se em uma releitura do Direito Penal Liberal, de cunho universalista, como meio de contenção do Poder Punitivo rumo à sua abolição utópica. *Conclui-se que os Princípios de Chicago podem prover uma série de medidas penais e não penais a serem inicialmente acolhidas pela teoria do Realismo Marginal, readaptadas conforme as diretrizes do último, serem assim por ele legitimadas e em seguida exportadas para as próprias Justiças Criminais locais (e numa escala maior para os Estados, provedores de políticas públicas) com vistas a minimizar e reparar as sistemáticas violações de Direitos Humanos perpetradas pelos Sistemas Penais Latino-Americanos*. Diante do contexto de violação diária dos Direitos Humanos, a ideia ora sugerida é que se aplique perenemente na América Latina os princípios de Chicago, sendo eles refeitos, pelo filtro do Realismo marginal, para caber em nossa realidade. Finalmente, identificamos que esse estudo restou incompleto, sendo necessárias posteriores pesquisas, em um prisma Realista Marginal, para se averiguar empiricamente quais ajustes específicos devem sofrer os Princípios de Chicago para atender as demandas latino-americanas.

Referências

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89 -117, maio-agosto 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BASSIOUNI, M. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. Disponível em: [https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf]. Acesso em: 15.09.2018.

BATISTA, Vera Malaguti. *Criminologia crítica brasileira.* 14.03.2018/04.08.2018. Notas de Aula.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BORGES, Samuel S. da F. Realismo Marginal (des)colonialidade do saber e práxis antipunitiva. *Revista Etcétera*, Brasília, n. 2, 2016. Disponível em: [www.academia.edu/30901057/Realismo_Marginal_Des_Colonialidade_do_Saber_e_Práxis_Antipunitiva_2016]. Acesso em: 26.05.2019.

DUSSEL, Enrique. *El encubrimiento del otro:* hacía el origen del "mito de la modernidad". Bolívia, La Paz: Biblioteca Indígena, 2008.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 22-43, jun. 2013. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141]. Acesso em: 15.09.2018.

SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VILLA, Lucas. *Realismo marginal, funcionalismo reductor y teoría agnóstica de la pena*: una introducción al pensamiento jurídico-penal de Eugenio Raúl Zaffaroni. Argentina: Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), 2015. Disponível em: [www.saij.gob.ar/lucas-villa-realismo-marginal-funcionalismo-reductor-teoria-agnostica-pena-una-introduccion-al-pensamiento-juridico-penal-eugenio-raul-zaffaroni-dacf150019-2015-01-09/123456789-0abc-defg9100-51fcanirtcod?q=%20%20autor%3Alucas%20AND%20autor%3Avilla&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci% F3n&t=1]. Acesso em: 10.09.2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología aproximación desde un margen*. Bogotá: Editora Temis S. A, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 104/279-303 (DTR\2013\9088); e
- Paralelismo e distanciamento entre a criminologia e o "olhar sociológico" sobre a punição: as múltiplas possibilidades do controle social enquanto objeto, de Franciele Silva Cardoso – *RBCCrim* 145/607-626 (DTR\2018\17991).

Dialética negativa da punição

Negative dialectic of punishment

Raphael Boldt

Pós-Doutor em Criminologia pela Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação na FDV. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1625-9856]
raphaelboldt@hotmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Resumo: O artigo investiga os limites e as possibilidades de novos modelos de gestão dos conflitos criminalizados nas sociedades periféricas. À luz da articulação entre a perspectiva abolicionista e a matriz filosófica frankfurtiana, o recorte epistemológico incide sobre as promessas subjacentes à razão punitiva que delineia a justiça moderna e os mitos concernentes aos modelos penais de gestão dos conflitos no Brasil. A hipótese gravita em torno da revisão de certos "dogmas" na esfera penal que impedem a criação de condições para a emancipação e a possibilidade de se lograr um salto quântico na qualidade do trato da resolução de conflitos. Traduzindo a hipótese em questionamentos: quais os fundamentos de um novo modelo de gestão de conflitos criminalizados? De que forma práticas alternativas podem ser uma experiência bem-sucedida em países como o Brasil, onde o acesso à justiça permanece limitado para a maioria dos cidadãos e o sistema formal de justiça tende a perpetuar as desigualdades socioeconômicas existentes? Por fim, o método de investigação será o dialético,

Abstract: The article investigates the limits and possibilities of new models of management of the criminalized conflicts in the peripheral societies. In the light of the articulation between the abolitionist perspective and the frankfurtian philosophical matrix, the epistemological clipping focuses on the myths around the criminal models of conflict management in Brazil and the promises underlying the punitive reason that delineates modern justice. The hypothesis revolves around the revision of certain "dogmas" in the criminal sphere that hinder the creation of conditions for emancipation and the possibility of a quantum leap in the quality of the treatment of conflict resolution. Translating the hypothesis into questions: what are the foundations of a new model of criminalized conflict management? How can alternative practices be a successful experience in countries such as Brazil, where access to justice remains limited for the majority of citizens and the formal justice system tends to perpetuate existing socioeconomic inequalities? Finally, the research method will be

harmonizando-se com uma pesquisa que se propõe a um olhar essencialmente crítico sobre o objeto de estudo selecionado.

Palavras-chave: Dialética Negativa – Razão Punitiva – Gestão de Conflitos Criminalizados.

the dialectic, harmonizing with a research that proposes an essentially critical look at the selected study object.

Keywords: Negative Dialetic – Punitive Reason – Criminalized Conflict Management.

Sumário: Introdução. 1. As aspirações emancipatórias da modernidade e a crítica da razão punitiva. 2. Política criminal negativa e racionalidade ético-crítica. 3. Pós-colonialismo e controle penal: a transformação da justiça criminal na modernidade periférica. Considerações finais. Referências.

"A punição somente torna-se um problema quando as próprias relações de poder tornam-se um problema."[1]
(Scheerer)

Introdução

Em detrimento[2] da reafirmação da dignidade da pessoa humana e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, fontes de emancipação elaboradas pelo imaginário jurídico moderno, a justiça penal, condicionada pela ideologia do progresso subjacente à civilização capitalista-industrial, tende a contrariar suas promessas, atuando como instrumento reprodutor de uma realidade que, nos termos de Walter Benjamin, pode ser configurada como catastrófica.[3] Embora as ciências criminais tenham sido direcionadas a anular a violência do bárbaro e a afirmar os ideais dos civilizados, elas produziram justamente o seu oposto ao longo do processo de constituição (e crise) da modernidade, ou seja, "colocaram em marcha tecnologia formatada pelo uso desmedido

1. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, 2001. p. 71.
2. Este artigo é resultado de estágio pós-doutoral realizado na Universität Hamburg sob a supervisão do Prof. Dr. Sebastian Scheerer, com bolsa de estudos concedida pelo DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst).
3. BENJAMIN, Walter. Anmerkungen zu Seite 691-704. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. *Gesammelte Schriften*: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Band I.3.

da força, cuja programação, caracterizada pelo alto poder destrutivo, tem gerado inominável custo de vidas humanas".[4]

Na esteira de Muñoz Conde e Hassemer, sustenta-se que uma das missões do direito penal no Estado de Direito é evitar a imposição de sofrimentos adicionais ao autor e à vítima de um delito, razão pela qual sugerem os autores que a proposta mais interessante do abolicionismo penal está exatamente na pretensão de que "os conflitos penais sejam resolvidos ou solucionados por seus protagonistas, a sociedade civil e os sujeitos implicados no conflito, à margem das instituições estatais".[5] Nesse sentido, Scheerer e outros criminólogos[6] recomendam a imposição de sanções jurídicas características de modelos não penais, com o objetivo de lidar com a perversa fantasia inerente à reação punitiva, especialmente em tempos de expansão do direito penal.

O problema que se começa a desenhar a partir deste breve diagnóstico acaba por desaguar na discussão sobre a legitimação de um modelo de gestão dos conflitos criminalizados historicamente situado. Nesse sentido, entende-se aqui a importância da construção de uma teoria e de mecanismos resolutivos adequados a países de modernidade tardia. Eis então a proposta do presente artigo: discutir a legitimidade e oferecer uma fundamentação possível a esse modelo de justiça, mais democrático e menos degradante, em especial no capitalismo periférico.

Embora o trabalho destaque-se por sua interdisciplinaridade, sendo os seus pressupostos orientados pelo marco teórico da criminologia crítica, o campo no qual ele irá se desenvolver será a justiça criminal e a resolução de conflitos no processo de redemocratização do Brasil. O recorte epistemológico incidirá sobre os mitos em torno dos modelos penais de gestão dos conflitos no Brasil e as promessas subjacentes à "razão punitiva"[7] que delineia a justiça criminal moderna. Como

4. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 04.
5. MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 283-285.
6. SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal? Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, p. 363-372, nov.- dez. 2015; SCHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. Trad. Raphael Boldt. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 14, n. 59, p. 09-23, out.-dez. 2015. Conferir, por exemplo, a importante contribuição de Zaffaroni na América Latina: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
7. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*, Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

resultado de uma pesquisa norteada por uma abordagem crítico-criminológica, outra não poderia ser a premissa do texto, senão assumir como tarefa primordial da ciência a crítica da pena e do processo penal.

As contribuições ofertadas gravitam em torno da necessária discussão teórica acerca dos pressupostos para a efetivação de um paradigma alternativo na administração dos conflitos criminalizados por meio de aportes teóricos fundados, sobretudo, na perspectiva abolicionista, levando em consideração as crises da justiça contemporânea e o seu impacto sobre os direitos humanos.

Se admitirmos, conforme proposto anteriormente,[8] a existência de obstáculos epistemológicos à concretização de um modelo processual acusatório na atualidade, pergunta-se: quais seriam então as alternativas viáveis ao processo penal moderno? Em meio ao acirramento dos conflitos sociais que marcam uma sociedade complexa, diante dos altos índices de violência e da sobrecarga do sistema penal, torna-se evidente a necessidade de aprimoramento do sistema de justiça, para que a sociedade e o Estado ofereçam não apenas uma resposta monolítica ao crime, mas disponham de um sistema com outras respostas, mais adequadas à complexidade do fenômeno criminal. Paralelamente a isso, conforme expõe Neumann, é necessário refletir sobre a possibilidade concreta de redução da punibilidade, criando espaços para a descriminalização.[9]

A partir das peculiaridades da "modernidade diferenciada" vivenciada no Brasil, importantes pontos serão enfrentados, tais como o papel das instituições do sistema formal de justiça e a racionalidade penal moderna, bem como a implementação e a difusão de práticas alternativas de resolução de conflitos adequadas à realidade jurídica e social brasileira. Tudo isso à luz de uma articulação entre a perspectiva abolicionista e a matriz teórica dialético-crítica de cariz filosófico vinculada à tradição frankfurtiana.

A hipótese desta investigação refere-se à necessária revisão de certos "dogmas" modernos na esfera criminal que se transformaram em verdadeiros "mitos", obstaculizando a criação de condições para a emancipação e a possibilidade de se lograr um salto quântico na qualidade do trato da resolução de conflitos. Nesse sentido, modelos alternativos, se bem aplicados, podem constituir um importante instrumento para a construção de uma justiça participativa e transformadora que opere real e radical transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção

8. Cf. BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

9. NEUMANN, Ulfrid. Alternativas ao direito penal. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 125, p. 235-252, nov. 2016.

dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social.[10] Traduzindo essa hipótese em questionamentos: quais os fundamentos de um novo modelo de gestão de conflitos criminalizados? De que forma essas práticas alternativas podem ser uma experiência bem-sucedida em países como o Brasil, onde o acesso à justiça permanece limitado para a maioria dos cidadãos e o sistema formal de justiça tende a perpetuar mais do que a eliminar as desigualdades socioeconômicas existentes? Como se pode notar, o fio condutor do trabalho sugere uma revisão epistemológica para a discussão de um modelo em crise e a abertura para possíveis sistemas alternativos, contribuindo, assim, para um dos temas mais relevantes das ciências criminais na atualidade.

Para tanto, o método de investigação será o dialético, que aparece neste trabalho como uma forma de fazer filosofia, harmonizando-se com o marco teórico selecionado. A pesquisa refere-se, sobretudo, à "dialética moderna" na qual se inserem os autores da primeira geração da Escola de Frankfurt, a qual trabalha, implícita ou explicitamente, com as figuras lógicas elementares das "antinomias estritas",[11] inerentes à compreensão da realidade como essencialmente contraditória e em permanente contradição. Trata-se, pois, de um método que tende a examinar as relações que ligam reciprocamente os âmbitos econômico, histórico, psicológico e cultural, a partir de uma visão global e crítica da sociedade contemporânea.

Questionar a verdade absoluta e os próprios argumentos, submeter-se à autocrítica e permitir aberturas interdisciplinares que propiciem o diálogo e exortem à mudança da realidade, premissas que compõem o pensamento dialético e se adaptam aos objetivos da presente pesquisa. A dialética assume, em conexão com o pensamento frankfurtiano,[12] seu caráter incompleto e inacabado, uma "dialética

10. Sobre o potencial transformador não só da justiça criminal, mas de todo o sistema legal proveniente de paradigmas alternativos à justiça retributiva tradicional, conferir: BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; V. BOTTOMS, Anthony. *Restorative Justice and Criminal Justice*: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.
11. RITSERT, Jürgen. *Themen und Thesen kritischer Gesellschaftstheorie*: Ein Kompendium. Weinheim und Basel: Beltz Juventa, 2014. p. 86.
12. Pensamento oriundo da "Escola de Frankfurt", termo utilizado para designar o *Institut für Sozialforschung* após o seu retorno para Frankfurt, em 1950. O Instituto era composto por membros cujos trabalhos cobriam campos bem diversificados, mas com pressupostos mais ou menos compartilhados e comprometidos com a construção de uma teoria crítica da sociedade.

aberta" que reconhece as persistentes tensões entre teoria e realidade e a necessidade de constantemente redefinir-se ao travar contato com o objeto de pesquisa.

Os aportes teóricos permitirão o enfrentamento do material bibliográfico e documental a partir das potencialidades de uma pesquisa realizada na (e para a) reconstrução da realidade social brasileira mediante a assunção de um método que possui como uma das suas principais características o espírito crítico e autocrítico, que realça a inevitabilidade da mudança e a impossibilidade de escamotear as contradições sociais. O que se busca é não só explicitar práticas emancipatórias no contexto da justiça, mas investigar sistematicamente as condições sociais, econômicas, institucionais e políticas de realização eficaz dessas práticas.

1. As aspirações emancipatórias da modernidade e a crítica da razão punitiva

A pretensão de humanização do sistema penal e, especificamente, do processo penal, tem sido objeto de inúmeras discussões, presentes em obras importantes como *Dos delitos e das penas*, de Beccaria,[13] e *Direito e Razão*, de Ferrajoli.[14] Voltaire, por exemplo, defendeu a humanização do direito penal e o fim da pena de morte, classificada por ele como "antieconômica", por impedir a exploração do trabalho dos delinquentes.[15] A humanização do sistema penal estava, portanto, claramente assentada em interesses econômicos, a ponto de Rusche e Kirchheimer[16] sustentarem que os fundamentos do sistema carcerário, promovidos e elaborados pelo iluminismo, encontravam-se no mercantilismo.

Apesar dos avanços obtidos a partir do ideário iluminista e da consequente tentativa de impor limites racionais ao poder punitivo estatal, a realidade de países como o Brasil revela as limitações do discurso humanizador, formulado com base no "paradigma racionalista das ciências criminais forjado no alvorecer da modernidade".[17] A busca por fundamentos teóricos capazes de relegitimar o sis-

13. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999.
14. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.
15. VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009. p. 32.
16. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: 2004. p. 109.
17. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 114.

tema penal evidencia uma visão romântica do poder, a permanência do que Salo de Carvalho[18] descreve como "ilusão do bom poder punitivo", a despeito do aparente objetivo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e minimização das violências arbitrárias provocadas pelo Estado.

O humanismo e o racionalismo que nortearam as reformas da cultura medieval e das técnicas processuais modelaram profundamente "as fontes imaginárias de um novo saber sobre o crime, o criminoso e a pena, agora pretensamente guiado pela razão e pela ciência",[19] mas não foram suficientes para romper totalmente com o sistema inquisitório, preservando, sob a forma de um inquisitorialismo revitalizado,[20] os fundamentos de um sistema fundado na escolástica medieval. A busca pela verdade, obstáculo epistemológico à existência de um autêntico sistema acusatório,[21] não só funda o processo desde o inquérito – forma de exercício do poder que, por meio do judiciário, tornou-se um instrumento de autenticação da verdade[22] –, mas continua a atuar como um guia para os atores processuais, justificando a ampliação dos horizontes punitivos e de práticas completamente arbitrárias.

Essa conexão entre verdade, razão e justiça conforma as práticas processuais desde a Idade Média até os dias de hoje, uma vez que o intenso desenvolvimento racional demonstrado pelo direito canônico e seu procedimento de averiguação dos fatos propiciou a elaboração das técnicas de inquérito que moldaram o processo penal da modernidade. Nas palavras de Beccaria,[23] "é, pois, necessário que um tercei-

18. Idem, p. 119.
19. CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014. p. 90.
20. A exigência de eliminação da tortura no processo penal era parte fundamental da teoria penal do Iluminismo que tinha como ponto central colocar em questão todo o processo inquisitivo (VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009. p. 31).
21. Analisamos mais detidamente esse obstáculo epistemológico em outros trabalhos, nos quais discutimos os fundamentos teológicos do processo penal moderno. A respeito, verificar: BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 115, p. 141-165, jul.- ago. 2015.
22. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Nau Editora: Rio de Janeiro, 1999.
23. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 31.

ro julgue a verdade do fato. Daí a necessidade do magistrado, cujas sentenças sejam inapeláveis e consistam, tão só, em afirmações ou negações de fatos particulares".

Paralelamente a isso, com a dissolução da ordem feudal, a supressão do antigo sistema que regulamentava os conflitos, regido pela luta e pela transação entre os indivíduos, e a ascensão do Estado moderno racional, verifica-se a substituição da noção de dano pela de infração e a sua instrumentalização conforme os interesses da burguesia, erigida então à condição de classe dirigente. Concebido como uma "empresa", uma fábrica, o Estado moderno – para Weber "o único em que pode florescer o capitalismo moderno"[24] – se arvorou, por meio das formulações de seus teóricos políticos, na condição de detentor exclusivo do monopólio da violência legítima e transformou o sistema penal em uma extensão eficiente e racional do empreendimento capitalista.

A colonização exercida pelo sistema penal sobre a nossa percepção faz parecer "natural" a estrutura normativa escolhida e impede qualquer reforma significativa do atual modelo de gestão de conflitos. Cumpre notar que a naturalização do poder punitivo está condicionada à universalização de uma espécie de racionalidade que encontra o sentido e a justificação da punição em sua contribuição para preservar a ordem estatal. A afirmação de que a sanção penal deve necessariamente existir (*Strafe muss sein*) sugere a dificuldade de configurar alternativas[25] ao sistema penal e reforça a ideia de que a racionalidade penal moderna constitui um obstáculo epistemológico à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade e de outra estrutura normativa.[26]

Definida por Scheerer como "razão punitiva" (*strafende Vernunft*),[27] a racionalidade subjacente à justiça criminal moderna permite ofuscar a violência

24. WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 518.

25. Insta esclarecer que a busca por "alternativas" no âmbito jurídico-penal está inserida em uma tradição de pensamento ampla e heterogênea de crítica ao sistema de justiça criminal que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial. O movimento compreende desde posições que postulam o "aperfeiçoamento" do direito penal a abordagens mais radicais, pautadas principalmente em uma crítica da pena e/ou do próprio Estado. Para um estudo mais abrangente sobre o tema: KAISER, Günther; KERNER, Hans-Jürgen; SACK, Fritz; SCHELLHOSS (Hrsg.). *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993.

26. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

27. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*, Hamburg: Lucius, n. 12, 2001. p. 70. Em importante trabalho sobre o tema, Álvaro Pires

inerente às práticas punitivas e favorece a construção paradoxal das relações entre direito penal e direitos humanos, ou seja, ao mesmo tempo em que o recrudescimento penal é compreendido como meio de eliminar a violência (uma das promessas da modernidade) e tutelar os direitos humanos, ele degrada os direitos que deveria afirmar. Esse conflito é supostamente resolvido pela própria racionalidade penal, ao pensar separadamente os conceitos de justiça e humanismo, de forma que para "ser justo" não é necessário "ser humano".[28]

Sob os umbrais do processo civilizador e orientada pela racionalidade instrumental moderna que se caracteriza pela relação de meios adequados para fins desejados, a razão punitiva propaga a inevitabilidade do direito penal, o mito da universalidade da pena e produz violência, negando, assim, a alteridade humana. Apesar de utilizar a razão instrumental como referencial primordial, uma análise mais minuciosa das obras de Scheerer permite concluir que essa espécie de racionalidade possui resquícios teológicos, tratando-se de uma forma de pensar escolástica,[29] cuja principal pretensão é sedimentar as bases ideológicas do direito penal e justificar racionalmente a "fé" no sistema de justiça criminal. Os elementos teológicos que conformam essa racionalidade obscurecem a capacidade de pensar criticamente o sistema penal e fornecem o instrumental necessário para a construção de argumentos supostamente racionais, lógicos e coerentes, fundados em uma perspectiva dogmática que busca, simplesmente, confirmar a necessidade do controle social punitivo,[30] rejeitando, assim, qualquer questionamento sobre a sua existência.

---

utiliza a expressão "racionalidade penal moderna" (PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004).

28. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

29. Em relevante exposição sobre os fundamentos teológicos do direito penal, conferir: SCHEERER, Sebastian. *Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben?* Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarate. Disponível em: [www.wiso.uni-hamburg.de]. Acesso em: 10.01.2014. Para uma relação com o processo penal moderno: BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

30. Originário da sociologia estadunidense, o conceito de controle social corresponde aos mecanismos, instrumentos e processos que permitem a construção da ordem social no interior de uma dada sociedade, não se restringindo necessariamente à forma jurídica ou penal. Embora o controle social pressuponha a existência de "normas" (não propriamente no sentido jurídico, dado que admite, por exemplo, costumes e regras morais) e

Quanto à capacidade do discurso subjacente à razão punitiva de encobrir a violência que lhe é intrínseca e promover a emancipação humana, cabe recordar o alerta de Foucault ao afirmar que "na violência, o mais perigoso é a sua racionalidade". Embora a violência seja algo terrível, ela não é incompatível com a racionalidade, de modo que o verdadeiro desafio não é condenar a razão, senão determinar a natureza dessa racionalidade que é compatível com a violência.[31] Assim, na esteira de Foucault, uma perspectiva comprometida com a emancipação e a reafirmação dos direitos humanos não se propõe a combater a razão, mas a criticar e a suplantar o tipo de racionalidade que legitima a violência punitiva.

É justamente por isso que a crítica desenvolvida por Scheerer à razão punitiva torna-se tão relevante: mais do que viabilizar a abolição da pena, ela almeja a assunção de novos valores e a construção de uma sociedade civil consciente de si mesma, que enxerga no castigo um sinal de debilidade. Apesar de ser uma tese refutada pela maioria dos criminalistas,[32] a crítica do mencionado criminólogo desdobra-se em quatro hipóteses fundamentais, brevemente expostas a seguir: (a) a pena não é uma herança cultural da humanidade; (b) a pena não é necessária como instrumento de controle; (c) a pena marca o espaço da liberdade; (d) algo melhor do que a pena não é utopia.[33]

Em sua tese inicial (a), Scheerer refuta a teoria universalista da pena que atualmente encontra-se no próprio discurso de justificação do direito penal. Ao demonstrar, com base em pesquisas antropológicas e sociológicas, que a pena

---

na sociedade moderna a pena cumpra um papel central nesse sentido, isso não implica reconhecer que todo controle social se reduza à forma penal. Cf. MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Heidelberg: Springer, 2009.

31. FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos*. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Estética*: literatura e pintura, música e cinema. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. v. 03.

32. Contra a perspectiva abolicionista proposta por Scheerer, mas em conformidade com uma visão crítica do direito penal, destaca-se a chamada "Escola do Direito Penal de Frankfurt" (*Frankfurter Strafrechtsschule*). Não obstante a ausência de homogeneidade teórica, seus representantes justificam a pena por meio de um modelo que privilegia a interação entre pontos de vista normativos e pragmáticos. A respeito, ver: HIRSCH, Andrew von. Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITWITZ, Cornelius. *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005. Band 88; ZIEMANN, Sascha; JAHN, Matthias. "Die Frankfurter Schule des Strafrechts": Versuch einer Zwischenbilanz. *Juristenzeitung*, [S.I.], Heft 19, p. 943-947, 2014.

33. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften,* Hamburg: Lucius, n. 12, 2001. p. 71 e ss.

resulta de transformações sociais relativamente recentes, o autor desconstrói a pretensão de universalização do poder punitivo e a sua imprescindibilidade para a resolução dos mais diversos conflitos na sociedade contemporânea. Scheerer não desconhece a existência de outras formas de punição ao longo da história, mas questiona a perenidade do castigo sob a forma da sanção criminal formalmente institucionalizada. Nos termos de Olscher, é possível notar o desenvolvimento histórico sequencial de três espécies de punição que, levando em conta o seu contexto, originalmente nada tinham a ver com o sentido que lhes são conferidos atualmente: a pena de morte, a pena pecuniária e a pena privativa de liberdade.[34] Embora não seja possível precisar, por exemplo, se algum dia a pena privativa de liberdade deixará de existir, a história documenta que ela não é a regra, mas a exceção quando se trata de controle social.

A segunda tese (b) demonstra as diversas funções da pena, todas elas elaboradas por teorias que, obviamente, estão sujeitas a relações de poder específicas e que têm sido criticadas inclusive por aqueles que ainda defendem a existência da sanção penal. Apesar das diversas funções historicamente atribuídas à pena pelo discurso oficial, Scheerer salienta as fragilidades dessas propostas e destaca a ineficácia do direito penal para lidar com diversas condutas criminalizadas. Se o castigo é necessário, certamente não o é em virtude das expectativas de seu efeito de tipo instrumental. No final das contas, os motivos pelos quais se impõe uma pena e a forma como se pune alguém dependem de critérios que estão muito mais relacionados com valores e concepções de justiça do que com técnicas e eficiência. Nesse sentido, basta pensar, por exemplo, naquilo que Klaus Günther intitulou "a pena como cura para a mortificação da fé em um mundo justo", concepção que expressa a relação da pena com um mundo no qual os bens são partilhados de maneira justa, equânime, e cada um recebe o que merece, onde ninguém possui muito ou pouco e há equilíbrio entre perdas e ganhos, sofrimento e alegria. As pessoas gostam de pensar que vivem nesse mundo equilibrado e justo e a pena funciona a partir dessa lógica, justificando-se como um meio de corrigir a distribuição desigual de injustiça causada pelo crime, sendo este uma espécie de "mal moral". Mais do que restaurar a ordem e reordenar as coisas, a punição devolve a estabilidade para orientar-se no mundo. Assim, conclui Günther, a imposição da pena torna-se o último resquício da metafísica na modernidade, um ato da teodiceia em um mundo secularizado e pós-metafísico.[35]

34. Conferir: OLSCHER, Werner. *Recht und Strafe*. Wien-München-Zürich: Verlag Fritz Molden, 1976. p. 49 e ss.

35. GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. *WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, Heft 1. Frankfurt am Main, 2004. Apesar das críticas de Günther às "funções convencionais

Os argumentos seguintes, consubstanciados na terceira tese (c), sugerem que, a despeito de todas as finalidades atribuídas à pena, a função principal desta consiste na "apresentação de valorações de ação" e não na modificação de comportamentos. Essa função constitui o conteúdo das teorias expressivas da pena, que conferem à punição o sentido de "reparação simbólica do que foi destruído pelo criminoso". Segundo tal perspectiva, estamos diante de uma instituição que prioriza a intensidade da condenação moral de uma ação em detrimento de todos os valores utilitaristas. Como reação ao não reconhecimento da esfera jurídica garantida de cada indivíduo, a pena simbolicamente marca o núcleo essencial da liberdade individual e a linha a partir da qual o Estado se encarrega da defesa do indivíduo e de sua liberdade. O problema, nesse caso, é que nem todas as funções simbólicas da pena são compatíveis com a sua *idée directrice*, ou seja, nem todas são legítimas. A pena geralmente não é utilizada como expressão do desvalor de uma conduta, mas como instrumento de criação de valores (direito penal simbólico), o que conduz à crítica sobre a sua legitimidade no sentido de assegurar pretensões hegemônicas culturais a partir do monopólio do poder punitivo. Em suma, em sociedades plurais, complexas e abertas (Popper), o Estado não está autorizado a traçar novos limites morais por meio da sanção criminal, correndo o risco, com isso, de transformar-se no guardião de preconceitos mediante a universalização de uma moral particular.

Por fim, em sua quarta tese (d), Scheerer declara que é possível prescindir da pena na sociedade contemporânea e demonstra como a superação de certas categorias e do próprio direito penal pode favorecer a construção de um novo modelo de justiça e transformar a sociedade. Por meio, principalmente, da introdução do "princípio da subsidiariedade", seria possível empoderar a vítima, descartando-se o emprego do poder estatal para alcançar a imediata regulação heterônoma dos conflitos. Não se trata de suprimir o Estado, mas de reduzir drasticamente a sua atuação, sobretudo em um contexto no qual a sociedade já não equipara o Estado com o interesse geral. Como garantidor do cumprimento de princípios de procedimento de abertura simultânea, o Estado abre espaço para alternativas de validação da vigência da norma centradas no sujeito a partir de critérios distintos daqueles pré-democráticos, existentes no período do qual procede a invenção da pena e vinculados a uma concepção de justiça como algo vertical, material

da pena", é importante salientar que ele não é um abolicionista, mas está inserido na tradição jurídico-penal de Frankfurt, como indicam os seus trabalhos, em especial: GÜNTHER, Klaus. Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich? Über einige moralische Aporien gegenwärtiger Kriminalpolitik. In: GAMM, G.; KIMMERLE, G. (Hrsg.). *Vorschrift und Autonomie. Zur Zivilisationsgeschichte der Moral*. Tübingen, 1989. p. 41-54.

e imposta de "cima para baixo". Assim, reconhecidas a desumanidade e a inefetividade da pena, complementa Lüderssen, permanece a proteção estatal dos indivíduos, mas superam-se as tarefas atribuídas ao direito penal por meio da intervenção de outras áreas do direito.[36]

Como se pode perceber, a crítica da razão punitiva esboçada por Scheerer não sugere a irracionalidade da pena, senão uma racionalidade específica. Assim, entendemos que a crença no potencial emancipatório da razão (nesse caso, razão punitiva) e a perspectiva otimista para com a ciência e a modernidade estimularam o avanço da técnica e, no campo penal, engendraram a produção de novos mecanismos de intervenção penal, universalizados e legitimados por meio dos discursos que visavam à felicidade humana e à pacificação social. O incremento dos rituais de exercício de poder do sistema penal encontra-se, contraditoriamente, associado ao apelo à razão em nome da liberdade, bem como à ilusão das ciências criminais de encontrar métodos de melhoramento da humanidade, sobretudo por intermédio do castigo.

Em detrimento da reafirmação da dignidade da pessoa humana e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, fontes de emancipação elaboradas pelo imaginário jurídico moderno, a justiça criminal tem contrariado as suas promessas, atuando como instrumento reprodutor de uma realidade que, do ponto de vista dos vencidos, pode ser configurada como catastrófica, categoria que Benjamin compreende como constitutiva do progresso: "a catástrofe é o progresso, o progresso é a catástrofe. A catástrofe é o contínuo da história".[37]

2. Política criminal negativa e racionalidade ético-crítica

As funções declaradas do sistema de justiça criminal são legitimadas pelo discurso oficial das teorias jurídico-penais, como acontece, por exemplo, por meio de todo o arcabouço teórico referente às teorias do crime, da pena e do processo, nas exigências iluministas de *secularização*, *racionalização*, *individualização* e, principalmente, *humanização* de todos os setores da vida.[38] Adotadas como cri-

36. LÜDERSSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 410 e ss.

37. "Die Katastrophe ist der Fortschritt, der Fortschritt ist die Katastrophe" (BENJAMIN, Walter. Anmerkungen zu Seite 691-704. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. *Gesammelte Schriften*: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Band I.3).

38. VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009. p. 28.

tério de racionalidade construído com base na lei penal vigente, tais teorias sustentam os pilares de uma "realidade" na qual o sistema penal realiza a função de proteger a sociedade, garantir uma ordem social justa e promover o bem comum. A constituição da realidade a partir da linguagem permite, com isso, que prisões preventivas sejam impostas para garantir a ordem pública, penas sejam aplicadas com o intuito de ressocializar indivíduos perigosos, sentenças criminais declarem a verdade e o processo penal solucione conflitos, restabelecendo, ao final, a ordem e a paz abaladas por um conflito social criminalizado.

Não se pode negar o sucesso da comunicação estabelecida a partir da "linguagem penal", afinal, bem-sucedida é a comunicação "que consegue mais adesão do ambiente social intersubjetivo".[39] Ora, como refutar a hermenêutica vencedora, o discurso do sistema penal no país com a terceira maior população carcerária do mundo, no qual quase todo conflito social é transformado em questão criminal e o processo penal e a pena são apresentados como modelos universais de gestão desses mesmos conflitos? O mesmo pode ser dito em relação aos países ocidentais que representam o núcleo do paradigma sociocultural da modernidade e que, desde os tempos da colonização, atuam como referenciais primordiais para a construção de teorias que permeiam o imaginário jurídico e as práticas punitivas das sociedades periféricas. Na Alemanha, por exemplo, à exceção de algumas vozes insurgentes, parece inquestionável e insuperável a ideia de que a pena é "um mal necessário" imposto pelo Estado com a finalidade de proteger tanto bens jurídicos quanto os próprios cidadãos contra o crime e os criminosos. Nesse mesmo sentido, ao questionar o quão necessária é a pena para a sociedade, Ostendorf declara que ela deve ser minimizada ao máximo, mas ressalta que ela é condição para a existência do Estado,[40] "o maior assassino da história".[41]

No século XX, diante da desumanização provocada no contexto da ação burocrática moderna, surge aquela que para Hassemer e Muñoz Conde[42] é a proposta mais interessante do abolicionismo: a pretensão de que "os conflitos penais

39. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 153.

40. "Ganz ohne Strafe kommt kein Staatswesen aus [...]" (OSTENDORF, Heribert. *Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft?* Plädoyer für eine soziale Strafrechtspflege. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. p. 09).

41. SCHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. Trad. Raphael Boldt. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 14, n. 59, p. 09-23, out.- dez. 2015.

42. MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 283-285.

sejam resolvidos ou solucionados por seus protagonistas, a sociedade civil e os sujeitos implicados no conflito, à margem das instituições estatais". Nesse caso, pergunta-se: diante da tensão entre o instrumental e o reflexivo no âmbito da razão, em que medida torna-se viável o desenvolvimento de um novo modelo de justiça, pautada em uma nova racionalidade, comprometida com o ser humano e a emancipação? Seriam possíveis novas estratégias de controle e gestão dos conflitos, mais humanas e democráticas, ou a razão punitiva configura uma espécie de "jaula de aço" weberiana, alegoria utilizada para assinalar o caráter irrefutável e imutável da ordem econômica capitalista?

Embora o triunfo dos vitoriosos explique o passado dos vencidos como sendo digno da derrota e a causa do vencedor como um momento de racionalidade,[43] as injustiças e os danos oriundos da história do sistema penal confirmam a invariável necessidade de romper com esse passado inventado, com esse grande relato da história. Apesar de sua relevância, nem mesmo as mais recentes e inovadoras teorias penais[44] foram capazes de fornecer respostas contundentes às complexas questões referentes à justiça criminal contemporânea, sobretudo no contexto dos países subdesenvolvidos. Desconstruir os consensos forjados desde a modernidade certamente não é tarefa fácil, pois exige o abandono da ideologia do progresso linear e a assunção de uma nova racionalidade, na visão de Dussel, uma "razão ético-crítica"[45], comprometida com a transformação social a partir da perspectiva daqueles que são submetidos à brutalidade do sistema penal, produto de um sistema excludente e violento.

O desafio torna-se ainda maior no caso da periferia do capitalismo ocidental, onde, mesmo diante de sua evidente ineficiência, o Estado reluta em abdicar

43. MATE, Reyes. Fundamentos de una filosofía de la memoria. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e memória*: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: Editora UNISINOS, 2009. p. 34.

44. Interessante, por exemplo, a tentativa de legitimação do direito penal a partir da recepção da teoria do reconhecimento de Hegel, atualizada por Axel Honneth, ou a mais conhecida "semiótica da pena", que compreende a sanção como comunicação e sugere que o direito penal é uma forma de comunicação relevante em sociedades complexas, expressando sentido não apenas sobre o crime e a pena, mas também sobre violência, autoridade, legitimidade, moral, liberdade, culpa, responsabilidade etc. Para um estudo a respeito das teorias das funções do direito penal: MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. *Integrationsprävention*: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998. Band 61.

45. DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Editora Vozes, 2007. p. 321.

de sua pretensão de monopólio na produção de normas coercitivas e continua a exibir "as mais diferentes formas retóricas e procedimentais para obter um controle de algum modo eficaz sobre os conflitos". Se por um lado, mudanças nas regras do jogo não significam necessariamente mudanças na distribuição social de riqueza e poder, por outro, "a condição contemporânea desses países periféricos demonstra a atualidade de uma das teses centrais do marxismo, a do primado da infraestrutura econômica".[46]

Diante desse panorama, parece notória, portanto, a relevância da crítica formulada por autores como Benjamin, cuja interpretação da história por meio do materialismo histórico representa quase que uma intuição da futura filosofia desenvolvida por Dussel. Embora não seja possível falar propriamente em um sistema filosófico a partir de Benjamin, sua filosofia da história, esboçada em fragmentos, sugere a *invenção* de uma *nova concepção*, profundamente original, e que se lança em um autêntico projeto de reinterpretação e reconstrução histórica crítica a partir dos vencidos da história, do "Outro" ao qual Dussel[47] se refere e utiliza como ponto de partida para a formulação de sua ética da libertação.

Ultrapassar a lógica punitiva e assumir práticas alternativas na justiça criminal implica evidentemente abdicar da racionalidade autoritária que modela o processo penal e fraturar o paternalismo e a verticalidade do sistema punitivo, inaugurando, com isso, um novo paradigma, que destitui a violência como método e se funda no diálogo. Nessa perspectiva, segundo Müller,[48] "a não violência não é a conclusão de um raciocínio, não é uma dedução, mas sim uma opção da razão".

É importante notar que, no final das contas, apesar de todas as críticas à racionalidade instrumental moderna, não se trata de abandonar relevantes conquistas históricas ou de negar por completo a contribuição iluminista no contexto de um novo modelo de justiça. O próprio Benjamin e os demais autores identificados com a Escola de Frankfurt não abdicaram completamente da razão em prol da liberdade, afinal, o desejo de romper com a história, compreendida por Adorno e Horkheimer como mitologia, estava condicionado por uma autoconsciência social crítica que se objetivava na mudança e na emancipação por intermédio do próprio esclarecimento. Ainda que em *Eclipse da razão* Horkheimer tenha

46. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107-108.

47. DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

48. MÜLLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência*: percurso filosófico. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 53.

deixado claro que a racionalidade não seria capaz de fornecer normas para a atividade política, aparentemente o cerne da crítica frankfurtiana estava na consolidação de determinada forma de racionalidade, à qual, mais tarde, Habermas iria contrapor a racionalidade comunicativa intersubjetiva.

Em sua clássica obra *Dialética Negativa*[49] Adorno retoma o problema da instrumentalidade que contamina a razão, opõe-se a uma racionalidade dominadora e sugere novos parâmetros da relação entre sujeito e objeto no conhecimento, abdicando da ilusão de um sujeito capaz de dominar completamente o objeto. Na tentativa de oferecer uma resposta ao idealismo alemão, sem a pretensão de se estabelecer como uma visão da totalidade da realidade, uma síntese totalizante, a dialética negativa diverge da dialética positiva hegeliana e elimina a concepção de um método que converge para a unidade por meio de sínteses entre proposições antitéticas. Para Adorno, a filosofia está sempre inacabada, devendo, por meio de uma contemplação não violenta, repensar continuamente os seus fundamentos, afastando-se, assim, da arbitrariedade. Desse modo, o filósofo encontra na negatividade o elemento norteador da dialética e destaca que o sentido positivo da filosofia está justamente na negatividade permanente. Uma vez que a repetição permite que os mitos se conservem na consciência coletiva, para ele a experiência dos campos de concentração e, sobretudo, de Auschwitz, seria a prova da opacidade da racionalidade por meio de uma síntese totalizante decorrente da positividade dialética, decorrente de uma razão automática e acrítica.

Essa razão que na realidade se impõe simplesmente por sua racionalidade acaba contribuindo para a reprodução da indiferença que, por sua vez, se transforma em violência, pois tende à aniquilação do indivíduo. É exatamente pela negatividade que a filosofia desenvolvida por Adorno atribui a si mesma a importante tarefa de criticar a razão por intermédio da própria razão[50] e que Dussel retoma para formular a sua concepção de razão ético-crítica,[51] proposta neste trabalho como

49. ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

50. Segundo Schnädelbach, a dialética como crítica da razão em Adorno não surge como um projeto totalmente inovador, afinal, ela também está presente na dialética transcendental de Kant como teoria da dialética da razão especulativa, porém, com traços claramente distintos. Adorno vincula a crítica kantiana da razão a um conceito positivo de dialética, contrapondo-se, assim, tanto ao filósofo de Königsberg quanto a Hegel. Para uma análise mais profunda do tema: SCHNÄDELBACH, Herbert. *Vernunft und Geschichte*: Vorträge und Abhandlungen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. p. 179 e ss.

51. Apesar da relevância teórica da dialética negativa para a teoria crítica e, mais especificamente, para este trabalho, Dussel vai além da proposta de Adorno e menciona o

alternativa e condição de possibilidade para a superação da violência oriunda da universalização da razão punitiva.

Diante do cenário de crise da justiça criminal brasileira, o desafio que se impõe, sobretudo aos acadêmicos identificados com as perspectivas criminológicas críticas, é oferecer novas respostas para o exercício democrático e não violento do controle social, construídas estrategicamente a partir de uma política criminal negativa,[52] orientadora de autênticas "reformas negativas" deslegitimadoras, consubstanciadas principalmente em "alterações que abolem ou removem partes maiores ou menores das quais o sistema em geral é mais ou menos dependente".[53] Esse modelo político-criminal, originalmente objeto de muitas críticas, precisamente por sua "negatividade" e por se contrapor à elaboração de alternativas, reflete inúmeras demandas e perspectivas abolicionistas e apresenta-se como opção concreta e apta a nortear o trabalho de identificação dos "elementos repressivos do atual sistema social que merecem ser abolidos por terem se tornado supérfluos com a evolução da sociedade", auxiliando ainda na "contínua e antirrepressiva transformação do sistema".[54]

Nas palavras de Mathiesen, as reformas negativas se sobrepõem às reformas "positivas" porque estas configuram

> "mudanças que melhoram ou constroem o sistema para que ele funcione de forma mais eficaz – por meio do qual ele é fortalecido e sua abolição torna-se mais difícil. O aumento da eficácia – e, portanto, o fortalecimento – ocorre de várias maneiras, porém o mais importante é a legitimidade renovada que uma melhoria confere ao sistema. O fato de que uma reforma positiva é seguida por

momento analético do método dialético. Para ele, o método não deve apenas negar a violência e a dominação, mas afirmar a exterioridade, o Outro, o pobre, o oprimido. Desse modo, a razão ético-crítica dusseliana retoma a negatividade da dialética de Adorno, mas afirma-se como uma racionalidade positiva.

52. MATHIESEN, Thomas. Überwindet die Mauern! Die skandinavische Gefangenenbewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit. Neuwied und Darmstadt: AJZ Druck & Verlag, 1993. Para uma análise sobre as relações entre a política criminal negativa e o abolicionismo penal, ver também: LAMNEK, Siegfried; VOGL, Susanne. *Theorien abweichenden Verhaltens II*: "Moderne Ansätze". Paderborn: Wilhelm Fink Verlag, 2017. p. 325 e ss.
53. MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition Revisited*. New York: Routledge, 2015. p. 223-224.
54. SCHEERER, Sebastian. Die abolitionistische Perspektive. *KrimJ*, [S. I.], n. 16, 1984. p. 98.

> uma legitimidade renovada está relacionado ao sistema de valores positivistas de nossa sociedade, um sistema de valores que, por sua vez, provavelmente está vinculado a relações fundamentais de poder."[55]

A política criminal negativa assume a tarefa de abolir sofrimentos desnecessários e rejeita a construção de alternativas positivas ilusórias, principalmente sob as condições de sociedades não esclarecidas e repletas de agressão e repressão, onde, geralmente, a busca por opções às reformas negativas acaba alavancando alterações conservadoras que sofisticam o aparato punitivo sob a justificativa de oferecer "alternativas" racionais e menos degradantes. No caso do Brasil, alguns exemplos são elucidativos, como as Leis 9.099/98, 7.209/84 (responsável pela criação das penas restritivas de direito substitutivas da pena privativa de liberdade), 9.714/98 (lei que ampliou o rol de "penas alternativas") e, mais recentemente, as chamadas medidas cautelares alternativas, inseridas no ordenamento pela Lei 12.403/11.

Se, para Benjamin, a catástrofe não era uma meta do progresso, mas, sim, seu caráter constitutivo, a nosso ver, a mesma lógica se aplica ao sistema de justiça criminal. Humanizá-lo seria permitir a continuidade catastrófica de um sistema que nem sempre existiu, mas que tem sido apresentado pelos discursos justificacionistas como irreversível. É a história dos vencedores, daqueles que, por meio de eufemismos, defendem o eterno retorno do mesmo, a eternização do sofrimento a um tempo vazio e homogêneo. Ao analisarem a invenção do crime e do direito penal, Hess e Stehr esclarecem que:

> "o direito penal e a pena não são formas universais de controle social. Eles não existem em sociedades sem dominação, as quais caracterizaram pela maior parte do tempo a história da humanidade. O controle social não era repressivo, mas visava reintegrar os desviantes, reparar eventuais danos, restaurar o *status quo*, pacificar e limitar os conflitos."[56]

Ainda que seja possível afirmar que qualquer realidade é artificial e que a tentativa de desconstruir o discurso hegemônico no plano das ciências criminais repousa em um acordo temporário e circunstancial, é necessário compreender também a violência simbólica subjacente ao processo de ocultação do caráter

55. MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition Revisited*. New York: Routledge, 2015. p. 223.

56. HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. In: HESS, Henner. *Die Erfindung des Verbrechens*. Wiesbaden: Springer, 2015. p. 41.

retórico de teorias que foram historicamente formuladas e difundidas para justificar e universalizar o sistema penal e, por conseguinte, o processo penal como único meio de resolução de conflitos. Difundida e funcional no ambiente jurídico, essa estratégia permite que meras opiniões sejam reconhecidas como "a verdade" em virtude da autoridade de quem as emite e inviabiliza a reflexão sobre alternativas ao paradigma triunfante.

Diante da proposta abolicionista de uma política criminal negativa, faz-se necessário reconhecer que, embora não seja uma exclusividade das sociedades periféricas, atualmente no campo político-criminal é perceptível uma tendência à adoção de posturas conservadoras quanto ao direito penal e ao processo penal, compreendidos como autênticos instrumentos de proteção dos cidadãos, perspectiva vinculada ao conhecido movimento de "defesa social". Com a ascensão de modelos dessa natureza, até mesmo a "renovação do direito penal" (*strafrechtliche Erneuerung*)[57] criticada por autores como Christie, Mathiesen e Scheerer, parece cada vez mais distante e irracional. Em meio a discursos que pleiteiam o recrudescimento da legislação penal e justificam a violência punitiva, inclusive com o "abate de seres humanos",[58] as chances de humanização do sistema penal e redução de danos por intermédio de eventuais alternativas restam praticamente bloqueadas e sob o risco de serem colonizadas pela razão punitiva.

É exatamente nesse contexto que surge a necessidade de repensar o uso do sistema penal para a administração de conflitos. Some-se a isso a busca por outros critérios de legitimação e por outra lógica epistêmica, mais apropriada para uma cultura jurídica pluralista e democrática, condições para reordenar a racionalidade moderna e configurar novos modelos de justiça, principalmente no caso dos países periféricos, onde o "mimetismo cultural colonizador"[59] produziu o distanciamento de uma práxis transformadora e emancipatória.

---

57. KAISER, Günther; KERNER, Hans-Jürgen; SACK, Fritz; SCHELLHOSS (Hrsg.). *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993. p. 283.

58. Apesar do complexo quadro de violência no Rio de Janeiro, as palavras do governador do estado e ex-juiz federal demonstram uma postura reducionista e ilustra o tipo de racionalidade que permeia o sistema de justiça criminal. Cf: DO BRASIL, Cristina Indio. Witzel volta a defender "abate de criminosos" no Rio de Janeiro. *Agência Brasil*, 14.01.2019. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-01/witzel-volta-defender-abate-de-criminosos-no-rio-de-janeiro]. Acesso em: 19.01.2019.

59. WOLKMER, Antonio Carlos. Da crítica moderna eurocêntrica à crítica liberadora do direito na América Latina. In: KROHLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré (Coord.). *História da filosofia do direito*: o paradigma do uno e do múltiplo dialético, retórico e erístico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 246.

Pensar criticamente a justiça criminal levará a outros relatos e a proposições concretas e positivas de meios democráticos e não penais de resolução de conflitos, como, por exemplo, a justiça restaurativa sob o enfoque abolicionista[60] e conduzirá, principalmente, a um discurso jurídico estratégico de mudanças na sociedade e no espaço público. Eis o desafio, resgatar "imagens utópicas"[61] que possam levar a um projeto emancipatório da modernidade, ou, nos termos de Dussel, a uma práxis da libertação comprometida com as vítimas do sistema vigente.

3. Pós-colonialismo e controle penal: a transformação da justiça criminal na modernidade periférica

Com a ascensão do pós-colonialismo, movimento intelectual que se consolidou a partir das lutas de independência vivenciadas no século XX, surgiu na América Latina uma teoria crítica descolonizadora que se voltou contra o pensamento hegemônico e suas consequências destrutivas para a maior parte do contingente populacional da região. Difundidas na década de 1980, as matrizes pós-coloniais questionavam a modernidade desde a sua gênese, designada como um projeto global do qual as primeiras vítimas foram as populações nativas da América, África e Ásia, instrumentalizadas por uma racionalidade técnico-científica que já começava a se desenvolver no século XVI e que posteriormente foi criticada por Adorno e Horkheimer.

A crítica esboçada por esse movimento torna-se ainda mais relevante no atual cenário de crise da mundialidade capitalista, no qual uma determinada visão de mundo, oriunda do projeto societário europeu, intensifica a exposição da "vida nua" à violência do poder soberano, vida nua que funda o próprio poder do Estado e, especialmente na periferia, evidencia que atualmente "somos todos virtualmente *homines sacri*"[62], sujeitos ao confinamento disciplinar que se transforma paulatinamente em exclusão controlada. Um projeto que apresenta a neoliberalização como um processo quase natural, ao qual é praticamente impossível resistir, em que a pobreza, o desemprego, a alienação e a criminalidade são facilmente

60. ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

61. LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005. p. 21.

62. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. In: O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: editora UFMG, 2007. p. 121.

justificados, afinal, trata-se de um modelo apoiado ideologicamente pela velha ideia individualista e meritocrática de que cada um recebe o que merece.[63]

Com isso, desde a perspectiva das vítimas da história que compõem a exterioridade em relação à modernidade eurocêntrica, a injustiça tornou-se a marca da sociedade contemporânea, principalmente se levarmos em consideração a tese apresentada por Honneth[64] de que a autodeterminação individual seria o ponto de referência normativo de todas as concepções de justiça na modernidade, ou seja, de que se deve considerar como "justo" aquilo que garante a proteção, o fomento ou a realização da autonomia de todos os membros da sociedade.

Não obstante o individualismo exacerbado e o senso comum decadente sejam problemas comuns às formações sociais dos países centrais e periféricos, a resposta às patologias vivenciadas na *exterioridade* latino-americana não estariam, portanto, na racionalidade eurocêntrica ou em experiências jurídicas provenientes da totalidade europeia e norte-americana, mas em um método dialético positivo, intrinsecamente ético e não meramente teórico, que possui um ponto de apoio analético e ancora-se no Outro antropológico.[65]

Com isso, talvez seja possível projetar a elaboração de alternativas no plano das práticas jurídicas que considerem as demandas dos sujeitos historicamente excluídos e que permitam a fragmentação do poder e a efetivação plena de direitos historicamente sonegados, indispensáveis para a concretização da democracia. Acima de tudo, falamos de um paradigma vinculado à modernidade periférica, empenhado no estabelecimento de princípios éticos que fundamentam a sua função normativa.

Ao explicar as mazelas sociais das sociedades periféricas, nas quais a matriz jurídica europeia foi verticalmente transplantada, Jessé Souza assinala que as contradições sociais brasileiras não procedem de uma "modernização insuficiente",

> "mas precisamente do fato contrário, ou seja, como resultante de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que toma o país paulatinamente a partir de inícios do século XIX. Nesse sentido, meu argumento implica que nossa

63. KLIMKE, Daniela (Hrsg.). *Exklusion in der Marktgesellschaft*. 1. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. p. 07-08.

64. HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad*: esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires/Barcelona: Katz, 2014. p. 33.

65. DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*: superação anadialética da dialética hegeliana. São Paulo: Edições Loyola, 1986. p. 197-198.

> desigualdade e sua naturalização na vida cotidiana é moderna, posto que vincula a eficácia de valores e instituições modernas com base em sua bem-sucedida importação 'de fora para dentro'. Assim, ao contrário de ser personalista, ela retira sua eficácia da 'impessoalidade' típica dos valores e instituições modernas."[66]

Nessas formações sociais, observa-se a naturalização das desigualdades sociais acompanhada da institucionalização da "subcidadania",[67] resultado do processo de modernização ao qual se refere Souza. A compreensão da modernidade periférica e da justiça criminal que corresponde a essa realidade depende de uma concepção alternativa demarcada pela crítica da própria modernidade ocidental.

A fim de oferecer respostas satisfatórias às questões norteadoras deste trabalho, algumas premissas devem ser reafirmadas, de modo que, a nosso ver, qualquer modelo inovador e que se proponha a reduzir danos no campo da gestão de conflitos criminalizados depende da assunção de uma nova racionalidade, que perpasse a razão punitiva e seja capaz de concretizar uma política criminal alternativa, neste caso, uma política criminal negativa. Assim, o ponto de partida para qualquer transformação do sistema penal seria uma "dialética negativa da punição", consubstanciada em uma crítica radical de todas as justificações do exercício do poder punitivo e na rejeição das táticas punitivas tradicionalmente utilizadas pelo Estado moderno, com a adoção de reformas negativas consistentes, a começar por um amplo processo de descriminalização e despenalização, o que reduziria consideravelmente a sobrecarga da justiça criminal e os danos decorrentes do hiperencarceramento.

Assentada na completa negação da razão punitiva, essa perspectiva apresenta-se como um pressuposto para minar as estruturas de dominação contemporâneas. Do ponto de vista epistemológico, a "dialética negativa da punição" surge como a manifestação de uma autêntica "teoria penal pós-colonial",[68] uma vez que ela compreende o direito penal como um mecanismo para a manutenção da dominação e exploração econômica, funções exercidas principalmente no interior das estruturas de poder neocoloniais até os dias de hoje.

A respeito do tema, Mbembe salienta que, apesar das diferenças no tocante às relações coloniais e pós-coloniais, ambas se estabelecem por intermédio da

66. SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003. p. 17.

67. Idem, 2003.

68. DÜBGEN, Franziska. *Theorien der Strafe*: zur Einführung. Hamburg: Junius Verlag, 2016. p. 147.

sujeição do indivíduo, inseparáveis, portanto, das formas específicas de punição e da busca simultânea por produtividade. Contudo, no período pós-colonial, tais formas diferem qualitativamente, de modo que o castigo assume múltiplas formas, desde o cerimonial da punição e do trabalho forçado até as formas cotidianas de tortura, assédio, fadiga e execução. Para o autor, é justamente por meio da punição que o poder torna-se realidade, não apenas como algo a ser visto, mas como um significante – não em virtude de sua positividade, mas de sua redundância e "excesso".[69]

O fundamento negativo do poder punitivo não implica abandonar a atuação estatal na administração dos conflitos criminalizados, mas projeta uma teoria crítica do Estado[70] declaradamente pessimista quanto ao poder, que reconhece a necessidade de devolver aos sujeitos envolvidos o protagonismo na resolução dos conflitos intersubjetivos. Somente por intermédio da negação da racionalidade penal moderna e da violência subjacente ao sistema de justiça criminal será possível a afirmação da vida humana como critério fonte, isto é, condição de possibilidade de um novo paradigma jurídico-normativo.

Qualquer teoria que negue as funções da pena e do processo penal como modelo universal apto a materializá-la está sujeita a questionamentos sobre possíveis alternativas ao paradigma hegemônico. Na tentativa de oferecer opções normativas viáveis, diversas concepções teóricas e práticas têm sido apresentadas atualmente, quase sempre abrangidas pelo termo "justiça restaurativa" ou "justiça reconstrutiva".

O problema que se coloca inicialmente refere-se aos limites e riscos inerentes à assunção de modelos alternativos de gestão dos conflitos criminalizados. Embora relevantes, eles ainda enfrentam considerável resistência no interior do sistema de justiça criminal tradicional, sobretudo por parte dos agentes estatais que, aprisionados ao modelo retributivo, permanecem favoráveis a abordagens mais focadas na punição do que em processos restaurativos. Formados a partir da epistemologia inquisitiva que alicerça o processo penal contemporâneo, os operadores do direito tendem a demonstrar um forte preconceito em relação a práticas alternativas e, quando muito, mostram-se favoráveis a elas como uma estratégia ou uma abordagem da justiça criminal centrada na vítima e com um

69. MBEMBE, Achille. *On the Postcolony*. Berkeley/London: University of California Press, 2001. p. 166-167.

70. Cf. SALZBORN, Samuel. *Kritische Theorie des Staates*. Staat und Recht bei Franz L. Neumann. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.

propósito punitivo. Essa postura revela um dos maiores riscos para projetos inovadores de gestão dos conflitos criminalizados, ou seja, a sua colonização pela razão punitiva e pelo sistema de justiça criminal.[71]

Por isso, projetos reformistas que pretendem humanizar a justiça criminal parecem pouco promissores. Ainda assim, a justiça restaurativa pode ser vista como uma estratégia inicial de redução de danos, tendo em vista o seu potencial para a atividade e a participação dos indivíduos, algo que o sistema de controle penal desconsidera ao oferecer soluções verticais e paternalistas por meio de métodos que segregam os envolvidos e impedem o diálogo.

Devolver os conflitos às pessoas seria, assim, o primeiro passo em direção à democratização da resolução dos conflitos no campo penal. Cumpre notar, todavia, que, embora os conflitos sejam "escassos e valiosos"[72] nas sociedades contemporâneas e apesar do prestígio crescente das práticas restaurativas em diversos países, estas também possuem fragilidades teóricas e estão sujeitas a alguns "perigos" que podem reduzir o seu potencial transformador, como os elencados por Christie em importante texto sobre o tema: (a) o imperialismo da mediação; (b) parceiros inadequados; (c) profissionalização; (d) os contadores e seus parentes; (e) tribunais penais internacionais.[73]

Apesar das possibilidades emancipatórias apresentadas pelas práticas restaurativas, existem riscos e fragilidades teóricas que não podem ser desconsiderados. Ao abordar o que chamou de "imperialismo da mediação", Christie alerta para o otimismo excessivo quanto à justiça restaurativa, bem como para expectativas exageradas quanto àquilo que ela efetivamente pode realizar. No centro desse entusiasmo encontra-se a ideia equivocada de que modelos de gestão de conflitos dessa natureza podem levar à abolição do direito penal. Se por um lado tais práticas contribuem para a redução da sobrecarga da justiça criminal, por outro, não tem a capacidade de acabar com o direito penal ou com os tribunais, assinala Christie. Outro erro a ser evitado é transformar esses modelos em formas de "tratamento" ou "educação" no âmbito do sistema penal, o que poderia

71. BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

72. CHRISTIE, Nils. Conflict as property. *The British Journal of Criminology*, London, v. 17, n. 01, 1977. p. 07.

73. Para uma leitura mais detalhada sobre os "cinco perigos" elencados pelo autor, conferir: CHRISTIE, Nils. Restorative Justice: Five Dangers Ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna. *Urban Crime Prevention, Surveillance and Restorative Justice*: Effects of Social Technologies. Boca Raton/New York: CRC Press, 2009. p. 195-204.

gerar a combinação entre mediação e justiça criminal. A tentativa de mesclar as "melhores" partes da justiça criminal e da justiça restaurativa acaba produzindo o pior resultado possível, com a reintrodução da imposição intencional da dor e do sofrimento como resposta ao conflito.[74]

Qual seria, então, o sentido desses modelos alternativos, se a retribuição permanecer como a premissa básica na mediação penal ou na justiça restaurativa? Como demonstrado no início deste artigo, esses elementos teológicos típicos da razão punitiva – punição, dor e retribuição – possuem enorme influência na cultura ocidental e moldam a justiça criminal moderna. Em detrimento de dizer sim à vingança, melhor seria cristalizar valores não punitivos a partir de uma razão decolonial e da "busca por outros critérios de legitimação e outra lógica epistêmica, adequada a uma cultura jurídica antiformalista, descolonizadora e pluralista".[75]

Eis a proposta da dialética negativa da punição na modernidade periférica: questionar as grandes narrativas da modernidade, as teorias legitimadoras da punição e da dominação impostas pelos vencedores da história e desenvolver uma epistemologia dos vencidos, noutras palavras, uma epistemologia que oriente o pensamento, parafraseando Benjamin, a escovar a razão punitiva e o sistema de justiça criminal a contrapelo. A efetivação de práticas alternativas no campo do controle penal depende da fundamentação teórica de um pensamento autêntico construído a partir da práxis de sociabilidades consideradas subalternas pela racionalidade hegemônica e de espaços societários pós-coloniais, capaz de viabilizar a constituição de uma cultura político-jurídica mais democrática, marcada pela descolonização e pelo pluralismo.

Na literatura nacional e estrangeira há inúmeros exemplos que ilustram como sociedades tradicionais podem oferecer fundamentos teóricos para consolidar a justiça social e minimizar os danos provenientes do paradigma retributivo.[76] Meios alternativos de resolução de conflitos não jurisdicionalizados já existem, inclusive, no Brasil, onde sistemas de justiça paralelos convivem com as práticas

74. Ibidem, p. 197.

75. WOLKMER, Antonio Carlos. Da crítica moderna eurocêntrica à crítica liberadora do direito na América Latina. In: KROHLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade (Coord.). *História da filosofia do direito*: o paradigma do Uno e do Múltiplo Dialético, Retórico e Erístico. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 241.

76. Apenas exemplificativamente: DÜBGEN, Franziska. *Theorien der Strafe*: zur Einführung. Hamburg: Junius Verlag, 2016; ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008; DIAMOND, Jared. *The World Until Yesterday*: What Can *We Learn* from *Traditional Societies*? London: Allen Lane, 2012.

judiciais oficiais. Para tanto, basta analisar a situação dos povos indígenas, distribuídos em mais de 300 etnias e espalhados por todos os estados brasileiros.

Veja-se, exemplificativamente, o paradigmático "Caso Denilson", ocorrido em Roraima, no qual um índio foi condenado por seus pares por ter matado o próprio irmão na comunidade indígena Manoá/Pium. No dia 26.06.2009, os membros do conselho da comunidade indígena do Manoá concluíram pela imposição de várias sanções a Denilson Trindade Douglas, entre as quais a construção de uma casa para a esposa da vítima e a proibição de ausentar-se da comunidade sem a permissão dos líderes tribais. Não obstante tal julgamento, Denilson foi denunciado pelo Ministério Público perante o juízo da comarca de Bonfim que, por sua vez, deixou de apreciar o mérito da ação e declarou a prevalência do direito comunitário, uma vez que, para o magistrado, o poder punitivo seria compartilhado entre o Estado e a comunidade indígena. Em fase recursal, no dia 18 de dezembro de 2015, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima confirmou a decisão do juiz de primeira instância, porém sob o fundamento do *non bis in idem*, tendo em vista que, segundo os desembargadores, o crime já havia sido punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição Federal. Assim, concluíram, "desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado".[77]

O caso em questão ilustra uma forma completamente distinta de lidar com condutas desviantes e demonstra a abertura para soluções que renunciam às respostas punitivas tradicionais. Se por um lado Scheerer assinala que a existência de sociedades sem punição parece algo utópico, por outro, destaca que o direito e o processo penal não são formações universais, mas específicas, relativamente recentes e que há muito tempo atuam de modo obsoleto.[78] Como se pode notar, a comunidade indígena do Manoá reconheceu a necessidade da censura e não negou a responsabilidade individual, mas rejeitou a razão punitiva e as táticas penais.

Importa observar, ainda, que implantar práticas desenvolvidas em países tão distintos pode conduzir ao mesmo problema decorrente da universalização do processo penal, desconsiderando, com isso, as particularidades das sociedades

77. TJ-RR, Apelação Criminal 0090.10.000302-0, Câmara Única, Turma Criminal, rel. des. Mauro Campello, julgado em 18.12.2015.

78. SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal? Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, p. 363-372, nov.-dez. 2015.

periféricas. Para além de meios alternativos e da implementação da justiça restaurativa, o Brasil necessita de instrumentos aptos a forjar uma autêntica "justiça transformadora",[79] que seja capaz de suplantar o "lado constitutivo e mais escuro da modernidade: a colonialidade".[80] Mais do que reformas processuais ou práticas alternativas, a justiça transformadora desafia os elementos centrais do autoritarismo e da dominação no interior da sociedade contemporânea, caracterizando-se não apenas como uma opção ao sistema de justiça criminal, mas como uma filosofia de justiça social para a paz.

Se as respostas estatais às condutas desviantes perpetuam ciclos de violência, o que se propõe neste trabalho não é a construção de um novo modelo com pretensões universalizantes, mas a reflexão sobre uma nova perspectiva de gestão dos conflitos, não dogmática e embasada em alguns princípios fundamentais: (a) rejeição à violência, punição, institucionalização e prisão; (b) concepção do crime como uma forma de conflito social no qual a sociedade e o governo também estão envolvidos como possíveis infratores; (c) reafirmação da tolerância, com a devida contextualização de questões identitárias e a abordagem das injustiças sócio-políticas em relação às mulheres, aos negros, pobres, imigrantes, pessoas com deficiência e outros grupos marginalizados; (d) valorização dos círculos de mediação, negociação e da comunidade visando à transformação dos conflitos; (e) respeito à autonomia individual, com a resolução horizontal dos conflitos a partir das particularidades do caso concreto (prevalência do pluralismo e particularismo das formas resolutivas em contraposição ao unitarismo e universalismo tradicionais); (f) estímulo ao diálogo crítico, construtivo, seguro e voluntário, no qual a culpa deixa de ser a categoria central e cede lugar à responsabilidade.

---

79. Segundo Morris, a justiça retributiva e a justiça restaurativa tratam o crime como o começo do problema e, na maioria das vezes, ignoram as raízes históricas da injustiça e as injustiças sociais que estão na base da maioria dos atos definidos como crimes pela persecução penal. A justiça transformadora reconhece o contexto social do crime. Assim, é mais capaz do que qualquer dos sistemas predecessores de [...] incluir em sua análise e em seus processos o papel crítico que classe social e raça desempenham na definição tanto da vítima quanto do criminoso (MORRIS, Ruth. *Why Transformative Justice?* January, 1999. Disponível em: [https://chodarr.org/sites/default/files/chodarr0435.pdf]. Acesso em: 08.01.2019).

80. MIGNOLO, Walter. *Colonialidade*: o lado mais escuro da modernidade. Trad. Marco Oliveira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 94, jun. 2017. p. 02. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf]. Acesso em: 08.01.2019.

Em tempos de profícuo debate epistemológico, é indispensável reconstruir a nossa forma de compreender o mundo para que sejamos realmente capazes de transformar conceitos, categorias, representações e instituições sociais, intervindo, assim, radicalmente sobre a realidade. A partir da compreensão de que a injustiça cognitiva condiciona a injustiça colonizadora, impõe-se a necessidade de interpretar a história, a justiça e os direitos humanos do ponto de vista dos vencidos em prol da satisfação de suas necessidades.

Considerações finais

Sob a justificativa de orientar a humanidade rumo ao progresso e ao avanço social, o Estado moderno, construído desde as matrizes ocidentais europeias, configurou o processo penal e o transformou em modelo universal de resolução dos conflitos criminalizados. Apesar da narrativa iluminista de humanização do sistema penal e das expectativas quanto à pacificação social e à eliminação da barbárie identificada com a violência e o crime por intermédio do processo, a razão e a ciência não foram suficientes para levar à felicidade e ao bem-estar. O que se nota atualmente, sobretudo nos países periféricos, são as limitações do discurso humanizador e a consolidação de políticas criminais irracionais que definem o perfil do direito e do processo penal contemporâneos.

Desenvolvida a partir da racionalidade instrumental, a razão punitiva consolidou-se com o iluminismo e a ascensão do progresso técnico e econômico promovidos pelo capitalismo e moldou o sistema de justiça criminal desde o imaginário punitivo da modernidade. O Estado, detentor exclusivo do monopólio da violência legítima, transformou esse sistema em uma extensão supostamente eficiente e racional do empreendimento capitalista, a partir da apresentação da naturalidade da pena, pilar mais importante de sustentação do direito penal (e, levando-se em conta a sua instrumentalidade, do processo penal).

Mais recentemente, a hiperinflação de leis penais no Brasil – fenômeno perceptível, sobretudo, a partir das décadas de 1980 e 1990 – e a procedente sobrecarga da Justiça contribuíram para o vertiginoso aumento da população carcerária e a intensificação da violência institucional perpetrada por um Estado que expandiu o seu poder e intensificou as violações ao sistema de direitos e garantias fundamentais. Em um país onde o Estado Social nunca passou de um simulacro, com a atual ascensão de discursos neoconservadores que propagam a redução das políticas sociais e o recrudescimento das políticas penais, a razão punitiva tende a ampliar a criminalização da miséria e a produzir ainda mais violência.

Em meio a esse quadro, há algumas décadas surgiram profícuos debates sobre o futuro da justiça criminal e a necessidade de oferecer respostas aos mecanismos convencionais de resolução de conflitos, especialmente nos países periféricos. Assim, a construção de novas perspectivas e modelos de pensamento, em especial no campo jurídico e das práticas judiciais, pressupõe a análise do processo etnocêntrico de formação de um pensamento homogêneo e global, imposto como ferramenta epistemológica para a consolidação de projetos políticos e econômicos que marcaram a história do desenvolvimento capitalista.

Parte integrante desse novo modelo cognitivo que inaugura uma nova racionalidade, as teorias pós-coloniais apresentam-se como uma opção de resistência que traz à tona as histórias negadas e as teorias silenciadas dos vencidos da história, excluídos da comunidade de comunicação "ideal" hegemônica. Com o propósito de apresentar novas respostas para o exercício democrático e não violento do controle social, assumimos como ponto de partida uma postura cética em relação ao poder punitivo e reiteramos a relevância de uma política criminal negativa, orientadora de autênticas "reformas negativas" deslegitimadoras do sistema penal. Na tentativa de superar a crise profunda da razão e os obstáculos à autorreflexão racional da sociedade diagnosticados pela primeira geração de pensadores da Escola de Frankfurt, nos apoiamos em autores como Benjamin e Dussel para sugerir o projeto de uma nova racionalidade, formulada desde a interpelação da *exterioridade,* uma razão ético-crítica.

Para além da atividade puramente descritiva, buscamos traçar os fundamentos jurídico-filosóficos de uma justiça transformadora que, estrategicamente, sirva de fundamento para uma "perspectiva abolicionista pós-colonial". A ideia de uma "dialética negativa da punição", consubstanciada em uma crítica radical de todas as justificações do exercício do poder punitivo, apresenta-se, pois, como um pressuposto para minar as estruturas de dominação contemporâneas. Do ponto de vista epistemológico, ela articula o "princípio mefistofélico"[81] descrito por Mathiesen e Scheerer e elementos da dialética negativa de Adorno, projetando uma autêntica "teoria penal pós-colonial",[82] que compreende o direito penal como um mecanismo para a manutenção da dominação e exploração econômica, funções exercidas principalmente no interior das estruturas de poder neocoloniais.

81. SCHEERER, Sebastian. Die abolitionistische Perspektive. *KrimJ*, [S. I.], n. 16, p. 90-111, 1984.

82. DÜBGEN, Franziska. *Theorien der Strafe*: zur Einführung. Hamburg: Junius Verlag, 2016. p. 147.

Trata-se de uma "filosofia jurídico-penal libertadora",[83] cuja proposta perpassa o mero reconhecimento de direitos e volta-se para o oprimido com o objetivo de lhe restituir a sua dignidade, tanto por intermédio de mecanismos de ampliação da democracia quanto pelo pluralismo que promove a refundação do Estado com base em premissas distintas daquelas que caracterizaram durante muito tempo a modernidade, sem desconsiderar, evidentemente, as diversas e relevantes contribuições do pensamento europeu. Se o projeto moderno e a razão punitiva nos legaram a exploração e a destruição em dimensões inimagináveis, talvez seja este o momento de escovar a história a contrapelo e renovar as nossas esperanças.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. In: O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BENJAMIN, Walter. *Anmerkungen zu Seite 691-704*. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Band I.3.

BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Band I.2.

BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

83. Numa clara alusão ao termo utilizado por Ludwig, ao referir-se à "filosofia jurídica crítico libertadora" (LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 220).

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 115, p. 141-165, jul.-ago. 2015.

BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; V. BOTTOMS Anthony. *Restorative Justice and Criminal Justice*: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. *The British Journal of Criminology*, London, v. 17, n. 01, p. 01-15, 1977.

CHRISTIE, Nils. Restorative Justice: Five Dangers Ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna. *Urban Crime Prevention, Surveillance and Restorative Justice*: Effects of Social Technologies. Boca Raton/New York: CRC Press, 2009.

DIAMOND, Jared. *The World Until Yesterday*: What *Can We Learn* from *Traditional Societies*? London: Allen Lane, 2012.

DO BRASIL, Cristina Indio. Witzel volta a defender "abate de criminosos" no Rio de Janeiro. *Agência Brasil*, 14.01.2019. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-01/witzel-volta-defender-abate-de-criminosos-no-rio-de-janeiro]. Acesso em: 19.01.2019.

DÜBGEN, Franziska. *Theorien der Strafe:* zur Einführung. Hamburg: Junius Verlag, 2016.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*: superação anadialética da dialética hegeliana. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos*. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Estética*: literatura e pintura, música e cinema. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. v. 03.

GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. *WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, Heft 1. Frankfurt am Main, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich? Über einige moralische Aporien gegenwärtiger Kriminalpolitik. In: GAMM, G.; KIMMERLE, G. (Hrsg.). *Vorschrift und Autonomie. Zur Zivilisationsgeschichte der Moral*. Tübingen, 1989.

HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. In: HESS, Henner. *Die Erfindung des Verbrechens*. Wiesbaden: Springer, 2015.

HIRSCH, Andrew von. Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITWITZ, Cornelius. *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peterlang, 2005. Band 88.

HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad*: esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires/Barcelona: Katz, 2014.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

KAISER, Günther; KERNER, Hans-Jürgen; SACK, Fritz; SCHELLHOSS (Hrsg.). *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993.

KLIMKE, Daniela (Hrsg.). *Exklusion in der Marktgesellschaft*. 1. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008.

LAMNEK, Siegfried; VOGL, Susanne. *Theorien abweichenden Verhaltens II*: "Moderne Ansätze". Paderborn: Wilhelm Fink Verlag, 2017.

LÖWY, Michael. Barbárie e modernidade no século XX. *Revista Herramienta*, [s.l.], n. 22, mar. 2003. Disponível em: [www.herramienta.com.ar/revista-impresa/revista-herramienta-n-22]. Acesso em: 05.11.2015.

LÖWY, Michael. A filosofia da história de Walter Benjamin. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 16, n. 45, maio-ago. 2002.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005.

LÜDERSSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MATE, Reyes. Fundamentos de una filosofía de la memoria. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e memória*: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: Editora UNISINOS, 2009.

MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition Revisited*. New York: Routledge, 2015.

MATHIESEN, Thomas. Überwindet die Mauern! Die skandinavische Gefangenenbewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit. Neuwied und Darmstadt: AJZ Druck & Verlag, 1993.

MBEMBE, Achille. *On the Postcolony*. Berkeley/London: University of California Press, 2001.

MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Heidelberg: Springer, 2009.

MIGNOLO, Walter. *Colonialidade*: o lado mais escuro da modernidade. Trad. Marco Oliveira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 94, jun. 2017. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf]. Acesso em: 08.01.2019.

MORRIS, Ruth. *Why Transformative Justice?* January, 1999. Disponível em: [https://chodarr.org/sites/default/files/chodarr0435.pdf]. Acesso em: 08.01.2019.

MÜLLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência*: percurso filosófico. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. *Integrationsprävention*: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998. Band 61.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLSCHER, Werner. *Recht und Strafe*. Wien-München-Zürich: Verlag Fritz Molden, 1976.

NEUMANN, Ulfrid. Alternativas ao direito penal. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 125, p. 235-252, nov. 2016.

OSTENDORF, Heribert. *Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft?* Plädoyer für eine soziale Strafrechtspflege. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALZBORN, Samuel. *Kritische Theorie des Staates*. Staat und Recht bei Franz L. Neumann. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.

SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*, Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

SCHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. Trad. Raphael Boldt. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 14, n. 59, p. 09-23, out.- dez. 2015.

SCHEERER, Sebastian. Die abolitionistische Perspektive. *KrimJ*, [S. I.], n. 16, p. 90-111,1984.

SCHEERER, Sebastian. *Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben?* Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarate. Disponível em: [www.wiso.uni-hamburg.de]. Acesso em: 10.01.2014.

SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal? Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, p. 363-372, nov.- dez. 2015.

SCHNÄDELBACH, Herbert. *Vernunft und Geschichte*: Vorträge und Abhandlungen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Da crítica moderna eurocêntrica à crítica liberadora do direito na América Latina. In: KROHLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré (Coord.). *História da filosofia do direito*: o paradigma do uno e do múltiplo dialético, retórico e erístico. Curitiba: Juruá, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAMORA, José Antonio. Walter Benjamin: crítica del capitalismo y justicia mesiánica. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e memória*: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: Editora UNISINOS, 2009.

ZIEMANN, Sascha; JAHN, Matthias. "Die Frankfurter Schule des Strafrechts": Versuch einer Zwischenbilanz. *Juristenzeitung,* [S.I.], Heft 19, p. 943-947, 2014.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- O rompimento da criminologia consensual-funcionalista ante a necessidade de uma criminologia do conflito, de Saulo Ramos Furquim – *RBCCrim* 132/383-417 (DTR\2017\1434).

A justiça juvenil no Brasil pelas lentes da criminologia crítica

Juvenile justice in Brazil by the lenses of critical criminology

Romulo Fonseca Morais

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2014). Professor de Criminologia e Processo Penal da Escola Superior Madre Celeste (ESMAC). Pesquisador do Grupo Cabano de Criminologia. Colaborador do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-Pará).
romulo.morais@trf1.jus.br

Ana Celina Bentes Hamoy

Mestra em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Estatuto da Criança e do Adolescentes do Centro Universitário UNIFAMAZ. Pesquisadora do CESIP (Centro de Estudos sobre Instituições e Dispositivos Punitivos) do PPGD-UFPA.
celinahamoy@ig.com.br

Recebido em: 04.04.2019
Aprovado em: 03.06.2019
Última versão dos autores: 26.06.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: Este estudo investiga a forma como a Justiça da Infância e Juventude tem se colocado em relação ao avanço desenfreado do poder punitivo e de uma cultura punitiva que se espalha por todas as direções. Problematiza-se especificamente sua atuação como subsistema de controle social dentro de um vasto sistema punitivo, que compreende outros possíveis subsistemas de socialização/controle social, como a Justiça Penal. Para tanto, faz-se uma abordagem, à luz da criminologia crítica, das formas como o sistema penal e o poder punitivo têm expandido e consolidado seus discursos; da maneira como diversas instituições sociais ou possíveis subsistemas de socialização/controle social (Justiça Juvenil e Justiça Penal) atuam em complementaridade, reproduzindo as mesmas práticas e os mesmos

Abstract: This study investigates how Juvenile Justice has been placed in relation to the unbridled advance of punitive power and a punitive culture that spreads in all directions. Specifically, its performance as a subsystem of social control within a vast punitive system, which includes other possible subsystems of socialization/social control, such as Criminal Justice, is specifically problematic. To do so, it takes an approach, in the light of critical criminology, of the ways in which the penal punitive system and the punitive power have expanded and consolidated their discourses; (Juvenile Justice and Criminal Justice) act in complementarity, reproducing the same practices and the same discourses of discrimination, selection, marginalization and criminalization of certain individuals. It analyzes the

discursos de discriminação, seleção, marginalização e criminalização de certos indivíduos. Analisam-se as permanências e contradições no âmbito do sistema de responsabilização do adolescente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, alertando os que encaram esse sistema como garantidor de direitos e os que, de forma leviana, colocam-no como brando com jovens infratores e estimulador da falaciosa impunidade. A partir das suas contradições e do estudo do fenômeno da seletividade penal, conclui-se que a Justiça da Infância e Juventude/Justiça Juvenil é um subsistema de controle social dentro de um vasto sistema punitivo. A análise é feita a partir do olhar crítico criminológico (atravessado por um recorte histórico-dialético) em que a justiça juvenil e suas práticas seletivas e excludentes são colocadas como objeto de crítica por meio de uma abordagem histórico-social de dois momentos da nossa história (antes e depois do Estatuto da Criança e do Adolescente), lançando mão de uma bibliografia com estudos teóricos e empíricos situados entre esses momentos históricos.

Palavras-chave: Criminologia crítica – Sistema punitivo – Justiça juvenil – Controle social.

continuities and contradictions within the framework of the system of accountability of the adolescent provided for in the Statute of the Child and Adolescent – ECA, alerting those who regard this system as a guarantor of rights and those who in a mild way place it as soft with young offenders and guarantor of fallacious impunity. Based on its contradictions and the study of the phenomenon of criminal selectivity, it concludes that the Justice of Childhood and Youth/Youth Justice is a subsystem of social control within a vast punitive system. The analysis is based on the critical criminological view (crossed by a historical-dialectical clipping) in which juvenile justice and its selective and excluding practices are placed as objects of criticism through a historical-social approach of two moments in our history (before and after the ECA), using a bibliography with theoretical and empirical studies located between these historical moments.

Keywords: Critical criminology – Punitive system – Juvenile justice – Social control.

Sumário: 1. Introdução. 2. Criminologia crítica e subsistemas de controle social: a expansão do poder punitivo. 3. Subsistemas de controle social e as contradições da justiça menoril. 4. Continuidades e permanências dos mesmos processos de criminalização. 4.1. As garantias processuais nesses dois momentos da história. 4.2. O positivismo, sempre ele: a permanência do saber positivista nos dois momentos desse contínuo processo de criminalização. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Nos últimos anos, a mídia hegemônica e as forças conservadoras têm intensamente se mobilizado em torno de campanhas pelo endurecimento da resposta contra "adolescentes infratores". A mídia e uma crescente frente parlamentar também constantemente levantam a bandeira a favor da diminuição da maioridade penal, incutindo na sociedade brasileira um sentimento de medo, insegurança e impunidade.

Sempre associadas à difusão do medo e da violência, essas campanhas, além de propagarem um discurso falacioso sobre o sistema de responsabilização previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA[1], como um sistema que perpetua a impunidade, disseminam, e subjetivamente a sociedade acaba aderindo, a ideia de que o encarceramento e o extermínio dessa juventude sejam a solução para o problema da falaciosa e crescente criminalidade.

Está cada vez mais difícil pensar a situação da juventude fora do paradigma da segurança pública ou fora do contexto da expansão desenfreada do poder punitivo e da demanda crescente por punição e castigo na sociedade brasileira. Observa-se a expansão desenfreada do poder punitivo por várias instituições estatais e por várias esferas da vida cotidiana, bem como uma ampliação e expansão de diversas formas de controle social[2]. Nesse cenário, constatam-se estratégias de controle social minuciosas e camufladas, em que a assistência social, por exemplo, vai sendo gradativamente colonizada pelo tratamento penal da marginalidade urbana e os pequenos conflitos do cotidiano vão sendo judicializados, ou seja, vão sofrendo maiores intervenções das instituições, criando uma espécie de cultura punitiva[3] que está expandindo uma mentalidade judicial, típica do sistema penal, para novas relações e "novos operadores"[4].

A criminologia crítica[5] já colocou em discussão as formas como o sistema punitivo tem soprado os seus ventos punitivos para todas as direções. Os processos

1. Lei 8.069, de 1990.
2. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012. p. 2.
3. Ibidem, p. 9.
4. Ibidem, p. 9.
5. Aqui vamos trabalhar principalmente com o corpo de pensamento da criminologia crítica, partindo daquele sentido inicial dado por Alessandro Baratta, em que o desvio é tomado como uma construção social, não sendo uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos (como concebido pela criminologia tradicional), mas se configura como *status* atribuídos a certos indivíduos mediante a seleção de bens e comportamentos ofensivos a eles; e a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que violam as normas penalmente sancionadas. Mais do que uma oposição à criminologia tradicional e ao seu paradigma etiológico (que procurava explicar as causas da criminalidade, tratando o desvio como algo ontológico), o enfoque da criminologia crítica se sustenta no paradigma da reação social, que coloca os órgãos do sistema penal e o direito penal como objetos de análise. A criminologia crítica, então, seria um movimento que, longe de uma concepção homogênea no pensamento criminológico, coloca em prática a construção de uma teoria materialista (econômico-política)

de discriminação, seleção, marginalização e criminalização não ficam restritos apenas às instituições que fazem parte da justiça penal, mas se espalham e ajudam a construir uma espiral criminológica[6] que "[...] começa com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc."[7] e culmina com o cárcere, que representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

Por outro lado, entender o contexto em que está inserida a justiça da infância e juventude requer também o entendimento de que cada vez mais se observam uma diminuição dos serviços das já precárias estruturas previdenciárias e assistenciais e, como contrapartida, um aumento gigantesco de um Estado Penal[8]. Os resultados desse avanço do sistema punitivo e dessa lógica punitiva que coloniza as instituições de controle social, bem como desse avanço do Estado penal, estão por todas as partes.

No âmbito da justiça da infância e juventude, o abismo que se formou entre o plano normativo e suas práticas são evidentes sinais de que a instituição opera (re)produzindo as estratégias punitivas, principalmente quando se observa a permanência do olhar seletivo e criminalizador que ela dirige à juventude negra e pobre que caem em suas malhas. Isso porque, sob a égide do ECA, a justiça da infância e juventude parece (re)produzir, de forma tal aviltante, como nenhuma outra instituição, a contradição entre o discurso declarado (oficial) e os seus concretos resultados.

---

do desvio e da criminalização, que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, sem ignorar a problemática que subsiste entre criminologia e marxismo, bem assim a consciência de que essa construção teórica não pode se limitar somente a uma interpretação dos textos marxianos, devendo lançar mão dos profícuos trabalhos de observação empírica que muitas das vezes foram elaborados em contextos teóricos diversos do marxismo. Enfim, com essa concepção, procura-se historicizar a realidade comportamental do desvio e captar a relação (dis)funcional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações sociais de produção e distribuição. Esse é principalmente o salto qualitativo que se dá com essa concepção de criminologia, segundo Baratta. Para mais detalhes: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 159-170.

6. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
7. Ibidem, p. 167.
8. WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

Desse modo, almeja-se entender em que lógica podemos inserir a justiça da infância e juventude e o ECA: na lógica do Estado protetor e garantidor dos direitos das crianças e dos adolescentes ou na lógica da ascensão do Estado Penal?

Na procura de respostas a essas indagações, a realidade é tortuosa. A recente democracia que se construiu no Brasil tortura e mata mais do que a ditadura[9], assiste-se ao que a criminóloga Vera Malaguti Batista chamou de "adesão subjetiva à barbárie"[10], que produz uma escalada do Estado Penal/Policial em todas as direções. Quando se observam, por exemplo, os dados sobre morte violenta de adolescentes no Brasil, a realidade é chocante e dói. Constata-se a existência de uma ideologia autoritária, em que o extermínio e a limpeza étnica continuam a dominar a realidade da juventude pobre. Vera Malaguti Batista[11] observou que, em um intervalo de 10 anos, somente no Rio de Janeiro, 30.000 (trinta mil) jovens foram assassinados, muitos pela polícia. A autora chega a afirmar que esse cenário, associado à grande taxa de encarceramento e criminalização da juventude pobre brasileira observado nas últimas décadas, representa um "colossal filicídio"[12].

Por sua vez, quando se analisam os motivos do grande encarceramento dessa juventude por meio do sistema de responsabilização previsto no ECA, é impressionante a seletividade do sistema, os registro oficiais mostram que as infrações supostamente cometidas por adolescentes, em sua grande massa, são constituídas por delitos contra o patrimônio e decorrentes do envolvimento com drogas. Nesse sentido, um levantamento[13] do Conselho Nacional de Justiça mostrou que, em quase todos os Estados do Brasil, mais da metade das internações de adolescentes são decorrentes de crimes contra o patrimônio e do envolvimento com

9. MALAGUTI BATISTA, Vera. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 29.
10. Ibidem, p. 31.
11. MALAGUTI BATISTA, Vera. *A criminalização da juventude popular no Brasil*: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: [www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/bis/pdfs/bis_n44.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.
12. MALAGUTI BATISTA, Vera. *A governamentalização da juventude*: policizando o social. Disponível em: [http://revistaepos.org/arquivos/01/verabatista.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.
13. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama nacional*: a execução das medidas sócio-educativas de internação. 2012. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

drogas. Olha-se para a o sistema penal e depara-se com a mesma lógica punitiva, sempre acompanhada da permanente e cínica seletividade no encarceramento.[14]

Ainda que a Lei 8.069/90 – ECA (art.112) tenha como paradigma normativo a não privação de liberdade, tratando esta como exceção, os dados da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, no último levantamento sobre o Sistema Socioeducativo (2018)[15], apontam que 25.929 adolescentes estavam restritos de liberdade no Brasil.

Analisando de forma restrita os dados anteriores, são compreensíveis indagações sobre o descumprimento explícito da norma orientadora (Lei 8.069/90). Todavia, quando saímos dessa forjada dicotomia entre o previsto e o não cumprido do disposto normativo, buscando analisar criticamente a atuação concreta dos dispositivos de criminalização e repressão penal, deparamo-nos com estratégias de controle social ancoradas em racionalidades-subjetividades que ontologizam o crime na pobreza, que associam a violência a determinadas faltas ou carências materiais, privilegiando relações hegemônicas do capitalismo e de sociabilidade e, consequentemente, enquadrando uma grande parcela da juventude popular brasileira como em risco, vulnerável e perigosa.

Para além de uma crítica à não superação da concepção menorista com a doutrina da proteção integral, prevista pelo ECA, procuramos problematizar as aparentes dificuldades na implementação dos alicerces da doutrina da proteção integral, analisando como os discursos da proteção e da promoção de direitos, alicerçadas em concepções hegemônicas de ser e viver, estão implicados e são totalmente compatíveis com as estratégias de alargamento e intensificação das práticas de punição.

À luz da criminologia crítica, o objetivo deste estudo é tentar mostrar que a justiça juvenil, assim como a justiça penal, se inclui dentro de um vasto sistema punitivo, concebendo essas instituições como subsistemas de controle social dentro de um sistema punitivo geral. Nesse sentido, pretende-se trabalhar com o desvio e a criminalidade como construções sociais, colocando o ECA, a justiça da infância e juventude e seus operadores como objeto de estudo e crítica.

---

14. Dados do Ministério da Justiça mostram que mais da metade dos encarceramentos de adultos no Brasil decorrem dos crimes contra o patrimônio e do envolvimento com drogas. Ver: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen). Brasília, 2013. Disponívelem:[http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D{C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}]. Acesso em: 18.11.2013.

15. O documento pode ser obtido em: [www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf]. Acesso em: 20.12.2014.

Na tentativa de conceber a justiça juvenil como um subsistema de controle social dentro de um sistema punitivo, pretende-se, por meio de uma abordagem histórico-social de dois momentos da nossa história (antes e depois do ECA), analisar e discutir como o processo de criminalização da juventude pobre brasileira persiste independentemente das mudanças no plano normativo e no panorama político do País.

Por fim, mais do que demonstrar que a justiça juvenil não passa de um subsistema de controle social e um braço do sistema punitivo, pretende-se, com este trabalho, desconstruir três espécies de discursos que rondam o campo do sistema de responsabilização do adolescente: os discursos conservadores que encaram o sistema previsto no ECA como responsável pela perpetuação da impunidade, propondo a diminuição da imputabilidade penal; os ilusórios discursos que militam a favor desse sistema com ingenuidade, achando que a simples positivação de direitos, a ampliação das garantias processuais e a falaciosa "bondade dos bons"[16] resolverão a situação da juventude; e os discursos que defendem um "Direito Penal Juvenil"[17], que propaga a ideia de que somente o Direito Penal concederia a segurança jurídica almejada aos adolescentes.[18]

2. Criminologia crítica e subsistemas de controle social: a expansão do poder punitivo

A existência de um sistema punitivo geral e a possível inclusão da justiça menoril[19] como parte desse sistema, em que também se inclui a justiça penal

16. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 290.

17. Segundo alguns autores, o direito penal juvenil seria uma proposta de levar e aplicar as garantias processuais e a dogmática penal no âmbito da responsabilidade infracional do adolescente prevista no ECA, ver: COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

18. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 279.

19. Esse termo foi utilizado inúmeras vezes por Alessandro Baratta e Vera Malaguti Batista em: MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio

(subsistema penal)[20], podem ajudar a entender as aparentes contradições vivenciadas pelas instituições responsáveis pelo tratamento do desvio de adolescentes, ou, o inverso, talvez essas contradições, principalmente entre o discurso oficial e o discurso camuflado, ajudem a explicar essa possível inclusão da justiça juvenil dentro de um processo de expansão desenfreada do poder punitivo por várias instituições estatais e por várias esferas da vida cotidiana, evidenciando uma espécie de expansão e reorganização da prisão e de seus tentáculos institucionais, bem como uma ampliação e expansão de várias formas minuciosas de controle social[21].

A criminologia crítica[22] já colocou em discussão as formas como o sistema punitivo tem soprado os seus ventos punitivos para todas as direções. Os processos de discriminação, seleção, marginalização e criminalização não ficam restritos apenas às instituições que fazem parte da justiça penal, mas se espalham e ajudam a construir uma espiral criminológica[23] que "[...] começa com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc."[24] e culmina quase sempre com o cárcere, que representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

É Alessandro Baratta quem nos alerta para o fato de que "[...] quando falamos de justiça penal de adultos e de justiça menoril, não devemos nos esquecer de que são somente dois subsistemas de um vasto sistema punitivo geral [...]"[25].

---

de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. O referido termo é propositalmente utilizado no texto para mostrar a permanência da lógica do tratamento "menorista" da legislação anterior nas práticas judiciais sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, tendo em vista as pretensões deste trabalho, esse termo será usado também como sinônimo de "justiça da infância e juventude" e Justiça Juvenil, este último mais amplamente utilizado nos estudos sobre o tema.

20. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 30.
21. MALAGUTI BATISTA,Vera. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012. p. 2.
22. O principal referencial teórico que será utilizado e explicado ao longo do texto, sustentando a maioria das análises delimitadas neste estudo. Ele propôs uma teoria materialista do desvio e provocou grandes avanços no pensamento criminológico, conforme: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
23. BARATTA, Alessandro. Op. cit.
24. Ibidem, p. 167.
25. BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 30.

Por outro lado, entender o contexto em que está inserida a justiça juvenil requer também o entendimento de que cada vez mais se observam uma diminuição dos serviços das já precárias estruturas previdenciárias e assistenciais e, como contrapartida, um aumento gigantesco de um Estado Penal[26].

Esse entrelaçamento entre aumento do Estado Penal e diminuição de políticas sociais se agrava em países como o Brasil, onde sequer se chegou a estruturar um Estado Social, o que influencia diretamente na realidade social da juventude brasileira. Nesse contexto:

> "O neoliberalismo voltou a trazer a juventude para o centro das atenções criminológicas. O fim das ilusões do pleno emprego keynnesiano, a descartabilidade da mão-de-obra e a supremacia da ideologia do mercado reconfiguraram a visão da juventude como problema. A destruição das políticas públicas, a falta de perspectiva de trabalho em contraste com a energia juvenil fizeram com que grandes contingentes de crianças e adolescentes passassem a ser 'tratados' pela lógica penal. As estratégias de sobrevivência e também a cultura das periferias passam por um gigantesco processo de criminalização que pode ser observado pelo crescimento sem precedentes do encarceramento. No neoliberalismo o Estado Penal vai dar conta da conflitividade social juvenil. No Brasil, a população envolvida em conflitos, presa ou assassinada vai-se constituir basicamente da população pobre e negra, com idade entre 14 e 24 anos."[27]

Nessa crescente escalada do Estado Penal/Policial em todas as direções, as práticas punitivas e seus efeitos deixam suas marcas por todas as partes.

> "[...] números astronômicos de execuções policiais disfarçadas de autos de resistência, uso da prisão preventiva como pena infamemente antecipada, aumento das teias de vigilância e de invasões à privacidade, escárnio das garantias e da defesa, como se fossem embaraços antiéticos à busca da segurança pública. Não importa que tudo isso nos afaste cada vez mais de um convívio aceitável em nossas grandes cidade, cenário de tantas injustiças e desigualdades sociais; o importante foi a construção de um senso comum criminológico que, da direita fascista à esquerda punitiva, ajoelha-se no altar do dogma da pena. Incorporam ambas o argumento mais definitivo para o capital

26. WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

27. MALAGUTI BATISTA, Vera. *A governamentalização da juventude*: policizando o social. Disponível em: [http://revistaepos.org/arquivos/01/verabatista.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

> contemporâneo: é a punição que dará conta da conflitividade social, é a pena que moralizará o neoliberalismo. E, como diria Pavarini, para cada colarinho branco algemado no espetáculo das polícias (à la FBI ou SWAT), milhares de jovens pobres jogados nas horrendas prisões brasileiras. O importante é a fé na purificação pelo castigo, o grande ordenador social dos dias de hoje."[28]

Baratta[29], ao analisar a construção social da população que sofre os efeitos do processo de criminalização, à luz da criminologia crítica, observa como esse processo começa a se efetivar desde os primeiros contatos com as instituições sociais até culminar com a privação de liberdade, em que "o cárcere vem a fazer parte de um *continuum* que compreende família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução dos adultos"[30]. Talvez isso explique a relativa perda de importância do sistema penal no desenvolvimento atual dos processos de controle social do desvio, ou seja, constatam-se cada vez mais formas jurídicas "não penais" – assistência social, considerada na sua função de controle social – ou não jurídicas, como a publicidade e a propaganda como formas de condicionar comportamentos e atitudes. Todavia, ressalta-se que é uma perda de importância relativa, pois, em termos absolutos, o sistema penal continua sendo o grande instrumento do avanço do poder punitivo[31].

A criminologia crítica, nessa seara, torna-se insubstituível para nos ajudar a pensar nesse processo. Tendo as instituições de controle social e a ação de seus agentes como objeto de estudo a justiça menoril e suas ações, com seus processos enraizados em bases positivistas, tornam-se o alvo inevitável da análise macrossociológica[32] desse referencial teórico.

Nessa esteira, o direito penal ou, mais especificamente, o direito penal juvenil[33], torna-se, assim, de ponto de partida para a definição do objeto da investigação criminológica, no objeto mesmo da investigação[34].

---

28. MALAGUTI BATISTA, Vera. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 31.
29. Ibidem, p. 169.
30. Idem.
31. Ibidem, p. 154.
32. Análises feitas, por exemplo, pela criminologia crítica por meio de uma abordagem histórico-social e crítica dos processos políticos, sociais e econômicos, tendo como escopo uma visão global da sociedade.
33. Segundo alguns autores, o direito penal juvenil seria um conjunto de normas que regulam a responsabilidade infracional do adolescente, ver: ROSA, Alexandre Morais da.

Na construção dessa abordagem crítica da justiça menoril, pode-se adotar as definições de criminologia que Zaffaroni chamou de "saber e arte de despejar discursos perigosistas" ou de "curso dos discursos sobre a questão criminal", ou ainda adotar o que Baratta propôs como um novo modelo integrado de ciência penal, tendo o direito como técnica e a ciência social como ciência propriamente dita.[35]

Seguindo essas perspectivas, a compreensão do objeto da criminologia requer o entendimento da demanda por ordem de nossa formação econômica e social. Nesse sentido, a criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem. A marcha do capital e a construção do grande ocidente colonizador do mundo e empreendedor da barbárie precisaram da operacionalização do poder punitivo para assegurar uma densa necessidade de ordem[36].

No âmbito da justiça menoril, Santos[37], ao analisar o ato infracional e o processo de "infracionalização" (criminalização para a criminologia crítica) no âmbito da responsabilidade infracional prevista no ECA, além de negar o caráter ontológico do desvio cometido por crianças e adolescentes, vai muito além, ao afirmar que:

> "[...] primeiro, que infração não é função de adolescente infrator, mas comportamento normal do adolescente – no caso da juventude brasileira, que vive em condições sociais adversas e, com frequência, insuportáveis, o comportamento anti-social normal pode ser, também, necessário; segundo, que a qualidade de infrator não constitui propriedade intrínseca de adolescentes específicos, mas rótulo atribuído pelo sistema de controle social a determinados adolescentes; terceiro, que a posição social desfavorecida do adolescente que pratica uma infração é decisiva para sua criminalização (aqui, no sentido

Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006 e COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

34. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 149.
35. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 155-158.
36. MALAGUTI BATISTA,Vera. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 19.
37. SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

> de 'infracionalização'); quarto, que a seleção desigual de adolescentes no processo de criminalização pode ser explicada pela ação psíquica de estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais dos agentes de controle social; quinto, que a prisionalização (no sentido de 'institucionalização') do adolescente rotulado como infrator produz reincidência e, no curso do tempo, carreiras criminosas. Na base desses processos estão as determinações primárias do comportamento antissocial: as desigualdades estruturais das relações econômicas e sociais, instituídas pelas formas políticas e jurídicas do Estado, que garantem e legitimam uma ordem social injusta."[38]

Portanto, é imprescindível não só encarar o ato infracional como uma construção social decorrente da ação das instituições de controle social mas também como um fenômeno social normal e necessário, principalmente nessa fase transitória e complexa da vida em que o comportamento desviante da juventude assume um caráter específico e não representa "sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação"[39]. Existem pesquisas mostrando que todo jovem comete pelo menos 1 (um) ato infracional[40]; então, como esperar que a juventude pobre brasileira – que é cinicamente selecionada pelo sistema entre todos os jovens que cometem infrações, e que vive usurpada de seus direitos básicos – não incorra em atos infracionais. Com isso, não se quer difundir uma concepção de que a pobreza é naturalmente causa do ato infracional, mas sim que, nas condições precárias em que (sobre)vivem os meninos pobres deste país, não há como esperar a adequação de seus comportamentos com os valores desse sistema capitalista excludente e desigual.

3. Subsistemas de controle social e as contradições da justiça menoril

A justiça juvenil, instituída em 1923, se estruturou sobre as ideias de periculosidade e controle social de imensos contingentes humanos marginalizados com o processo de modernização conservadora do Brasil, contexto em que se observam a criação do juizado de menores e depois o Código de Menores. Segundo Vera Malaguti Batista[41]:

38. Idem.
39. Idem.
40. Idem.
41. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis Ganhos Fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 68.

> "Trata-se de um sistema minuciosamente organizado, influenciado também pelas idéias de Lombroso. É neste momento que a palavra menor passa a se associar definitivamente a crianças pobres, a serem tuteladas pelo Estado para a preservação da ordem e asseguramento da modernização capitalista em curso."

Assim, a tese da criminologia crítica de que a justiça menoril deve ser compreendida como um tentáculo do vasto sistema punitivo geral, utilizando objetivos não declarados (seleção, estigmatização, criminalização etc.), não pode prescindir do conhecimento do contexto histórico e, consequentemente, do conhecimento das bases ideológicas (positivistas) que nortearam a criação e o desenvolvimento da justiça juvenil no Brasil.

Somado a isso, é importante perceber que, à luz da criminologia crítica, essa expansão do poder punitivo mediante a possível formação de subsistemas de controle social, carregados de discursos perigosistas, está associada, como já ressaltado, à relativa perda de importância do papel do sistema penal no desenvolvimento atual do sistema de controle social do desvio.

Barata[42] também percebe as práticas desse sistema punitivo, englobando vários subsistemas, quando analisa as relações entre o sistema escolar e o sistema penal, constatando que essas instituições utilizam das mesmas práticas de discriminação, seleção e marginalização, assegurando um sistema de filtros e um *continuum*, em que a justiça juvenil pode atuar em complementaridade com as funções de discriminação iniciadas no sistema escolar e aprimoradas pelo sistema penal. Assim, a justiça menoril pode ser um "subsistema específico no universo dos processos de socialização e educação, que o Estado e os outros aparelhos ideológicos institucionalizam em uma rede cada vez mais capilar".[43]

Esses filtros sucessivos materializados por uma série de mecanismos institucionais, entre a escola e a justiça penal, que asseguram essa continuidade e transmitem certa zona da população de um para outro subsistema, podem ser vistos nas tarefas de assistência social, de prevenção e de reeducação em face do desvio de menores[44].

Os indícios de que a justiça juvenil seria um subsistema de controle social são reforçados pela constatação do abismo que se formou entre o plano normativo e a realidade no âmbito dessa instituição. No plano normativo, a área infantojuvenil

42. Ibidem, p. 169.

43. Idem.

44. Ibidem, p. 181.

tem avançado relativamente quanto à preocupação com os direitos fundamentais, reconhecendo a criança e\ou adolescente como sujeito(s) de direito – exemplos desse avanço relativo é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)[45] –, porém a realidade pouco mudou desde o advento dessas normas. Essa instituição continua (re)produzindo os discursos do sistema punitivo, principalmente quando se observa a permanência do olhar seletivo e criminalizador que ela dirige sobre a juventude pobre deste país.

Baratta[46] corrobora com essa constatação ao perceber que quanto mais se aumentou o nível qualitativo das normas em relação à infância e juventude, maior o atraso da realidade em relação a ela, sustentando, ainda, que esse atraso pode ser explicado pelos obstáculos materiais e ideológicos que decorrem da grande desigualdade social que existe no Brasil, ou seja, "é a grande distância social entre ricos e pobres que faz com que no Brasil, seja tão grande a distância entre normas e realidade"[47].

Maria Liduina Oliveira e Silva[48] observou as continuidades que a justiça juvenil prosseguiu reproduzindo mesmo com a substituição do Código de Menores (1979) pelo ECA. Ela observou como o avanço na legislação não foi capaz de romper com o sistema de dominação anterior, que, ao contrário, acabou ganhado novos contornos, em que a ampliação dos direitos e das garantias processuais direcionados às crianças e aos adolescentes teve como contrapartida a imposição e o aumento de responsabilidades penais e controle sociopenal, bem como formas de punição aos adolescentes com práticas de atos infracionais[49]. Nesse sentido, tal como a justiça penal – que, ao contrário da justiça juvenil, nas últimas décadas tem cada vez mais endurecido suas normas –, o ECA não superou a lógica de dominação e controle social, mas se constituiu em uma lei moderna, que é o prolongamento do Código de Menores[50], assim como continua reproduzindo justificativas superadas pela criminologia crítica em relação à medida socioeducativa ou pena.

45. Lei 8.069, de 1990.
46. BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 27-28.
47. Idem.
48. OLIVEIRA E SILVA, Maria Liduina. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores: descontinuidades e continuidades. *Revista Quadrimestral de Serviço Social*, São Paulo, n. 83, ano XXVI, 2010.
49. Ibidem, p. 35.
50. Ibidem, p 45.

> "Podemos observar que as descontinuidades previstas no ECA ocorreram no 'varejo', promovendo modificações que mantiveram o projeto político de sociedade presente no Código de Menores. Nesse sentido, é preciso deixar claro que o conteúdo filosófico do ECA não contém a negação e a ruptura com o Código, como é tão propalado pelos militantes do movimento pela infância. O projeto de sociedade capitalista se manteve inalterado na estruturação do ECA, mostrando que seus alicerces são pautados na questão da prevenção geral, que remete à 'periculosidade juvenil', isto é, à perspectiva criminológica face aos adolescentes em conflito com a lei."[51]

Sob a égide do ECA, a justiça da infância e juventude parece reproduzir, de forma tão aviltante, como nenhuma outra instituição, a contradição entre o discurso declarado (oficial) e suas práticas perversas, pois propaga um discurso bonito, de proteção e respeito aos direitos fundamentais dos adolescentes, em que seus agentes sabem o que é melhor para o adolescente[52], porém suas práticas continuam (re)produzindo uma lógica punitiva, em que se constata a formação de uma complexa estrutura punitiva, sustentada por conhecimentos médicos, psicológicos, sociais, jurídicos etc., em que se percebe que ninguém protege ou se encontra a favor do adolescente. Esse poder concedido aos técnicos disfarça a violência por meio do tecnicismo, com objetivo de fazer com que o alvo dessa violência (a juventude pobre) se adapte sem chegar a ter consciência e sem reagir, ampliando as fronteiras da exclusão e perpetuando um processo de violência institucionalizada[53].

Essa flagrante contradição entre os objetivos declarados e os não declarados pode ser constatada entre as práticas de controle sociopenal, como a seletividade, e a falaciosa proteção, que ajudam a reproduzir uma estrutura punitiva para os adolescentes em conflito com a segurança social e a lei penal, colocando as questões relacionados com a criança e o adolescente como caso de polícia e de justiça.[54]

---

51. Idem.
52. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 288.
53. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 117.
54. OLIVEIRA E SILVA, Maria Liduina. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores: descontinuidades e continuidades. *Revista Quadrimestral de Serviço Social*, São Paulo, n. 83, ano XXVI, 2010. p. 46.

Enfim, no estágio atual da justiça de menoril, sob a vigência do ECA – considerado por muitos uma legislação avançada em termos de garantias de direitos –, não há como negar o processo de continuidades[55] que persistem, pois ainda são muito vivas as premissas periculosistas sobre a juventude pobre, principalmente em análises produzidas por meio de laudos psicológicos ou decisões que aplicam internação por tempo indeterminado, perversidades que se escondem atrás de um discurso bonito, valorativo, emitido pelos imaginariamente bons, por aqueles que sabem o que é melhor para a sociedade e para os adolescentes[56].

4. Continuidades e permanências dos mesmos processos de criminalização

Passear pelo antes e depois do advento do ECA e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989) é se deparar com as mesmas histórias tristes[57] e com o mesmo processo de criminalização da juventude pobre brasileira. O que se observa da análise desses momentos é a permanência das continuidades de vários discursos e práticas punitivas revestidas de novas justificativas e novas ideologias.

De fato, quando se faz uma comparação do panorama anterior com o atual, não há como negar uma melhora do sistema de responsabilização juvenil, pelo menos no plano formal. Esse avanço, segundo Mello[58], pode ser verificado pela passagem da doutrina da "situação irregular" para a doutrina da "proteção integral". Basicamente, segundo a autora, a "situação irregular" é[59] uma doutrina que não faz distinção entre o jovem delinquente e o jovem abandonado, sendo ambos objeto de intervenção da justiça menoril. Durante a vigência do Código de Menores, essa doutrina propagava uma falsa proteção ao jovem, que tinha como

55. Ibidem, p. 34.

56. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 288.

57. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 113.

58. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Inimputabilidade penal*: adolescentes infratores: punir e (res)socializar. Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 81-86.

59. "é" e não "era" foi empregado de forma proposital, uma vez que este capítulo vai demonstrar que na prática a justiça menoril continua com os mesmos discursos.

contrapartida a violação de seus direitos básicos – como ampla defesa, responder o processo em liberdade, entre outros –, que eram ignorados em nome de "um falso paternalismo anticidadão"[60], que justificava violências arbitrárias, como a privação de liberdade, contra a juventude pobre da América Latina em instituições que não passavam de verdadeiras prisões[61].

Já a doutrina da "proteção integral", baseada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989) e no ECA, caracteriza-se não apenas na proteção e na vigilância como também na defesa dos direitos de todas as crianças e adolescentes, abrangendo a sobrevivência (vida, saúde), o desenvolvimento pessoal (educação, cultura) e a integridade física. Assim, "a criança e o adolescente passam a ser percebidos como sujeitos de direitos gozando de todos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana".[62]

Todavia, essa mudança de paradigmas não provocou rupturas na realidade social da juventude brasileira; pelo contrário, o longo e contínuo processo de criminalização dos meninos pobres apenas ganhou outras roupagens no já conhecido "moinho de gastar adolescente", que representa a história da justiça juvenil no Brasil.

As pesquisas feitas antes do advento do ECA (Vera Malaguti Batista[63]) e os estudos feitos após o Estatuto (Costa[64], Santos[65], Rosa[66], Frasseto[67] etc.), com suas

60. Ibidem, p. 82.
61. Idem.
62. Ibidem, p. 86.
63. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
64. COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
65. SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.
66. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 291.
67. FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 309.

especificidades, evidenciam que o sistema de responsabilização do adolescente e as instituições que fazem parte dele (re)produzem os mesmos discursos e dirigem esse "moinho" para os mesmos meninos, comprovando a força desse vasto sistema punitivo diante de qualquer tipo de avanço na legislação ou de qualquer mudança no panorama político do Brasil.

As palavras de Vera Malaguti Batista representam muito bem, o que até hoje é, esse contínuo processo de criminalização da juventude pobre:

> "As histórias se repetem, pequenos furtos, meninos pobres, analfabetos, pretos e que quase sempre têm ocupação fixa, ou seja, trabalham. J.F e M.R., presos em 1931 por furto de ferramentas, são respectivamente caixeiro de armazém de secos e molhados e servente de pedreiro. Analisando as informações do Comissário de Vigilância vemos que os extensos questionários são pouco preenchidos. Penso que, com o tempo, os próprios agentes do sistema percebem que na história de vida dos meninos não pontificam as perversões lombrosianas, ou as características hereditárias do biologismo criminal, mas sim as histórias de miséria, de exclusão, de falta de escola, de pequenos incidentes que introduzem o jovem a um processo de criminalização que apenas magnifica e reedita a marginalização que seu destino de preto e pobre já marcava."[68]

Porém, essa breve análise de dois momentos da história do sistema de responsabilização do adolescente, além de mostrar as permanências e continuidades no controle social da juventude negra e pobre, tem por objetivo alertar os que militam e propagam a legislação atual como um sistema protetor e garantidor dos direitos fundamentais, acreditando cegamente na positivação de direitos.

4.1. As garantias processuais nesses dois momentos da história

Mesmo com o advento do ECA e da Constituição de 1988, bem como com a tão comemorada passagem da "situação irregular" para "proteção integral", verifica-se que certos avanços no plano formal nos processos envolvendo adolescentes – a obrigatoriedade de defesa técnica; a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais; a privação de liberdade como exceção; e a aplicação da medida socioeducativa como resposta à prática de ato infracional, e não simplesmente pela "situação irregular" do adolescente – não conseguiram romper com a lógica punitiva das instituições que cuidam do controle do desvio de menores.

68. Ibidem, p. 71.

Vera Malaguti Batista, ao analisar os processos envolvendo adolescentes, sob a égide do Código de Menores, verificou que não existia a defesa técnica do acusado, e que o adolescente era processado e entrava no circuito penal sem que aparecesse a figura do advogado.[69]

O advento do ECA e a consequente obrigatoriedade de defesa técnica nos processos envolvendo adolescentes pouco romperam com a realidade. Ana Paula Motta Costa[70] observa como a figura e o papel do defensor são desprezados nesses processos, em que juízes e promotores acabam assumindo o protagonismo nessa relação. Ela sustenta que – além das dificuldades materiais enfrentadas pelos adolescentes para contratar advogados particulares, em razão de a grande maioria ser pobre – o que está por trás desse desprezo pela defesa técnica é a concepção de que a presença de um advogado seria inútil, bem como poderia "atrapalhar o bom andamento do processo".

Nesse sentido, ainda quando existe defesa técnica nesses processos, seus argumentos e teses são absolutamente desconsideradas, ou desconstituídas por justificativas subjetivas[71] que acabam desvirtuando a verdadeira função de um processo. Esse discurso absurdo foi constado em manifestação do Ministério Público em um dos processos analisados na pesquisa de Ana Paula Costa.

> "Em primeiro lugar, com a devida vênia da signatária, cabe assinalar que a matéria aventada de ordem eminentemente técnica, não devia ser objeto do presente feito, que, está sobre o abrigo do ECA, cujo fim é protetivo, visando tão somente a ressocialização, a recuperação, a reinserção dos tutelados no meio social."[72]

Em relação à fundamentação das decisões judiciais e à aplicação da medida privativa de liberdade, é permanente a concepção de que o sistema de responsabilização para o adolescente deve ser guiado por uma espécie de "informalidade", em que as regras do jogo são esquecidas em prol de uma cultura que crê na aplicação da medida socioeducativa como um bem para o adolescente.[73]

69. Ibidem, p. 79.
70. COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 144.
71. Idem.
72. Idem.
73. Ibidem, p. 114.

Assim, embora a fundamentação das decisões judiciais seja uma garantia constitucional (art. 93, IX, da Constituição de 1988) e esteja prevista na Lei especial (art. 189 do ECA), Ana Paula Costa[74] constatou a predominância do subjetivismo nas sentenças que aplicam medida socioeducativa, sendo comum deparar-se com decisões que decretam a medida privativa de liberdade, sob argumentos de que é uma medida de proteção ao adolescente, uma forma de tratamento contra o vício em drogas, ou até mesmo uma necessidade de o jovem ser contido para sua própria segurança.

Ana Paula Costa[75] se deparou concretamente com a esdrúxula decisão de decretação da medida socioeducativa de internação, sob a justificativa da necessidade de o jovem ser contido para sua própria segurança.

> "Analisando os autos, chego à conclusão de que a adolescente Adriana necessita de urgente contenção, posto que esta magistrada te conhecimento de que ela está fora de controle e representa perigo aos seus familiares e a si mesma, pois convive com pessoas de má conduta. Saliento que tal medida é necessária para preservar sua integridade física, pois há nos autos informação, da genitora, de que está jurada de morte por vários indivíduos da comunidade em que reside a adolescente."[76]

É impressionante como essa prática remonta ao momento anterior. Vera Malaguti Batista[77], nos processos analisados entre 1968 e 1988, verificou os mesmos discursos, a aplicação e a manutenção da privação de liberdade sendo fundamentada no tratamento contra o vício de drogas, no estado de abandono e na necessidade de resguardar a segurança do adolescente. Ela cita, por exemplo, alguns casos nesse sentido.

> "Entre os casos de internação aparecem jovens que integram estruturas de tráfico e que correm perigo de vida ao serem presos e informarem sobre as atividades que desenvolviam. É o caso de A.G.M., 16 anos, preto morador de Quintino, preso em 31/07/78 com cento e setenta cartuchos de maconha, que delata à polícia o nome do 'dono do negócio'. O juiz determina sua internação 'recomendando que lhe dê o tratamento, bem como vigilância, tendo em vista

74. Ibidem, p. 154-157.

75. COSTA, Ana Paula Motta. Op. cit., p. 155.

76. Idem.

77. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 81-131.

> o teor de suas declarações onde aponta terceiros'. Internado em 1/2/78 no Instituto Padre Severino A.G.M. ali permanece até 31/10/1980.[78]
>
> J.P.S.F., 17 anos, biscateiro, branco, sem residência fixa, apreendido em 14/1/78 com 0,83 g de maconha, recebe sentença de internamento no Instituto Padre Severino 'tendo em vista o seu estado de abandono'. Sete meses depois foi transferido para a escola João Luiz Alves, onde no setor psiquiátrico foi 'submetido a terapia hipnótica (Nitrazepol 5mg ao deitar) apresentando melhora no quadro. Por ser menino de rua, fica internado indefinidamente; por fumar um cigarro de maconha é submetido a uma terapia com emprego de drogas pesadas!"[79]

Por sua vez, as decisões judiciais no âmbito do ECA ainda são permeadas pela falta de fundamentação/motivação, principalmente quando se observam as circunstâncias em que estão inseridos esses processos. Vera Malaguti Batista[80] observa que ainda é muito comum a constatação de decisões judiciais sofrendo influência do apelo da comunidade para a segregação de algum adolescente, bem como da grande repercussão na opinião pública de um crime cometido por adolescente.

Assim, a medida socioeducativa de internação, prevista para ser aplicada de forma excepcional, tem sido uma verdadeira perversidade. A previsão de tal medida e os requisitos para sua aplicação (art. 122 do ECA) têm sido considerados uns dos grandes problemas do estatuto. O caráter subjetivo de expressões como "grave ameaça a pessoa" e "reiteração de atos infracionais graves" tem dado margem para várias interpretações, abrindo espaço para que o sistema de responsabilização (re)produza um viés punitivo, que adota a privação de liberdade em praticamente todos os casos de adolescentes infratores.[81]

Verifica-se, quase sempre, a tendência em justificar o requerimento ou a aplicação da medida privativa de liberdade com base em características da personalidade do adolescente, revelando o viés positivista que persiste nas práticas da justiça menoril, desde sua fundação no início do século XX.

Todas essas contradições, continuidades e permanências em relação à aplicação das medidas socioeducativas podem ser frutos da visão eufêmica que os operadores

78. Ibidem, p. 115.
79. Ibidem, p. 11.
80. Ibidem, p. 150.
81. Ibidem, p. 88.

da justiça menoril possuem quanto aos seus dispositivos, desconsiderando que a privação de liberdade, por exemplo, possui um caráter aflitivo e desumano.

> "O reconhecimento desse caráter aflitivo da medida foi um dos grandes ganhos da elevação do adolescente à condição de cidadão promovida pela entrada em vigor do ECA. Permitiu à população adolescente acesso a direitos outorgados ao mundo adulto há pelo menos dois séculos, tais como o de conhecer previamente a acusação, ser ouvido, impugnar provas e produzir outras etc. Compatibilizou, de outro lado, o texto legal ao consenso universal acerca da nocividade da institucionalização como estratégia de proteção, cuidado ou educação, visões que sempre legitimaram, em nome de bons propósitos, as mais variadas arbitrariedades (sic) contra crianças e jovens. Permitiu, mais, neutralizar iniciativas que advogam a redução da maioridade penal sob o pretexto de que adolescentes não são responsabilizados, ou punidos (sic), pelos seus atos. Permitiu, enfim, reduzir o nível de discricionariedade (arbitrariedade) do mundo adulto em face da população infanto-juvenil, proclamando que as medidas, como sanções, não devem ser aplicadas sempre que se entende-las necessárias ao atendimento a um vago 'interesse superior do menor', mas sim somente quando for possível, vale dizer, nas hipóteses previstas em lei e somente nelas."[82]

Marília Mello[83], ao abordar o tema da inimputabilidade penal, faz uma crítica aos doutrinadores que insistem em negar qualquer caráter punitivo ao sistema de responsabilização do adolescente, previsto no ECA. Essa visão, segundo ela, contribui para que a medida socioeducativa seja despojada de qualquer caráter aflitivo, colaborando, por exemplo, para que seja propagado o falso discurso da impunidade do adolescente infrator, como se ele estivesse fora do sistema punitivo estatal. Por isso, não se pode cair na armadilha de exercitar o poder de impor uma medida de maneira "bondosa", principalmente quando se trata de privar a liberdade de um adolescente, pois essa função de impor, privar, limitar, sempre será realizada em nome do poder.[84]

---

82. FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 309.
83. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Op. cit., p. 22.
84. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 291.

Aury Lopes Jr.[85] corrobora com essa concepção ao sustentar que o desrespeito às garantias fundamentais não pode ser justificado, sob o argumento e a ilusão de que "todos no processo estão a serviço da defesa do adolescente", procurando sempre a melhor solução para "recuperá-lo". Para ele, esse argumento é uma "falácia garantista similar àquela existente na execução penal (e o discurso de que 'todos são defensores do apenado', quando na verdade, ninguém o é!)"[86]. Assim, o sistema de responsabilização do adolescente para apuração do ato infracional "se transforma, na realidade, num hibridismo inquisitorial em que todos estão contra o imputado (ou pelo menos, ninguém está realmente a seu favor)".[87]

Ao analisar criticamente a permanência dessa "mentalidade tutelar", que acaba encobrindo o caráter nitidamente punitivo das práticas judiciais e institucionais no âmbito da justiça juvenil no Brasil, Ellen Rodrigues[88] sustenta que essas práticas não são apenas resultado de uma falta de sensibilidade ou de conhecimento dos operadores desse campo, mas apontam para uma lógica seletiva e excludente que historicamente tem estruturado a justiça juvenil no Brasil desde o século XIX e que, no atual contexto neoliberal, tem ganhado força.

4.2. O positivismo, sempre ele: a permanência do saber positivista nos dois momentos desse contínuo processo de criminalização

Por sua vez, falar em permanências e continuidades, principalmente os discursos e práticas que resistem diante de qualquer crítica e qualquer mudança, é falar nos saberes positivistas. Verificou-se como esses saberes, ao longo da história, têm sido instrumentos de legitimação e controle social seletivo.

Seja na criminologia, na sociologia, na psicologia, seja no direito, o positivismo sempre foi uma grande permanência no pensamento social brasileiro[89]. O positivismo criminológico sempre focou na análise do criminoso e suas patologias

85. LOPES JR, Aury. Prefácio. In: COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18.

86. Idem.

87. Idem.

88. RODRIGUES, E. C. C. Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática de infração penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* , v. 127, p. 225-262, 2016.

89. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 41.

internas, o que provocou uma espécie de divisão da humanidade entre seres humanos normais e anormais. Para o discurso positivista, o "criminoso" é um sujeito anormal e deve ser tomado como objeto de terapêuticas sociais[90], ou seja, deve ser corrigido e reabilitado, e essa reabilitação deve se efetivar, por exemplo, com a utilização do trabalho como medida ressocializadora.

Por outro lado, sabe-se que o positivismo se constituiu em um saber "a serviço da colonização, do escravismo e da incorporação periférica ao processo de acumulação do capital"[91]. A introdução de suas ideias na América Latina foi e continua sendo uma experiência devastadora. Vera Malaguti Batista, ao fazer uma análise da recepção desse saber, constata que:

> "A recepção dessas ideias na nossa margem latino-americana foi um 'assombroso transplante', como diria Roberto Bergalli. Ele analisa histórica e politicamente a conjuntura dessa recepção e nos remete a uma pergunta básica: por que interiorizamos tão profundamente uma ideologia tão destruidora de nossos povos, de nossa cultura? Como nos deixamos aprisionar tão intensamente por um quadro teórico que nos conduziu a nos constituirmos em território degredo, campos de concentração, zonas de truculência e extermínio sem limite? O positivismo atualizou a configuração da América Latina em gigantesca instituição de seqüestro; concentração de povos 'degenerados' e indesejáveis: africanos, índios, judeus, mouros e criminosos natos da Europa."[92]

Observa-se, inclusive, que o positivismo é uma espécie de "cultura"[93], uma "cultura" viva até os dias atuais, que cada vez mais se renova, seu discurso científico, como já foi ressaltado, serve não apenas para justificar, por meio do saber, a desigualdade entre os indivíduos, como também serve de fundamento para que as instituições de controle social e seus operadores atuem, muitas vezes de forma ingênua, no sentido de "recuperar", "corrigir", "reeducar" e "ressocializar" os indivíduos considerados anormais, perpetuando "as famigeradas ideologias 're'"[94]. Essas ideologias justificam, cada vez mais, a demanda por punição, para que os anormais sujeitos à intervenção dessas instituições sejam "curados".

O positivismo esteve constantemente entrelaçado com a justiça menoril, desde o seu nascimento no início do século XX. As práticas da instituição e seus

90. Idem.
91. Ibidem, p. 44.
92. Ibidem, p. 46.
93. Idem.
94. Ibidem, p. 45.

dispositivos, até hoje, não romperam com o "olhar moral e periculosista" sobre a situação da juventude pobre, bem como não romperam com as famigeradas ideologias "re", observadas até hoje nas práticas pedagógicas de "reeducação" existentes nas instituições de controle do desvio de menores, mesmo sob a vigência do ECA.

Alessandro Baratta[95], ao analisar a pesquisa de Vera Malaguti Batista[96], percebeu essas continuidades e permanências do positivismo e seu "olhar moral e periculosista" sobre a juventude pobre brasileira. Ele observa que, durante os 80 (oitenta) anos de história percorridos pela autora, os principais componentes ideológicos de controle social dessa instituição se mantiveram, principalmente na abordagem relativa à atuação dos agentes (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais) dessas instituições e suas noções preconceituosas sobre família, trabalho e lugar de habitação dessa juventude.

Quando se observa a situação da justiça menoril atualmente, na vigência do ECA e da Constituição Federal de 1988, é impressionante como os discursos, as práticas e os componentes ideológicos do positivismo, apontados por Vera Malaguti Batista no século passado, continuam vivos até hoje no cotidiano das instituições que cuidam do desvio de menores.

> "Se uma evolução parece existir, esta consiste por um lado, na progressiva confirmação e consolidação destes componentes, e por outro, na institucionalização dos efeitos desumanizantes, repressivos e segregadores do sistema, independentemente das transformações legislativas e das mudanças gerais das condições políticas. Cada fase percorrida pela história do sistema de justiça menoril parece voltada ao passado mais que ao futuro, isto é, voltada para a gestão de um problema de controle herdado da fase precedente, e para a conservação da lógica do controle, adaptando instrumentos às mudanças governamentais. A mudança nas dialéticas sociais serve para consolidar esta lógica em vez de propiciar a ocasião para um projeto de transformação na ótica do sistema. Essa mesma ótica é constantemente projetada na fase sucessiva e se trona cada vez mais consistente."[97]

95. BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 18-19.
96. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
97. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 18-19.

Apesar da pesquisa de Vera Malaguti Batista[98] ter se limitado ao ano de 1988, suas abordagens e críticas, infelizmente, são instrumentos para desconstruir os mesmos discursos que insistem em permanecer.

Os sinais da permanência dos discursos e componentes ideológicos do saber positivista estão escancarados e parecem não mais ter preocupação em se esconder, os processos de controle social contemporâneos estão funcionando de modo explícito, basta "ter olhos pra ver, ouvidos para escutar"[99].

No âmbito das práticas da justiça da infância e juventude, por exemplo, constatam-se, ainda hoje, a existência dos famigerados laudos periciais, que demonstram a permanência da preocupação com a personalidade do adolescente nos processos que apuram atos infracionais, preocupação típica do pensamento positivista.

A existência desses "estudos" sobre a personalidade do adolescente tem transformado os processos em um verdadeiro vale-tudo. A permanente preocupação com a situação pessoal e psicológica do adolescente em detrimento da apuração do cometimento ou não do desvio tem levado, quase sempre, os operadores desse sistema a aplicar a medida privativa de liberdade com fundamento em uma suposta "periculosidade". Assim, os assombrosos laudos periciais, presentes na maioria dos processos envolvendo adolescentes, expressam a tendência em justificar a punição a qualquer custo, com base apenas nas características pessoais.[100]

Alexandre da Rosa, ao discutir a aplicação das medidas socioeducativas, observa que elas são escolhidas com base no mais absoluto subjetivismo "lombrosiano"[101], valorando, principalmente, avaliações feitas por esses laudos periciais sobre a personalidade, a conduta e a classe social do adolescente.

> "Sobre a 'personalidade' do adolescente os julgamentos moralizantes desfilam com todo vigor. Auto-arvorando-se em censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados adjetivam muito mais do que democraticamente

98. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

99. RAUTER, Cristina. Discursos e práticas *PSI* no contexto do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 203.

100. COSTA, Ana Paula Motta. Op. cit., p. 134.

101. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 292.

> poderia se esperar. Julgam, enfim, o 'pária' com um desdém demoníaco em nome da 'segurança jurídica' e do 'bem', obviamente. Apesar de assim procederem, suas pseudo-constatações são o mais puro exercício de imaginação, quiçá um auto-julgamento, projetando no 'outro' seu 'inimigo interno' (Abreu), sem, ademais, qualquer hipótese comprovada refutável em contraditório, mas tão-somente impressões pessoais, lugares-comuns, incontroláveis, fascistas. A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Infracional Democrático fundado no Princípio da Secularização."[102]

Por outro lado, é curioso constatar que essa mesma realidade é constantemente observada nas práticas da justiça penal, em que se nota que a preocupação com a personalidade e o forjamento dessa suposta "periculosidade" têm justificado medidas absurdas, desumanas e desproporcionais contra os considerados "perigosos". Um bom exemplo disso foi a criação do perverso Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.[103]

Ana Paula Costa[104], em sua pesquisa dos processos envolvendo adolescentes no âmbito do ECA, verifica esse olhar positivista estampado não só nos laudos periciais mas também nos demais documentos do processo. Ela constata que as peças de acusação, por exemplo, em vez de relatar os fatos e fazer o respectivo enquadramento da conduta na legislação, tentam qualificar ao máximo a personalidade do adolescente[105]. Na constituição das provas nos processos, encontram-se vários tipos de documentos que relatam a "trajetória delituosa" e pessoal do adolescente, principalmente declarações dos Conselhos Tutelares e das escolas, chamando a atenção, mais uma vez, para as características pessoais, sem muita preocupação em comprovar se a conduta eventualmente cometida é fato típico, antijurídico e culpável.[106]

> "[...] o fato de os documentos integrantes dos processos revelarem a intenção de constituir prova não sobre fatos imputados, mas sim sobre a personalidade dos adolescentes, demonstra um retorno à concepção de Direito Penal do autor, e não do fato, prática processual característica do modelo processual inquisitório, e não acusatório, identificada com o paradigma etiológico."[107]

---

102. Idem.
103. As características desumanas desse regime foram instituídas pela Lei 10.792/2003.
104. COSTA, Ana Paula Motta. Op. cit., p. 129.
105. Idem.
106. Ibidem, p. 133.
107. Idem.

Não por coincidência, essas mesmas práticas e esse mesmo olhar periculosista têm acompanhado a justiça menoril, desde sua fundação no início do século XX. Até 1957, por exemplo, existia o velho "Boletim de Investigação do Comissário de Vigilância", uma espécie de laudo pericial dos dias atuais, que fazia considerações sobre o caráter, a moralidade e as perversões dos adolescentes[108]. Esse comissário era responsável pelos relatórios e pelas informações referentes aos adolescente, bem como representava o "olhar lombrosiano"[109] presente nas instituições de menores. Vejam-se algumas perguntas de um dos questionários desse Boletim:

> "Algum ascendente ou colateral é, ou foi, alienado, deficiente mental, epilético, vicioso ou delinquente?
>
> Com que gente costuma ajuntar-se? Seus camaradas são mais idosos, vadios, mendigos, libertinos, delinquentes?
>
> Qual o seu caráter e moralidade, seus hábitos e inclinações? É cruel, violento, hipócrita, tímido, generoso ou egoísta, viril ou afeminado, mentiroso, desobediente, preguiçoso, taciturno ou loquaz, rixoso, desonesto ou vicioso, dado ao roubo ou ao furto?
>
> Sua linguagem é correta ou usa de calão, de expressões baixas e indecorosas?"[110]

Mais tarde, com o advento do Código de Menores, o olhar periculosista dos operadores da instituição menoril permanece[111]. A preocupação dos técnicos (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais etc.) – responsáveis pelos relatórios, pareceres e diagnósticos – com as características pessoais dos adolescentes é uma constante. Segundo Vera Malaguti Batista:

> "Estes quadros técnicos, que entram no sistema para 'humanizá-lo', revelam em seus pareceres (que instruem e têm enorme poder sobre as sentenças a serem proferidas) conteúdos moralistas, segregadores e racistas carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social."[112]

---

108. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 74.
109. Idem.
110. Ibidem, p. 69.
111. Ibidem, p. 116-131.
112. Ibidem, p. 117.

Apesar das sólidas críticas ao saber positivista ao longo da história, principalmente pela criminologia crítica, e das mudanças nos contextos e nas legislações, os componentes ideológicos do positivismo, sobretudo a preocupação constante com a personalidade do adolescente, sempre permaneceram, seja de forma descarada – como no "Boletim de Investigação do Comissário de Vigilância" e nos pareceres, relatórios e diagnósticos presentes durante a vigência do Código de Menores –, seja de forma eufêmica nos laudos periciais e nos demais documentos presentes atualmente nos processos no âmbito do ECA.

A abordagem sobre o "olhar moral e periculosista", que os operadores da justiça sempre empreenderam nas práticas da instituição, perpassa, também, pela análise dos "discursos psi"[113] (psiquiatria, psicologia e psicanálise), principalmente pela distorção entre o que se declara e o que realmente se pratica. Esses discursos e esses saberes não foram introduzidos nas práticas das instituições de controle social para humanizá-las, para tornar as penas mais brandas, nem para propor a recuperação do criminoso, mas sim para introduzir novos modos de punir.[114]

Desse modo, na análise das continuidades e permanências no âmbito da justiça menoril, é importante destacar o olhar moral e periculosista que os técnicos (psiquiatras, psicólogos, assistente sociais etc.) lançaram e continuam lançando às noções de família e trabalho, em que "os discursos psi sobre o crime não parecem estabelecer com o discurso punitivo hegemônico alguma descontinuidade"[115].

Esse olhar, quase sempre preconceituoso, costuma ser observado quando os técnicos do sistema lançam mão das famosas ideologias "re" (ressocializar, recuperar, reabilitar, reeducar etc.) em favor do "bem-estar" do adolescente, bem como no momento da aplicação da medida socioeducativa.

Vera Malaguti Batista[116], ao ler os relatórios, pareceres e diagnósticos feitos por esses técnicos – entre os anos de 1968 e 1988, nos processos envolvendo adolescentes –, espanta-se com a carga ideológica negativa presente na visão sobre as

113. Para uma leitura mais aprofundada sobre esses discursos, ver: RAUTER, Cristina. Discursos e práticas *PSI* no contexto do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

114. Ibidem, p. 195.

115. Ibidem, p. 199.

116. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 116-131.

famílias pobres e não brancas. Ela observa que o convívio familiar, por exemplo, funciona sempre como atenuante de penas e alternativas de recuperação para jovens infratores; todavia, a visão preconceituosa e distorcida sobre as famílias pobres, que não se incluem em um modelo de "família-padrão" (Pai, mãe e filhos), "acaba funcionando como carga negativa que afeta duramente as sentenças e sanções estipuladas para jovens negros e/ou pobres"[117].

O tão falacioso conceito de "família desestruturada" é um claro exemplo dessa visão ideológica. Na leitura das avaliações feitas pelos técnicos, Vera Malaguti Batista percebe que a simples ausência do pai é suficiente para que o adolescente seja considerado proveniente de família desestruturada ou desagregada[118], o que provavelmente contribuirá para que sua medida e seu tratamento se agrave.

> "[...] Aqui a agregação é entendida como desagregação a partir do padrão patriarcal: senão há pai, é desagregada. Toda a realidade antropológica de organização da família afro-brasileira sobrevivente da escravidão, em que a mulher tem um papel 'agregador', é desprezada e entendida pelo seu contrário."[119]

O que causa perplexidade nos casos verificados pela autora é que, dependendo da origem socioeconômica do adolescente, que os técnicos estão analisando, a visão sobre família desestruturada é totalmente inversa. Isso demonstra não só a visão positivista e preconceituosa desses técnicos como também a seletividade[120] desse sistema.

> "J.P.R.P., 17 anos, branco, morador de apartamento na Tijuca, cursando a 8ª série do 1º grau, detido com 1,3 g de maconha em 1983, filho de um casal separado (coronel do Exército com uma assistente social) tem em seu estudo de caso da seção de Prevenção e Diagnóstico da Delegacia de Proteção ao Menor a seguinte conclusão:
>
> 'Em entrevista observamos que o menor procede de família organizada, tendo ainda irmãos maiores estudantes [...] Sugerimos à família o seu encaminhamento a serviço especializado'.

117. Ibidem, p. 118.

118. Ibidem, p. 119.

119. Idem.

120. O fenômeno da seletividade na justiça menoril será abordado no 3º capítulo.

> No serviço de Liberdade Assistida a assistente social declara:
>
> 'O menor é proveniente de família bem constituída, de classe média alta [...] Diante do exposto acima, não vemos a necessidade do menor se submeter a tratamento psicoterápico neste serviço. Acrescentamos ainda que a mãe do menor é assistente social, portanto capaz de lhe dar apoio necessário, no que aliás a mesma se comprometeu'."[121]

Esse olhar moralista continua a todo vapor nas práticas psi até os dias de hoje. Rauter[122] chama a atenção para os discursos que ainda insistem em diagnosticar a ausência paterna como um transtorno familiar (família desestruturada). Ela sustenta que os discursos propagados pelos profissionais do campo psi em relação à questão familiar, quase sempre, associam a ausência do pai nas famílias como geradora de criminalidade, bem como apontam essa ausência como causadora do elevado número de assassinatos de adolescentes, que no Brasil revela índices assustadores.

É espantoso como esse mesmo olhar moralista e distorcido sobre família continua vivo nas práticas da justiça menoril, ainda que sob a vigência do ECA. Alexandre da Rosa[123] observa que o tão propagado caráter pedagógico dessas medidas esconde a linha da criminologia positivista que ele segue. Rosa constata que os operadores dessas instituições costumam utilizar um modelo "chapa branca"[124] de família – que não por coincidência coaduna-se com o modelo ideal de família da classe média (pai, mãe, casa, filhos, carro, cachorro etc.) – para realizar suas avaliações e impor a medida socioeducativa. Assim, tudo que se afasta daquilo que foi concebido como família e "daquilo que o 'adolescente médio' deve fazer, não se sabendo o que isso significa, serve para majorar a resposta"[125].

Esse modelo "chapa branca" é justamente um paradigma arbitrário utilizado para dar suporte ao falacioso conceito de "família desestruturada". O pior de tudo é que, mais uma vez, se usa como parâmetro um conceito de família de classe

121. Ibidem, p. 120.

122. RAUTER, Cristina. Op. cit., p. 199.

123. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 289-294.

124. Ibidem, p. 292.

125. Ibidem, 293.

média sem qualquer preocupação com a clientela dessa instituição de controle social e seu processo de seletividade.

> "[...] Pouco se discute que a 'seleção' e o 'etiquetamento' daqueles que serão pegos pelas malhas da Justiça recai sobre a população excluída, onde o modelo tradicional de família não vigora, e é tão democrático como o de qualquer outro; inexiste um modelo 'chapa branca' de família, malgrado alguns totalitaristas ainda de plantão. [...]."[126]

Todas essas práticas continuam perpetuando a preocupação constante com as características que rondam a vida do adolescente, reproduzindo um discurso de base positivista. Assim, em vez de encarar o ato infracional, por meio das lentes da criminologia crítica, como um acontecimento e um ato normal da adolescência[127], costuma-se ver nele a manifestação de uma inferioridade negativa, muitas vezes de base genética, agravada por condições sociais, como a falta do pai e a família desestruturada[128].

Outro dispositivo ideológico utilizado na justiça menoril e que faz com que, mais uma vez, os operadores dessa instituição de controle social (re)produzam um discurso distorcido e moralista é a questão do trabalho.

Vera Malaguti Batista[129] chamou a atenção para a carga negativa que o trabalho informal, exercido pela juventude pobre recrutada pelo sistema, possuía na visão dos operadores das instituições responsáveis pelo desvio de menores no século passado, sob a vigência do Código de Menores. Vender jornais e doces, engraxar sapatos ou desempenhar qualquer função na via pública induzem à suspeição dessa juventude, ou seja, essas atividades eram valoradas nos discursos dos técnicos e contribuíam para formar o estereótipo do adolescente infrator, daquele que deve sofrer "tratamento" e "reabilitação" mesmo que não tenha cometido ato infracional, de acordo com a doutrina da situação irregular.

A autora[130] também verificou a ambiguidade do discurso em relação ao trabalho informal. Se, por um lado, essas atividades informais exercidas pela juventude

126. Idem.

127. SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

128. RAUTER. Cristina. Op. cit., p. 200-201.

129. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 121.

130. Ibidem, p. 122.

pobre não são consideradas trabalho, induzindo a suspeição dessa juventude despossuída, por outro lado, só o trabalho pode recuperar por meio do "ensino profissionalizante", que trata de manter esse contingente jovem atrelado a posições e condições subalternas.

> "Nos laudos que informam o processo, biscates e serviços não são considerados trabalho e fazem parte de um universo de suspeição em que são vinculados à ociosidade. Internos em estabelecimentos que irão recuperá-los através do 'ensino profissionalizante', recebem formação para voltar ao mercado de trabalho como biscateiros e prestadores de serviços, as mesmas ocupações que pareciam incriminá-los![131]
>
> O caso de A.M.N.T., 14 anos, morador de favela dos caídos, detido com nove sacolés de cocaína em 1988, é contraditório. A assistente social do Instituto Padre Severino diz: 'Não teve vida produtiva declarada, mas alega ter-se ocupado com subempregos diversos como engraxate ou outros biscates'. Já a psicóloga do Serviço de Liberdade Assistida, ao considerá-lo 'curado', afirma: 'atualmente o jovem está trabalhando como engraxate e perfeitamente integrado à sociedade'".[132]

Nos processos estudados por Vera Malaguti Batista é recorrente essa ambiguidade, bem como a visão do trabalho (ensino profissionalizante, oficinas, alistamento militar[133] etc.) como única forma de "recuperação" dessa juventude. Todavia, um fator que chamou a atenção é que essa "reinserção" na sociedade é quase sempre para as posições de submissão ao sistema e aos interesses perversos de uma sociedade hierarquizada como a brasileira.

Desse modo, a juventude pobre se depara com um sistema que não tem saída, ou se submete a um trabalho subalterno ou, então, o controle e as garras da punição dessas instituições irão cuidar de seu destino.

Por outro lado, é curioso como esses discursos e concepções sobre o trabalho há muito tempo vêm sendo reproduzidos na justiça penal, principalmente pelas

131. Ibidem, p. 124.

132. Ibidem, p. 122.

133. A ideia do alistamento militar, recomendada pelos técnicos, como uma das únicas alternativas para a juventude pobre é uma recorrência na pesquisa de Vera Malaguti Batista, essa ideologia remonta ao início da república brasileira, esse discurso é tão enraizado na mentalidade das classes populares que várias vezes meus avós diziam que era melhor eu me alistar no exército, pois esse "negócio" de estudar e frequentar uma universidade é só para gente rica.

teorias que utilizaram a "ideologia da defesa social"[134] para justificar a pena como forma de recuperar o delinquente e reinseri-lo na sociedade. Quem nunca viu ou ouviu falar em "ressocializar" os presos por meio do trabalho? Quem nunca viu ou ouviu falar das oficinas que se desenvolvem nas prisões como forma de "reabilitação"?

Em uma análise mais atual, sob a vigência do ECA, Alexandre da Rosa[135] observa essas mesmas concepções sobre o trabalho e, consequentemente, sobre essa forma de "recuperar" adolescentes. Ele vê nessas concepções a reprodução de uma ideologia "normatizante"[136], na linha da ideologia da defesa social, em que a bonita justificativa da medida socioeducativa de "ressocialização" do adolescente está estritamente ligada à imposição de valores dominantes da sociedade capitalista em jovens que "nascem tolhidos no seu direito básico: a liberdade de escolha".[137] Desse modo, se há alinhamento e submissão ao trabalho subalterno, como observado anteriormente, libera-se o adolescente para viver em sociedade. "Resistindo, exclui-se"[138].

> "[...] A Justiça da Infância e Juventude continua, salvo poucas exceções, contribuindo para fomentar a *ideologia da formação para o trabalho, o respeito à ordem e à disciplina*, a tolerância das violações por parte do Estado, agindo na camada mais excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos. Justifica o uso da opressão em uma parcela dada vez maior de

134. Para saber mais sobre a ideologia da defesa social, ver: BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 41-48.

135. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 289.

136. Alexandre da Rosa entende que a lógica "Normatizante" seria um discurso que não consegue respeitar a autonomia do adolescente, enquanto ser humano em desenvolvimento, em não querer, por exemplo, cumprir uma medida socioeducativa nos moldes como ela é imposta. Assim, a imposição da medida socioeducativa seria normatizante no sentido de buscar a todo momento enquadrar o adolescente em um modelo ou em valores próprios dessa sociedade capitalista desigual, que parece possuir um destino traçado para juventude pobre.

137. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 290.

138. Idem.

> pessoas – adolescentes – como o enfadonho e cínico discurso de que a intervenção é um 'bem para o adolescente'."[139] (grifo nosso)

Talvez esses preconceitos e esse olhar moral e periculosista estejam ligados a uma espécie de "lógica jurídico-penal-moral-individual"[140], em que essas concepções distorcidas sobre trabalho e família estão inseridas no contexto das chamadas "subjetividades capitalistas"[141], que propagam discursos e pensamentos absolutos, universais e homogêneos. Assim, constata-se que a resposta ao desvio da juventude sempre esteve inserida nessa lógica, em que a normatização e a "correção" do comportamento do adolescente sempre estiveram atreladas à adesão implacável dos valores dominantes.

> "Dentro das subjetividades capitalistas, as normas, as medidas, as identidades passam a ser condição de pertencimento a esta sociedade. A sua aceitação, a submissão a elas, é a garantia de se ter 'um lugar ao sol', é o preço que se paga para que se possa ser considerado e reconhecido como um cidadão integrado, um cidadão produtivo."[142]

Enfim, não há como negar que os objetivos aparentes do sistema – como ressocializar, reeducar, reinserir, reabilitar, profissionalizar – ajudaram e ainda continuam ajudando a encobrir os verdadeiros objetivos da justiça menoril: "manter sob controle uma parcela muito bem delimitada da população".[143]

Neste breve percurso por dois momentos da história da justiça menoril – um sob a vigência do Código de Menores, outro sob a égide do ECA –, constatam-se, independentemente de qualquer mudança no panorama político e na legislação, a permanência dos mesmos discursos; a continuidade das ideologias "re", agora revestidas da "alucinada pertinência pedagógica"[144] das medidas socioeducativas;

---

139. Ibidem, p. 289.
140. COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Modalidades de aprisionamento: processos de subjetivação contemporâneos e poder punitivo. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 187.
141. Ibidem, p. 190.
142. Idem.
143. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 125.
144. ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA

o mesmo olhar moral, seletivo e periculosista sobre a juventude pobre brasileira; enfim, a permanência do pensamento positivista, o qual tem causado tanto mal aos nossos meninos.

5. Considerações finais

A criminologia crítica foi, neste trabalho, uma espécie de água potável, regando um falso jardim (justiça menoril), pois foi com seu método e suas análises, ou com sua forma de "regar" a realidade social e as instituições que fazem parte dela, que se conseguiu demonstrar como algumas "flores" desse falso jardim não passavam de espinhos camuflados de boas intenções, que infelizmente continuam a perfurar e a chancelar a criminalização e a interrupção das vidas dessa juventude, vidas que parecem não ser dignas de serem vividas.

Não havia como encarar a realidade da justiça menoril e a situação em que se encontra a juventude negra e pobre com ingenuidade, colocando o debate fora das lentes da criminologia, mais especificamente da criminologia crítica. Suas análises foram primordiais para que não se caísse na armadilha de dois discursos ilusórios que permeiam o sistema de responsabilização do adolescente: o discurso reacionário que levanta, por exemplo, a bandeira da diminuição da imputabilidade penal, proclamando que o ECA é uma legislação que perpetua a impunidade; e o discurso dos que acreditam que esse sistema é protetor dos direitos e das garantias fundamentais da criança e do adolescente, desconsiderando o caráter não punitivo de suas práticas.

Nas sendas de Baratta[145], foi possível verificar o avanço do poder punitivo e a forma como ele se espalha e se (re)produz por várias instituições sociais, bem como sua materialização por várias práticas, algumas aparentemente bem-intencionadas, como na justiça menoril. Foi a partir da observação da existência do controle punitivo espalhado por várias instituições que Baratta percebeu a existência de um vasto sistema punitivo, englobando vários subsistemas, principalmente quando se debruça na abordagem comparativa das relações entre o sistema escolar e o sistema penal, constatando que essas instituições utilizam das mesmas práticas de discriminação, seleção e marginalização, assegurando um

(Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 290.

145. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

sistema de filtros e um *continuum*, em que a justiça juvenil atua em complementaridade com as funções de discriminação iniciadas no sistema escolar e aprimoradas pelo sistema penal.

Desse modo, pode-se afirmar, sem hesitação, que a justiça menoril é um "subsistema específico no universo dos processos de socialização e educação, que o Estado e os outros aparelhos ideológicos institucionalizam em uma rede cada vez mais capilar".[146]

Não foi mera coincidência, nas análises deste trabalho, constatar vários pontos convergentes entre a justiça penal e a justiça menoril, pontos ou problemas decorrentes de suas inclusões na mesma espiral criminológica ou no mesmo processo de criminalização e controle social. A abordagem sobre a crescente disparidade[147] entre as legislações que regem as referidas instituições, e, por outro lado, as semelhanças nas suas práticas, ajudaram no entendimento de como funciona o sistema punitivo e seus possíveis subsistemas de controle social.

Na abordagem de dois momentos históricos (antes e depois do ECA), foi possível perceber um *continuum* processo de criminalização da juventude pobre brasileira, esse processo de criminalização persistiu independentemente das mudanças no plano normativo e das mudanças no panorama político do país, com o processo de redemocratização na década de 1980, corroborando com a afirmação de Vera Malaguti Batista de que:

> "No Brasil, a criminalização da infância e da juventude pobre é uma permanência histórica: da catequese dos indiozinhos sem alma aos filhos dos escravos. A República não produziu nenhuma ruptura nesse marco; ao contrário, construiu a categoria menor instituindo racionalidades, programas e projetos para a governança das juventudes desqualificadas, a serem punitivamente administradas."[148]

Nesse sentido, observou-se, por exemplo, a permanência do discurso positivista no sistema de responsabilização do adolescente consubstanciado nos "discursos psi", e como ele é pensado com a mesma lógica da resposta do direito penal.

146. Ibidem, p. 169.

147. A legislação penal tem cada vez mais endurecido nos últimos anos em relação à legislação que cuida da responsabilidade do adolescente, exemplos: Lei de Crimes Hediondos, RDD etc.

148. MALAGUTI BATISTA, Vera. *A governamentalização da juventude*: policizando o social. Disponível em: [http://revistaepos.org/arquivos/01/verabatista.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

Assim, personalidade, conduta social e classe social contribuem para que respostas como a internação sejam aplicadas de forma seletiva, direcionadas, geralmente, para "corrigir" características típicas de adolescentes pertencentes à população excluída.

Todavia, foi explorando o fenômeno da seletividade que se verificaram a atuação e a reação diferenciada da justiça menoril em relação ao comportamento desviante da juventude, principalmente quando se observou a distribuição desigual das sanções informais – que se resolvem no âmbito da família – e das sanções institucionais – que implicam na intervenção da polícia e dos órgãos judiciários no âmbito da justiça juvenil. Percebeu-se que, em geral, salvo infortúnios individuais, os grupos sociais mais elevados conseguem subtrair os próprios menores à ação dos mecanismos institucionais de reação ao desvio – como a privação de liberdade e os efeitos estigmatizantes que essa sanção produz no *status* social –, ao contrário, leva os menores provenientes de estratos sociais mais débeis a uma assunção cada vez mais definitiva de papéis criminosos.

Diante da constatação do avanço do poder punitivo, da mentalidade punitiva que se espalha por várias instituições sociais, das contradições presentes no âmbito do sistema de responsabilização dos adolescentes, da criminalização seletiva e da realidade cruel de extermínio em massa vivenciada pela juventude pobre, chega-se a outra conclusão, senão a concepção de que a justiça da infância e juventude é um tentáculo do sistema punitivo, sendo, assim como a justiça penal, um subsistema de controle social.

É a partir da concepção de que a justiça menoril é um subsistema de controle social que se pode entender a produção de delinquência promovida pelas instituições que fazem parte dele. Não se pode desvincular o constante extermínio dessa juventude das práticas dos operadores da justiça menoril, suas práticas e seus discursos parecem marcar os corpos dos meninos pobres, fazendo com que a morte faça parte das engrenagens do próprio sistema. "[...] Relatos de terapeutas que trabalham no sistema socioeducativo, em diferentes instituições do Brasil, apontam a morte do paciente como motivo número um de interrupção de tratamentos"[149].

Enfim, não há como entender esse processo de extermínio da juventude pobre sem a compreensão da justiça menoril como um subsistema de controle social e seus permanentes discursos positivistas. "[...] Como explicar o número

149. RAUTER, Cristina. Discursos e práticas *PSI* no contexto do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 199-200.

vertiginoso de morte de jovens (muitos no cumprimento de medida socioeducativa), senão também pela 'autorização/legitimidade' de sua morte por um pressuposto de periculosidade?"[150].

Entre a realidade que choca, em que a morte ronda os adolescentes, e a realidade construída por meio da produção de delinquência, as ações do Estado Brasileiro, as políticas públicas para juventude e a opinião pública teimam em discutir e enfrentar essa realidade construída (a tão propagada crescente delinquência juvenil), e não a realidade dos fatos, da qual, ao que parece, ninguém procura se aproximar[151]. Vera Malaguti Batista[152], mais uma vez, perguntaria: Por que tanto apego ao fracasso? Por que a falta de coragem em romper com essa mentira?

Por outro lado, os direitos da criança e do adolescente, fruto de uma luta constante da sociedade civil, continua sufocado por essa relação com o avanço do poder punitivo e sua inclusão como um subsistema de controle social. Nesse sentido, Alessandro Baratta entende que:

> "[...] o sistema dos direitos das crianças e dos adolescentes foi, até o momento, esmagado por duas emergências: a emergência risco-abandono e a emergência criminal. Por conseguinte, e contrariamente ao proposto pela Constituição e pelo Estatuto, na ótica institucional e na opnião pública, prevaleceram as políticas públicas de resposta contingencial a essas urgências, e não as políticas públicas básicas, que deveriam representar a forma estrutural e preventiva de intervenção nas condições sociais e nos serviços fundamentais (escola, saúde, ambiente, trabalho, relações de propriedade), das quais dependem as emergências."[153]

É dentro desse contexto que não se deve encarar o ECA com ingenuidade, achando que tudo poderá se resolver com o reconhecimento e a simples positivação dos direitos da criança e do adolescente, pois, como já ressaltou Baratta[154], o

150. Ibidem, p. 200.

151. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Delinquência urbana e vitimização das vítimas. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 39.

152. MALAGUTI BATISTA, Vera. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 30.

153. BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 30.

154. Ibidem, p. 28.

ECA é um projeto de sociedade, ou seja, sem que se realize o projeto de uma sociedade mais igualitária e mais justa, a aplicação do novo direito da infância e da adolescência é impossível.

Ressalta-se, mais uma vez, que a realidade da qual ninguém procura se aproximar é a realidade em que adolescentes e jovens sofrem a todo o momento os efeitos do mundo globalizado, seja por sofrerem violências, seja por violentarem uns aos outros. Todavia, apesar de serem as principais vítimas dessa modernidade não apenas exterminadora, mas também segregadora e viverem uma história em que são violentados, são as violências produzidas pela juventude que ganham visibilidade na sociedade[155].

Parafraseando Vera Malaguti Batista, a pergunta que fica é: como alguém pode acreditar que esses meninos são os verdadeiros vilões da nossa tortuosa contemporaneidade?[156]

Referências

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges; rev. téc. Karina Kuschbir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Panorama nacional*: a execução das medidas sócio-educativas de internação. Brasília, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen). Brasília, 2013.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Modalidades de aprisionamento: processos de subjetivação contemporâneos e poder punitivo. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o Direito Penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

155. OLIVEIRA E SILVA, Maria Liduina. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores: descontinuidades e continuidades. *Revista Quadrimestral de Serviço Social*, São Paulo, n. 83, ano XXVI, 2010. p. 34.

156. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 40.

FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *A criminalização da juventude popular no Brasil*: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: [www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/bis/pdfs/bis_n44.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *A governamentalização da juventude*: policizando o social. Disponível em: [http://revistaepos.org/arquivos/01/verabatista.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

MALAGUTI BATISTA, Vera. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis Ganhos Fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Inimputabilidade penal*: adolescentes infratores: punir e (res)socializar. Recife: Nossa Livraria, 2004.

OLIVEIRA E SILVA, Maria Liduina. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores: descontinuidades e continuidades. *Revista Quadrimestral de Serviço Social*, São Paulo, n. 83, ano XXVI, p. 30-48, 2010.

RAUTER, Cristina. Discursos e práticas PSI no contexto do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

RODRIGUES, E. C. C. Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática de infração penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 127, p. 225-262, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (*agamben*). In: ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático*: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf]. Acesso em: 12.09.2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal do inimigo*: ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: [http://icpc.org.br/artigos/]. Acesso em: 12.09.2013.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Delinquência urbana e vitimização das vítimas. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). Depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A justiça juvenil pós declínio do modelo tutelar: discussões globais a partir de literatura comparada, de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Riccardo Cappi – *RBCCrim* 158/203-232 (DTR\2019\37527);
- Olhares sobre a justiça juvenil: (re)contando histórias, de Celso Fernandes Sant'Anna Júnior e Riccardo Cappi – *RBCCrim* 160/319-362 (DTR\2019\40705); e
- Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática de infração penal no Brasil, de Ellen Cristina Carmo Rodrigues – *RBCCrim* 127/225-262 (DTR\2016\24945).

A (não) aplicação de prisão domiciliar a gestantes e mães: um estudo sobre o cumprimento do HC coletivo 143.641 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

The (non) applicability of home detention to pregnants and mothers: a study on the compliance with Habeas Corpus *143,641 by the São Paulo court of appeals*

Vanessa Menegueti

Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora do SEVIJU – Grupo de Estudos sobre Segurança, Violência e Justiça. ORCID: 0000-0002-3642-9058.
nessamenegueti@gmail.com

Camila Nunes Dias

Doutora e Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP). Docente da Universidade Federal do ABC. Coordenadora do SEVIJU – Grupo de Estudos sobre Segurança, Violência e Justiça. ORCID: 0000-0002-8389-3830.
camila.dias@ufabc.edu.br

Recebido em: 02.05.2019
Aprovado em: 02.10.2019
Última versão das autoras: 21.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O Brasil é um dos países que mais encarcera mulheres no mundo. Direitos sexuais e reprodutivos são sistematicamente violados. As unidades prisionais apresentam péssimas e precárias condições. O uso indiscriminado da prisão provisória e os abusos na tipificação da Lei de Drogas têm efeitos mais graves sobre as mulheres presas. Diante desse cenário, e considerando os avanços legislativos obtidos no Brasil que não chegam a se efetivar para as mulheres presas – das quais grande parte estão custodiadas no

Abstract: Brazil is one of the countries that most incarcerates women in the world. Sexual and reproductive rights are systematically violated. Prison units have very poor conditions. The indiscriminate use of the provisional arrest and the abuses in the interpretation of the Law of Drugs has more serious effects on the women inmates. Given this scenario, and considering that the legislative advances obtained in Brazil are not effective for women inmates – whom are in large in custody in the State of São Paulo –, this study

Estado de São Paulo –, este estudo propõe compreender a implementação pelo TJSP da substituição da prisão preventiva por domiciliar a gestantes e mães com filhos de até 12 anos incompletos, bem como refletir sobre as resistências a novidades legislativas potencialmente desencarceradoras por meio de casos concretos analisados pelo STF no bojo do HC coletivo 143.641.

Palavras-chave: Encarceramento de mulheres – Sistema de justiça – Prisão domiciliar – Maternidade.

proposes to understand the implementation of the substitution of provisional arrest by home detention to pregnant women and mothers with children up to 12 years of age by the São Paulo Court of Appeals, as well as to debate the resistance to potentially new legislative majors to reduce inprisionement by analyzing concrete cases ruled by the STF in the records of the collective habeas corpus 143,641.

Keywords: Imprisonment of women – System of justice – Home prison – Maternity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Visão geral sobre o encarceramento de mulheres no Estado de São Paulo. 3. O arcabouço normativo sensível ao encarceramento de mulheres. 4. A aplicação da prisão domiciliar a mulheres pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). 4.1. Compreendendo o HC 143.641. 4.2. O procedimento adotado pelo TJSP e o impacto sobre as mulheres encarceradas. 5. Reflexões sobre o potencial desencarcerador da prisão domiciliar. 6. Considerações finais e a nova lei: um ponto final?. Bibliografia.

1. Introdução

O Brasil se posiciona em terceiro lugar entre os países que mais encarceram pessoas no mundo. O último levantamento realizado, em junho de 2016, aponta que a população carcerária do Brasil alcançou a marca de 720 mil pessoas[1]. Salla[2] destaca que, a partir da década de 80, o crescimento da população carcerária responde à forte pressão da opinião pública em resposta ao aumento da criminalidade. Apesar das tentativas no sentido de conter o crescimento da população prisional com reformas legislativas prevendo a aplicação de penas alternativas e benefícios para reduzir o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade, garantindo maior fluxo de saída de presos do sistema, esbarrava-se em resistências por parte de legisladores e setores pertencentes ao sistema de direito penal como o Judiciário e Ministério Público[3].

1. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2017. p. 8.
2. SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 1, p. 72-90, 2007. p. 83.
3. Ibid., p. 84.

No que tange ao encarceramento feminino, o país ocupa a quarta posição em número de presas[4]. Nos últimos 16 anos[5], saltou de menos de 6 mil para mais de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656%. Os homens passaram de 169 mil encarcerados para 665 mil no mesmo período, indicando um crescimento em torno de 293%. Ainda que a população carcerária feminina não chegue a 6% de todo o contingente prisional, chama atenção o ritmo acelerado de aprisionamento delas nos últimos anos.

Se em um primeiro momento o aumento do número de encarceradas pode sugerir um aumento da criminalidade ou maior envolvimento da mulher no cometimento de crimes, uma análise mais apurada revela a incidência de uma política de encarceramento dessa população impulsionada pela Lei de Drogas[6], pelo aprisionamento provisório e por marcadores de gênero.

Em primeiro lugar, importante esclarecer que, a partir de 2006, quando entrou em vigor a Lei 11.343, ampliou-se a pena mínima imposta para o crime de tráfico de entorpecentes e se afastou a prisão por uso. Não foram estabelecidos, porém, limites quantitativos para a imputação de um ou outro, tornando discricionária a classificação pelo operador do direito[7]. Na prática, isso provocou a ratificação sistemática do enquadramento inicial proposto pela polícia[8].

Dessa forma, quebrando com as expectativas, houve um aumento alarmante da população prisional condenada por crimes ligados às drogas que passou a transbordar as prisões como presos e presas provisórios[9]. O tráfico – ao menos para os operadores do direito – passou a pertencer exclusivamente à população economicamente mais vulnerável.

4. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 13.
5. Ibid., p. 14-15.
6. Lei 11.343/2006.
7. HELPES, Sintia Soares. *Vidas em jogo*: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 20.
8. 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. 275f. Tese de Doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 196.
9. HELPES, Sintia Soares. *Vidas em jogo*: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 20.

Dez anos depois da vigência dessa lei, 26% dos homens se encontram presos por crimes ligados ao tráfico de drogas em comparação a 62% das mulheres[10]. Os dados não deixam dúvidas de que a tipificação por tráfico atinge de forma desproporcional as mulheres.

Helpes[11] afirma que entre os fatores que justificam o maior envolvimento das mulheres presas com crimes ligados às drogas estão: i) a condição de mulheres como chefes de família e que – sem segurança financeira – recorrem às atividades ilícitas em busca de sustento; ii) o legado de homens envolvidos com o tráfico que transmitem seus negócios ilícitos a suas mulheres; iii) a dependência de drogas ilegais; assim como iv) a possibilidade de executar atividades no âmbito doméstico que permitam ao mesmo tempo o cuidado com os filhos. Outros pesquisadores apontam influências da informalidade e a entrada das mulheres para os ilegalismos da qual pertence o tráfico de drogas[12].

Em segundo lugar, o aprisionamento provisório[13] figura como um dos principais fatores que impulsionam o encarceramento em massa no país tanto de mulheres quanto de homens. Sua aplicação, porém, deveria ocorrer apenas em casos excepcionais[14]. Na prática, porém, o perfil de presos e o tipo penal pressupõem a

10. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2017. p. 43.

11. HELPES, Sintia Soares. Op. cit., p. 62-65.

12. TELLES, Vera. Ilegalismos urbanos e a cidade. *Novos Estudos*, n. 84, jul. 2009. p.156-8. e, CARVALHO, Denise; JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp*, Marília, n. 9, mai. 2012. p. 179.

13. Por aprisionamento provisório, compreende-se a privação de liberdade antes da sentença condenatória definitiva. Logo, inclui-se a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal), a prisão temporária (Lei 7960/89), a prisão preventiva (arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal), a resultante de pronúncia nos casos de crimes contra a vida (arts. 282 e 408, § 1º, do Código de Processo Penal), bem como a prisão decorrente de sentença condenatória não transitada em julgado.

14. INSTITUTO SOU DA PAZ; ASSOCIAÇÃO PELA REFORMA PRISIONAL. *Monitorando a aplicação da Lei de cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. São Paulo: Sou da paz/ARP, 2014. p. 4. Além dos argumentos trazidos no relatório citado, o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 282, § 6º, que a prisão preventiva – umas das principais modalidades de aprisionamento provisório – será aplicada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

culpa e determinam a prisão. As prisões preventivas[15] – que normalmente decorrem do flagrante – prevalecem em detrimento da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão. Isso explica o perfil de presos no país, em sua maioria acusados por crimes patrimoniais e ligados às drogas que são alvo do policiamento ostensivo da polícia militar.

O levantamento realizado pelo Depen[16] aponta que 40% das pessoas privadas de liberdade não possuem qualquer condenação. Esses dados são ainda piores para a população prisional feminina da qual 45%, ou seja, 19.223 mulheres não tiveram qualquer julgamento ou condenação[17]. Os números indicam que elas recebem um tratamento ainda mais rigoroso da justiça em comparação aos homens, sendo aprisionadas preventivamente mais mulheres que homens.

Em pesquisa realizada pelo Ipea[18], revelou-se que 37% dos presos provisórios sequer foram condenados à pena privativa de liberdade, de modo que a cada dez acusados de crimes que aguardam presos pela sentença quatro acabam absolvidos, com penas ou medidas alternativas, medida de segurança ou até liberados devido ao arquivamento ou prescrição do processo. Isso indica o uso sistemático,

15. "A prisão preventiva atualmente é a modalidade de prisão mais conhecida e debatida do ordenamento jurídico. Ela pode ser decretada tanto durante as investigações, quanto no decorrer da ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. O artigo 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida). O STF rotineiramente vem anulando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação. A Constituição Federal determina que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis" (CAMPBELL, Alexandre et al. *Quando a liberdade é exceção*: a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Justiça Global; Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, 2016. p. 11.)
16. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 13.
17. Ibid., p. 19.
18. BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A aplicação de penas e medidas alternativas*. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. p. 38.

abusivo, indevido e desproporcional da prisão provisória pelo sistema de justiça brasileiro. Constata-se a inversão do princípio "in dubio pro reo". A prisão é escolhida mesmo nos casos de dúvida. Isso tudo em resposta ao que os operadores do direito consideram os anseios populares por uma atitude firme do Estado[19].

É possível verificar o avanço do número de mulheres presas preventivamente. Em comparação com os dados coletados em 2014[20], a proporção de mulheres presas sem condenação cresceu de 30,1% para 45% em 2016[21], evidenciando a aplicação imoderada da prisão preventiva às mulheres. Trata-se de uma multidão de mulheres predominantemente jovens, mães, negras e com baixa escolaridade[22] a quem recaem julgamentos sociais e morais mais severos em decorrência das condições próprias ao gênero[23].

Em terceiro lugar, há os marcadores de gênero que agravam as condições do encarceramento feminino. Diversos estudos afirmam que a aplicação da pena é mais rigorosa às mulheres e a concessão de benefício dificultada[24]. Na cidade de São Paulo, revelou-se que apenas 24% das mulheres condenadas por tráfico de drogas receberam a pena mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses em contrapartida a 42% dos homens. Nesse mesmo sentido, em 11% dos casos, as mulheres receberam pena acima de 7 anos enquanto apenas 3% deles teve a pena agravada.

19. INSTITUTO SOU DA PAZ; ASSOCIAÇÃO PELA REFORMA PRISIONAL. *Monitorando a aplicação da Lei de cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. São Paulo: Sou da paz/ARP, 2014. p. 14.

20. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen mulheres*, junho de 2014. Brasília: Depen/MJ, 2015. p. 19.

21. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 13.

22. O Infopen Mulheres – junho 2014 revela que 50% das mulheres privadas de liberdade no Brasil possuem de 18 a 29 anos, taxa que se repete no Estado de São Paulo. 62% delas se declaram negras e 50% sequer concluiu o ensino fundamental. São Paulo tem dados semelhantes ao quadro nacional, sendo que 80% das presas possui ensino médio incompleto (2015, p. 37-44).

23. MARTINS, Thaís Pereira. A mulher encarcerada na visão de agentes de segurança penitenciária nas prisões do estado de São Paulo. 2016. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2016. p. 27.

24. CARVALHO, Denise. JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp*, Marília, n. 9, p. 177-192, mai. 2012. p. 183.

> "Detentas geralmente cumprem sua cadeia de 'ponta', isto é, do começo ao fim sem receber os benefícios de progressão de pena a que têm direito. As presidiárias denunciam que os homens que foram presos junto com elas na mesma ação e condenados pelo mesmo delito pegaram uma pena menor, ou já estão livres, ou já estão no regime semiaberto."[25]

A mulher no processo de confinamento é amplamente penalizada. Os efeitos são significativamente piores quando comparado ao de homens. Campos[26] verificou que a mulher tem 2,38 vezes mais chances de ser acusada pelo cometimento do crime de tráfico de drogas do que pelo de uso de substâncias entorpecentes, se comparada a um homem.

Davis[27] reconhece que o modelo punitivo americano da década de cinquenta era centralizado na figura masculina e retrata a expectativa de reabilitação delas via assimilação de determinados comportamentos e valores burgueses. A mulher branca e de classe média deveria se tornar uma boa mãe e esposa para cozinhar, limpar e costurar. Para as negras e pobres, o desenvolvimento de habilidades domésticas para servir. A autora ainda destaca também que a criminalidade masculina historicamente foi vista como normal. A criminalidade feminina, por sua vez, como um problema psiquiátrico. Enquanto os homens ocupavam mais vagas em instituições penais, elas eram maioria nas instituições psiquiátricas[28]. De forma semelhante, no Brasil atual, a prisão continua a ser pensada para a contenção masculina, sendo responsável por aprofundar ainda mais as desigualdades de gênero e expor as vulnerabilidades a que as mulheres estão submetidas.

O crescimento da população prisional feminina, portanto, submete cada vez mais mulheres à precariedade encontrada nos presídios nacionais. Ao longo da evolução do encarceramento no Brasil, as condições foram se precarizando, fato

25. ESPINOZA, Olga. A *mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 92. Nesse sentido se direciona a experiência de uma das autoras deste artigo, Vanessa Menegueti, durante o período em que atuou como assistente judiciária em Vara de Execuções Criminais. Não era incomum observar a aplicação de pena superior a coautoras mulheres ou a concessão de benefícios posterior em relação aos homens.
26. CAMPOS, Marcelo. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. 313f. Tese de Doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. p. 173.
27. DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?*. New York: Seven Stories Press, 2003. p. 64
28. Ibid., p. 66.

que se ampliou em relação ao aprisionamento de mulheres cujas demandas próprias ligadas à sexualidade, gestação e maternidade são ainda mais negligenciadas.

Ao arrepio da lei[29], apenas 16% de todas as unidades prisionais do país declaram possuir cela ou dormitório para custodiar gestantes. Entre as gestantes presas, apenas 50% se encontram instaladas em unidades que têm celas adequadas para elas. Poucos também são os espaços adequados ao convívio entre mães e filhos no cárcere. Apenas 14% das unidades femininas ou mistas possuem berçário e/ou unidade materno-infantil que acomodem bebês com até 2 anos de idade. As unidades que possuem creche para receber crianças acima de 2 anos são ainda mais escassas, apenas 3% declararam possuir creche[30]. Colares e Chies denunciam que mulheres são acondicionadas em presídios nomeados "masculinamente mistos" onde recebem tratamento androcêntrico[31].

Os dados revelam um cenário de sistemático descumprimento de direitos básicos tanto das mulheres encarceradas quanto de seus bebês e crianças. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional nacional e as gravíssimas deficiências estruturais que atingem principalmente mulheres presas.

As prisões não atendem às necessidades específicas da população prisional feminina, principalmente no que concerne ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. O encarceramento de mulheres possui efeitos perversos não só para elas quanto para a família. Como se pode observar, em geral, as instituições prisionais não estão preparadas para as mulheres, muito menos para as que estão gestantes ou trazem com elas crianças. Todas essas violações caracterizam a extensão da punição para além das condenadas[32].

---

29. O art. 89, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), determina que os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão contar com seção para gestantes e parturiente, bem como creche para crianças a partir de 6 meses. O art. 83, § 2º, da mesma lei, dispõe que as unidades serão dotadas de berçários para crianças de até 6 meses.

30. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 30-33.

31. COLARES, Leni Beatriz; CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 2, 2010. p. 407-408.

32. TEIXEIRA, Alessandra.; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*, v. 81, 2017. p. 29.

Elas são punidas mais severamente pelo sistema de justiça, muitas vezes são abandonadas pelos familiares quando aprisionadas, o convívio entre presas e filhos é débil, o exercício da maternidade e a manutenção dos vínculos junto aos filhos ficam submetidos ao Judiciário[33]. O exercício da maternidade é questionado e as qualificações morais a que são submetidas atingem toda a rede familiar[34].

Apesar do cenário de violações e aumento do encarceramento feminino, é possível verificar um incremento da legislação, atos normativos e desenho de políticas públicas sensíveis ao aprisionamento feminino[35]. Nessa esteira, a Lei 13.257/2016, também conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, estabeleceu políticas públicas para a primeira infância. Com isso, a busca por alternativas penais ao encarceramento de mulheres ganhou novos contornos em relação às gestantes e mães. A nova lei acrescentou a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos de gestantes e mulheres com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos[36].

Apesar da referida legislação, a discricionariedade imposta aos operadores do direito – assim como observado em relação à classificação de crimes ligado às drogas – na aplicação da substituição da prisão preventiva por domiciliar implicou em insistente descumprimento da medida.

Diante desse cenário, foi impetrado *Habeas Corpus* coletivo 143.641 no Supremo Tribunal Federal (STF) que resultou na concessão da ordem, determinando-se a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as presas no país, desde que gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos e pessoas com deficiência, sendo a ordem estendida a adolescentes institucionalizadas nas mesmas condições. A exceção se restringiu aos crimes praticados mediante violência

33. LAGO, Natália Bouças do. Mulheres na prisão: entre famílias, batalhas e a vida normal. 2014. 95f. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 33 e 56-57.

34. 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. 275f. Tese de Doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 186.

35. Nesse sentido, pode-se citar a Lei 11.942/2009, Lei 12.403/2011 e Lei 12.962/2014.

36. Ainda, no Código de Processo Penal, o art. 318. dispõe: "Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".

ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deveriam ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegassem o benefício. Com o objetivo de acelerar o cumprimento da decisão, delegou-se aos Tribunais Estaduais, Federais e Militares no prazo de 60 (sessenta) dias a implementação de modo integral das determinações estabelecidas no julgamento, à luz dos parâmetros enunciados, e a prestação de informações ao STF.

Logo, tendo o STF optado por garantir o cumprimento da decisão por meio dos Tribunais locais, este estudo se direciona a analisar a aplicação da medida no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e os efeitos desta sobre o corpo de encarceradas no estado. São Paulo responde por 1/3 da população carcerária brasileira[37] – tanto masculina quanto feminina –, possuindo a maior rede carcerária do país devido ao seu contingente populacional, suas opções jurídicas, políticas e administrativas[38] que servem como indicativo do cenário nacional.

Parte-se do pressuposto de que a justiça criminal pertence a um sistema em que as práticas jurídicas institucionais compartem sentidos, valores e unidades próprias as quais Pires nomeia "racionalidade penal moderna", que se estendem desde o século XVIII[39]. "É a pena aflitiva – muito particularmente a prisão – que assumirá o lugar dominante no auto-retrato identitário do sistema penal"[40].

Para a realização da presente pesquisa, foram utilizadas planilhas com dados sobre potenciais beneficiárias da prisão domiciliar em São Paulo e documentos contidos no Processo 2018/29.865 que registraram o procedimento adotado pela Corregedoria Geral da Justiça do TJSP para implementação do acórdão do STF relativo ao HC coletivo 143.641, informações obtidas em dezembro de 2018 via Lei de Acesso à Informação (LAI)[41]. Além disso, foram analisadas decisões de

37. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2017. p. 9.

38. DIAS, Camila Caldeira Nunes; GONÇALVES, Rosangela Teixeira. Sistema carcelario brasileño, el fortalecimiento de los Comandos y los efectos perversos sobre las mujeres presas: Sao Paulo como paradigma. In: Fernando Carrión M. (Org.). *La política en la violencia y lo político de la seguridad*. Quito/Otawa: FLACSO/IDRC-CDRI. v. 1. 2018. p. 96.

39. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004. p. 40.

40. Ibid., p. 41.

41. Os dados coletados junto ao TJSP referem-se ao período entre o julgamento do HC coletivo 143.641 (fevereiro de 2018) e outubro de 2018, quando encerra-se o processo 2018/29865 que registrou a implementação do HC no âmbito do estado de São Paulo. Nesse lapso, o TJSP emitiu comunicado com orientações aos juízes, coletou informações

1ª instância oriundas do estado de São Paulo que chegaram aos autos do HC coletivo e foram reanalisadas pelo STF nas decisões monocráticas de 24 de outubro e 14 de novembro de 2018.

O artigo está estruturado da seguinte forma: i) será traçado um panorama sobre o encarceramento de mulheres no Estado de São Paulo; ii) será apresentado o arcabouço legislativo que regulamenta o encarceramento de mulheres e, principalmente, o exercício da maternidade no cárcere; iii) será apresentado o procedimento adotado pelo TJSP para acompanhamento do cumprimento da ordem de *Habeas Corpus* coletiva proferida pelo STF; iv) serão apresentados os dados relativos à substituição da prisão preventiva por domiciliar às mulheres gestantes e presas no Estado de São Paulo, além de (v) uma conclusão crítica.

2. Visão geral sobre o encarceramento de mulheres no Estado de São Paulo

O cenário de encarceramento no Estado de São Paulo reforça e sustenta o nacional. O estado é responsável por 36% da população prisional feminina no país, com 15.104 mulheres presas[42].

São Paulo consegue superar a já elevada taxa de aprisionamento nacional, ultrapassando a média de 40,6 mulheres presas a cada 100 mil, chegando a 66,5 mulheres presas a cada 100 mil[43].

O levantamento realizado em 2016 indica que o estado conta com 41% de sua população prisional feminina sem qualquer condenação[44]. Documento disponibilizado pela Secretaria de Administração Penitenciária conclui que em 2017 o universo de presas provisórias – sem sentença transitada em julgado – no estado era de 57%[45].

---

sobre as potenciais beneficiárias da prisão domiciliar e acompanhou (sistematizou) o julgamento dos casos, a fim de prestar informações ao STF, conforme determinado pelo acórdão do HC coletivo.

42. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 15.

43. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 18.

44. Ibid., p. 20.

45. ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. *Dados estatísticos educação e trabalho*: população carcerária feminina. 2017. Disponível em: [www.

Estudo sobre o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas realizado no âmbito da cidade de São Paulo verificou que quase a totalidade das acusadas por tráfico de drogas respondeu presa ao processo (86% delas)[46]. Chama atenção que 1/3 das abordagens de mulheres por policiais ocorreram na própria residência em comparação com 11% das de homens[47].

A pesquisa, ainda, aponta que 11% das mulheres presas em flagrante por tráfico de drogas na cidade de São Paulo foram abordadas em revista na penitenciária, enquanto não há qualquer registro desse tipo de abordagem para os homens presos. Nos depoimentos constantes nos autos de prisão em flagrante, as mulheres declaravam que o marido estava sendo ameaçado por outros presos da unidade e, se a esposa se recusasse a levar droga, ele seria morto. Apesar disso, eram enquadradas como traficantes sem qualquer investigação sobre as alegações de ameaça[48].

Em 2016, 62% das mulheres estavam presas por crimes ligados ao tráfico e, somadas às prisões por crimes contra o patrimônio, o percentual atinge 85% de todas as mulheres presas no estado[49].

Esses dados reforçam o perfil das mulheres presas que vem se acumulando nas prisões paulistas e dos demais estados da federação, em sua maioria jovens, da pele preta ou parda, com baixa escolaridade, oriundas de classes vulneráveis, com condições econômicas precárias, inseridas na informalidade e que praticaram crimes ligados ao patrimônio ou às drogas. Elas que também são mães, apesar dos dados frágeis obtidos pelo levantamento do Depen que abarcou apenas 7% da população prisional feminina, mas que indicava 74% das presas com filhos[50].

As unidades prisionais paulistas seguem o padrão nacional em sua maioria construídas para o público masculino e adaptadas para moldar o feminino dentro

---

sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/SAP_perfil-pop-feminina_dez-2017.pdf]. Acesso em: 06.04.2019.

46. CARVALHO, Denise. JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp*, Marília, n. 9, mai. 2012. p. 183.
47. Ibid., p. 182.
48. Ibid., p. 182.
49. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 54.
50. Ibid., p. 51.

de padrões[51]. Em regra, são adaptações de estabelecimentos planejados para a detenção provisória masculina e carecem, portanto, de condições mínimas para o aprisionamento permanente, quanto mais o de mulheres. Em regra, as unidades não conferem privacidade às detentas, não oferecem espaços para trabalho, cuidados maternos, entre outros[52].

A taxa de ocupação das unidades femininas no estado atinge a média de 124% enquanto a de unidades mistas estão em 80%. Apenas 36% das gestantes e lactantes se encontram acolhidas em unidades prisionais que tem celas adequadas à sua condição. Nesse sentido, 45% das unidades prisionais paulistas cumprem a função legal de acolher bebês e somente 18% possuem creche para acolher crianças maiores. Em contrapartida, dos 1.111 bebês e crianças institucionalizados em estabelecimentos penais junto às mães, 505 estão em São Paulo, o que representa praticamente 50% do total de filhos encarcerados no Brasil[53].

A despeito da legislação nacional ter estabelecido, em 2009, seis meses como o tempo mínimo para o acolhimento de crianças junto às mães e sua consequente amamentação, em São Paulo, este era o tempo máximo aplicado pelo Judiciário[54]. Até 2014, o convívio era permitido via institucionalização de recém-nascidos com a mãe.

Em regra, o Estado de São Paulo perpetua o alto número de mulheres encarceradas sem condenação, em sua maioria acusadas pelo tráfico de drogas ou contra o patrimônio que recebem penas mais altas que os homens e são acondicionadas em unidades sem estruturas para as especificidades do gênero, principalmente relativas aos direitos sexuais e reprodutivos.

A visão geral sobre o encarceramento de mulheres no Estado de São Paulo reproduz o contexto nacional de violações à Constituição Federal, tratados internacionais e demais leis que regulamentam o encarceramento feminino no país.

51. ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do estado e de Deus*: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012. p. 268-270.

52. HOWARD, C. (Org). *Direitos humanos e mulheres encarceradas*. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006. p. 41-43.

53. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018. p. 31-35.

54. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: MJ; Ipea, 2015. (Série Pensando o Direito, n. 51). p. 41.

Pode-se, inclusive, compreender o cenário paulista como expressão do nacional, dada sua representatividade no total da população prisional brasileira.

3. O arcabouço normativo sensível ao encarceramento de mulheres

Ao menos no plano normativo, a discussão sobre o aprisionamento de mulheres tem ganhado espaço nos últimos anos[55]. A despeito das violações constantes, o resgate histórico revela que a agenda do encarceramento de mulheres – principalmente no que tange às gestantes e mães – entrou para o debate público nos últimos anos a partir da produção de novas legislações e ações executivas.

Por primeiro, importante apontar que desde a Constituição Federal de 1988[56] é assegurada a permanência de presidiárias com seus filhos durante o período de amamentação, o respeito à integridade física e moral de presos, sendo vedadas as penas cruéis, degradantes e sua extensão para além da pessoa condenada. Antes disso, a Lei de Execução Penal[57], sancionada em 1984, já previa o regime aberto em residência no caso de condenadas gestantes e mães[58].

Com a Lei 11.942/2009 que alterou a Lei de Execução Penal, passou-se ao menos no plano formal a assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência com a previsão de acompanhamento médico[59], berçários[60] e creches[61] nas unidades prisionais.

Em 2010, por sua vez, durante a 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, aprova-se as Regras Mínimas para Mulheres Presas, tendo o Brasil como signatário. Também chamadas de Regras de Bangkok previram o convívio entre mulheres presas, filhos e familiares (Regra 26, 28 e 50); amamentação e alimentação adequadas (Regra 48); providências em relação aos filhos quando do aprisionamento e suspensão da detenção no melhor interesse da criança (Regra 2); preferência por penas não privativas de liberdade às gestantes e mães (Regra 64);

55. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: MJ; Ipea, 2015. (Série Pensando o Direito, n. 51). p. 29-30.
56. Art. 5º, inciso L, da Constituição Federal de 1988.
57. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.
58. Art. 117, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).
59. Art. 14, § 3º, da Lei 7.210/1984.
60. Art. 83, § 2º, da Lei 7.210/1984.
61. Art. 89, da Lei 7.210/1984.

cuidado e atenção na separação mães presas e filhos (Regra 52); cuidados com a saúde da mulher (Regra 10); coleta de dados sobre a mulher e a existência de filhos quando do ingresso em unidade prisional (Regra 3), entre diversas outras regras voltadas às especificidades de gênero presentes no encarceramento feminino[62].

Ao longo de 2011, a Lei 12.403 alterou o Código de Processo Penal para regular medidas cautelares diversas da prisão. Nesse momento, foi prevista a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva nos casos de: i) gestação a partir do 7º mês ou gravidez de alto risco; e, ii) imprescindibilidade aos cuidados especiais de criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência[63].

Cabe, ainda, apontar iniciativas do executivo federal como a Resolução do Conselho Nacional de Política criminal e Penitenciária (CNPCP) como tentativa de disciplinar a situação de filhos de mulheres encarceradas em 2009[64], a criação do Grupo de Trabalho Interministerial sobre mulheres presas e egressas, instituído pela Portaria 885, de 22 de maio de 2012, do Ministério da Justiça, além da Política Nacional de Mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do Sistema Prisional, instituída pela Portaria Interministerial 210, de 16 de Janeiro de 2014.

Os direitos de mães e gestantes aprisionadas foram reforçados com o advento da Lei 12.962/2014 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, prevendo visitas periódicas[65] e afastando a possibilidade de destituição do poder familiar em razão de condenação criminal[66].

Sancionada em março de 2016, o Marco Legal da Primeira Infância[67] dispôs sobre políticas públicas a favor da primeira infância e, com isso, alterou dispositivos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Processo

62. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016. p. 9-10.

63. Art. 318, IV, do Decreto-Lei 3.689/1941 (Código de Processo Penal).

64. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Resolução do CNPCP disciplina situação de filhos de mulheres encarceradas*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas]. Acesso em: 08.04.2019.

65. Art. 19, § 4º, da Lei 8.069/1990.

66. Art. 23, § 2º, da Lei 8.069/1990.

67. Lei 13.257/2016.

Penal, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entre outras legislações. Especificamente, em relação à mulher presa, foi determinada a colheita pela autoridade policial logo que tiver conhecimento da infração penal[68] e pela autoridade judiciária durante o interrogatório do acusado[69] de informações junto à acusada sobre a existência de filhos, suas idades e se possuem deficiência, nomes e responsável pelos cuidados. Também, impôs-se o registro no auto de prisão em flagrante das mesmas informações sobre filhos[70].

A medida que trouxe maior repercussão – ao menos no que tange ao objetivo da presente pesquisa – foi a alteração promovida no art. 318, do Código de Processo Penal que disciplina a substituição da prisão preventiva por domiciliar. A mesma lei ainda revogou o inciso IV que estendia o benefício a gestantes a partir do 7º (sétimo) mês e em caso de gravidez de alto risco para ampliar para todas as gestantes o rol de beneficiários da prisão provisória domiciliar, sem restrição à condição da gestação ou mês de gravidez como a anterior redação do inciso. E incluiu outros dois novos incisos ao art. 318, do CPP, alcançando a mulher presa com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e o homem preso, caso fosse este o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Pertinente apontar o Decreto Presidencial, de 12 de abril de 2017, publicado por ocasião do Dia das Mães, que concedeu indulto especial e comutação de

68. Conforme texto constante no Código de Processo Penal, art. 6º "Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] X – colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa".

69. Conforme texto constante no Código de Processo Penal, art. 185. "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. [...] § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa".

70. No art. 304, do CPP. "Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. [...] § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa".

penas que beneficiou mulheres presas gestantes, mães, idosas, com deficiência, avós, primárias e reincidentes[71].

Seguindo o movimento legislativo para regulação do aprisionamento feminino e da maternidade no cárcere, foi sancionada a Lei 13.434/2017 que acrescentou ao Código de Processo Penal dispositivo para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato[72].

No dia das mães do ano seguinte (2018), foi decretado novo indulto especial e comutação de penas às mulheres presas[73]. Dessa vez, ampliando a abrangência da população prisional feminina para beneficiar gestantes, independente da condição da gravidez; ex-gestantes que perderam seus bebês em aborto; indígenas; mulheres submetidas à medida de segurança; e transexuais.

Na mesma toada, a Lei 13.769/2018 mais uma vez alterou o Código de Processo Penal para afastar a discricionariedade do sistema de justiça quanto à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar a gestantes e mães, bem como acrescentar à Lei de Execução Penal progressão especial para condenadas nessas condições.

Olhando para o trajeto legal percorrido, verifica-se que o encarceramento feminino – principalmente a maternidade no cárcere – entrou para a agenda política e movimentou a seara legislativa para garantir direitos próprios às mulheres. Por outro lado, a ausência de políticas públicas próprias reforçam o abandono delas e seus filhos. Os direitos individuais e sociais próprios à maternidade no cárcere não são implementados e as questões de gênero são negligenciadas, agravando as assimetrias presentes na sociedade brasileira, já que no cárcere a maternidade é vigiada e sujeita a discricionariedades de cada unidade prisional[74].

71. INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. *Guia rápido sobre o indulto para mulheres presas*. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: [http://ittc.org.br/guia-rapido-sobre-indulto-para-mulheres-presas/]. Acesso em: 09.04.2019.

72. O art. 292, parágrafo único, do Código de Processo Penal, passou a prever: "É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato".

73. Decreto 9.370, de 11 de maio de 2018.

74. TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. *Revista Brasileira de Informação Bibliografia em Ciências Sociais – BIB*, São Paulo, v. 81, 2016. p. 27 e 36.

Tampouco se vê entre o aparato legislativo apresentado revisões da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) ou da política de combate às drogas, que castiga em sua maior parte mulheres em situação de vulnerabilidade. Ao contrário, há projetos de lei em tramitação na Câmara ainda mais rígidos, tais como os PLs 2.413/2019, 2.339/2019, 882/2019, 1.339/2019, todos apresentados somente no primeiro quadrimestre de 2019. Considera-se que o eventual julgamento da inconstitucionalidade da criminalização do uso de entorpecentes no RE 635.659 pelo STF, pode vir a beneficiar mulheres encarceradas somente se a condição de maior vulnerabilidade for considerada. Caso contrário, mulheres negras, social e economicamente estigmatizadas continuarão superlotando as prisões, mesmo nas situações em que estejam portando drogas para seu consumo pessoal ou ocupando postos marginalizados na cadeia do tráfico para garantir uma mínima subsistência de seus filhos.

A decisão do HC 118.533 pelo STF, nesse sentido, reconheceu a ausência de caráter hediondo no crime de tráfico privilegiado[75], porém, carece de revisão a hediondez das demais modalidades de tráfico de drogas, medida esta que traria efetivos impactos à população prisional feminina e a reparação de uma realidade que penaliza de forma mais rígida às mulheres e seus filhos.

De toda forma, se por um lado o arcabouço normativo acima apresentado serve para ilustrar que a questão do encarceramento de mulheres e a maternidade no cárcere vem ao longo dos últimos anos ganhando espaço na agenda pública, de outro, indica a dificuldade de aplicação dos princípios e políticas pelos agentes responsáveis por manter a ordem pública, o que contribui para um situação de tensão permanente do sistema de justiça criminal[76].

Além disso, outro ponto que se destaca é a centralidade da maternidade nas políticas voltadas para as mulheres presas (IPEA, 2015, p. 16), privilegiando e de certa forma valorizando tal perfil que ocupa o papel tradicional de mulher na sociedade. Isso ampliou o abismo em relação às demais, o que reforça os termos colocados por Davis[77] quando afirma que a ressocialização da mulher criminosa pode ser alcançada por meio da incorporação de valores e comportamentos femininos.

A posição privilegiada das mães e gestantes diante dos demais perfis de mulheres – reforçada pelas legislações acima elencadas – sugere a tentativa de resgatar a

75. Previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

76. ADORNO, Sergio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. *Revista USP*, v. 9, 1991. p. 66.

77. DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003. p. 64.

posição de cuidado típica às mulheres nas relações estruturantes e desiguais que marcam os papéis sociais de gênero[78].

O desencarceramento de mulheres estaria condicionado à tarefa de cuidado, função tradicional devota às mulheres. As crianças passam a ser a justificativa moral e social para as medidas alternativas ao aprisionamento de mulheres, o que se pode observar do próprio acórdão do HC coletivo 143.641 e da previsão da prisão domiciliar no Marco Legal da Primeira Infância. Tais elementos estão presentes inclusive nas decisões que serão mais à frente analisadas e reforçam os marcadores que permeiam a sociedade e o funcionamento do sistema de justiça criminal.

4. A aplicação da prisão domiciliar a mulheres pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)

4.1. Compreendendo o HC 143.641

Diante do aparato legal em prol dos direitos de mulheres presas e principalmente da maternidade no cárcere e da resistência em se transformar as condições cruéis e degradantes de aprisionamento feminino no país, o *Habeas Corpus* coletivo 143.641 surge como litigância estratégica, impetrado em maio de 2017 no Supremo Tribunal Federal por todos os membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu. Como pacientes, foram indicadas todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou de mãe com criança com até 12 (doze) anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Como autoridades coatoras, apontou-se todos os juízes e juízas das Varas Criminais estaduais, os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, Juízes e Juízas federais com competência criminal, Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça.

O pedido denunciou a situação de descumprimento dos direitos estabelecidos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas Regras de Bangkok e demais tratados internacionais, assim como a não aplicação da substituição da prisão preventiva por domiciliar ao contingente populacional

78. Nesse ponto, importante reconhecer a importância do debate sobre os aspectos de gênero que envolvem tanto a sobrevinda de legislações priorizando a maternidade quanto o próprio acórdão que concedeu a ordem de HC coletivo 143.641. Contudo, não foi possível neste artigo, aprofundar tais questões e dar a elas o destaque que merecem.

composto em sua maioria por mulheres jovens, negras, mães, responsáveis pela provisão do sustento familiar e acusadas de envolvimento subalterno e vulnerável com o tráfico de drogas. Requereu-se, assim, a revogação da prisão preventiva decretada e, alternativamente, a substituição desta pela domiciliar a todas as presas gestantes e com filhos de até 12 (doze) anos incompletos.

A partir da impetração inicial, houve diversos pedidos de intervenção no processo por parte de Defensorias Públicas Estaduais, Defensoria Pública-Geral da União e organizações da sociedade civil interessadas. O Ministro relator entendeu por bem que a legitimidade ativa seria da Defensoria Pública da União por se tratar de ação de caráter nacional, admitindo as impetrantes como assistentes. 22 Defensorias Públicas estaduais, do Distrito Federal, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, o Instituto Terra Trabalho e Cidadania – ITTC, a Pastoral Carcerária, Instituto Alana, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa "Márcio Thomaz Bastos" – IDDD se tornaram todos *amici curiae*.

Em fevereiro de 2018, o voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski foi favorável e confirmado pela maioria da Turma, composta pelos demais Ministros Edson Fachin, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. A ordem foi concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo de aplicação concomitante de medidas alternativas previstas no art. 319, do CPP – de todas as presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e pessoas com deficiência sob sua guarda, nos termos do art. 2º, do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), cujos nomes haviam sido relacionados no processo pelo Depen e outras autoridades. A exceção ficou por conta das acusadas por crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, e em situações excepcionalíssimas fundamentadas pelos juízes. O acórdão, porém, não estabeleceu essas situações excepcionalíssimas, delegando aos juízos competentes a análise de cada caso em concreto. O benefício foi estendido às demais mulheres presas não listadas e às adolescentes em medida socioeducativa que se encontrassem na mesma situação.

Ainda, a fim de dar cumprimento imediato à decisão, determinou-se aos Presidentes dos Tribunais Estaduais, Federais e Militares a prestação de informações e, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a implementação das determinações seguindo os parâmetros enunciados[79]. No mais, ordenou-se ao Depen comuni-

79. O texto literal contido no acórdão era "A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais,

car aos estabelecimentos prisionais a decisão do STF, para que informassem aos respectivos juízos sobre a existência de gestante ou mãe presa preventivamente. Ainda, indicou-se aos juízes responsáveis por audiência de custódia a análise do cabimento da prisão à luz das diretrizes firmadas no acórdão.

A delegação de competência aos Tribunais para que implementassem de modo integral as determinações estabelecidas no julgamento provocou significativas movimentações no Poder Judiciário das diferentes regiões do país. A partir da designação, cada Tribunal Estadual, Federal e Militar deveria buscar caminhos para cumprir a resolução da Corte. Isso porque, a ordem de Habeas Corpus coletivo 143.641 atingiu tanto mulheres que pudessem vir a ser beneficiárias da ordem quanto aquelas que já se encontravam em prisão preventiva ou provisória. Logo, todas as mulheres que fossem gestantes e mães de crianças menores de 12 (doze) anos e não fossem acusadas de crimes cometidos com violência ou grave ameaça deveriam ter suas prisões revistas por um juiz de direito, ainda que estivessem alocadas em Centros de Detenção Provisória, Penitenciárias ou cadeias públicas. Assim como os demais estados da federação, diante da intimação pelo STF, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi comunicado para cumprir o acórdão proferido. Nesse sentido, será analisado o procedimento que se seguiu logo após a intimação do TJSP para cumprimento da decisão superior e seu respectivo impacto na aplicação da prisão domiciliar a mulheres gestantes e mães em condição de aprisionamento cautelar no Estado de São Paulo.

4.2. O procedimento adotado pelo TJSP e o impacto sobre as mulheres encarceradas

Em que pese as diferenças entre os estados da federação na gestão de seus sistemas carcerários e, por conseguinte, do aprisionamento de mulheres, a notoriedade de São Paulo se impõe devido à alta representatividade na população carcerária nacional. Sozinho, o estado responde por 30% de toda a população prisional do país, superando as estimativas da população em geral onde os paulistas representam 20% dos habitantes. No que tange às questões carcerárias, São Paulo pode ser considerado um caso paradigmático pela extensão física do sistema e pelas opções políticas e administrativas que muitas vezes acabam influenciando

inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados".

outros Estados. As dinâmicas prisionais estabelecidas no estado são fundamentais para se compreender as tendências nacionais[80].

Assim, considerando-se o universo de mulheres presas em São Paulo e a representatividade que exerce no plano nacional, este estudo buscou compreender a implementação do acórdão no âmbito estadual. De antemão, verificou-se o Comunicado Conjunto 393/2018 (Processo 2018/29.865) disponibilizado pela Secretaria de Primeira Instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 7 de março de 2018, no Diário de Justiça Eletrônico.

No Comunicado 393/2018, a Presidência e a Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal solicitavam à: i) Secretaria de Administração Penitenciária (SAP); ii) Secretaria de Segurança Pública (SSP); e, iii) Secretaria de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania; que em 15 dias comunicassem diretamente aos juízos de condenação informações sobre as mulheres presas preventivamente abarcadas pelas condições previstas no acórdão do STF e, posteriormente, encaminhassem cópia à Corregedoria para controle. Determinava-se aos juízes com competência criminal e da Infância e Juventude Infracional, que em 30 dias decidissem sobre a concessão da prisão domiciliar cautelar, nos termos do acórdão e preenchessem planilha encaminhada. Em relação às presas cujos processos estivessem em instância recursal, o Comunicado se limitou a solicitar aos juízos originários o encaminhamento de informações recebidas pelos estabelecimentos prisionais para um endereço eletrônico indicado, sem indicar o que seria feito posteriormente. Ao final, o Comunicado informou que os dados seriam tabulados e dariam origem a um relatório.

O Comunicado 393/2018 estabeleceu o fio condutor que seria seguido no procedimento de implementação do acórdão do STF no estado de São Paulo. Não foi possível, porém, encontrar disponível ativamente as planilhas mencionadas com o quantitativo de mulheres beneficiárias e tampouco o relatório com as informações tabuladas.

Assim, com base na Lei 12.527/2011, que regulamenta o acesso à informação pública e estabelece que o acesso é a regra e o sigilo a exceção, submetendo o Poder Judiciário aos ditames da lei, realizou-se pedido de acesso à informação diretamente ao Tribunal de Justiça de São Paulo em 26 de outubro de 2018.

80. DIAS, Camila Caldeira Nunes; GONÇALVES, Rosangela Teixeira. Sistema carcelario brasileño, el fortalecimiento de los Comandos y los efectos perversos sobre las mujeres presas: Sao Paulo como paradigma. In: Fernando Carrión M. (Org.). *La política en la violencia y lo político de la seguridad*. Quito/Otawa: FLACSO/IDRC-CDRI, v. 1, 2018. p. 96.

Em um primeiro momento houve o encaminhamento pelo TJSP das planilhas em formato PDF – que restringe consideravelmente a análise dos dados – com informações sobre as mulheres que supostamente faziam jus ao benefício e deveriam ter seus processos analisados por um juiz. O envio de mais informações com a sistematização desses dados e o detalhamento do procedimento adotado pelo TJSP para cumprimento do acórdão do STF apenas ocorreu após sucessivos apelos.

O prazo legal foi ignorado, sendo possível conhecer as informações apenas 47 (quarenta e sete) dias depois da solicitação. O tratamento dado pelo Tribunal em desrespeito ao seu próprio procedimento interno de regulamentação do acesso à informação também chamou atenção. A primeira resposta oferecida pelo TJSP omitia parte das informações solicitadas, sendo necessária a interposição de recurso e o posterior envio de outros dois *e-mails* reiterando seu conteúdo. A Resolução 669/2014, que regulamenta o Serviço de Informação ao Cidadão – SIC no âmbito TJSP foi desprezada, assim como a competência para análise do recurso de 1ª instância. A íntegra dos documentos solicitados foi, por fim, fornecida por autoridade não competente. Na oportunidade, em decisão datada de 11 de dezembro de 2018, esse magistrado julgou prejudicado o recurso, apesar de ter analisado suas razões e encaminhado os dados faltantes.

Superada a questão, as informações encaminhadas permitiram conhecer o trajeto que foi percorrido pelo TJSP no acompanhamento da implementação do acórdão, já que não é possível admitir que o Tribunal tenha de fato implementado.

Além de planilhas com informações coletadas pelo TJSP sobre as mulheres presas que cumpriam os requisitos do HC coletivo para a prisão domiciliar cautelar e deveriam ter seus processos analisados por um juiz, foram encaminhadas decisões – datadas de 2 de maio, 14 de maio, 20 de junho, 24 de julho, 30 de julho, 28 de agosto, 3 de setembro, 4 de setembro, 18 de setembro e 01 de outubro – constantes no Processo 2018/29.865 que registrou o procedimento de implementação do acórdão do HC coletivo pelo TJSP. Foi possível conhecer, por meio da decisão de 2 de maio, que o TJSP encaminhou aos magistrados e unidades prisionais parâmetros orientativos com base no acórdão do STF. Não foi possível, porém, acessar o conteúdo do documento encaminhado. Soube-se apenas da orientação para que os juízes diligenciassem pelo CRC-Jud[81], caso houvesse necessidade de

81. Na decisão do dia 2 de maio de 2018, encaminhada pelo TJSP via LAI, consta o seguinte trecho: "E foram, ainda, divulgados os parâmetros fixados no v. acórdão para concessão da prisão domiciliar, inclusive acrescendo-se que em caso de necessidade

informações complementares sobre a condição de mãe. Nos casos de gestantes e lactantes, o estabelecimento penal deveria declarar tal condição. Nos casos de mães de crianças com até 12 anos incompletos ou pessoa com deficiência, a condição de genitora seria comprovada por declaração simples da mulher.

O caminho ditado pelo TJSP a partir do Comunicado 393/2018 estabelecia que os juízos de condenação deveriam primeiro aguardar informações sobre a condição das mulheres presas, que seriam oferecidas em até 15 dias pelas Secretarias de Estado (Administração Penitenciária, Segurança Pública e da Justiça e Defesa da Cidadania) responsáveis pela gestão das unidades prisionais ou cadeias (ou, ainda, dos espaços de cumprimento de medida socioeducativa). As Secretarias de Estado deveriam, comunicado o juízo, encaminhar os mesmos dados à Corregedoria para controle desta. Recebidas as relações de mulheres sob sua jurisdição, os juízes deveriam em outros 15 dias analisar a manutenção da prisão preventiva ou sua substituição por prisão domiciliar, em consonância com o acórdão do STF e parâmetros compartilhados pelo TJSP, dando posterior ciência ao Ministério Público e à Defesa. Após isso, deveriam preencher planilha que seria encaminhada pela Corregedoria com base nas informações disponibilizadas pelas Secretarias.

Na prática, o procedimento não seguiu exatamente o estabelecido pelo Comunicado. Conforme decisão de 2 de maio, o magistrado afirmou:

> "Decorrido o prazo para envio das informações e apreciação pelos respectivos juízos, iniciou-se, então, a solicitação a eles de informações para confirmação do recebimento das comunicações de mulheres potencialmente beneficiárias da ordem. Infelizmente, devido a preenchimentos equivocados e alterações pelas unidades das planilhas enviadas, a primeira totalização restou prejudicada."

Relatou-se que foi preciso o desenvolvimento de ferramenta para contabilização centralizada, preenchida por acesso controlado pelos Diretores dos respectivos juízos. Contudo, não foi possível compreender se apenas as planilhas foram centralizadas e o resto do procedimento mantido como estava no Comunicado ou se o TJSP passou a contabilizar os resultados de outra forma.

Na decisão mencionada, relatou-se divergências na contabilização dos dados fornecidos pela SAP e juízos e solicitou esclarecimentos ao órgão. Na oportu-

---

de informações complementares sobre a condição de mãe, especialmente a vinda de certidão de nascimento dos filhos, tal providência deveria ser tomada diretamente pelo juízo, solicitando o documento pelo CRC-Jud".

nidade, ainda, e em decisão datada de 3 de setembro, o magistrado afirma que o foco de atuação do TJSP era monitorar a circulação das informações, de forma a garantir que as informações sobre os potenciais casos fossem fornecidas pelos estabelecimentos prisionais (cadeias e unidades de cumprimento de medida socioeducativa) e chegassem aos respectivos juízos competentes. Chegou-se a reconhecer na decisão proferida em 2 de maio que o acompanhamento e fiscalização da conformidade ou não de cada decisão pelo juízo competia ao Ministério Público e à Defensoria, o que demonstra a ausência de interesse por parte do Tribunal em cumprir a determinação emanada pelo STF para implementação do acórdão. Não é possível afirmar que o acompanhamento da circulação de informações entre as unidades prisionais e os juízos de condenação configure a implementação da ordem.

A alegada "questão jurisdicional", pontuada na decisão de 3 de setembro, como causa para a não intervenção por parte da Corregedoria nos casos concretos, não seria desrespeitada caso o Tribunal optasse por promover um acompanhamento mais cuidadoso, detido e orientativo da aplicação da prisão domiciliar junto aos magistrados sob sua jurisdição. Aliás, caso o Supremo Tribunal Federal desejasse o mero acompanhamento da circulação de informações por parte dos tribunais locais e sua consequente sistematização, assim o teria determinado expressamente. Por outro lado, foi enfático em ordenar a implementação imediata da medida pelos Tribunais dos Estados, Federais e Militares.

O Tribunal de Justiça de São Paulo se limitou a acompanhar a questão até que as informações sobre mulheres indicadas inicialmente pela SAP como potenciais beneficiárias fossem comunicadas aos juízos respectivos e recebessem um tratamento jurídico. Nesse sentido, alerta Chies[82] para o comportamento exercido pelos operadores do Direito ao reduzir o conflito social em litígio, hipótese que afastaria o sistema jurídico de sua função clássica de resolver conflitos. O autor destaca que essa redução afeta a capacidade do sistema jurídico de prover meios de regularização da sociedade. Mais do que resolver o conflito, o tratamento jurídico permite a continuidade irrefletida das operações do sistema. Nesse sentido, Almeida[83] reconhece que o "mundo do direito" de certa forma se preserva imune às lutas travadas em outros domínios como no da política. Isso porque,

82. CHIES, Luiz Antônio Bogo. "Do conflito social ao litígio judicial (limites e possibilidades de um constructo autopoiético)". In: WUNDERLICH, A. & CARVALHO, S. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Lúmen Júris, 2005. p. 141-143.

83. FREDERICO, Almeida. Os *juristas e a política no Brasil*: permanências e reposicionamentos. Lua Nova (Impresso). v. 1. 2016. p. 215.

"só adentram ao "mundo do direito" pelos seus próprios termos, ou seja, como um conflito juridicamente classificado e juridicamente solucionável por um processo e uma decisão levados a cabo por juristas"[84]. É o filtro que se estabelece e que mantém a clausura do sistema de direito.

Em alguns momentos, as decisões encaminhadas pelo TJSP expõem a falta de controle sobre os processos criminais e suas respectivas Varas, escancarando o descaso com os processos que tratam da liberdade de pessoas.

Observa-se ainda, o descumprimento do prazo de 60 dias estabelecido pelo acórdão do HC coletivo do STF para a implementação da substituição da prisão preventiva por domiciliar a mulheres presas gestantes e mães, já que a tabulação dos dados só foi concluída em 3 de setembro de 2018, conforme decisão encaminhada pelo próprio TJSP. Com ele, observa-se que o Tribunal não cuidou de centralizar, tampouco responsabilizar-se pela implementação do acórdão. A decisão chega a afirmar que as informações coletadas são meramente informativas e não absolutas, devido aos diferentes momentos de coleta e ausência de apreciação de parte deles. Ou seja, o TJSP não considera definitiva nem mesmo a sistematização dos dados por ele realizada.

Outro ponto que se questiona, foram os dados relativos a mulheres presas em cadeias que supostamente estariam sob responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública (SSP) e as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, sob tutela da Secretaria de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania. Isso porque, apesar de constarem no Comunicado 393/2018 como responsáveis pelo fornecimento de informações sobre as mulheres por elas tuteladas, as decisões encaminhadas não distinguem essas informações. A decisão de 2 de maio de 2018 afirma "Dados recebidos pela SAP (que refere-se à quase totalidade dos pedidos, sendo ínfimos os números advindos das demais Secretarias)". Contudo, ao sistematizar o número de beneficiárias da prisão domiciliar cautelar o Tribunal não distingue entre mulheres e adolescentes, restringe-se a nomear o quantitativo de deferimentos, indeferimentos de mérito e indeferimentos por já existir condenação definitiva.

Como fonte para a análise dos dados sobre o impacto da aplicação da prisão domiciliar às mulheres encarceradas no estado, utilizou-se as decisões do Processo 2018/29.865 acima mencionadas, encaminhadas pelo TJSP em resposta ao pedido de acesso à informação. Contudo, deixam lacunas na compreensão dos resultados.

84. Ibid., p. 215.

As decisões indicam números um tanto imprecisos por não esclarecerem o destino de todos os casos.

A decisão de 2 de maio de 2018 indica a identificação inicial pela SAP de 3.236 mulheres presas preventivamente com potenciais condições para a substituição da prisão por domiciliar, porém, a decisão de 3 de setembro apresentou o desfecho de apenas 2.954 casos, conforme apresentado abaixo:

> 1.311 deferimentos de prisão domiciliar ou solturas por outras razões;
>
> 1.020 indeferimentos de mérito;
>
> 623 indeferimentos por se tratarem de condenação definitiva.

Dos demais, extrai-se que 147 processos ficaram pendentes de decisão de 2º grau, consoante se apontou na decisão de 28 de agosto de 2018 e, portanto, não foram computados no relatório de conclusão do procedimento. Além disso, resgata-se que a decisão de 2 maio de 2018 mencionou casos duplicados ou de mulheres que estavam relacionadas em mais de um processo, sem, contudo, indicar qualquer quantitativo para essas situações. Logo, o TJSP é omisso em relação a 135 mulheres potencialmente beneficiárias da substituição por prisão domiciliar.

Das planilhas com informações sobre as potenciais beneficiárias da prisão domiciliar no estado, é possível confirmar a listagem com 3.236 mulheres. Dessas, verificou-se que 8 não estavam classificadas nem como gestantes, nem como mães. 3.178 mulheres eram mães e, dessas, 75 também eram gestantes, apesar de já possuírem outros filhos[85]. Além disso, havia a indicação de outras 50 mulheres que estavam gestantes sem filhos anteriores. Das mães, 88 declararam ter filhos com alguma deficiência. Não haviam informações sobre a espécie de prisão e tampouco a tipificação dos crimes aos quais respondiam.

Ainda que não seja possível desconsiderar os avanços obtidos com a medida rumo ao desencarceramento de mulheres-mães presas, os dados apenas refletem a dificuldade de penetração de novidades legislativas que se distanciem da prisão como punição e os limites postos à possibilidade de transformação social através de iniciativas no âmbito legislativo e jurídico.

85. Na planilha encaminhada, havia indicações de mulheres como gestantes e mães. Em alguns casos, porém, não constava a idade dos filhos, o que gera dúvidas quanto a erros no preenchimento da planilha ou ausência de informações sobre a idade dos filhos.

5. Reflexões sobre o potencial desencarcerador da prisão domiciliar

Discutindo a racionalidade penal moderna, Pires[86] sustenta que a inovação sempre virá de encontro com os padrões dominantes. O sistema de justiça é apresentado por Almeida como garantidor de um modelo institucional-formal e produtor de dominações específicas (violenta e simbólica)[87]. A justiça criminal como um subsistema tende a querer conservar suas práticas normais e a rejeitar, esquecer ou marginalizar as práticas desviantes – no caso, entendidas como novidades legislativas potencialmente desencarceradoras. Ainda segundo o autor[88], referindo-se à possibilidade de instituir-se e estabilizar-se a partir de ideias inovadoras sobre a pena criminal que favoreça sanções não carcerárias ao sistema de direito penal, afirma:

> "As velhas semânticas da retribuição, da dissuasão, da denunciação (ou reprovação) simbólica e da reabilitação prisional intervêm – cada uma à sua maneira, e isso, tanto no sistema quanto no seu ambiente – para nos lembrar por que é importante punir (comunicar-agir) e fazê-lo de forma "coerente" com relação aos hábitos que foram estabelecidos na historicidade do sistema."[89]

Nesse sentido, o autor[90] aponta que é improvável que o sistema de direito penal se desprenda das velhas semânticas, ou seja, concepções sobre a pena estabelecidas na primeira modernidade. A relativa baixa incidência de uma medida que pretendia atingir quase a totalidade de mulheres presas sem condenação e, portanto, desafogar o sistema prisional, garantindo às mulheres presas o exercício mínimo de direitos acaba ficando amarrado às teias e armadilhas do sistema e da discricionariedade dos operadores do direito.

Luhmann,[91] ao analisar os sistemas sociais, aponta a clausura operativa que neles se estabelece. O fechamento operacional seria consequência do princípio

86. DUBÉ, Richard; PIRES, Álvaro. A refundação da sociedade moderna. *Revista TOMO*, n. 17, out. 2010. p. 31-32.

87. ALMEIDA, Frederico de. As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista de Sociologia e Política.*, Curitiba, v. 22, n. 52, dec. 2014. p. 78-82.

88. DUBÉ, Richard; PIRES, Álvaro. Op. cit., p. 33.

89. Ibid., p. 33.

90. Ibid., p. 33.

91. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2006. p. IX-XI e XXXVIII.

de autorreferência autopoiética, categoria em que se insere também ao sistema de direito. Essa característica própria aos sistemas sociais complexos seria responsável por explicar a dificuldade de absorção de novidades legislativas com potencial de romper com o padrão operativo do sistema de direito criminal o qual tem como sentido a prisão, punição, retribuição e exclusão. Ao atribuir uma interpretação própria sobre as leis, os operadores do direito utilizariam referências anteriores que tem a prisão como sentido orientador e, portanto, são corriqueiras ao sistema de direito penal. Práticas que fogem desse modelo e têm sentido descarceirizantes não conseguem se institucionalizar e se legitimar entre as operações do direito penal, permanecendo como exceções dentro de um sistema cuja lógica operativa continua atrelada ao sentido da punição e da segregação[92].

Apesar da ausência de informações sobre os motivos que ensejam o indeferimento da prisão domiciliar a 1.020 mulheres e as razões pelas quais deixou-se de analisar outros 135 casos, é possível que muitos deles esbarrem nas situações excepcionalíssimas previstas no acórdão do STF quando do julgamento do HC 143.641.

O Supremo Tribunal Federal admitiu a discricionariedade e reconheceu que ao não estabelecer limites para as situações excepcionalíssimas, permitiu-se que a exceção – mais próxima do sentido de punição próprio ao sistema de direito penal – fosse a regra.

Nesse sentido, em 24 de outubro e 14 de novembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões monocráticas para acompanhar o cumprimento do acórdão de 20 de fevereiro de 2018. Na oportunidade, diante de novas denúncias de manutenção da prisão provisória a mulheres potencialmente beneficiárias[93] reconhece-se a dificuldade de mudança cultural do sistema de direito penal, o que implica a necessidade de análise de casos concretos pelo Tribunal Superior. O Min. Relator, portanto, opta por casos que possam esclarecer dúvidas e dar maior concretude ao teor do primeiro acórdão.

Diante disso, a fim de complementar este artigo com casos concretos, que ilustram as resistências do Tribunal de Justiça de São Paulo em aplicar a prisão domiciliar cautelar a presas mães e gestantes, analisou-se algumas decisões de 1ª instância que indeferiram o benefício e, por isso, foram levadas aos autos

92. DUBÉ, Richard; PIRES, Álvaro. A refundação da sociedade moderna. *Revista TOMO*, n. 17, out. 2010. p. 30.

93. INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. *Pela liberdade*: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 27.

do HC coletivo 143.641, sendo reanalisadas pelo Ministro Relator nas mencionadas decisões monocráticas para dar maior clareza ao acórdão e, assim, possibilitar que a substituição por prisão domiciliar fosse de fato efetivada também entre instâncias inferiores. Reforça, ainda, a impossibilidade de se empregar valores sociais e morais em relação à maternidade, afastando os argumentos apresentados pelos magistrados para a não concessão da prisão domiciliar.

A condenação provisória

Diante de caso oriundo do Estado de São Paulo[94], esclarece o Relator que a substituição por prisão domiciliar deve-se aplicar a todas as mulheres sem condenação definitiva. Portanto, o universo de mulheres abarcadas pelo acórdão abrange as mulheres presas preventivamente e aquelas com condenação sem trânsito em julgado. Entende-se que a prisão domiciliar configura restrição da liberdade e, portanto, não fere o entendimento da Corte de legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau.

Nesse ponto e em consonância com o entendimento apresentado pelo Ministro, chama atenção o procedimento adotado pelo TJSP que abarcou apenas as mulheres presas preventivamente, conforme informado na decisão de 2 de maio de 2018, encaminhado na resposta ao pedido de acesso:

> "Foi determinado o prazo de 15 dias para que os estabelecimentos prisionais e de internação identificassem e comunicassem nos respectivos autos as situações de mulheres presas *preventivamente* que se submetessem às condições do benefício previstas no v. acórdão (gestantes, puérperas, e mães de crianças até 12 anos ou deficientes físicos, sob sua guarda, cuja prisão não fosse decorrente de crime praticado contra os descendentes, ou com violência ou grave ameaça)." (destaque do original)

Dessa afirmação, extrai-se que o TJSP não considerou as presas com condenação não transitada em julgado e, portanto, abarcadas pelas determinações do acórdão do STF. Tomando por base as estatísticas disponibilizadas pela SAP em relação à população carcerária feminina, colhidas em dezembro de 2017, a soma de presas sem condenação (3.348 mulheres) e condenadas sem sentença transitada em julgado (3.630) àquela época alcançava um universo amplo de quase 7 mil mulheres e que possivelmente não foi considerado no procedimento seguido pelo Estado de São Paulo. O montante indicado como potenciais beneficiárias foi de 2.478 mulheres (das 3.236 mulheres inicialmente indicadas, extrai-se os 623 processos com condenação definitiva e os 135 casos excluídos ainda que sem

94. Documento 394 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

justificativa). Logo, percebe-se que o próprio Tribunal de Justiça, ao estabelecer fluxo para a colheita de informações sobre a substituição por prisão domiciliar junto aos juízes paulistas, já descumpriu o acórdão do STF.

O crime de tráfico de drogas em estabelecimento prisional

A decisão monocrática de 24 de outubro de 2018 também destacou a impossibilidade de arguição de situação excepcionalíssima nos casos em que a mulher é flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimentos prisionais – situação que foi levantada por estudo como de grande incidência nos casos de flagrante de mulheres na cidade de São Paulo[95]. O Min. Relator, ainda, reforça a impossibilidade de se empregar valores sociais e morais em relação à maternidade a partir da acusação do crime de tráfico pela mãe e assim analisa casos oriundos do Estado de São Paulo, afastando os argumentos apresentados pelos magistrados para a não concessão da prisão domiciliar.

Em decisão decorrente de comarca do interior[96], a magistrada sustenta a manutenção da prisão preventiva pela gravidade concreta do crime de tráfico de cocaína em estabelecimento prisional e por ter colocado a filha em risco ao deixá-la com terceiros para a suposta prática do crime. Afirma que não há garantia de que a prole estaria mais segura com a presença da mãe e tampouco que esta compareceria aos atos processuais caso solta. Fundamentos todos afastados pelo Supremo Tribunal Federal.

Argumento semelhante é usado em outra decisão,[97] quando justifica-se o indeferimento da domiciliar com base no flagrante ocorrido durante tentativa de ingressar em estabelecimento prisional com expressiva quantidade de droga.

O crime de tráfico de drogas em residência

O Min. Relator afasta a possibilidade de indeferimento do benefício nos casos em que o flagrante pela suposta prática do tráfico de drogas tiver ocorrido na residência da presa, esta inclusive é a situação que, de acordo com estudo realizado na cidade de São Paulo[98], representa 1/3 das abordagens de mulheres por policiais.

95. CARVALHO, Denise. JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp*, Marília, n. 9, mai. 2012. p. 183.

96. Documento 440 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

97. Documento 589 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

98. CARVALHO, Denise. JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp,* Marília, n. 9, mai. 2012. p. 182.

O consumo de drogas

Foi também analisado o caso decorrente da Comarca do interior do estado,[99] que afastou a alegação de ausência de responsabilidade sobre a saúde do nascituro por ser a mulher usuária de drogas e apresentar indícios de traficância.

A gravidade do crime de tráfico de drogas

Em decisão oriunda de comarca paulista[100], a denegação do benefício foi fundamentada com base (i) na ausência de citação pessoal que implicaria a suspensão do processo, caso o ato não fosse realizado, (ii) nos antecedentes da mulher, (iii) ausência de trabalho formal e (iv) prática do gravíssimo crime de tráfico de drogas, motivos pelos quais se considerou dispensável a figura materna ao convívio e bem estar da criança. Argumentos todos insuficientes para a denegação do benefício de prisão domiciliar a gestantes e mães, conforme Min. Relator.

Em outra decisão[101], sustenta-se a situação excepcionalíssima caracterizada pela quantidade e variedade droga, bem como a imprescindibilidade aos cuidados do infante. No caso de presa[102] em São Paulo, o pedido de advogada decorre de ausência de julgamento da substituição por domiciliar.

Convívio com traficantes

Completando a análise sobre os casos referentes ao estado de São Paulo, foi deferida a concessão da domiciliar à presa julgada por magistrado[103] que justifica o afastamento da mãe do convívio dos filhos por existir alguns casos de traficantes que envolvem crianças em realidades catastróficas, sem mencionar ser este o caso da acusada. Entende que se trata de exceção, merecendo a intervenção do Estado, a fim de garantir os direitos dos filhos submetidos à vida do crime sem terem escolhido esse caminho, o que evidencia situação de grave risco.

Os casos acima indicados, todos do Estado de São Paulo, cujas decisões de indeferimento da prisão domiciliar foram revistas pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciam a recorrente distorção do objetivo da norma em debate e mesmo da decisão que a referendou. É comum a criação de novos requisitos e a identificação de empecilhos para a concessão da medida desencarceradora[104].

Entre os casos concretos reconhecidos na decisão monocrática de 24 de outubro de 2018, há denúncias em relação a outros casos de São Paulo que não

99. Documento 510 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

100. Documento 543 e 544 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

101. Documento 681 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

102. Documento 774 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

103. Documento 797 dos autos eletrônicos do HC 143.641.

implicaram na soltura de mulheres e a persistência na institucionalização de adolescentes. Em especial, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) aponta o alargamento inconstitucional das situações excepcionalíssimas previstas pelo acórdão original. Revela 122 casos de indeferimentos com justificativas contrárias à lei e ao acórdão em relação a mulheres custodiadas na Penitenciária Feminina de Pirajuí/SP. Como exemplo, destaca-se a ausência de comprovação da maternidade, a despeito das orientações do Tribunal de Justiça de São Paulo nesse sentido; ausência de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos às crianças; condições adequadas apresentadas pela unidade prisional no cuidado com os filhos.

Em razão disso, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal "uma prática institucional sistematicamente contrária à ordem jurídica", sendo solicitada a prestação de informações, entre outros, pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o aparente descumprimento da decisão do STF.

As decisões de outubro e novembro e os diversos documentos juntados nos autos do HC 143.641 evidenciam as resistências por parte dos agentes do sistema de justiça. Apesar de neste estudo ter sido observado os casos de Estado de São Paulo, é certo que indicam comportamentos praticados também em outros estados da federação como bem se observa das decisões monocráticas que analisaram situações ocorridas em diversos estados.

Sinalizam as decisões as dificuldades em se frear o aumento do encarceramento de mulheres, ainda que existam benefícios e direitos disponíveis e que permitam para uma lógica diferente de aprisionamento. Mostra-se abusiva a discricionariedade e as situações excepcionalíssimas previstas pelo acórdão, em clara inversão aos ditames da legislação referenciada e, mesmo, do julgamento que forçou sua efetividade.

Pesquisa realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC)[105] analisou decisões de juízes e juízas em mais de 200 audiências de custódia realizadas na cidade de São Paulo. Dessas 59% das mulheres, preenchiam os requisitos legais para o cumprimento de prisão domiciliar em lugar da prisão preventiva.

104. INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. *Pela liberdade*: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 27.

105. INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *Marco Legal e Desencarceramento de mulheres*: Audiência de custódia. São Paulo: ITTC, 2018. Disponível em: [http://ittc.org.br/marco-legal-mulheres-custodia/]. Acesso em: 29.04.2019.

O estudo revela que o argumento mais utilizado para a negativa é a ausência de prova da maternidade ou gravidez, contrariando o acórdão, informe do próprio TJSP e posterior decisão monocrática do STF que ordena a consideração da palavra da mãe como comprovação. Em segundo lugar, as situações excepcionalíssimas foram alegadas para negar benefícios a mulheres acusadas de armazenar droga em casa, portar grande quantidade, ser reincidente ou possuir maus antecedentes. O estudo aponta ser comum o argumento de que a presença da mãe criminosa é prejudicial ao desenvolvimento das crianças.

Chama atenção os julgamentos sociais e morais presentes nas decisões quando da consideração de risco ou prejuízo às crianças. O relatório conclui:

> "Inverte-se a lógica que motivou a criação do Marco Legal, que é justamente proteger a infância e o exercício da maternidade plena com medidas alternativas ao cárcere, trazendo como resultado um reforço da criminalização da mulher e o desamparo de crianças que ficam afastadas dos cuidados e da relação com a mãe."

Questiona-se se tais argumentos moralizantes são utilizados na mesma proporção em relação a homens, se a qualidade de pai é valorada quando da verificação de tipicidade do crime, aplicação e regime da pena ou mesmo concessão de posteriores benefícios. Essas percepções não deixam de retratar características e julgamentos também fora das prisões.

Em nova publicação da mesma pesquisa[106], informa-se a análise de outras 200 decisões, principalmente *Habeas Corpus*, julgados pelo STJ e STF, sendo mais de 50% oriundos do Estado de São Paulo. Em 116 casos houve a concessão de prisão domiciliar e outras 9 a decretação de liberdade provisória. A pesquisa que se iniciou antes da decisão do HC 143.461, comparou os dados de antes e depois, sendo possível constatar uma mudança de comportamento por parte dos Ministros que reduziram o uso de argumentos como "gravidade do crime" e "preservação da ordem pública", já indicados no acórdão como incapazes de impedir o benefício. Por outro lado, houve aumento da fundamentação com base em crime praticado com violência e nas situações excepcionalíssimas. O estudo conclui que as concessões de domiciliares nos tribunais superiores supera a das instâncias inferiores. Também destaca-se que a maioria dos casos que chegam até as instâncias

106. INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *A aplicação do marco legal da primeira infância nos tribunais superiores*. São Paulo: ITTC, 2019. Disponível em: [http://ittc.org.br/marco-legal-tribunais-superiores/]. Acesso em: 29.04.2019.

superiores contam com advogados constituídos, o que indica maior poder aquisitivo das mulheres ou que minimamente tiveram condições de financeiras para acessar os tribunais superiores. Longe de ser a situação da maioria das mulheres presas no país.

No início da década de 90, Sérgio Adorno já alertava para o domínio pelos operadores do direito abstrato e idealizado da lei que se materializa nos códigos, nos livros, nas academias, nos juízos. Apesar disso, na prática a aplicação cotidiana dos preceitos legais respeita a interesses particulares, necessidades de funcionamento das instituições, em constantes disputas e negociações entre os diferentes atores que se enredam nas teias de moralidade[107].

> "Não raro, as convicções pessoais desses agentes, a lógica de funcionamento do aparelho judiciário e os interesses corporativos que o sustêm contribuem para que, nos autos e nos ritos processuais, se julgue algo muito além do que o crime e seu suposto autor; julgam-se, antes de tudo, modelos de comportamento considerados adequados ao funcionamento regular e ordeiro da sociedade."[108]

6. Considerações finais e a nova lei: um ponto final?

O Brasil está entre os países que mais encarceram pessoas no mundo. Seguindo essa tendência, o encarceramento de mulheres aumentou de forma proporcionalmente maior que o de homens, diretamente impulsionado pela Lei de Drogas de 2006, que representa o tipo penal que contribui de forma mais decisiva para a prisão de mulheres e para o uso abusivo de prisão provisória, seja ela preventiva ou decorrente de execução provisória da pena.

O perfil da mulher presa escancara deficiências econômicas e sociais. São elas jovens, negras ou pardas, com baixa escolaridade, trabalhadoras informais e mães. A maternidade no cárcere expõe ainda mais as condições precárias a que as mulheres estão submetidas, já que a pena se estende para além das acusadas, alcança toda a família e, principalmente, os filhos aumentando de fora contundente a sua condição de vulnerabilidade social e econômica. O Estado, portanto, responde pela sistemática violação a direitos das mulheres, em especial os sexuais e reprodutivos.

107. ADORNO, Sergio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. *Revista USP*, v. 9, 1991. p. 67.

108. Ibid., p. 69.

São Paulo, como estado responsável por mais de 30% da população carcerária feminina e constante incremento dessa população, reproduz e sustenta a tendência que se verifica no cenário nacional.

Diante da maior visibilidade que a agenda do encarceramento de mulheres e, principalmente, da maternidade no cárcere ganhou nos últimos anos, observou-se um incremento da legislação e iniciativas federais visando minorar essa questão. Mas, conforme apontamos neste texto, tais iniciativas que emergiram principalmente no campo legislativo e no campo judiciário mostraram limites na sua capacidade de alterar a situação concreta geral e a condição de mães no cárcere.

Entre essas, está a previsão de substituição da prisão preventiva por domiciliar a mulheres gestantes e mães com filhos de até 12 anos. A medida, porém, não gerou o efeito garantidor de proteção da infância e do exercício da maternidade plena. Provocado, o Supremo Tribunal Federal interviu e, assim, concedeu a ordem de *Habeas Corpus* 143.641 a todas as mulheres presas gestantes e mães do país. Determinou, assim, que os Tribunais de Justiça dos Estados implementassem a decisão.

Logo, este estudo cuidou de coletar informações sobre o cumprimento da decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A análise, porém, evidenciou que o Tribunal se propôs a desenhar um fluxo e acompanhar a circulação de informações entre as unidades prisionais que custodiavam mulheres e os juízos originários, entendidos como competentes para a análise casuística.

O próprio TJSP reconhece a ineficiência do fluxo criado para a coleta e veracidade de informações e aponta que os resultados obtidos eram meramente informativos e não absolutos. Além de omitir o deslinde de diversos casos e não cumprir o prazo de 60 dias determinado pelo STF, o Tribunal do Estado de São Paulo ainda descumpre a decisão superior ao não incluir os casos de mulheres em cumprimento de execução provisória sem condenação transitada em julgado.

A orientação inicial dirigida aos magistrados e Secretarias Estaduais se referiu a mulheres em prisão preventiva apenas. As informações obtidas via Lei de Acesso à Informação parecem frágeis e sugerem pouca efetividade da medida de substituição por prisão domiciliar. Num universo hipotético de 7 mil mulheres custodiadas pela SAP sem condenação definitiva[109], apenas 1.311 obtiveram o benefício.

109. Considerando-se os dados estatísticos disponibilizados pela SAP relativos a dezembro de 2017, sem indicação do preenchimento ou não dos requisitos para a concessão da prisão domiciliar. ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária.

Em análise de casos concretos oriundos do Estado de São Paulo e julgados pelo STF em sede de decisão monocrática posterior ao acórdão que concedeu a ordem, evidencia-se a resistência dos juízes em aplicar a medida, em consonante referência ao que Pires[110] nomeia como racionalidade penal moderna que tem como sentido do sistema de justiça criminal a punição e a retribuição. A despeito de considerar as singularidades do caso concreto, observa-se o uso da excepcionalidade prevista no acórdão como regra com a criação de novos requisitos para o afastamento do benefício.

Finalmente, ainda nesse contexto, uma nova lei foi sancionada em 19 de dezembro de 2018, disciplinando a substituição da prisão preventiva por domiciliar, alterando o Código de Processo Penal (CPP). A inovação ficou por conta do tom impositivo do art. 318-A que sem revogar a faculdade prevista no anterior art. 318 do CPP, *impôs o dever* de substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos de presas gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, fixando como exceção apenas os casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça e cometidos contra os próprios filhos. A lei, ainda, prevê progressão de pena especial para gestantes e mães com fração de cumprimento de pena inferior e atribuições de acompanhamento da medida pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

A publicação de nova lei dias antes da nova posse Presidencial soa como tentativa de colocar um ponto final na questão – considerada como passível de controvérsia – da substituição da pena preventiva por domiciliar a gestantes e mães. Talvez a Lei promulgada represente o encerramento de um ciclo em que o encarceramento de mulheres e a maternidade no cárcere ganhou visibilidade na agenda política e no judiciário, especialmente, no STF.

Apenas a observação de como se dará (ou não) a sua implementação poderá confirmar se ela configurou um ponto final na controvérsia sobre a implementação das decisões anteriores ou se foi capaz de produzir transformações de caráter duradouro e abrangentes no sistema penal, ao menos no que concerne ao tratamento específico de mulheres nas condições acima expostas. A despeito de não termos condições de analisar o impacto dessa nova lei neste texto, pelas análises aqui apresentadas podemos considerar que a resistência demonstrada pelos

Dados estatísticos educação e trabalho: população carcerária feminina. 2017. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/SAP_perfil-pop-feminina_dez-2017.pdf]. Acesso em 06.04.2019.

110. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004. p. 40-41.

operadores do direito na aplicação de medidas descarceirizantes está profundamente arraigada na estrutura política e social do país e de instituições tradicionalistas e conservadoras como são, em regra, as instituições judiciárias. Nesse sentido, estruturante, essa resistência se encontra arraigada também em valores e padrões morais e estabelece sentido às operações do sistema de direito penal, erigindo verdadeiras muralhas de contenção para possíveis reversões da tendência encarceradora que há décadas caracteriza o sistema penal brasileiro[111]. Ao propor identificar, compreender e discutir essas resistências, não se pretende consolidar uma postura resignada acerca destas estruturas, mas, ao contrário: pretende-se contribuir para produzir ruídos e localizar brechas que possam figurar como pontos de ponto na luta pela garantia do direito das mulheres e de seus filhos a uma convivência longe das prisões.

Bibliografia

ADORNO, Sergio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. *Revista USP*, n. 9, p. 65-78, 1991.

ALMEIDA, Frederico de. As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 22, n. 52, p. 77-95, out.-dec. 2014.

ALMEIDA, Frederico de. *Os juristas e a política no Brasil*: permanências e reposicionamentos. Lua Nova (Impresso), n. 97, p. 213-250, 2016.

ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do estado e de Deus*: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Ressonâncias e Aplicações da Pesquisa Dar à Luz na Sombra. *Boletim de Análise Político-Institucional*, v. 17, p. 59-64, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, *Infopen mulheres*, junho de 2016. Brasília: Depen/MJ, 2018.

111. INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. *Pela liberdade*: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 17.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra*: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: MJ; Ipea, 2015. (Série Pensando o Direito, n. 51).

CAMPOS, Marcelo. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. 2015. 313f. Tese de Doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Do conflito social ao litígio judicial (limites e possibilidades de um constructo autopoiético). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Denise. JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp*, Marília, v. 9, p. 177-192, mai. 2012.

CARVALHO, Salo de. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

COLARES, Leni Beatriz; CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 2, p. 407-423, 2010.

DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.

DIAS, Camila Caldeira Nunes et. al. O encarceramento em massa como política de segurança. *Teoria & Debate*, São Paulo, p. 1-15, jun. 2015.

DIAS, Camila Caldeira Nunes; GONÇALVES, Rosangela Teixeira. Sistema carcelario brasileño, el fortalecimiento de los Comandos y los efectos perversos sobre las mujeres presas: Sao Paulo como paradigma. In: Fernando Carrión M. (Org.). *La política en la violencia y lo político de la seguridad*. Quito/Otawa: FLACSO/IDRC-CDRI, p. 95-121, 2018.

DUBÉ, Richard; PIRES, Álvaro. A refundação da sociedade moderna. *Revista TOMO*, n. 17, p. 15-37, jul.-dez. 2010.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. *Dados estatísticos educação e trabalho*: população carcerária feminina. 2017. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/SAP_perfil-pop-feminina_dez-2017.pdf]. Acesso em: 06.04.2019.

HELPES, Sintia Soares. *Vidas em jogo*: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

HOWARD, Caroline (Org). *Direitos humanos e mulheres encarceradas*. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006.

INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. *Pela liberdade*: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Resolução do CNPCP disciplina situação de filhos de mulheres encarceradas*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas]. Acesso em: 08.04.2019.

INSTITUTO SOU DA PAZ; ASSOCIAÇÃO PELA REFORMA PRISIONAL. *Monitorando a aplicação da Lei de cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. São Paulo: Sou da paz; ARP, 2014.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. *Guia rápido sobre o indulto para mulheres presas*. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: [http://ittc.org.br/guia-rapido-sobre-indulto-para-mulheres-presas/]. Acesso em: 09.04.2019.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. *Marco Legal e Desencarceramento de mulheres*: audiência de custódia. São Paulo: ITTC, 2018. Disponível em: [http://ittc.org.br/marco-legal-mulheres-custodia/]. Acesso em: 29.04.2019.

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. 275f. Tese de Doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.

LAGO, Natália Bouças do. *Mulheres na prisão*: entre famílias, batalhas e a vida normal. 2014. 95f. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2006.

MARTINS, Thaís Pereira. *A mulher encarcerada na visão de agentes de segurança penitenciária nas prisões do estado de São Paulo*. 2016. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2016.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 1, p. 72-90, 2007.

TEIXEIRA, Alessandra.; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais* – BIB, n. 81, p. 25-41, ago. 2017.

TELLES, Vera. Ilegalismos urbanos e a cidade. *Novos Estudos*, n. 84, p.153-173, jul. 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- (De)formalização da aplicação da pena: a prisão domiciliar, de Sheila Jorge Selim de Sales – *RBCCrim* 164/47-63 (DTR\2019\42732);
- O *habeas corpus* 143.641/SP e a tutela coletiva do *status libertatis*: condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson – *RBCCrim* 152/89-115 (DTR\2019\81); e
- Quem te prende e não te solta: as regras de bangkok e a análise de decisões denegatórias do Poder Judiciário do Estado do Paraná em pedidos de prisão domiciliar para mulheres presidiárias gestantes e com crianças, de Priscilla Placha Sá, Heloisa Vieira Simões e Priscilla Conti Bartolomeu – *RBCCrim* 151/383-416 (DTR\2018\2276).