Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 164 • fev. / 2020

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 164 • fev. / 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)
Ana Luiza Gonçalves dos Santos (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ) – André Nicolitt (UFF – Rio de Janeiro/RJ) – Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP)) – Christiany Pegorari (PUC – Campinas/SP) – Clarissa Pepe Ferreira (Universidade de Málaga – Espanha) – David da Silva Pereira (UTFP – Cornélio Procópio/PR) – Felipe Faoro Bertoni (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS) – Felipe da Veiga Dias (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS) – Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/

MS) – Italo Rabelo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS) – Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Laíze Gabriela Benevides Pinheiro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Larissa Urruth Pereira (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Luanna Tomaz de Souza (UFPA – Belém/PA) – Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelotas/RS) – Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR) – Marilia de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Matheus Felipe de Castro (UFSC – Florianópolis/SC) – Moyses Pinto Neto (ULBRA-Porto Alegre/RS) – Nelson Gomes Junior (UFPB – João Pessoa/PB) – Renata Almeida da Costa (UNILASALLE – Canoas/RS) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Rodrigo Camargo (ULBRA – Torres/RS) – Ruiz Ritter (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Vanessa Chiari Golçalves (UFRS – Porto Alegre/RS)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Clara Klink de Melo (USP – São Paulo/SP) – Ana Lúcia Tavares Ferreira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Ana Paula Cristina Oliveira Freitas (Universidade Federal do ABC – São Paulo/SP) – Bruno Amaral Machado (UniCEUB/UnB – Brasília/DF) – Carlos Antônio de Souza (Instituto de Genética Forense Eduardo Campos – Recife/PE) – Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Clécio Lemos (Columbia University – EUA) – Deborah Alcantara de Araújo (Universidade de Pernambuco – UPE – Recife/PE) – Eduardo Neves Lima Filho (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA) – Evelyne Pessoa Soriano (Universidade de Pernambuco – UPE – Recife/PE) – Isabel Bezerra de Lima Franca (Universidade Federal do ABC – São Paulo/SP) – José Francisco Dias da Costa Lyra (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS) – Magaly Bushatsky (Faculdade de Odontologia de Pernambuco (FOP – Recife/PE) – Maíra Rocha Machado (FGV – São Paulo/SP) – Marcus Vitor Diniz de Carvalho (Universidade de Pernambuco – UPE – Recife/PE) – Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA) – Maria Gabriela da Silva Martins da Cunha Marinho (Universidade Federal do ABC – São Paulo/SP) – Mariana Celano de Souza Amaral (USP – São Paulo/SP) – Mariana Fernandes Távora (Universidade de Lisboa – Portugal) – Marta Rodriguez de Assis Machado (FGV – São Paulo/SP) – Martin Böse (Universidad de Bonn – Alemanha) – Matheus de Barros (USP – São Paulo/SP) – Monica Sapucaia Machado (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF) – Pedro Adamy (Ruprecht-Karls-Universität – Heidelberg/Alemanha) – Péricles Stehmann Nunes (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS) – Priscila Aurora Landim de Castro (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF) – Reginaldo Inojosa Carneiro Campello (Faculdade de Odontologia de Pernambuco (FOP – Recife/PE) – Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG – Belo Horizonte/MG)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 164 • fev. / 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. 164 • fev. / 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.

Diretora Editorial
Juliana Mayumi Ono

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – Vila Olímpia
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
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

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

Acesse o nosso eComm
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [02-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [02.12.2019]



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
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

22º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Yuri Felix

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Milene Cristina Santos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL
Paulo Cesar Malvezzi Filho

EQUIPE
Fernanda M. Barbosa Euflauzino

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Nathalia Aparecida Mendes Costa

Núcleo Financeiro

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

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

Núcleo de Atuação Política

SUPERVISÃO
Lorraine Carvalho Silva

EQUIPE
Jonas Santos

Núcleo de Biblioteca

SUPERVISÃO
Helena Curvello

EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

SUPERVISÃO
Douglas Calixto

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

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

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

Núcleo de Publicações

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Helen Christo
Rafael Vieira

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 164 • fev. / 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, Rafael Ribeiro e Thaís Pereira

Estagiárias: Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: WK Editoração

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: 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

¿Exclusión del injusto a través de disposiciones hipotéticas del bien jurídico protegido? Sobre la relación de los requisitos formales y materiales de la justificación

Can unlawfulness be excluded through hypothetical dispositions of the protected legal right? On the relation of formal and material requirements of legal justification

Martin Böse 17

(De)formalização da aplicação da pena: a prisão domiciliar

House arrest: beyond its essence

Sheila Jorge Selim de Sales 45

Processo Penal

Em que medida a dialética gadameriana pode tornar acusatória a produção da prova testemunhal no processo penal

In which measure gadamerian dialectics can turn into accusatory the production of the testimonial evidence in the criminal process

Eduardo Neves Lima Filho e Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo 65

As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri

The evidence, the jurors and the court: the annulment of verdicts in face of the sovereignty of the jury

Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado, Matheus de Barros, Mariana Celano de Souza Amaral e Ana Clara Klink de Melo 91

Informações fiscais como elemento probatório no processo penal

Fiscal information as evidence in criminal procedure

Pedro Adamy 133

Crime e Sociedade

Superpopulação carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Prison Overcrowding and International Human Rights Systems

Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira 159

Terceiro Foucault e o humanismo punitivo

Third Foucault and the punitive humanism

Clécio Lemos 199

(In)eficácia da alegação de insanidade mental na defesa de mulheres infratoras com problemas mentais

(In)efficiency of the allegation of mental insanity in the defense of women offenders with mental disorders

Isabel Bezerra de Lima Franca e Maria Gabriela da Silva Martins da Cunha Marinho 231

A sociedade moderna e os problemas de inclusão/exclusão: os atuais excessos do controle penal na modernidade periférica

Modern society and inclusion/exclusion problems: current excesses of criminal control in peripheral modernity

José Francisco Dias da Costa Lyra e Péricles Stehmann Nunes..... 267

O estupro na conjugalidade: ditos femininos escondidos

Marital rape: hidden women's speaches

Mariana Fernandes Távora e Bruno Amaral Machado 309

A cultura do estupro como obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais das mulheres

Rape culture as an obstacle to the exercise of women's fundamental rights

Monica Sapucaia Machado e Ana Paula Cristina Oliveira Freitas 343

Do trabalho doméstico para o estado de abandono: uma análise sobre a institucionalização de adolescentes trabalhadoras domésticas em Brasília durante a década de 70

From domestic work to abandonment: an analysis about the institutionalization of female adolescent domestic workers in Brasília on the 70's

Priscila Aurora Landim de Castro..... 375

A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro

Forensic genetics as a tool to aid the forensic science: the experience of a Brazilian State

Deborah Alcantara de Araújo, Carlos Antônio de Souza, Reginaldo Inojosa Carneiro Campello, Marcus Vitor Diniz de Carvalho, Evelyne Pessoa Soriano e Magaly Bushatsky 413

Índice Alfabético-remissivo

Autores 445

Temas 449

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 453

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 463

Condições para Submissão *(Checklist)* 467

¿Exclusión del injusto a través de disposiciones hipotéticas del bien jurídico protegido? Sobre la relación de los requisitos formales y materiales de la justificación

Can unlawfulness be excluded through hypothetical dispositions of the protected legal right? On the relation of formal and material requirements of legal justification

Martin Böse[1]
Universidad de Bonn, Alemania
boese@jura.uni-bonn.de

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumen: Con la figura del consentimiento hipotético la jurisprudencia alemana ha trasladado al nivel de la antijuridicidad la consideración de los cursos causales hipotéticos en la determinación de la relación de imputación y de causalidad. Independiente de su origen en el contexto del tratamiento médico decidido autónomamente, la fundamentación dogmática de esa figura va

Abstract: With the concept of hypothetical consent, the German jurisprudence has shifted these considerations from an illegality inquiry to an unlawfulness examination. Notwithstanding its origins in the context of unauthorized medical treatments, criminal dogmatic substantiation of hypothetical consent goes far beyond consent in bodily injury. This article attempts to clarify

1. Prof. Dr. Martin Böse, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (Alemania). El título original de este artículo es «Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung» y fue publicado en la Revista ZIS, bajo el siguiente Link: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_8_1035.pdf. La traducción estuvo a cargo de Miguel Schürmann Opazo, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es miguelschurmann@gmail.com.

Böse, Martin. ¿Exclusión del injusto a través de disposiciones hipotéticas del bien jurídico protegido? Sobre la relación de los requisitos formales y materiales de la justificación. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 17-43. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

mucho más allá del consentimiento en las lesiones corporales. El artículo trata de aclarar esas complicaciones teóricas teniendo a la vista la figura del consentimiento y las decisiones judiciales y administrativas que permitirían una afectación del bien jurídico protegido fundándose en un acto de disposición hipotético. Como se demostrará, este modo de proceder esconde el peligro de que los requisitos formales previstos para la justificación sean burlados a través de una reducción a los requisitos materiales de la correspondiente decisión.

Palabras clave: Consentimiento hipotético – Derecho a la autodeterminación – Secreto sobre la información del paciente – Aborto – Autorización hipotética – Reserva judicial.

those wider implications by considering not only consent but also sovereign decisions, by which interference of a protected legal right may be licensed, provided the unlawfulness is not expressly or implicitly sustained in the hypothetical disposition act. As will be shown, such an approach entails the hidden risk that formal requirements established for the justification of the decision are circumvented by reducing focus only on the material requirements of the corresponding decision.

Keywords: Hypothetical consent – Right to self-determination – Patient secret privilege – Abortion – Hypothetical approval – Judicial reservation.

Sumário: 1. Introducción. 2. La disposición hipotética de particulares. 2.1. Consentimiento hipotético en el tratamiento médico. 2.2. Consentimiento hipotético en la lesión de otros bienes jurídicos individuales disponibles. 2.3. El consentimiento hipotético de las embarazadas (§ 218a párrafo 1 Nr. 1 del Código Penal Alemán). 3. La disposición hipotética de órganos-que-ejercen-soberanía (Hoheitsträgern). 3.1. Autorización judicial. 3.2. Permisos y autorizaciones administrativas. 4. Conclusión. Referencias.

1. Introducción

Los cursos causales hipotéticos tienen su lugar fijo en la determinación de la relación causal y de infracción de deber, ello siguiendo la formula dominante de la *conditio sine qua non*.[2] Con la figura jurídica del consentimiento hipotético la jurisprudencia ha trasladado ese tipo de reflexiones desde el nivel del tipo al nivel de la antijuridicidad.[3] Cierta parte de la literatura lo ha apoyado,[4] pero también ha encontrado en otra parte un decidido rechazo.[5] Sin atender a su origen en el

2. Ver solo BGHSt 1, 332, 333 y s.; 11, 1 (7); 31, 96 (98); 49, 1 (3); Frister (2015: 110, 136); T. Walter (2007: Vor § 13, nº 74, 99); ver en contra, Puppe (2010: 551).
3. BGHR StGB § 223 párrafo 1 intervención curativa 2; BGH NStZ 1996: 34, 35; BGH NStZ, 2004: 442; BGH NStZ, 2012: 205, 206; BGH NJW, 2013: 1688, 1689.
4. Beulke (2015: 67, 72 y ss.); Kühl (2012: § 9, nº 47); Kuhlen (2004: 207); Kuhlen (2001: 331); Rosenau (2010: 683, 687 y ss.); Roxin (2006: § 14, nº 114).
5. Gropp (2006: 197, 200 y ss.); Haas (2015: 147, 149 y s.); Jäger (2007: 345, 349 y ss.); Paeffgen (2013: Vor §§ 32 y ss., nº 168a); Puppe (2003: 764, 768 y ss.); Puppe (ZIS 2016: 366 y ss.); Saliger (2015: 257, 264 y ss.); Sowada (2012: 1, 6 y ss.).

contexto del tratamiento médico decidido autónomamente, la fundamentación dogmática de esa figura jurídica va mucho más allá del consentimiento y del tipo penal de las lesiones corporales. La siguiente contribución trata de resolver esas complicaciones teóricas. Para ello tiene a la vista tanto la figura del consentimiento como también a las decisiones oficiales, con las cuales estaría permitido una afectación del bien jurídico protegido. Con ello, una exclusión del injusto estaría apoyada explícita o implícitamente (especialmente en referencia al presupuesto jurídico material de la decisión apropiada) por el acto de disposición hipotético.[6] Como se demostrará, este modo de proceder esconde el peligro de que los requisitos formales previstos para la justificación sean burlados a través de una reducción a los requisitos materiales de la correspondiente decisión.

2. La disposición hipotética de particulares

El punto de inicio de la discusión sobre la exclusión del injusto en virtud de cursos causales hipotéticos lo constituye el consentimiento hipotético del titular del bien jurídico en el tratamiento médico (a.). Al ser reconocida esa figura jurídica en la parte general, ella debería llevar también a una exclusión del injusto para otros tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales (b.). Finalmente, si esa figura jurídica fuese considerada también para otros tipos penales, los otros particulares, en tanto no titulares del bien jurídico, tendrían asignado un poder de decisión equivalente a la facultad de disposición del bien.

2.1. Consentimiento hipotético en el tratamiento médico

El efecto excluyente de la punibilidad del consentimiento hipotético fue reconocido por primera vez por el Tribunal Federal Alemán ("BGH" en lo sucesivo, por sus siglas en alemán) en el caso denominado de "las piernas arqueadas" ("*O-Beine-Fall*"): El BGH negó la relación de causalidad entre la infracción del deber (esto es, la aclaración defectuosa) y la lesión corporal, debido a que el paciente también habría consentido en la intervención si se le hubiese informado oportuna y suficientemente de todos los riesgos vinculados a ella.[7] Mientras esa fundamentación traslada la teoría de la relación de infracción de deber, proveniente de la teoría de la imputación objetiva, al nivel de la antijuridicidad, el

6. Otras causas de justificación, como la legítima defensa y el estado de necesidad (§§ 32, 34 StGB), no son consideradas aquí, sobre ello ver Haas (2015: 147, 158 y s.).

7. BGHR StGB § 223 párrafo 1 intervención curativa 2.

BGH basa su nueva jurisprudencia en que la antijuridicidad se suprime cuando el paciente, mediando una aclaración verídica, *habría* consentido en la operación realmente realizada.[8] Con ello, sitúa al consentimiento hipotético, junto al consentimiento efectivamente prestado y el presunto, como una (nueva) causa de justificación.[9]

En contra de situar al consentimiento hipotético como una nueva causa de justificación se ha objetado -con razón- que genera la supresión de la pretendida protección de la autodeterminación del titular del bien jurídico (la que también se encuentra subyacente al carácter subsidiario del consentimiento presunto). Lo anterior dado que, en la práctica, el médico puede prescindir de recabar la efectiva aprobación del paciente de forma previa a la intervención, cuando ella puede ser reemplazada sin dificultad.[10] Resulta indesmentible que, con ello, la autodeterminación del titular del bien jurídico sería desplazada por medio del argumento de que una justificación de este tipo sólo se realizaría *en la medida* de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico, y con ello serviría (también) a la autodeterminación del paciente,[11] porque ese argumento banaliza la distinción entre una autodeterminación real y una hipotética[12]. El hecho de que el consentimiento hipotético sea un dudoso instrumento para la autodeterminación se demuestra por la sola circunstancia de que las restantes incertidumbres sobre la voluntad hipotética del paciente son resueltas a favor del acusado conforme al principio "*in dubio pro reo*"[13-14] Con ello, la autonomía del paciente es burlada igualmente a través del consentimiento hipotético, tal como es burlada mediante un recurso irreflexivo a un consentimiento presunto: la primacía

8. BGH NStZ-RR 2004; 16, 17; BGH NStZ 2004: 442; BGH NStZ 2012: 205, 206.
9. Ver desde esa interpretación de la jurisprudencia Haas (2015: 147, 148 y s.); Tag (2015: 523, 531), con notas adicionales; a favor de una nueva causa de justificación, Beulke (2015: 67, 73 y s.).
10. Haas (2015: 147, 151); Sowada (2012: 1, 7).
11. Beulke (2015: 67, 74); Rosenau (2010: 697).
12. El hecho de que la voluntad hipotética del paciente (ex post) se deje investigar mejor que la voluntad presunta (ex ante) (Rosenau, 2010: 697), no cambia que el consentimiento efectivamente prestado, de cara a las inseguridades que se encuentran vinculadas con la fijación de decisiones ficticias, constituye un instrumento más apropiado para una autodeterminación efectiva.
13. Ver en este sentido NStZ-RR, 2004: 16, 17; BGH NStZ, 2012: 205, 206.
14. Sowada (2012: 1, 7); ver también– bajo la referencia a una voluntad del paciente ficticia no determinante –Puppe (2003: 764, 769 y s.).

del consentimiento real y el carácter subsidiario del consentimiento presunto no permiten un examen ulterior de la voluntad hipotética.

Para conservar la figura del consentimiento hipotético, sólo quedaría la posibilidad de fundarla en una analogía estructural con la relación de infracción de deber en el marco de la imputación objetiva.[15] Según dicha comprensión, la cual ha sido desarrollada por Kuhlen, la antijuridicidad (objetiva) del hecho requiere no sólo que ninguna causa de justificación se haya verificado completamente, sino principalmente que el resultado también se base -de una forma objetivamente imputable- en el defecto establecido de la causa de justificación.[16] Ese último presupuesto no se cumpliría si faltase la relación de infracción de deber, dado que el resultado se habría producido también sin los defectos del consentimiento (esto es, bajo una aclaración debida y el correspondiente consentimiento efectivo).[17] Debido a la falta de un injusto de resultado, estaría excluida una punibilidad por el delito de lesiones consumado.[18] Y, correlativamente, dada la subsistencia del injusto de acción, vendría en consideración naturalmente una punibilidad por tentativa.[19]

Desde ya se puede negar que la fundamentación de una relación de infracción de deber requiera una consideración de los cursos causales hipotéticos, especialmente porque, debido a su carácter ficticio, no son susceptibles de ser determinados ni mucho menos probados.[20] Incluso si se quisiese ver a esa objeción como subsanable, entonces resulta también incierto si el consentimiento hipotético es idóneo para excluir la relación de infracción de deber en el nivel de la antijuridicidad.

La relación entre injusto de acción y de resultado debe fundarse en la comparación entre el comportamiento real y el comportamiento alternativo (hipotético) conforme a derecho.[21] Sin embargo, para el consentimiento hipotético, la construcción de la hipótesis no se encuentra orientada al comportamiento típico del autor (ejecución de la intervención médica), sino que a la lesión consumada

15. Kuhlen (2004: 337 y s.)
16. Kuhlen (2004: 339).
17. Kuhlen (2004: 340), además de BGH NStZ, 1996: 34, 341 y ss.; asimismo Rosenau (2010: 690 y ss.).
18. Kuhlen (2004: 346).
19. Kuhlen (2004: 207, 229 y s.); asimismo Beulke (2015: 67, 74 y s.).
20. Puppe (2003: 764, 769).
21. Ver solo Frister (2015: 136).

del deber de aclaración realizada en la fase previa a la intervención.[22] Si, por el contrario, la objeción del comportamiento alternativo conforme a derecho se refiere a la acción típica, entonces la relación de infracción de deber si se verificaría. Ello porque el comportamiento alternativo conforme a derecho consistiría en omitir la intervención o, sobre la base de un consentimiento efectivo previamente concedido, en ejecutarla.[23] Si, por el contrario, se quisiese concebir a la lesión del deber de aclaración como el injusto de acción decisivo, entonces se establecería con ello la barrera del comienzo de la tentativa en el engaño deliberado al paciente en la entrevista de aclaración[24], con el cual el médico ya habría comenzado una tentativa de lesión corporal (!). Se añade a lo anterior que el consentimiento hipotético –al igual que consentimiento efectivamente otorgado- debe referirse en la misma medida tanto al resultado de lesión como a la acción provocada (realización de la intervención):[25] si se hubiese efectuado la aclaración debida, estaría justificada también la acción de la lesión corporal, y por eso faltaría la relación de infracción de deber entre la ausencia de aclaración y la acción (hipotéticamente justificada). Del mismo modo, estaría excluida igualmente la punibilidad de la tentativa previamente planteada, al situarse el principio de ejecución del delito en el comienzo de la operación, y no en la (falta de) aclaración previa.[26]

Incluso cuando se recurre a la aclaración debida como comportamiento alternativo conforme a derecho, la relación de infracción de deber se verificaría igualmente. Mientras el injusto de resultado radica -según el curso real de los hechos

22. Gropp (2006: 202); Jäger (2015: 351); en detalle asimismo Haas (2015: 147, 154, 157), por lo cual las incorrecciones de aclaración son considerados también infracciones precedentes a deberes de cuidado en el marco de las relaciones de infracción de deber (154), pero que igualmente no funda la infracción de un deber de cuidado (157); de otra opinión es Sowoboda (2013: 18, 28), quien vincula la transmisión de la relación de infracción del deber al nivel de la antijuridicidad, esto es, no al injusto de acción, sino a un déficit de la justificación. Esa mirada contradice la punibilidad de la tentativa propuesta, la cual requiere un injusto de acción (ver arriba en el texto).
23. Puppe (ZIS 2016: 366, 370); Schlehofer (2011: 953, 969 y ss.); ver también Jäger (2015: 351).
24. Comparar con el supuesto de hecho del caso "Taladro", BGH NStZ, 2004: 442.
25. Mitsch, 2011: 299, 309; sobre la acción prohibida como objeto del consentimiento Paeffgen (2013: § 228, nº 12); Rönnau (2006: Vor § 32, nº 164); Lenckner/Sternberg-Lieben (2014: Vor § 32, nº 34), asimismo con otras referencias.
26. Mitsch (2011: 309); ver en contra Beulke (2015: 67, 75); ver para otra objeción relativa a la falta de verificabilidad de la correspondiente resolución al hecho Puppe (2004: 470, 471).

(ausencia de aclaración y consentimiento)- en una intervención corporal no cubierta por la voluntad del paciente, esa intervención estaría cubierta por la voluntad del paciente –según el transcurso hipotético de los hechos (consentimiento según la aclaración debida)– y no podría ser fundado por ello un injusto de resultado, dado que tal injusto realmente acaecido se basa en la acción infractora del deber y no en otra alternativa conforme a derecho.[27] Si se asume, con la jurisprudencia, que la lesión al derecho a la autodeterminación (co-)constituye el injusto del § 223 StGB,[28] no deja de verificarse con ello la relación de infracción de deber, dado que la lesión corporal es idéntica en todo lo demás. En la práctica, si se coincide con la objeción arriba esgrimida, la figura del consentimiento hipotético lleva a un socavamiento de la autodeterminación del paciente.[29]

Con lo anterior se han señalado las objeciones esenciales en contra del consentimiento hipotético. En este lugar no puede revisarse exhaustivamente la discusión relativa al consentimiento hipotético en las intervenciones curativas médicas. Especialmente no debe profundizarse aquí en la cuestión de si la regla del derecho civil (§ 630h Abs. 2 S. 2 BGB) le entrega un reconocimiento a dicha figura jurídica en el derecho penal,[30] y la cuestión de qué forma una necesidad jurídico-política dirigida hacia una restricción de la punibilidad de los médicos puede ser llevado a cabo de otra manera (por ejemplo, mediante una reducción de los deberes de aclaración médicos)[31]. Para los fines de esta contribución, es suficiente el esbozo de los reparos dogmáticos generales para, a partir de eso, considerar esta figura en otros ámbitos.

2.2. Consentimiento hipotético en la lesión de otros bienes jurídicos individuales disponibles

Con independencia de que se ubique al consentimiento hipotético como una nueva causa de justificación o como un criterio de la imputación objetiva al nivel de la antijuridicidad, sería una figura jurídica de la parte general, es decir, no sólo aplicable a intervenciones médicas y delitos de lesiones corporales, sino

27. Jansen (2011: 482, 488); Schlehofer (2011: 970); ver también Haas (2015: 147, 155).
28. BGHSt 11: 111, 114; igualmente Kuhlen (2001: 431, 442); rechazando Beulke (2015: 67, 69).
29. Haas (2015: 147, 157).
30. Ver en contra Haas (2015: 147, 157 y s.); Puppe (ZIS 2016: 366, 371).
31. Ver en este sentido Tag (2015: 523, 543 y ss.); ver también para una cláusula de reprochabilidad apoyada en el § 240 Abs. 2 StGB: Swoboda (2013: 18, 30 y ss.).

también a otros tipos penales que sirvan a la protección de bienes jurídicos individuales disponibles.[32] De esto podrían deducirse consecuencias de gran alcance, especialmente para la protección penal de los secretos de los pacientes (§203 párrafo 1 Nr. 1 StGB). Con independencia de un consentimiento realmente prestado o presunto, no constituiría un injusto penal la entrega de datos del paciente, cuando él, en la eventualidad de haber sido previamente consultado, habría aprobado la entrega de sus datos (ver *supra* 2.1). Por otra parte, si el paciente no lo habría aprobado y si el médico actuó bajo la representación de que el paciente sí lo habría hecho, no se daría un injusto doloso, con lo que estaría excluida la punibilidad del médico de acuerdo con el §203 del StGB, que no prevé un delito imprudente.[33]

El consentimiento hipotético es criticado aquí también por las objeciones ya señaladas. El hecho de que la acción típica ("revelar") coincida por regla general con el resultado (tanto el tomar conocimiento por un tercero de los secretos, como su acceso),[34] hace que se presente una vez más como dudoso que el consentimiento hipotético sólo deba excluir una imputación del injusto de resultado, pero que la acción de revelar deba continuar en lo sucesivo como objetivamente antijurídica. Esto resulta más preocupante aún a la luz de un eventual reconocimiento de una nueva causa de justificación, la cual se encontraría en un notorio contraste con la protección legal de los datos médicos y del derecho del paciente a su autodeterminación informada. El consentimiento en el uso y tratamiento de los datos personales requiere de una decisión voluntaria (§ 4a párrafo 1 S. 1 BDSG), informada (§ 4a párrafo 1 S. 2 BDSG) y meditada (§ 4a párrafo 1 S. 3 BDSG) del afectado. Dado que se trata de datos médicos y especialmente de datos sensibles (§ 3 párrafo 9 BDSG), el paciente debe autorizar expresamente su tratamiento (§ 4a párrafo 3 BDSG), lo que significa que un consentimiento concluyente está excluido.[35] Estas reglas deben ser consideradas también en el marco del § 203 StGB.[36] Sin embargo, la literatura penal relativa al § 203 StGB acepta

32. Ver por ejemplo respecto de § 303 StGB: Hengstenberg (2013: 412 y ss.), respecto de § 266 StGB: Hengstenberg (2013: 419 y ss.); Rönnau (2011: 753, 756); de otra opinión (limitado al derecho penal médico) Fischer (2016: § 223, nº 33); crítico sobre un traspaso de este tipo también Jansen (2011: 482, 493 y s.).
33. Comparar en este sentido al § 223 StGB: Beulke (2015: 67, 75); Kuhlen (2004: 344).
34. Ver en este sentido Kargl (2013: § 203, nº 20); Lenckner/Eisele (2014: § 203, nº 19).
35. Kühling/Seidel (2015: 101); Simitis (2014: § 4a, nº 88).
36. OLG Bremen NJW, 1992: 757 (sobre el requerimiento formal de escrituración); Fischer/Uthoff (1996: 115, 116); Schlund (2010: § 72, nº 25); Weichert (2004: 1695, 1697).

como suficiente un consentimiento informal (oral) o concluyente, dado que ello depende de la satisfacción de los requisitos materiales del consentimiento, y la mera infracción de preceptos formales no sería punible.[37] En contra de ello se sostiene, sin embargo, que los requisitos formales no son un fin en sí mismos, sino que se encuentran referidos a una decisión autodeterminada del paciente sobre el tratamiento de sus datos médicos. En los hechos, se encuentra extensamente reconocido en la literatura penal que el consentimiento concluyente o presunto solo se encuentra autorizado excepcionalmente. Asimismo se rechaza el envío de datos de los pacientes a centros de cálculos externos[38] o en el contexto de la venta de consultorios médicos[39-40] El derecho del paciente a decidir la entrega de sus datos se debilitaría notablemente a través de la aplicación del consentimiento hipotético: la transmisión de los datos de los pacientes para el aseguramiento de la calidad o para fines de investigación no debería –en lo sucesivo- exigir que se recoja el consentimiento del paciente afectado, sino que ésta podría estar referida a la expectativa –empíricamente bastante plausible– de que ellos habrían autorizado el envío intencionado.

En vista de los requisitos fuertemente formalizados previstos para un consentimiento jurídico referido a la protección de datos personales, no sorprende que en el marco del § 203 StGB no se haya recurrido al consentimiento hipotético para disipar, por ejemplo, las dudas jurídicas que provoca la presencia en la sala de operaciones, sin el consentimiento del paciente, de los denominados consultores de productos médicos.[41] De ahí que se haga referencia para el fundamento al "bien jurídico definido en forma diferente" en comparación al §223 StGB,[42] lo que puede ser vinculado externamente a las estrictas normas de la protección de los datos médicos. Esa diferenciación es poco convincente en lo nuclear, dado que en ambos tipos penales se trata del derecho a autodeterminación del paciente, por una parte, en relación con su salud e integridad corporal y, por la otra, en relación con el tratamiento de sus datos de salud.

37. Cierniak/Pohlit (2012: § 203, nº 56); Kargl (2013: §203, nº 56 (para la forma escrita), n°58 (para el consentimiento concluyente)), con referencias adicionales respectivamente.
38. BGH NJW, 1992: 2348, 2349 y ss.
39. BGH NJW, 1992: 737, 739.
40. Cercano Kargl (2013: § 203, nº 58 y s., 61 con referencias adicionales).
41. Webel (2014: 37, 43).
42. Spickhoff (2014: §§ 203-205 StGB, nº 37); ver también Webel (2014: 37, 43, con la nota 81).

2.3. El consentimiento hipotético de las embarazadas (§ 218a párrafo 1 Nr. 1 del Código Penal Alemán)

Un consentimiento hipotético puede venir en consideración también en el marco del § 218a StGB. A diferencia del tipo penal recientemente tratado, el § 218a le asigna al consentimiento de la embarazada una doble función, según la cual la mujer defiende con el consentimiento no sólo su derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo, sino que también determina cómo es resuelto el conflicto entre la situación de necesidad experimentada por ella y la protección de la vida del no nacido.[43] Mientras, en relación con el primer aspecto, se formula otra vez la pregunta sobre las consecuencias de la falta de aclaración médica (ver *supra* 2.1),[44] en el segundo, en cambio, se exceden las constelaciones recientemente tratadas, ya que la embarazada decide sobre la afectación de un bien jurídico ajeno. Sin embargo, esta función adicional del consentimiento no excluye, en principio, la aplicación de los principios del consentimiento hipotético al consentimiento de las mujeres embarazadas.

La exclusión del tipo según el § 218a párrafo 1 StGB no requiere sólo que la embarazada solicite el aborto, sino también que ella se haya dejado asesorar dentro de los 3 días previos a la intervención (§ 218a párrafo 1 Nr. 1 StGB). De acuerdo a la representación del legislador, el asesoramiento debe proteger la vida del no nacido por la vía de alentar a la embarazada a la continuación del embarazo por la vía de mostrar las perspectivas que ella tendría para una vida junto al niño, así como de ayudar a la embarazada a adoptar una decisión responsable y a conciencia (§ 219 párrafo 1 S. 1 y 2 StGB). Si dicho asesoramiento no es efectuado, según el § 218a párrafo 1 StGB, no procede la exclusión del tipo y el aborto es –en la medida que los restantes requisitos son satisfechos- punible.[45]

Resulta incierto si, en un caso como ese, tanto la embarazada como el médico que realizó el aborto podrían hacer valer que la primera se habría decidido igualmente, habiendo recibido el asesoramiento prescrito de forma legal, a favor de la interrupción del embarazo. En ese caso, a partir de los principios del consentimiento hipotético, el resultado típico (muerte del feto), no podría ser imputado porque también habría sucedido bajo el comportamiento debido de la embarazada. En vista de la difundida opinión relativa a que los esfuerzos del legislador

43. Merkel (2013: nm. 24, § 218a, nº 16). La exigencia del embarazo implica un consentimiento (§ 218a párrafo 1 Nr. 1 StGB).

44. Ver para ello Merkel (2013: nº 34, § 218a, nº 38).

45. Ver solo Merkel (2013: nº 34, § 218a, nº 74).

para reducir el número de abortos - a través del plan de asesoramiento - han fracasado,[46] una afirmación como esa -en su caso y en relación con el principio "*in dubio pro reo*"- no sería necesariamente implausible y por consiguiente inidónea para interrumpir la relación de infracción de deber.

Parece evidente que un resultado como ese contradice diametralmente al plan de protección legal. El consentimiento hipotético removería los fundamentos del modelo de asesoramiento, debido a que la exclusión de la tipicidad ya no dependería de si el asesoramiento tuvo lugar o no, sino de (en todo caso) cuál habría sido su resultado. La ley vincula el efecto excluyente del tipo -relativo a la decisión de la embarazada- a la satisfacción de determinados requisitos, los cuales deben garantizar una decisión "responsable y a conciencia" (§ 219 párrafo 1 S. 2 StGB). Si dichos requisitos no se verifican, entonces no son evitables las consecuencias inherentes del tipo penal mediante el recurso a una decisión hipotética que habría satisfecho dichos requisitos.

3. La disposición hipotética de órganos-que-ejercen-soberanía (Hoheitsträgern)

Una prohibición típica puede ser dejada sin aplicación no sólo a través de actos de disposición privados (consentimiento), sino también en algunos casos a través de actos de autoridad. En este sentido, pueden fungir como fundamentos para una justificación tanto una decisión judicial (3.1) como una administrativa (3.2).

3.1. Autorización judicial

i) La justificación *qua* facultades soberanas puede considerarse, en particular, en casos de intromisiones en derechos fundamentales por parte de la policía y en los procedimientos penales, en la medida en que el tipo de una ley penal se lesione durante dicha intervención. Si son satisfechos los requisitos de una facultad legal de intervención, entonces el hecho se encuentrará justificado; si ese no es el caso, entonces -en principio- no viene en consideración una justificación.[47]

46. Merkel (2013: nº 34, § 218a, nº 51). Según cálculos, los cuales se basan en el número de consejos y los embarazos realizados de forma posterior a estos consejos, las embarazadas se deciden aproximadamente en el 70% de los casos por un aborto, ver Büchner (2006: 113, 120. Ver también 184 y s.)

47. Ver en sentido similar Mittag (2009: 217 y ss.).

Desde un punto de vista formal, deben considerarse especialmente las intervenciones de mayor gravedad en derechos fundamentales, las cuales se encuentran bajo reserva judicial (*Richtervorbehalt*). Si la medida es ejecutada sin la necesaria orden judicial, ella será –consecuentemente- antijurídica. Si se transmite la teoría del consentimiento hipotético a la reserva judicial, podría sostenerse también una exclusión del injusto en este caso, en la medida en que el juez habría autorizado dicha afectación en el evento de haber recibido la correspondiente solicitud.

Justamente con dicha fundamentación rechazó el BGH en el caso "Oury Jalloh" una privación de libertad en comisión por omisión.[48] El oficial de policía acusado, como jefe del grupo en servicio, había omitido llevar sin demora al aprehendido (en cuyo arresto no participó) ante el juez, para suscitar una decisión jurídica sobre la continuación de la privación de libertad. Según la opinión del BGH, el acusado habría estado obligado -como garante- a llevar inmediatamente a la persona encarcelada ante el Juez (ver en relación con §§ 128 párrafo 1, 163c párrafo 1 StPO; § 38 párrafo 1 LSASOG).[49] Sin embargo, la omisión infractora no sería causal para la perduración del arresto, dado que el juez habría ordenado igualmente la permanencia del arresto con una probabilidad rayana en la seguridad, debido a que los requisitos para una prisión preventiva previstos en el § 37 párrafo 1 Nr. 1 LSASOG se habrían verificado, y a que el margen de discreción judicial se habría agotado en favor del acusado en virtud del principio "*in dubio pro reo*".[50] Por ello, la omisión del acusado no sería causal para la privación antijurídica de libertad.[51]

Como muestra la última formulación, el BGH no pone en duda que la privación de libertad es antijurídica, debido a la infracción a la reserva judicial, sino que rechaza solamente la relación de imputación entre la omisión y el injusto de resultado. A diferencia del consentimiento hipotético para las intervenciones médicas, el BGH -acertadamente- no vincula, para los efectos de comprobar la relación de infracción de deber, el punto de inicio al incumplimiento en la etapa previa (falta de aclaración, ver *supra* 2.1), sino que a la omisión típica (el no disponer la comparecencia del imputado ante el juez de instrucción). En contra de la argumentación del BGH es posible objetar que la reclusión ordenada judicialmente habría sido lícita y que la comparecencia omitida – en contra de lo

48. BGH NJW, 2015: 96, 100.
49. BGH NJW, 2015: 96, 100 y s.
50. BGH NJW, 2015: 96, 101 y ss.
51. BGH NJW, 2015: 96, 102.

sostenido por el BGH – fue perfectamente causal para la privación antijurídica de libertad.[52] Así, se reduce el desvalor de resultado sobre la lesión del bien jurídico (privación de libertad) por medio de negar absoluta y contundentemente la relación de infracción de deber.[53] Mientras la lesión de la autonomía del paciente pudo ser integrada en el injusto de resultado del § 223 StGB (ver *supra* 2.1), no se entiende por sí mismo que la antijuridicidad formal de la privación de libertad sea componente del desvalor de injusto contenido en el § 239 StGB. A favor de ello habla, no obstante, que el ciudadano está obligado a tolerar una afectación de sus derechos fundamentales ordenada por el Estado sólo bajo la satisfacción del conjunto de requisitos formales y materiales.[54]

Esto lleva a la pregunta de si la hipotética orden judicial de reclusión debe ser reconocida como una nueva causa de justificación (con el implícito deber de tolerancia para los ciudadanos), la cual también suprime el injusto de la detención ilegal cuando el autor conscientemente pasa por alto la competencia preventiva del juez para la protección de bienes jurídicos. El hecho de que el juez, a diferencia del titular del bien jurídico, no es libre en su decisión, sino que se encuentra vinculado a la ley y al Derecho, podría hablar a favor de que no se le atribuya a la antijuridicidad formal un significado decisivo para la punibilidad (ver también *supra* 2.2.), sino que sólo para efectos de determinar si la privación de libertad se ajustaba materialmente a derecho.[55] Formulado resumidamente: si la decisión es determinada por el juez de forma correcta en sentido material y jurídico, ello no dependerá más de su presencia, dado que ella podría ser supuesta hipotéticamente.

Sin embargo, esa comprensión no haría justicia a la importancia que se le otorga a la reserva judicial para la protección del derecho fundamental a la libertad (Art. 2 párrafo 2, Art. 104 GG). Ella debe garantizar que una instancia imparcial e independiente decida sobre la licitud de la privación de libertad.[56] Dado que los conceptos utilizados en la autorización legal ("sospecha", "peligro") abren notablemente el margen de valoración, ello se corresponde con la protección de

52. Jäger (2015: 72, 74); Rostalke (2015: 306, 311); Schiemann (2015: 20, 23).

53. Así ya en relación con las infracciones a la reserva judicial: Brauer (1988: 155).

54. Ver también la crítica formulada por Puppe (2016: § 11, nº 29).

55. En ese sentido Wieck-Noodt (2012: § 239, nº 37); ver también Schluckebier (2013: § 239, nº 23), el cual sin embargo afirma la antijuridicidad de la privación de libertad cuando es evitado el procedimiento reglamentario.

56. BVerfG NJW, 2001: 1121, 1122; BVerfG NJW, 2007: 1345, 1346; ver en general sobre la función de la reserva judicial (protección jurídica preventiva): Gusy (2010: Art. 104, nº 38); Mittag (2009: 72 y s.) con referencias adicionales.

bienes jurídicos a través del proceso, el cual tiene una importancia especial para cubrir el margen de discrecionalidad: el juez de instrucción no se encuentra vinculado a la valoración de la policía, sino que debe acreditar y juzgar autónomamente si se satisfacen los requisitos legales para una privación de libertad.[57] En los hechos, los "márgenes de discrecionalidad en el juzgamiento" ("*Beurteilungsspielräume*")[58] admitidos para el juez de instrucción son suficientemente reconocidos por el BGH. Para superar las restantes inseguridades en la investigación de la hipotética decisión del juez de instrucción, el BGH recurre al principio "*in dubio pro reo*", según el cual en los casos de dudas se presume que el juez de instrucción habría llegado a la ponderación de que la privación de libertad fue conforme a derecho.[59] De forma clara: en tanto la orden judicial de la mantención de la detención se encuentre (aún) en el marco de lo jurídicamente defendible, se encuentra excluido un injusto objetivamente imputable y punible respecto de la detención formalmente ilícita. Con la mirada puesta en la punibilidad del funcionario policial, la función protectora de la libertad de la reserva judicial es notablemente restringida y reducida a un simple control del carácter defendible de la decisión.[60] Tal como para el consentimiento hipotético en las intervenciones médicas, no sólo se hace caso omiso de la decisión de la persona llamada a pronunciarse, sino que se aumenta el riesgo para la libertad de la víctima, debido a que en caso de duda de una justificación hipotética de la afectación, ella debe ser tolerada. Desde un "*in dubio pro reo*" se seguiría para la víctima detenida un "*in dubio contra libertatem*". Por ello, una orden judicial hipotética no está en condiciones de excluir el injusto de la privación de libertad.

ii) Un problema similar radica en la decisión de los tutores para interrumpir el tratamiento médico de acuerdo con la voluntad del paciente (cfr. § 1901a BGB). Cuando no se encuentran de acuerdo el tutor y el médico tratante en lo que se refiere a la voluntad del paciente (§ 1904 párrafo 4 BGB; ver en este sentido § 1901b BGB), se requiere de la correspondiente decisión de autorización del tribunal de tutela (*Betreeungsgerichts*, § 1904 párrafo 2 BGB). La reserva de autorización

57. BVerfGE 83, 24, (33 y s.); Gusy (1992: 457, 461); Schulze-Fielitz (2008: Art. 104, nº 40).

58. BGH NJW, 2015: 96, 102 y s. El concepto de "margen de discrecionalidad en el juzgamiento" es malentendido, cuando él es connotado con una densidad de control judicial reducida, dado que ella no se alcanza a fundar como una protección jurídica contra afectaciones de derechos fundamentales de carácter procesal penal, ver para ello Mittag (2009: 63 y ss.).

59. BGH NJW, 2015: 96, 102 y s.

60. Ver también Puppe (2016: § 11, nº 28).

judicial asegura – como la reserva judicial (ver *supra* 3.1.i) – la consideración de las exigencias procesales en la fijación de la voluntad del paciente.[61] El BGH ha sostenido que dichas reglas tienen relevancia también para los límites penales de la justificación de una interrupción del tratamiento que lleva a la muerte del paciente.[62] Para el caso de infracción a la reserva de autorización (*Genehmigungsvorbehalt*) en la interrupción del tratamiento, debería fracasar con ello consecuentemente también la justificación del comportamiento.[63]

Dicha consecuencia se encuentra con un decidido rechazo en la literatura: sólo sería decisivo para la justificación si la decisión sobre la interrupción del tratamiento habría sido formulada por orden o habría resultado cubierta por el consentimiento presunto del paciente; no podría producirse un injusto de homicidio a causa de la infracción formal a la reserva de autorización.[64] Una interrupción en el tratamiento que es producto de la voluntad del paciente, provoca un estado conforme a derecho y, por ello, no podría fundar un injusto de resultado.[65] En la formulación precedente se hace alusión a un consentimiento hipotético: dado que la interrupción del tratamiento bajo la concurrencia de los requisitos materiales (§ 1901a BGB) habría sido autorizada judicialmente, el injusto del hecho no podría basarse en la falta de conocimiento del asunto por parte del tribunal de tutela. En caso contrario, se convertiría a los delitos de homicidio en prescripciones penales para la protección del proceso (compárese con § 218b párrafo 1 StGB).[66]

Desde luego, la comparación con los §§ 218 y ss. StGB muestra que el injusto típico de la muerte del no nacido también es determinado a través de la infracción de las reglas procesales (ver *supra* 2.3 en relación con el § 218a párrafo 1 Nr. 1 StGB).[67] Tanto como la reserva judicial de la prisión preventiva, la reserva de autorización del tribunal de tutela también debe garantizar procesalmente

61. BGH NJW, 2010: 2963, 2967.

62. BGH NStZ, 2011: 275, 276; véase también previamente BGH NJW, 2010: 2963, 2966.

63. Ver sobre esa interpretación de la jurisprudencia (accesoridad del derecho de asistencia): Dölling (2011: 345, 348); Engländer (2011: 513, 519); Verrel (2011: 276, 277); de otra opinión Rissing-van Saan (2011: 544, 548).

64. Hirsch (2011: 37, 39); Neumann (2013: Vor § 211, nº 133); Rissing-van Saan (2011: 544, 548); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. Nº 179); Verrel (2011: 276, 277).

65. Engländer (2011: 513, 519); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. Nº 179).

66. Engländer (2011: 513, 519); Hirsch (2011: 37, 39); Verrel (2010: 671, 675).

67. En relación al § 218a párrafos 2 y 3 StGB se desprende de su tenor literal que para una justificación es decisiva la concurrencia de requisitos materiales.

las prescripciones de protección que, junto a la autodeterminación del paciente, defienden su derecho a la vida.[68] A diferencia de la reserva judicial, la autorización judicial para la interrupción del tratamiento médico solo se activa en una situación de conflicto, esto es, cuando el médico tratante y el tutor tienen distintas opiniones sobre cómo la voluntad del paciente habría cambiado. Sostener que una imposición unilateral de una interrupción en el tratamiento médico en una situación como esa "sólo" sería una arrogación de competencia, irrelevante para una valoración jurídico penal,[69] constituiría una desatención a la relación existente entre las reglas jurídicas de cuidado y la protección de la vida que ellas pretenden.[70] El juez debe decidir según la voluntad disponible o presunta del paciente, esto es, el proceso debe garantizar que esa voluntad sea investigada y establecida de forma fiable.[71] La protección de la vida a través del proceso tiene una gran relevancia ante las inseguridades que pueden estar ligadas a la determinación de la voluntad (presunta) del paciente, si la voluntad del paciente no se deja reconstruir libre de dudas y una posterior determinación bajo el preludio del principio *"in dubio pro reo"* desplaza el peso a favor de la interrupción del tratamiento realizado. Así, tampoco se deja explicar que la interrupción del tratamiento, y la muerte de otra persona vinculada a ello, deba ser antijurídica para el derecho civil (infracción al § 1904 párrafo 2 BGB), pero jurídico-penalmente justificada,[72] ya que la regulación de la asistencia jurídica para la aplicación de las disposiciones del paciente aspira a regular claramente los requisitos y límites de la falta de punibilidad de la interrupción del tratamiento médico.[73] Como muestra la prohibición respaldada penalmente de matar a petición (§216 StGB), la justificación de la acción homicida no puede producirse sólo a partir de un consentimiento del paciente, sino que ello ocurre mas bien cuando concurren los restantes requisitos para una interrupción del tratamiento (§ 1901a ss. BGB).[74]

68. BGH NStZ, 2011: 275, 276.
69. Hirsch (2011: 37, 39).
70. T. Walter, 2011: 76, 81.
71. Así, sin embargo, Rosenau (2011: 547, 563); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. Nº 179).
72. Ver para un rechazo de una accesoriedad civil Engländer (2011: 513, 519); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. Nº 179).
73. T. Walter (2011: 76, 80 y s.), bajo la referencia al fundamento legal en el cual los límites jurídicos de la interrupción del tratamiento son fundados unitariamente para el derecho civil y penal, revísese sobre BT-Drs. 16/8442 p. 16.
74. Ver también T. Walter (2011: 76 y 80 y s., reducción teleológica del § 216 StGB sobre el derecho de asistencia). Se podría llevar también a un paralelo con el suicidio: quien

Pero entonces es lógico que el incumplimiento de estas condiciones también sea relevante para la evaluación jurídico-penal y excluya una justificación.[75] En este sentido, también existe el riesgo -bajo el reconocimiento de la autorización hipotética como nueva causa de justificación- de que la reserva de autorización sea burlada a través de una prueba posterior, y su función protectora de la vida sea en parte abandonada a través de la aplicación del principio "*in dubio pro reo*".

3.2. Permisos y autorizaciones administrativas

Como último campo de aplicación de actos de disposición hipotéticos, deben ser tomados en consideración finalmente los actos de la administración, los cuales autorizan un determinado comportamiento y, a consecuencia de ello, excluyen el injusto tipificado.[76] La afirmación de que la administración habría concedido una autorización o permiso, si la correspondiente solicitud se hubiese presentado, podría por el contrario entregar un motivo para dudar de la existencia de un injusto de resultado, dado que la omitida presentación de la solicitud no ha llevado a una consecuencia que, jurídicamente, no habría podido ocurrir, esto es, una exclusión del injusto.

i) La transmisión de la figura del consentimiento hipotético a las autorizaciones administrativas viene especialmente en consideración para el soborno (§ 331 StGB). Debido a que la posterior autorización (ver § 331 párrafo 3 StGB) no permite excluir el injusto al momento del hecho (y con ello el correspondiente error del autor tampoco puede descargarlo), la opinión dominante estima que el funcionario público, como consecuencia del consentimiento presunto como causa de justificación, ya se encuentra justificado cuando para él es imposible o inexigible, previo a la aceptación del provecho, obtener un permiso y, asimismo, actúe bajo la expectativa fundada de que la administración autorizará

mate a su requerimiento a otro, no por ello elude la punibilidad de acuerdo al §216 StGB, porque la víctima en otro caso se habría suicidado. Decisivo resulta solo si la voluntad de ejecutar el suicidio se había de hecho formado y materializado.

75. T. Walter (2011: 76, 81).

76. Sobre la pregunta sobre si tanto la autorización como el permiso oficial tienen un efecto excluyente del tipo o de una justificación no puede ser más profundamente tratado aquí. Para la diferenciación de la doctrina dominante entre prohibición preventiva con reserva de permisión (excluyente del tipo) y prohibición represiva con reserva de exención (justificante) ver Paeffgen (2013: Vor §§ 32 ss., nº 201) con ulteriores referencias. Por una exclusión del tipo Heghmanns (2000: 141y ss., 190).

posteriormente la aceptación.[77] De seguirse la teoría del consentimiento hipotético, aparenta ser una consecuencia lógica que el injusto del soborno podría ser descartado también a través de una autorización hipotética.[78] Por consiguiente, se descartaría también el injusto del soborno consumado cuando le era posible y exigible al funcionario público, previo a la aceptación de la ventaja, obtener una autorización.[79]

Al diferencia de un tratamiento médico decidido autónomamente (ver *supra* 2.1), el resultado no puede fundarse bajo la ausencia de una relación de infracción de deber entre el injusto de la acción y del resultado, debido a que el § 331 StGB, en tanto delito de peligro abstracto, no requiere un injusto de lesión asociado al injusto de acción (solicitar, aceptar una ventaja) cuya imputación sería requisito para la aceptación del injusto consumado (para otras objeciones ver también *infra* ii).[80]

Dicha objeción deja intacta, no obstante, la aceptación de una nueva y autónoma causa de justificación. En contra de ella son dirigibles las mismas consideraciones que en contra del consentimiento hipotético: la subsidiariedad del consentimiento presunto respectivo, el que en el marco del § 331 StGB consiste también en una primacía del procedimiento de autorización, el cual sólo permite el recurso a una autorización presunta en los casos en que dicha autorización no pudo ser obtenida de forma previa a la aceptación de la ventaja.[81] Con la autorización hipotética se burlaría la competencia de decisión de la administración (ver *supra* 2.1). A esto debe agregarse que una autorización posterior sólo desplaza la punibilidad cuando el funcionario público denunció inmediatamente la ventaja (§ 331 párrafo 3 Alt. 2 StGB). Con dicha exigencia el legislador quiso asegurar que el autor no intente obtener una autorización sólo cuando ya se ha iniciado un

77. Kuhlen (2013: § 331, nº 132 y s.); Sowada (2009: § 331, nº 121 y s.); Stein/Deiters (2016: § 331, nº 73); en detalle Hardtung (1994: §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT, 203 y ss.).

78. Kuhlen (2013: § 331, nº 135, con nota 412).

79. Kuhlen (2013: § 331, nº 135).

80. Sowada (2009: § 331, nº 126). Debido a que la acción típica según el § 331 párrafo 1 StGB requiere tanto una toma de conocimiento a través del destinatario como el acceso a la correspondiente aclaración (nº 130 con referencias adicionales), se podría ver en esto un resultado necesario para la consumación (ver *supra* 2.2), el que también habría ocurrido en un procedimiento conforme a lo establecido (autorización precedente). Con tal consideración es burlado el significado constitutivo del injusto de una infracción (consciente) contra el deber de denunciar o autorizar. Véase para ello el texto.

81. Hardtung (1994: §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT, 1994, 207).

proceso penal en su contra.[82] No sólo la primacía de la autorización precedente, sino que también el deber de denunciar inmediatamente deben garantizar que en la aceptación de ventajas por el funcionario público se evite la correspondiente pérdida de confianza en la neutralidad y objetividad de la actuación administrativa a través de un proceso de autorización transparente.[83] Si se le atribuyese también un efecto excluyente del injusto a la autorización hipotética, dejaría de depender de estos requisitos, es decir, se descartaría también una punibilidad por soborno cuando el proceder no transparente del funcionario público sea idóneo para minar la confianza en la neutralidad de la actuación administrativa.[84] Así, la razón del § 331 párrafo 3 StGB se opone al reconocimiento de una nueva causa de justificación en la forma de una autorización hipotética.[85]

ii) Dado que los argumentos precedentes, dirigidos en contra del reconocimiento de una autorización hipotética, se basan también en las especificidades de los delitos de corrupción, podría considerarse tanto en la autorización como en una permisión hipotética de otras conductas punibles un efecto excluyente del injusto, cuando él supone una accesoriedad administrativa, como es habitual en el derecho penal del medio ambiente (§ 324 ss. StGB).

La autorización (permisión) hipotética podría ser incluida, en primer lugar, como causa de justificación independiente y, en este sentido, vincularse a la extendida opinión en la literatura según la cual el injusto típico está (en todo caso) excluido cuando el autor tiene un derecho a la autorización.[86] Esto se funda en la consideración de que el comportamiento autorizado por las reglas del derecho administrativo, no sería contemplado como un injusto en el sentido de un riesgo no permitido al bien jurídico, y la desatención a la reserva de autorización, como pura desobediencia a la administración, no alcanza para fundar la punibilidad.[87] No obstante, como autorización hipotética, estas reflexiones se pueden reformular en el sentido de que al autor se le debió haber concedido una autorización y su falta, por ello, no podría fundar un injusto.

Pese a lo plausible que parece a primera vista la penetración de las valoraciones del derecho administrativo en el análisis, dicha consideración al margen del

82. Sowada (2009: § 331, nº 126, § 331 Rn. 126, con referencia a BT-Drs. 7/550, 272).

83. Sowada (2009: § 331, nº 126).

84. Sowada (2009: § 331, nº 126).

85. Korte (2014: § 331, nº 184); Sowada (2009: § 331, nº 126).

86. Ransiek (2013: § 324, nº 28); Schmitz (2014: Vor §§ 324 ss., nº 93).

87. Rudolphi (1984: 193, 198); Schmitz (2014: Vor §§ 324 ss., nº 93).

proceso genera el peligro de que otras garantías y circunstancias sean pasadas por alto. El cumplimiento del procedimiento administrativo no es neutral con vista a la valoración del peligro abstracto para el bien jurídico protegido, sino que, al contrario, por una parte prepara el marco procesal para una mejor comprensión y valoración de los peligros inherentes al proceso y, por la otra, le proporciona a la autoridad la posibilidad de vigilar continuamente esos peligros (revocación o cambio de la autorización) o de considerar otros procedimientos de autorización (efecto acumulativo).[88] La autorización concretiza los derechos y deberes del destinatario no agotándose en una mera repetición declaratoria de la situación jurídico material.[89] De reconocerse a la autorización hipotética como una causa de justificación independiente, las consecuencias serían mucho más extensas debido a que el injusto típico no cesaría sólo por las decisiones vinculadas (derecho a la autorización), sino ya desde cuando la administración habría concedido la autorización en el marco de su correspondiente discrecionalidad.[90] Por lo demás, también deberían agotarse en favor del autor los márgenes de interpretación y decisión para casos de dudas en la evaluación de la autorización hipotética (ver *supra* 3.1.i). Aunque no resulta todavía suficiente la mera capacidad de autorización para una exclusión del injusto,[91] la justificación sobre un acto hipotético de la administración le quita a la autoridad su correspondiente margen de decisión y valoración y, con ello, el sentido del procedimiento administrativo no resulta adecuado para legitimar la decisión administrativa.[92] De esta forma se acentúa la paralela desvalorización del procedimiento administrativo a la que el mismo ciudadano podría remitirse para la autorización hipotética, cuando él alguna vez no ha formalizado una solicitud de concesión de la autorización y se ha sustraído desde el principio del control administrativo. Exceptuar de la punibilidad a todo evento a un comportamiento de ese tipo contraviene la voluntad del

88. Heghmanns (2000: 159 y ss., 171 y s.); véase también Mitsch (2011: 314).

89. Para la función concretizadora e individualizadora de la autorización (en consideración también del derecho del tercero afectado) véase Schall (2016: Vor §§ 324 ss., nº 90).

90. M. Dreher (2003: 153).

91. Así sin embargo Brauer (1988: 125) passim. El argumento de que el derecho penal no podría sancionar lo que el derecho administrativo tolera como consecuencia de una decisión de la autoridad conforme a derecho (Brauer Op. cit.) no toma en consideración que la calificación del comportamiento como riesgo no permitido (en otras palabras: incontrolable) se encuentra en una relación inseparable con la infracción en contra de la reserva de autorización,véase para ello en detalle Heghmanns (2000: 159 y ss).

92. Mitsch (2011: 313 y s.).

legislador.[93] Una causa de justificación de autorización hipotética sería inconciliable con el sentido y fin de la reserva de autorización, dado que la acreditación y autorización caso a caso a través de la autoridad se mostraría en la práctica como prescindible.[94] Por lo anterior, la autorización hipotética no puede reemplazar a la autorización realmente prestada y, con ello, no existe espacio para una nueva e independiente causa de justificación.[95]

La autorización hipotética podría no solo corresponder a una (nueva) causa de justificación, sino que también podría operar como un fundamento para la exclusión de la imputación objetiva relativa al injusto del hecho, si se opone a la posibilidad fundar una relación de infracción de deber entre el injusto de la acción y el del resultado.[96] Sin embargo, esa forma de fundamentación fracasa desde que se trata de un delito de actividad que no requiere un resultado (v gr. § 327 StGB).[97] La consecuencia de que la autorización hipotética para fundar una exclusión del injusto esté disponible sólo para los delitos de resultado, lleva de regreso a una objeción ya esgrimida en contra del consentimiento hipotético (ver *supra* 2.1): tanto el acto de disposición hipotético como el consentimiento y la autorización de hecho prestada, debiesen excluir no sólo el injusto de resultado, sino que también el de la acción, con lo que, por el contrario, el consentimiento hipotético no se deja situar en la relación de infracción de deber entre injusto de acción y de resultado.[98] Por cierto, también la autorización hipotética como fundamento para una exclusión de la imputación se encuentra expuesta a los mismos reparos que el consentimiento hipotético (ver *supra* 2.1): el injusto de acción no radica en que el autor no procura solicitar un permiso, sino en que, sin la necesaria autorización, él contamina el agua, etc. Por el contrario, se constituye la relación entre la infracción a la reserva de permisión o autorización y el injusto de resultado típico, dado que el autor ha debilitado el control de la autoridad y, con ello, ha creado un riesgo *no permitido* (ver *supra* sobre la función del proceso de autorización).[99]

93. Ver en este sentido BT-Drs. 8/3633: 30.
94. Véase para autorización presunta Heghmanns (2000: 239).
95. Mitsch (2013: 314).
96. Así Dreher (2003: 133 y s., 155); véase también Brauer (1988: 127).
97. Mitsch (2011: 315).
98. Mitsch (2011: 315).
99. Véase sobre relación de peligro abstracto y control de la autoridad Heghmanns (2000: 159 y ss.).

4. Conclusión

Con el consentimiento hipotético la jurisprudencia ha abierto una puerta a la consideración de cursos causales hipotéticos en el nivel de la antijuridicidad y, consecuentemente, un camino hacia la exclusión del injusto que - hasta el momento - va mucho más allá de las constelaciones que se encuentran en el trasfondo del tratamiento médico decidido autónomamente. La (supuesta) necesidad político-jurídica tendiente a restringir la punibilidad de médicos por tratamientos médicos no consentidos efectivamente ha dado lugar a una figura jurídica que, debido a su anclaje en la parte general (ya sea como criterio de imputación o como causa de justificación), reclama validez no solo para la disposición del titular sobre otros bienes jurídicos, sino que igualmente para actos de disposición de la autoridad. Así, como ha quedado en evidencia que una exclusión del injusto *qua* consentimiento hipotético no se deja restringir a los delitos de lesiones corporales, también ha quedado claro que la transferencia de esa figura a otros ámbitos del derecho penal médico (§§ 203, 218 StGB) lleva a consecuencias absurdas (ver *supra* 2.3). Un panorama parecido resulta de la consideración de decisiones hipotéticas por parte de tribunales y autoridades administrativas: tal como ha mostrado la decisión del BGH sobre las consecuencias de la falta de observancia de la reserva judicial (ver *supra* 3.1), las consideraciones relativas al consentimiento hipotético se dejan transmitir también a los actos de disposición de la autoridad. Sin embargo, quedan en pie las objeciones formuladas en contra del consentimiento hipotético, las que se aplican en la misma medida a la autorización hipotética, y que demuestran que el reconocimiento de actos de disposición hipotéticos sobre la conservación de competencias de decisión y formas protectoras no seguirán siendo dependientes de la decisión propia del titular del bien jurídico o del funcionario competente, sino que debe ser posteriormente investigada, como si dichas decisiones hubiesen tenido lugar. Con ello, la correspondiente concepción de protección del legislador es reducida a un programa de evaluación jurídico material y se ignora el valor intrínseco de la legitimación a través del proceso, la cual se alimenta del respeto de competencias, formas y del transcurso del proceso. Estas extensas consecuencias debiesen ser motivo para reconsiderar a la figura del consentimiento hipotético. Mientras que la expectativa de que su ámbito de aplicación se deje restringir al derecho penal médico[100] podría ser señalada en cualquier caso como engañosa.

100. En este sentido Fischer (2016: § 223, nº 33); Rosenau, (2010: 698 y s.).

Referencias

Beulke, Werner (2015). «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz». *Revista Medstra*, 2015: 67-72.

Brauer, Jürgen (1988). *Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens*. Berlin: Duncker & Humblot.

Büchner, Bernward y Claudia Kaminski (2006). *Lebensschutz oder kollektiver Selbstbetrug: 10 Jahre Neuregelung des § 218 (1995-2005) (Schriftenreihe des Instituts für Lebens- und Familienwissenschaften)* (pp. 113, 120, 184). Bonn: Verlag für Kultur und Wissenschaft.

C. Jäger (2007). En Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (editores), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007* (pp. 345-349 ss.) Baden Baden: Nomos.

Cierniak/Pohlit (2012). En Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo IV, 2º edición, § 203, nº 56. München: C.H.BECK.

Dölling (2011). *Zeitschrift für Internatio-nale Strafrechtsdogmatik,* 2011: 345-348).

Dreher (2003). *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen (Berichte aus der Rechtswissenschaft)* (p. 153). Mannheim: Shaker.

Engländer, Armin (2011). *JuristenZeitung*, 2011: 513-520.

Fischer (2016). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 63º edición, 2016, § 223, nº 33. München: C. H. Beck.

Fischer/Uthoff (1996). «Das Recht der formularmäßigen Einwilligung des Privatpatienten bei externer Abrechnung ». *MedR*, 1996, 115 (116).

Frister, Helmut (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7° ed. (pp.110 – 136). München: C. H. Beck.

Gropp, Walter (2006). «Hypothetische Einwilligung im Strafrecht? ». En Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (editores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006 (pp. 197 - 208). Heidelberg: C. F. Müller.

Gusy, Christoph (2010). En v. Mangoldt/Klein/ Starck (editores), *Grundgesetz, Kommentar*, tomo III, 6. º ed. 2010, Art. 104, nº 38. München: Franz Vahlen.

Gusy, Christoph (1992). «Freiheitsentziehung und Grundgesetz». *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1992: 457-461.

Haas, Volker (2015). «Die Bedeutung gypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung». *GA Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 162 2/2015:86-100.

Hardtung, Bernhard (1994). *Erlaubte Vorteilsannahme, Paragraphen 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT : zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung und zur „Rückwirkung" behördlicher Genehmigungen im Strafrecht*. 1.° ed. Berlin: Duncker & Humblot.

Heghmanns, Michael (2000). *Grundzüge einer Dogmatik der StraftatbestÄnde zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln*. 1.° ed. Berlin: Duncker & Humblot.

Hengstenberg, Nike (2013). *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*. Berlin: Springer.

Hirsch, Hans Joachim (2011). «Anmerkung zum BGH, 25.6.2010- 2StR 454/09». *JR Juristische Rundschau*, 2011: 37-40.

Jäger, Christian (2015). «Tod in Zelle Nr. 5». *JA Juristische Arbeitsblätter*, 2015: 72-74.

Jansen, Scarlett (2011). «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?». *ZJS Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6/2011: 482-495.

Kargl, Walter (2013). En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Tomo II. 4° ed. § 203, nº 20. Baden Baden: Nomos.

Korte, Matthias (2014). En Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo V. 2º ed., § 331, nº 184. München: C.H.BECK.

Kühl, Kristian (2012). *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*. 7º ed., § 9, nº 47. München: Franz Vahlen.

Kuhlen, Lothar (2001). En Britz/Jung/ Koriath/Müller (eds.), *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, (pp. 431-442). München: C. H. Beck.

Kuhlen, Lothar (2013). En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo III. 4º ed. § 331, nº 132 s. Baden Baden: Nomos.

Kuhlen, Lothar (2001). En Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: De Gruyter.

Kuhlen, Lothar (2004). «Ausschluss der objectiven Erfolgszurechnung bei hypotetischer Eniwilligung des Betroffenen». *JR Juristische Rundschau*, 2004: 227 y ss.

Kühling, Jürgen y Christian Seidel (2015). En Kingreen/Kühling (eds.), *Gesundheitsdatenschutzrecht*. 1.° ed. Baden Baden: Nomos.

Lenckner, Theodor y Jörg Eisele (2014). En Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar.* 29° ed. § 203, nº 19. München: C. H. Beck.

Lenckner, Theodor y Detlev Sternberg-Lieben (2014). En Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29º ed. Vor § 32, nº 34. München: C. H. Beck.

Merkel, Reinhard (2013). En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo III. 4º ed. § 218a, nº 16. Baden Baden: Nomos.

Mitsch, Wolfgang (2011). En Schröder/Hellmann (eds.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011 (pp. 299-309). Heidelberg: C. F. Müller.

Mittag, Matthias (2009). *Außerprozessuale Wirkungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe*. Berlin: Duncker & Humblot.

Neumann, Ulfrid (2013). En Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo I. 4º ed. 2013, Vor § 211, nº 133. Baden Baden: Nomos.

Paeffgen, Hans-Ullrich (2013). En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo I. 4º ed. 2013, Vor §§ 32 ss., nº 168a. Baden Baden: Nomos.

Paeffgen, Hans-Ullrich (2013). En Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo II. 4º ed. 2013, § 228, nº 12. Baden Baden: Nomos.

Puppe, Ingeborg (2003). «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative - Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3-3-1994 und 29-6-1995». *GA Goltdammer's Archiv für Strafrecht* , 2003: 764-776.

Puppe, Ingeborg (2010). «Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel». *GA Goltdammer's Archiv für Strafrecht* , 2010: 551-570.

Puppe, Ingeborg (2004). «Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen». *JR Juristische Rundschau*, 2004: 470-472.

Puppe, Ingeborg (2016). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3º ed. 2016, § 11, nº 29. Baden Baden: Nomos.

Puppe, Ingeborg (2016). «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2016: 366-370.

Ransiek, Andreas (2013). En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Tomo III. 4º ed. 2013, § 324, nº 28. Baden Baden: Nomos.

Rissing-van Saan, Ruth (2011). «Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe. Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011: 544-548.

Rönnau, Thomas (2006). En Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo II. 12º ed. 2006, Vor § 32, nº 164. Berlin: De Gruyter.

Rönnau, Thomas (2011). *StV Strafverteidiger*, 2011: 753-756.

Rosenau, Henning (2010). En Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010. Berlin: Duncker & Humblot.

Rosenau, Henning (2011). En Fischer/Bernsmann (eds.), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011* (547-566). Berlin: De Gruyter.

Rostalki, Frauke (2015). «Zur Irrelevanz hypothetischer Verläufe im (Straf-)Recht». *JR Juristische Rundschau*, 2015: 306-311.

Roxin, Claus (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, 4º edición, 2006, § 14, nº 114. München: C. H. Beck.

Rudolphi, Hans-Joachim (1984). «Primat des Strafrechts im Umweltschutz?». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984: 193-198.

Saliger, Frank (2015). En Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (eds.), *Ein Menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, 2015. Heidelberg: C. F. Müller.

Schall, Hero (2016). En Wolter, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo VI. 9° ed. Vor §§ 324 ss., nº 90. Köln: Carl Heymanns.

Schiemann, Anja (2015). «Polizeiliche Handlungspflichten bei Ingewahrsamnahme: Der Fall Oury Jalloh». *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 2015: 20-30.

Schlehofer, Horst (2011). En Paeffgen (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011. Berlin: Duncker & Humblot.

Schluckebier, Wilhelm (2013). En Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo VII, 12º ed. § 239, nº 23. Berlin: De Gruyter.

Schlund, Gerhard (2010). En Laufs/Kern (eds.), *Handbuch des Arztrechts*, 4º ed. 2010, § 72, nº 25. München: C. H. Beck.

Schmitz, Roland (2014). En: Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch,* Tomo V. 2° ed. Vor §§ 324 ss., nº 93. München: C.H.BECK.

Schneider, Hartmut (2012), en Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo IV. 2° ed. Vor §§ 211 ss. Nº 179. München: C. H. Beck.

Schulze-Fielitz, Helmuth (2008). En Dreier (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, tomo III. 2º ed. Art. 104, nº 40. Tübingen: Mohr Siebeck.

Simitis, Spiros (2014). En Simitis (ed.), *Bundesdatenschutzgesetz*, 8º ed. § 4a, nº 88. Baden Baden: Nomos.

Sowada, Christoph (2009). En Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan (eds.), *Strafgesetzsbuch. Leipziger Kommentar*, tomo XIII. 12º ed. § 331, nº 121 s. Berlin: De Gruyter.

Sowada, Christoph (2012). «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1/2012: 1-10.

Spickhoff, Andreas (2014). En Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, 2º edición, 2014, §§ 203-205 StGB, nº 37. München: C. H. Beck.

Stein, Ulrich y Mark Deiters (2016). En Wolter (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo VI, 9º ed. § 331, nº 73. Köln: Carl Heymanns.

Swoboda, Sabine. «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1/2013: 18-28.

Walter, Tonio (2007). En Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan (coordinadores), Klaus Tiedemann, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo I. 12º ed. Vor § 13, nº 74, 99. Berlin: De Gruyter.

Walter, Tonio (2011). «Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* 2/2011: 76 -81.

Tag, Brigitte (2015). «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung». *ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 127/2015: 523 - 548.

Verrel, Torsten (2010). «Ein Grundsatzurteil? – Jedenfalls bitter nötig!». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 2010: 671 - 676.

Verrel, Torsten (2011). «Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 10. November 2010 - 2 StR 320/10 LG Köln». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 5/2011: 276-278.

Webel , Dirk (2014). «Medizinprodukteberater im OP – Patienteneinwilligung erforderlich?». *MPR Medizin Produkte Recht*, 2014: 37-43.

Weichert, Thilo (2004). «Die Krux mit der ärztlichen Schweigepflichtentbindung für Versicherungen». *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 2004: 1695-1699.

Wieck-Noodt, Brunhild (2012). En Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo IV. 2° ed. § 239, nº 37. München: C.H. Beck.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Consentimento do ofendido: breves considerações de dogmática penal e suas consequências na relação jurídica médico-paciente, de Giselly Campelo Rodrigues e Talita da Fonseca Arruda – *RCP* 14/63-105 (DTR\2011\1820);
- Consentimento informado, intervenções cirúrgicas e esterilização involuntária: reflexões a partir do caso I.V. vs. Bolívia, de Flávia Siqueira e Izabele Kasecker – *RBCCrim* 152/65-87 (DTR\2019\80); e
- Considerações sobre o aborto. O conflituoso enfoque penal e ético. Questão relevante de saúde pública, de Elias Farah – *RDFas* 4/53-85 (DTR\2015\9882).

(De)formalização da aplicação da pena: a prisão domiciliar

House arrest: beyond its essence

Sheila Jorge Selim de Sales

Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Professora Titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG.
ORCID: 0000-0002-3125-9125
sheilasales@task.com.br

Autora convidada

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente texto versa sobre a (de)formalização na aplicação da pena. Em um sistema ainda caracterizado pelo "carcerocentrismo" e pelo "punitivismo" – como aliás o direito penal tem sido também em outros países ocidentais –, dentre as sanções atualmente previstas no sistema penal brasileiro, optei por realizar uma breve análise da de(formalização) para fins de aplicação da prisão domiciliar em nossa *práxis* criminal. A prisão domiciliar não é prevista como sanção em nosso Código Penal, que permanece carcerocêntrico. É codificada tão somente na Lei de Execução Penal, e como medida substitutiva da prisão provisória no Código de Processo Penal, com o advento da Lei 12.403/2011. Faremos uma exposição da forma como é admitida em nosso sistema, em consonância com o princípio da legalidade, para somente após comentar alguns julgados emblemáticos, que a aplicam de forma absolutamente de(formalizadora). Em contraste com o cânone da legalidade, a prisão domiciliar vem se perdendo no labirinto de medidas premiais, mesmo não prevista em lei como tal.

Abstract: The present article is about the deficiency of legal provision of penalty application. In a system still marked by the excess of imprisonment and a public policy of imprisonments, I have opted for making a brief analysis of such scarceness, focusing on the employment of the house arrest on the criminal advocacy routine. The house arrest is not a foreseen punishment in the Brazilian Criminal Law Code. It is only stipulated in the penal sentences execution legislation and in the Criminal Code, but as an alternative to the pre-trial detention. In this study, the house arrest will be examined as conceived in our legal system – within the borders of the principle of legality – and examined in some of the most well-known precedents. In contrast with the principle of legality, the house arrest essence is been loosen when it comes to the plea bargaining process', even if the legislation doesn't stipulated it as such. This is an unequal penalty that creates a protected group from the criminal justice enforcement.

Sales, Sheila Jorge Selim de. (De)formalização da aplicação da pena: a prisão domiciliar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 45-61. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

É a pena incerta. É a pena díspar, que cria uma classe de apaniguados na concretização da justiça criminal.

Palavras-chave: Prisão domiciliar – (De)formalização da pena – Princípio da legalidade – Execução penal – Colaboração com a justiça – Discricionariedade.

Keywords: House arrest – Lack of legal provision – Principle of legality – Execution of penal sentences – Justice collaboration – Discretion.

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. A prisão domiciliar na Lei de Execução Penal. 3. Prisão domiciliar no Código de Processo Penal: prisão cautelar domiciliar. 4. Da confissão do acusado à colaboração premiada: *excursus.* 5. A Lei 12.850/2013. 6. Prisão domiciliar e a colaboração premiada na Operação Lava Jato. 7. Outros julgados. 8. Considerações conclusivas. 9. Referências.

1. Considerações introdutórias

Inicialmente[1], gostaria de expressar meus agradecimentos ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais pelo honroso convite para participar do 25º Seminário Internacional, denominado "As ciências criminais como resistência dos valores democráticos".

O tema que me foi confiado versa sobre a (de)formalização na aplicação da pena. Num sistema ainda caracterizado pelo "carcerocentrismo" e pelo "punitivismo" – como aliás o direito penal tem sido também em outros países ocidentais –,[2] dentre as sanções atualmente previstas no sistema penal brasileiro, optei por realizar uma breve análise da de(formalização) para fins de aplicação da prisão domiciliar em nossa *práxis* criminal.

Aliás, como se sabe, prisão domiciliar não é prevista como pena em nosso código penal, que permanece carcerocêntrico. É codificada tão somente na Lei de

1. Realizo especial agradecimento à profa. Jamilla Sarkis, mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da UFMG, por sua inestimável ajuda na coleta do material, para a escrita do presente texto.
2. Mencionaremos nesta exígua sede tão somente a Itália, uma vez que o problema vem atingindo a maior parte dos países ocidentais. Neste sentido, na doutrina italiana, cf. PERINI, Chiara. Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione. *Diritto penale cont.*, 2017, p. 77 e ss.; e TURCHETTI, Sara. Legge 'svuota carceri' e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul dema della detenzione domiciliare? *Diritto penale cont.*, 2010, p. 1 e ss.

Execução Penal, e como medida substitutiva da prisão provisória no Código de Processo Penal, com o advento da Lei 12.403/2011.

Faremos uma exposição da forma como é admitida em nosso sistema, em consonância com o princípio da legalidade, para somente após comentar alguns julgados emblemáticos, que a aplicam de forma absolutamente de(formalizadora).

Em contraste com o cânone da legalidade, a prisão domiciliar vem se perdendo no labirinto de medidas premiais, mesmo não prevista em lei como tal. É a pena incerta. É a pena díspar, que cria uma classe de apaniguados na concretização da justiça criminal.[3]

2. A prisão domiciliar na Lei de Execução Penal

Reafirme-se uma vez mais que a prisão domiciliar não é prevista como sanção em nosso código penal. Ao invés, encontra tipificação legal no art. 117 da Lei de Execução Penal, no qual se estabelece a taxativa casuística que enseja sua aplicação. Trata-se da possibilidade de abrigar a pessoa condenada à pena privativa de liberdade em regime aberto, em residência particular. Obedecendo-se ao princípio da legalidade na Execução penal, deve ser admitida em apenas quatro casos, a saber:

- *Pessoa condenada maior de setenta anos* – nesta hipótese, a LEP considerou não apenas a maior debilidade do condenado, mas também uma conatural dificuldade para a pessoa nesta idade em enfrentar o encarceramento e sua menor periculosidade;
- *Pessoa condenada acometida de doença grave* – com clara esfumatura humanitária, a disposição legal permite ao condenado, até mesmo em regime fechado, o cumprimento em prisão domiciliar se é portador de doença grave, isto é, de difícil cura, que impõe a necessidade de cuidados especiais e constantes, e submete o condenado a risco de vida, e.g., o câncer, a Aids; segundo a doutrina dominante, no entanto, não é determinante a mera constatação da doença para ensejar a prisão domiciliar, sendo também necessário que o condenado não possa receber a devida assistência médica da rede pública e se encontre em fase terminal da doença.[4] Porém, a nosso ver, tal entendimento não de-

3. Sobre a legalidade em matéria de penas, cf. RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013. p. 111; SHECAIRA, Sérgio S. e CORRÊA JR., Alceu. *Pena e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

4. Neste sentido, cf., dentre os autores que escrevem sobre a Lei de Execução Penal: AVENA, Norberto. *Execução penal*. Rio de Janeiro: Forense São Paulo, 2018, p. 248;

ve ser acolhido, pois a LEP estabelece como exigência tão somente a doença grave, sem mencionar qualquer outra condição. A interpretação extensiva, *in casu,* trata-se de clara afronta ao princípio da legalidade na execução penal;[5]

- *Pessoa condenada com filho menor ou deficiente físico* – a casuística legal privilegia, com este direito, a criança e o filho portador de doença física, necessitados do amparo materno; em face do princípio da legalidade das penas, exige-se como formalidade a ser cumprida pela requerente apenas a certidão de nascimento da criança ou adolescente, para fins de demonstração da idade, ou o laudo médico que certifique as condições físicas ou mentais do filho da pessoa presa. Não obstante a lei faça referência apenas ao gênero feminino, tem-se compreendido que também ao pai nestas condições pode ser concedida a prisão domiciliar, apesar da literalidade da disposição legal. Com efeito, a teor do art. 5º, I, da Constituição da República, homens e mulheres são iguais em direitos e deveres. O direito da criança, adolescente ou o filho com deficiência vem em primeiro lugar, e pode, sem dúvida, ser atribuído também ao pai, em especial em face do alheamento ou inviabilidade da presença da mãe.[6]
- *Gestante* – neste caso, a *ratio* da prisão domiciliar consiste em assegurar à mulher a oportunidade de ver atendidas as condições indispensáveis e adequadas à gestação; consoante o princípio da legalidade na execução penal, basta a comprovação da gravidez por laudo médico, independentemente da existência de perigo para a gestante, em especial tendo em vista a situação prisional em nosso país.[7]

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Execução penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 526.

5. Assim, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 387: "Não é razoável este entendimento. A lei de execução penal aponta como requisito a existência de doença grave, não exigindo que os cuidados especiais também devam ser insuscetíveis de prestação no local da prisão ou em estabelecimento hospitalar adequado. Adicionar requisito não previsto em lei importa em clara transgressão do princípio da legalidade na execução penal."
6. No sentido do texto, cf. AVENA, Norberto. *Execução penal* cit., p. 248. Segundo ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal:* teoria crítica cit., p. 388, "[...] a concessão de prisão aberta domiciliar nesse caso se dá por razões de humanidade, que encontram fundamento de validade na Constituição da República (dignidade da pessoa humana – art. 1º, III), autorizando a ampliação do rol legal em favor do homem.
7. Em sentido contrário, cf. AVENA, Norberto. *Execução penal* cit., p. 248, ao afirmar que neste caso o deferimento da prisão domiciliar "exige a comprovação de que apresenta

Nos termos do art. 146-B, inc. IV, da Lei de Execução Penal, a pessoa em prisão domiciliar poderá ser fiscalizada por meio de monitoração eletrônica e, nos casos de violação dos deveres pertinentes à referida monitoração, conforme o disposto no art. 146-C, I e II, a prisão domiciliar poderá ser revogada.

3. Prisão domiciliar no Código de Processo Penal: prisão cautelar domiciliar

A Lei 12.403/2011 introduziu em nosso sistema processual a prisão domiciliar como medida substitutiva da prisão preventiva. Daí a denominação prisão cautelar domiciliar.[8]

O art. 317 do Código de Processo Penal a descreve: "A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se por decisão judicial".

O art. 318 dispõe expressamente a casuística em que é admitida a substituição:

- pessoa maior de 80 anos;
- pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave;
- pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência;
- gestante;
- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

O Parágrafo único do mesmo artigo estabelece a necessidade de prova idônea de todos os requisitos estabelecidos no art. 318.[9]

Ainda assim, o art. 318-A traz algumas ressalvas para a substituição, no caso da gestante ou se se tratar de mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência: não poderá haver a substituição por prisão domiciliar caso o crime tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça, ou contra o próprio filho ou dependente.

---

ela um quadro clínico delicado e que necessite de cuidados especiais, o que torna inviável sua permanência no estabelecimento penal."

8. A terminologia é utilizada por LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 687.
9. Cf. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 589.

O rol que descreve as hipóteses em que se torna admissível a substituição é, pois, taxativo.

De se notar que o rol é mais restritivo que aquele contido na lei de execução penal, o que fere a ideia de igualdade. Observe-se que, uma vez condenado e estabelecido o regime aberto para o cumprimento da pena, aos 70 anos, o preso poderá ingressar na prisão domiciliar. Já a pessoa em tese inocente, com a mesma idade não poderá ter a prisão preventiva substituída, pois só aos 80 anos lhe pode ser concedida a prisão cautelar domiciliar.[10]

Não se confundem os casos de prisão domiciliar previstos no art. 318 do Código de Processo Penal com as hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal.

No primeiro caso, a prisão domiciliar é medida de natureza cautelar, que substitui a prisão preventiva. Portanto, aplicável à pessoa submetida às indagações preliminares ou acusada. No segundo caso é um direito da pessoa condenada que se encontra em regime aberto, nas hipóteses arroladas pelo art. 117.

Uma vez que a prisão domiciliar substitui a prisão preventiva, encontra-se subordinada aos mesmos princípios, requisitos e condições. Importante notar que, tratando-se de uma espécie de prisão, fica sujeita à detração penal (art. 42, CP).[11]

Mas as duas formas de prisão domiciliar têm um ponto em comum: *não substituem e nem se aplicam aos casos de delação premiada*.

4. Da confissão do acusado à colaboração premiada: *excursus*[12]

A colaboração premiada, espécie diversa dos mecanismos da delação premiada e da confissão, foi introduzida no sistema penal brasileiro pela Lei 12.850/2013, com o intuito de incentivar suspeitos e/ou acusados de crimes praticados por

10. Neste sentido, cf. NICOLITTI, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2019. p. 879.

11. Assim, cf. NICOLITTI, André. *Manual de processo penal* cit., p. 880.

12. Para completa exposição sobre a evolução histórica das diversas formas de colaboração com a justiça, desde as Ordenações filipinas, cf. SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada:* limites constitucionais à confiabilidade e corroboração. 2019 (obra inédita). p. 34-55. Ainda sobre a evolução histórica do instituto no direito penal contemporâneo, cf. detalhada exposição de BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lava jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, 2016, v. 122, em especial p. 361 e ss.

organizações criminosas e crimes econômicos, de difícil investigação, como um mecanismo de investigação.

Dessa forma, atualmente dispomos de três instrumentos de colaboração no sistema penal brasileiro: confissão, delação premiada e colaboração premiada.

A confissão foi prevista pela primeira vez, entre nós, no Código de 1940, que a estabeleceu como circunstância atenuante genérica, a ser apreciada pelo juiz penal no momento da fixação da pena. Todavia, referia-se tão somente ao caso em que a confissão tivesse por objeto crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, nos termos do art. 48, IV, do CP de 1940.[13] Seu escopo era evitar erros judiciários e diminuir os custos da investigação criminal relativas à autoria de um crime de autor desconhecido.

A reforma penal de 1984 (Lei 7.209/1984), vigente entre nós, modificou o sistema prevendo, no art. 65, II, *d,* a confissão como circunstância atenuante genérica. A confissão passou a ser considerada como tal, em relação ao acusado que praticasse a autoincriminação.[14]

Para fins de aplicação da atenuante, não se indaga o movente, isto é, a posição subjetiva do agente, se confessa o crime por arrependimento. Deve-se indagar, somente, se a confissão foi útil ao processo, servindo de base para uma eventual sentença condenatória.

Reveste-se, pois, de caráter instrumental e utilitário.

A delação premiada foi prevista pela primeira vez no ordenamento penal brasileiro na denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), de clara inspiração no movimento político criminal "da Lei e da Ordem", como causa especial de diminuição das penas nos crimes praticados em coautoria. Sem dúvida, o instrumento foi mais favorável que a atenuante da confissão, prevista no

13. "Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

IV – ter o agente:

[...]

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem".

14. "Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III – ter o agente:

[...] confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria de crime."

Código Penal. O art. 8º da referida Lei, prevê a pena de três a seis anos para o crime previsto no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. No parágrafo único do art. 8º, dispõe que que "O participante e o associado que denunciar à autoridade competente o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços".

A Lei 8.072/1990 representou o recrudescimento penal, e.g., o endurecimento do regime de execução penal e, ao mesmo tempo, cuidou de introduzir conveniências, vantagens ou proveitos sempre positivos com o fim de incentivar e, após, "premiar" com diminuição especial da pena de um a dois terços, os acusados que colaborassem mediante delação.[15]

Outras leis se seguiram, reproduzindo a denominada "delação premiada". Mencionamos aqui a Lei 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado),[16] a Lei 9.080/1995, que fez alterações nas Leis 7.492/1986 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional)[17] e 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as relações de consumo),[18] estimulando e encorajando os acusados à cooperação processual.

15. A lei dos crimes hediondos instituiu um regime de colaboração com a justiça bem mais favorável em relação à atenuante da confissão. O art. 8º dispõe: "Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no código penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade do bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços."
16. Dispõe o art. 6º da referida lei: "Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento das infrações penais e sua autoria". Posteriormente, a Lei 9.269/1996 inseriu no art. 159 do Código Penal o § 4º, estabelecendo que "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."
17. Dispõe o art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986: "Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."
18. O parágrafo único do art. 16 da Lei 8.137/1990 dispõe que: "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços".

Em 1998, a Lei 9.613, que definiu a lavagem de dinheiro, cuidou de conceder um sistema de produção às testemunhas, dedicando à proteção dos acusados que colaborassem com a justiça não somente a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, mas prevendo, alternativamente, a possibilidade de início de cumprimento da pena em regime aberto, a possibilidade de perdão judicial ou, ainda, a possibilidade de ter a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, para o autor, coautor ou partícipe que colaborasse espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que levassem à apuração dos crimes e de sua autoria, ou à localização de bens, direitos ou valores, objeto material do crime (art. 1º, § 5º, da Lei 9.807/1999).[19]

Se até então a colaboração com as autoridades incidia sobre o *quantum* da pena, tendo a confissão como atenuante genérica e a denominada delação como causa especial de diminuição de pena, a partir de 1999 foram alargados os benefícios, com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade e prêmios que se estendiam à execução penal, como a concessão de regime aberto e, até mesmo, de extinção da punibilidade, com o perdão judicial.

Finalmente, a Lei 9.807/1999, que estabeleceu normas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, dedicou o Capítulo II especialmente à proteção dos colaboradores, especificando de melhor forma as condições para arregimentar benefícios advindos da colaboração. Os benefícios previstos eram (art. 13, *caput*):

- a redução de um a dois terços da pena;
- ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial.

Para obtê-los o colaborador deveria ser primário, colaborar efetiva e voluntariamente com as autoridades, e, a teor do mesmo art. 13, I, II e III de sua colaboração deveria resultar:

- a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
- a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Isto é, não bastava, para a obtenção do benefício, que a pessoa denunciasse em depoimento às autoridades outros autores. Para tanto, fazia-se mister que da

19. "A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime."

colaboração resultasse a identificação de provas capazes de fundamentar a decisão judicial.

Ademais, o parágrafo único do art. 13 dispunha que "A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso".[20]

5. A Lei 12.850/2013

A lei que define a organização criminosa vigente entre nós estabeleceu expressamente, no art. 3º, n. I, como meio de obtenção da prova, dentre vários outros, a colaboração premiada.

Os prêmios concedidos aos colaboradores são estabelecidos no art. 4º, a saber:

- o perdão judicial, com a consequente extinção da punibilidade;
- a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade;
- ou a substituição por pena restritiva de direitos.

O § 5º do mesmo artigo estabelece ainda que, se a colaboração for posterior à sentença:

- a pena poderá ser reduzida até a metade;
- ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Referida lei, em nenhum momento, estabelece como prêmio a prisão domiciliar.

Em seguida, são determinados os requisitos que devem advir de tal colaboração, e no § 1º são elencadas as circunstâncias relativas ao colaborador e ao fato crime, para que ele possa receber o benefício, isto é, deve-se ter em consideração não apenas personalidade do colaborador, mas também a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Registre-se, uma vez mais, que em nenhum momento a Lei 12.850/2013 se refere à prisão domiciliar como prêmio pela colaboração premiada, ainda que sejam preenchidos todos os requisitos.[21]

---

20. Sobre o ponto, cf. SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada:* limites constitucionais à confiabilidade e corroboração cit., p. 37-38.

21. Com maiores detalhes, sobre todas as condições exigidas no art. 4º, cf. VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017,

6. Prisão domiciliar e a colaboração premiada na Operação Lava Jato

O exame de dois casos, já publicados pela imprensa em geral e na rede de computadores, serve para ilustrar como tem ocorrido a (de)formalização da prisão domiciliar no âmbito da operação lava jato.

O primeiro é relativo ao Termo de Acordo de Colaboração premiada de Ricardo Ribeiro Pessoa. Decidimos selecioná-lo no universo de colaborações premiadas celebradas no âmbito da Operação Lava Jato, para demonstrar o específico problema do qual tratamos, evidenciado neste acordo de colaboração e no procedimento da Lei 12.850/2013.

De fato, neste acordo nota-se o total distanciamento dos "prêmios" ou benefícios estabelecidos para o colaborador no art. 4º da Lei 12.850/2013, com regimes de cumprimento da pena completamente excêntricos e estranhos às hipóteses de prisão domiciliar no sistema penal brasileiro.

No item III, cláusula 5ª, do Termo de Acordo, foi proposto pelo Ministério Público Federal uma condenação à pena máxima de 18 (dezoito) anos de reclusão e, atingindo este limite, a realização da unificação da pena, bem como que, "O cumprimento inicial da pena entre 1 ano e 2 anos de reclusão se dará em *regime domiciliar diferenciado*, conforme regras do adendo 01, considerando-se para fins de detração o período de prisão preventiva imposto ao colaborador".[22]

No Adendo 1, intitulado "regime domiciliar diferenciado substitutivo do regime semiaberto", com base no art. 33 do CP e arts. 91,92 e 112 c/c o art. 146-B, III e IV, da Lei de Execuções Penais, propõe-se que o colaborador, pelo prazo mínimo de um ano e máximo de dois, cumpra o denominado "regime domiciliar diferenciado", com monitoração eletrônica (uso de tornozeleira eletrônica e uma série de outras condições).

Ora, não existe regime domiciliar diferenciado no sistema de sanções, no direito penal brasileiro.

Cria-se, dessa forma, um sistema de execução penal a bel-prazer, construído pelo arbítrio daqueles que têm a responsabilidade legal de conduzir o acordo de colaboração premiada.

---

p. 150; SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada:* limites constitucionais à confiabilidade e corroboração. 2019, p.

22. A íntegra do acordo de colaboração premiada de Ricardo Pessoa pode ser acessada em: "A íntegra das delações do empresário Ricardo Pessoa". ESTADÃO. Website, 09.12.2015. Disponível em: [https://goo.gl/A6ukYP]. Acesso em: 22.05.2018.

É concebida uma espécie de "clausura doméstica", dissonante com as hipóteses de prisão domiciliar e de penas substitutivas previstas no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

A lógica do modelo premial praticado em algumas decisões da Operação Lava Jato parece-nos eivada de ilegitimidade e ilegalidade, com violação das disposições relativas à prisão domiciliar no sistema penal brasileiro, autorizando prêmios não previstos em lei e regimes de cumprimento da pena não expressos no Código Penal e na Lei de Execução Penal.[23]

O caso Lúcio Funaro, no termo de acordo de delação premiada, também expressa de maneira inequívoca esta (de)formalização. Condenado à pena unificada igual a 30 (trinta) anos de reclusão, determinou-se, inicialmente, o cumprimento de dois anos de reclusão no regime fechado, a serem cumpridos no complexo penitenciário da papuda ou outro local a ser definido pela seção judiciaria do Distrito Federal. Porém, no mesmo item II, a alínea *b,* prevê que, posteriormente, outros dois anos de reclusão devem ser descontados num denominado "regime domiciliar fechado diferenciado, a ser cumprido mediante recolhimento à sua residência informada à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal" observadas diversas condições, tais como, não se ausentar de sua residência, exceto mediante autorização judicial, vigilância eletrônica, dentre outras. As alíneas *c* e *d* do acordo preveem, respectivamente, o regime domiciliar semiaberto diferenciado e o regime domiciliar aberto diferenciado, observadas as condições *ivi* estabelecidas.[24] Todas elas, evidentemente, fruto de ideação jurídica realizada apartada da observância dos princípios constitucionais relativos à pena. O acordado foi homologado pelo Juízo.[25]

O caso Antônio Palocci reflete a mesma violação ao princípio da legalidade das penas e da execução penal.

Condenado à pena de 18 (dezoito) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, pelo crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, foi fixado, inicialmente, o regime fechado para o cumprimento da pena. Em razão da colaboração, teve sua

23. Sobre a desfiguração do modelo premial da Lei 12.850/2013 e o seu esvaziamento na prática atual, com contundente crítica, cf. VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada:* no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2017. em especial p. 150-153.

24. O acordo de colaboração premiada de Lúcio Funaro também foi divulgado pelo Estadão *Website*. Disponível em: [https://bit.ly/2JKKnJV]. Acesso em: 09.07.2019.

25. Supremo Tribunal Federal, PET 7.210/PR, Rel. Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 05.09.2017, *DJe* 18.09.2017.

pena diminuída pela metade, isto é, 09 (nove) anos e 10 (dez) dias de reclusão, seguindo-se até aqui a lógica premial da Lei 12.850/2013.

Mas no termo de acordo, considerando sua condição especial de colaborador, foi determinada a progressão para o "regime semiaberto diferenciado", a ser cumprido em prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico. Esclareceu-se que caberia ao juízo da execução penal estabelecer as demais condições relativas ao cumprimento da pena no regime domiciliar diferenciado.[26]

Isto é, não existe nem mesmo uma disciplina legislativa para a efetivação de controle da detenção domiciliar, sendo as recomendações sobre seu cumprimento vagas, imprecisas, genéricas, e sendo inexistentes quaisquer indicações relativas à frequência do controle de seu cumprimento. Aliás, não é imposta qualquer prescrição a ser observada pelos condenados, excetuando-se o monitoramento eletrônico. Mais uma vez violação ao princípio da legalidade na execução da pena.

Diante desse quadro, cabe a pergunta: quem fará o controle da execução da detenção domiciliar: o juiz da execução penal? O ministério público? A polícia judiciaria?

As observações relativas ao caso de Antônio Pessoa são cabíveis ao caso Palocci, *in totum*.

Com efeito, em relação ao tema tratado, é tangível nestes acordos que os prêmios aquinhoados vão além, extrapolando em muito as hipóteses previstas em lei. É notável o desequilíbrio entre incentivos para a delação premiada e a prisão domiciliar prevista para condenados não delatores, cujas circunstâncias pessoais também poderiam inspirar aos olhos do jurista uma execução penal com característica descarcerizadora.

Cristalizam-se nesses julgados, para além de uma lógica utilitária do sistema penal, a substituição do cognitivismo e interpretação das normas, aos quais se deve cingir o juiz penal.

Se, por um lado não se discute sobre os espaços de discricionariedade concedidos ao magistrado pelo sistema penal, também é certo que ela não autoriza a criação judicial, com clara afronta aos princípios constitucionais que regem as sanções penais e os regimes para seu cumprimento.[27]

26. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, APC 5054932-88.2016.4.04.7000/PR, Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran, Oitava Turma, julgado em 24.10.2018, *DJe* 05.12.2018.

27. Cf. FERRAJOLI, L. *Contro il creazionismo giudiziario*. Modena: Mucchi, 2018.

7. Outros julgados

Fora do âmbito da Operação Lava Jato, o STJ já se pronunciou pela ilegitimidade dessa forma de cumprimento da pena, determinada na sentença penal condenatória, sem que o juízo das Execuções Penais tivesse analisado o caso concreto.

Em julgamento de recurso especial, o STJ compreendeu que não se justifica a liberação do condenado para a prisão domiciliar, mediante simples alegação de ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

> "Recurso especial. Penal e processual penal. Pornografia infantil. Condenação. Regime semiaberto diferenciado. Monitoramento eletrônico. Impossibilidade. Recolhimento ao estabelecimento prisional adequado. Expressa imposição legal. Observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS. Recurso especial provido."[28]

Nesse julgado, o STJ decidiu que a Corte regional, ao determinar *ex officio* que "o cumprimento da pena se dê no regime semiaberto diferenciado (humanizado) com uso de tornozeleira eletrônica, devendo o réu se submeter a tratamento médico-psiquiátrico, a ser comprovado perante o juízo da execução penal", criou um regime de cumprimento da pena não previsto pelo legislador. No entanto, reconheceu que tal regime de cumprimento de pena é um regime *ad hoc,* cujos benefícios superam em muito àqueles concedidos a condenados a penas inferiores.[29]

Ainda assim, no Estado do Paraná, uma pessoa foi condenada pelo tribunal do júri, por crime de trânsito mediante dolo eventual, à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de prisão. Interposto recurso, teve sua condenação confirmada em segunda instância, mas sua pena foi reduzida para sete anos e quatro meses de prisão, em regime semiaberto. Na audiência de custódia, recomendou-se que o condenado fosse recolhido em cela especial (por possuir curso superior) da penitenciária Industrial de Guarapuava, no Estado do Paraná, esclarecendo-se que as partes deveriam se manifestar quanto "à harmonização do regime de cumprimento da pena em se tratando de condenado ao regime semiaberto e da

28. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.744.768/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27.11.2018, *DJe* 04.02.2019.

29. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.744.768/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27.11.2018, *DJe* 04.02.2019.

inexistência de estabelecimento penitenciário destinado ao cumprimento da pena"[30] em tal regime, naquela Comarca.

Em parecer, o Ministério Público, tendo em vista a indisponibilidade de vaga em unidade de regime semiaberto, concordou com o deferimento da aplicação de um denominado "regime semiaberto harmonizado", mediante monitoração eletrônica, ordenando o comparecimento do condenado para a instalação de equipamento eletrônico, apresentando comprovante de endereço atualizado. Recomendou, ainda, "que as condições do 'semiaberto harmonizado' devem ser mais rigorosas que as do regime aberto".[31]

Regime domiciliar diferenciado, regime domiciliar fechado diferenciado, regime domiciliar semiaberto diferenciado, regime domiciliar semiaberto diferenciado, regime semiaberto diferenciado e regime semiaberto harmonizado: diversas denominações para um regime de cumprimento da pena não codificado em nosso sistema penal.

Um utilitarismo de fazer inveja a Bentham.[32]

8. Considerações conclusivas

Como se pode constatar, a delação premiada deixa de ser instrumento processual voltado para a produção de prova em juízo, para ser um mero instituto negocial, de barganha, com cristalina violação dos princípios constitucionais relativos à pena.

O juiz se sobrepõe ao legislador,[33] (de)formalizando, *in casu*, a prisão domiciliar. É aberrante e inconstitucionalmente inadmissível a violação dos princípios

30. Tribunal de Justiça do Paraná, Comarca de Guarapuava. Execução Penal 0008375-12.2019.8.16.0031. Sentenciado: Luiz Fernando Ribas Carli Filho. Autuação: 28.05.2019.

31. Tribunal de Justiça do Paraná, Comarca de Guarapuava. Execução Penal 0008375-12.2019.8.16.0031. Sentenciado: Luiz Fernando Ribas Carli Filho. Autuação: 28.05.2019. Parecer do Ministério Público do Estado do Paraná na Sequência 14.

32. BENTHAM. *Teoria delle pene e delle ricompense*. Trad. Gaetano Marini. Velletri: Rassegna della giustizia militare, 1987.

33. Sobre sanções penais e princípios constitucionais no momento da dosimetria da pena e sua fase executória, cf. FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione*. Bari: Laterza,1989. Em especial p. 395-408. Sobre manifestações judiciais, colaboração premiada e princípios constitucionais, cf. CANOTILHO, J. J. GOMES. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação lava jato. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 4.000, p. 16-38, set.-out. 2016.

basilares do Estado de Direito, como o são os princípios da separação dos poderes, da legalidade penal e da reserva de lei, e da igualdade na aplicação da lei.

A supremacia do princípio da legalidade precisa ter valência em sua inteireza: sob o aspecto material, em sua acepção de que só a lei pode estabelecer crimes e suas respectivas penas.

Isenções e abrandamentos na punição de colaboradores de justiça só podem ser admitidas quando, e na exata, precisa e rigorosa medida, em que sejam a manifestação de inequívoca previsão legislativa neste sentido.

Ainda que a criação judicial seja *in bonam partem*...

Em outras palavras, é categoricamente coibido ou defeso o pacto que se subsuma na flexibilização do sistema de penas e/ou crie concessão de incentivos destituídos de manifesta e inequívoca previsão legal.

Os territórios de discricionariedade concedidos pela lei ao juiz penal não o autorizam sobrepor-se ao princípio da legalidade e da tipicidade das penas e dos regimes para o seu cumprimento.

9. Referências

AVENA, Norberto. *Execução penal*. Rio de Janeiro: Forense São Paulo, 2018.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lava jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, 2016, v. 122, p. 359-390.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a Operação Lava Jato. *Revista de Legislação e Jurisprudência,* Coimbra: Coimbra Editora, n. 4000, p. 16-38 set.-out. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, a. 13, n. 159, p. 7-9, fev. 2006.

ESTADÃO. Website, 09.12.2015. Disponível em: [https://goo.gl/A6ukYP]. Acesso em: 22.05.2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Contro il creazionismo giudiziario*. Modena: Mucchi, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Bari: Laterza, 1989.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NICOLITTI, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PERINI, Chiara. Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione. *Diritto penale cont.*, 2017, p. 77.

SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada:* limites constitucionais à confiabilidade e corroboração. 2019 (obra inédita).

SHECAIRA, Sérgio S.; CORRÊA JR., Alceu. *Pena e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

TURCHETTI, Sara. Legge 'svuota carceri' e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? *Diritto penale cont.*, 2010, p. 1s.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada:* no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da comarca de Porto Alegre, de Vanessa Chiari Gonçalves – *RBCCrim* 143/221-244 (DTR\2018\12751);
- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato", de Thiago Bottino – *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984);
- Hermenêutica na execução penal, de Andrei Zenkner Schmidt – *RBCCrim* 38/84-121 (DTR\2002\161); e
- Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos tribunais superiores: uma abordagem jurimétrica, de Pedro Machado de Almeida Castro – *RBCCrim* 115/109-139 (DTR\2015\11449).

Veja também Jurisprudência:

- *RT* 978/351 (JRP\2016\7556).

Em que medida a dialética gadameriana pode tornar acusatória a produção da prova testemunhal no processo penal

In which measure gadamerian dialectics can turn into accusatory the production of the testimonial evidence in the criminal process

Eduardo Neves Lima Filho

Doutorando em Direito na linha de pesquisa Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal. Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1635-2532
eduardonlfilho@gmail.com

Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo

Mestranda em Direitos Humanos, na linha de pesquisa Estudos Críticos do Direito, pela Universidade Federal do Pará. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2661-4185
carolbrazsa@gmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 01.08.2019
Última versão dos autores: 13.08.2019

Áreas do Direito: Penal; Filosofia; Fundamentos do Direito

Resumo: Observando as constantes controvérsias acerca de violações de direitos e garantias processuais decorrentes da produção probatória no processo penal brasileiro e a necessidade de redução da incidência destas (posto que a eliminação por completo configura uma utopia), realizamos um estudo essencialmente teórico, iniciando com uma discussão sobre sistemas processuais, conceito e finalidade da prova, em específico, a prova testemunhal. Em seguida, demonstramos que determinados aspectos da hermenêutica gadameriana apontam os limites

Abstract: Observing the constant controversies regarding procedural rights and guarantees violation in the evidence procedure in the Brazilian criminal process and given the necessity of reducing them is utopian), we made a theoretical study, beginning with a discussion about the procedural system and the concept and purpose of proof, more specifically, the testimonial evidence. Then, we demonstrate that certain aspects of the gadamerian hermeneutics point towards the limits of obtaining an objective narrative of the facts by the testimonial evidence,

da obtenção de uma narrativa objetiva dos fatos realizada pelas testemunhas como as noções de horizontes, fusão de horizontes, círculo hermenêutico, preconceitos (legítimos e ilegítimos), história efeitual e consciência desta história efeitual. Por fim, concluímos apontando a dialética das perguntas e respostas (jogo do vaivém) constante daquela teoria da compreensão como um meio para a efetivação do sistema acusatório, definindo a postura do juiz e das partes no processo penal.

Palavras-chave: Sistemas processuais – Prova testemunhal – Acusatório – Hermenêutica – Dialética.

such as the notion of horizons, fusion of horizons, hermeneutical circle, preconceptions (legitime and illegitime), effectual history and consciousness of this effectual history. In the end, we conclude pointing to the questions and answers dialectic (swing game) in that comprehension theory as a means to the effectuation of the accusatory system, defined as a posture of the judge and the parties in the criminal procedure.

Keywords: Procedural systems – Testimonial evidence – Accusatory – Hermeneutics – Dialectic.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistemas processuais e a prova testemunhal. 3. Aspectos da hermenêutica filosófica gadameriana. 4. Processo dialógico de inquirição da testemunha. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Diante das inúmeras divergências doutrinárias acerca da classificação do sistema processual penal brasileiro, em destaque no que tange à produção da prova testemunhal, e as implicações que a adoção de determinado sistema geram à garantia dos direitos constitucionalmente previstos às partes no processo e, em especial, ao réu por ser a parte em maior grau de vulnerabilidade, inicialmente discutiremos aspectos de ambos os sistemas processuais (inquisitório e acusatório), destacando as principais características que os diferem entre si. A seguir, apresentaremos aspectos gerais acerca da produção probatória no processo penal, estabelecendo o conceito de prova, o objetivo da produção desta, destacando a prova testemunhal em razão de ser considerada a mais utilizada na prática processual, como exporemos em momento oportuno.

Ainda no primeiro capítulo, iremos discutir sobre a conformidade da produção da prova testemunhal com um dos sistemas processuais e as implicações e violações que esta caracterização acarreta ao processo penal, as quais se configuram como a problemática a ser solucionada pela pesquisa.

Em continuação, iremos introduzir nesta discussão a hermenêutica gadameriana a fim de nos possibilitar uma análise crítica acerca da prova testemunhal no processo penal, na medida em que surge o questionamento sobre possibilidade de tornar essa prática probatória, atualmente inquisitória, em acusatória. Para

isso, utilizamos como referencial Hans-Georg Gadamer, filósofo da compreensão, e definimos alguns conceitos concernentes à sua hermenêutica filosófica, os quais consideramos como grandes influenciadores no sentido de limitação da noção de narração objetiva dos fatos a ser realizada pelas testemunhas.

Por fim, analisaremos se a dialética das perguntas e das respostas, oriunda da hermenêutica gadameriana, pode apresentar-se como uma possibilidade de efetivação do sistema acusatório no processo penal por meio da abertura àquilo que não se sabe, tendo em vista a postura adotada pelas partes na inquirição das testemunhas, bem como a postura do juiz no processo de compreensão para tomada de decisão.

2. Sistemas processuais e a prova testemunhal

Para iniciarmos a discussão acerca da produção da prova testemunhal, faz-se necessário tratar previamente alguns aspectos acerca das provas em geral, seu conceito e finalidade, tendo em vista que a motivação para a realização desta etapa e o modo como ela é efetivada são de extrema importância para definir o sistema processual vigente.

Historicamente, não somente as provas, mas o processo como um todo objetiva atingir a verdade real no processo, a qual ainda é definida massivamente pela doutrina tradicional, entre alguns autores, os citados a seguir, como "a conformidade da noção ideológica com a realidade"[1], o que pode ser percebido na afirmação que "o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material) como fundamento da sentença"[2], tendo em vista que "descobrir a verdade é meio e modo de comprovação da exata situação concreta em que deve incidir a norma penal a ser jurisdicionalmente aplicada".[3]

Desse modo, primeiramente introduzimos o conceito de prova, sendo entendida por Aury Lopes Jr.[4] como o ritual que possui a finalidade de "proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato"; nesse sentido, a prova seria o produto obtido de um ritual (instrução probatória) que é

1. MALATESTA, N. F. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa – Portugal: Livraria Clássica, 1927. p. 23.
2. CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 84.
3. MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Milennium, 2000. v. I, p. 63.
4. LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 355.

destinado a levar ao conhecimento do juiz aspectos do fato ocorrido que está sob julgamento. Esse mesmo autor afirma, ainda, que

> "o processo tem por finalidade [...] buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores"[5].

Antes de definirmos a finalidade da prova, devemos estabelecer a distinção entre os sistemas processuais penais, quais sejam, os princípios dispositivo (no qual a gestão das provas se encontra sob responsabilidade das partes, correspondente ao sistema acusatório) e inquisitivo (aquele em que a gestão das provas se encontra sob poder do julgador, sendo este princípio fundante do sistema inquisitório). Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[6], "a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão da prova".

No sistema inquisitório, conforme entendimento de Renato Brasileiro de Lima[7], o juiz possui ampla iniciativa probatória, podendo, inclusive, determinar a produção de provas de ofício, sem requerimento das partes, ainda durante as investigações ou no curso do processo. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. afirma que tal sistema é "fundado pelo princípio inquisitivo, ou seja, de instrução e conhecimento de ofício pelo juiz na busca da verdade material"[8], razão pela qual entendemos que nele predomina a capacidade ativa do juiz no que tange à atividade probatória.

Observamos, com isso, que as atividades de acusar e julgar se encontram concentradas na mão de um mesmo indivíduo, o juiz, que possuía amplos poderes, e também deveres, probatórios, podendo valer-se de todos os meios à sua disposição para buscar a obtenção da verdade, posto que a "gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade"[9].

---

5. LOPES JR., A. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 164.
6. COUTINHO, J. N. M. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 165, 1998.
7. LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
8. LOPES JR., A. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 166.
9. PACELLI, E. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 339.

Nesse mesmo sentido afirma Paulo César Busato[10] que o "modelo inquisitivo, como se sabe, tem por base a ideia de que é possível, através do método processual, reproduzir a *verdade* absoluta dos fatos. [...] ela permitiria afirmar o que *realmente aconteceu*; assim, para atingi-la, seria válido o emprego de qualquer meio", posto que nesse sistema "nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real [...] A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter 'absoluto'".[11]

Ou seja, nesse sistema acredita-se na possibilidade de reconstrução dos fatos ocorridos no passado, objetivando fazê-lo de forma completa e ampla a fim de se obter a verdade real acerca do objeto em questão; em razão disso "tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*"[12]. Assim, para alcançar a verdade sobre os fatos, este sistema legitima qualquer meio que venha a viabilizar a obtenção desta verdade, sendo por isso um sistema "incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais"[13].

Por outro lado, temos o sistema acusatório, no qual as funções de acusar e julgar residem em pessoas distintas, cabendo ao juiz tão somente o ato de julgamento, possuindo uma postura passiva e afastada no curso do processo penal, assumindo condição de "destinatário da produção da prova pelas partes e de responsável pela oferta de respostas às demandas de justiça submetidas ao Estado"[14], e às partes fica reservada a atividade probatória.

Em consonância a este pensamento, também dispõe Renato Brasileiro de Lima[15] que "a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais". Assim, dizemos que o "juiz, que deve ser o destinatário da prova, e não seu

10. BUSATO, P. C. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 60, p. 136, jul. 2010, p. 136.
11. LOPES JR., A. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 167.
12. COUTINHO, J. N. M. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 166, 1998.
13. LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 39.
14. BUSATO, P. C. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 60, p. 142, jul. 2010.
15. LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 40.

produtor"[16], devendo exercer aqui um papel de garantidor do devido processo legal e, tendo este como pressuposto, decidir o processo com base em sua convicção e de forma fundamentada (livre convencimento motivado) naquilo que as próprias partes produziram de provas.

Nesse sistema, em razão da separação das funções, prevalece a garantia dos direitos individuais visto que é:

> "justamente este afastamento, esta isenção, que permite o real controle sobre a realização das provas pertencente às partes, pois somente uma prudente distância dos interesses debatidos na causa permite que o juiz exerça sua função de garantir os direitos fundamentais do acusado".[17]

Assim, podemos definir a produção probatória como inquisitória, pois a doutrina afirma que "por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do *fato delituoso*), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional"[18], considerando, ainda assim, como objetivo da atividade jurisdicional a busca pela verdade correspondente ao fato delituoso, ignorando que a produção probatória, na verdade, é realizada pelas partes com o intuito de convencer o juiz sobre a sua versão dos fatos, em razão do livre convencimento motivado, e não de fazer "vir à tona" a verdade sobre o ocorrido, ou seja, a persecução da verdade real, com a atribuição de poderes de gestão probatória ao juiz, marca como inquisitória esta fase processual.

Essa é a realidade que observamos em nosso processo penal. Trazemos à análise dois dispositivos presentes no Código de Processo Penal brasileiro[19], iniciando pelo art. 156[20], o qual estabelece que cabe às partes que alegarem os fatos a sua

16. Ibidem, p. 694.
17. BUSATO, P. C. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 60, p. 146, jul. 2010.
18. PACELLI, E. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 334.
19. Há, ainda, os artigos 196, 209, 234, 366, 616 do CPP que admitem a atuação probatória de ofício pelo juiz, os quais não tivemos a oportunidade de abordar devido à extensão deste artigo.
20. Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

comprovação, mas atribui ao juiz a possibilidade de produção de provas de ofício, tanto antes do início do processo, quanto durante.

Com esta autorização, o juiz abandona sua postura passiva no processo, assumindo a posição de responsável por dirimir eventuais dúvidas existentes. O magistrado deixa de lado o *in dubio pro reo* e passa a se posicionar no lado oposto ao réu da ação, figurando como auxiliar da acusação, posto que cabe a esta a comprovação dos fatos alegados, nesse sentido afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[21] que:

> "Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiciendo o órgão acusatório".

Esse agir ativo do julgador está diretamente relacionado com a busca pela verdade dos fatos, como já exposto anteriormente, "certo é que a lei processual autoriza o juiz a, *ex officio*, investigar a verdade".[22] Isso se dá devido à velha máxima de que no processo penal "prevalece a verdade real, que é a situada o mais próximo possível da realidade. Não se deve contentar o juiz com as provas trazidas pelas partes, mormente se detectar outras fontes possíveis de buscá-las".[23]

Este, para grande parte da doutrina, já é elemento suficiente para a descaracterização do sistema brasileiro como acusatório e sua definição como inquisitório, visto que a detenção de poderes de produção de prova pelo juiz é uma significativa característica do referido sistema.

Ou seja, "não adianta separar funções no processo se, em seu desenvolvimento, abre-se ao magistrado a possibilidade de *produzir* provas para embasar – ou seria justificar? – sua decisão, a qual já pode ter sido tomada *a priori*"[24]. Por isso que, na prática, apesar das previsões constitucionais, o juiz ainda pode assumir a posição de acusador.

---

21. COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 111, jul.-set. 2009.
22. MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Milennium, 2000. v. I, p. 67.
23. NUCCI, G. S. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 59.
24. MACHADO, F. D. A. Nulidade na oitiva de testemunhas: por uma interpretação conforme do art. 212 do Código de Processo Penal. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 104, dez. 2010.

Conforme preceitua Eugênio Pacelli de Oliveira[25],

> "O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (art. 395 e art. 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos".

Assim, a atuação do juiz na produção de provas de ofício viola os preceitos constitucionais e atribui ao juiz uma postura inquisitorial, portanto, parcial[26] no processo, ferindo também o princípio da isonomia, tendo em vista que a posição de igualdade das partes no processo, prevista no princípio do contraditório é desvirtuada em razão de o juiz passar a ocupar conjuntamente o polo da acusação. Assim,

> "em matéria probatória, o artigo 156 e seus incisos seguintes da lei processual penal demonstram uma prática inquisitória do 'juiz investigador', que pode de ofício investigar para a construção de sua convicção, além do material probatório apartado pelos sujeitos processuais, que colide quando enfrentado contraste com uma Constituição Federal notavelmente acusatória preconizando um Estado de Inocência para o acusado, não sendo assim imputando-lhe nenhum ônus probatório"[27].

Como se pretende, no processo penal brasileiro, geralmente definido como acusatório, manter o juiz equidistante das partes ao mesmo tempo em que se atribui a ele capacidade de produção probatória de ofício, violando diretamente a presunção de inocência que leva à absolvição do réu?

Devemos ter por pressuposto que o ônus probatório é da parte que alega a ocorrência dos fatos discutidos, cabendo, portanto, tão somente à acusação a atividade probatória dos fatos por ela alegados e, quando da insuficiência de provas que levem ao convencimento do juízo sobre a ocorrência dos fatos como foram narrados pela acusação, deve-se proceder à absolvição do réu.

---

25. PACELLI, E. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 342.
26. LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62, conceitua imparcialidade como sendo "a posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva", longe de figurar em um dos polos do processo, o juiz está para além deles, portanto.
27. SILVA, L. F. F. A questão da verdade e provas no modelo constitucional de processo penal. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 440, 1º sem. 2017.

Devemos ressaltar que na estrutura dialética do processo penal

> "a posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça (e do processo, por elementar). Se a imparcialidade é o Princípio Supremo, deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório, que mantenha o juiz afastado da iniciativa e gestão da prova, cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial. Impossível a imparcialidade do juiz em uma estrutura inquisitória".[28]

Percebemos, então, um claro contraste no Processo Penal brasileiro no que tange aos princípios que definem o sistema processual quando observamos que:

> "ao mesmo tempo em que a Constituição nutre um espírito de emancipação, cidadania, isonomia material, pluralidade e tolerância, a inquisição punitiva continua vigente entre nós e permite o surgimento de 'justiceiros', responsáveis pelo fortalecimento da sigilosidade do inquérito, da gestão da prova pelo magistrado e pelo julgamento sem a presença do réu".[29]

Logo, o processo penal brasileiro possui inegáveis traços inquisitoriais, visto que, apesar de os princípios e garantias constitucionais indicarem para um sistema acusatório, o Código de Processo Penal ainda prevê a capacidade probatória do juiz. Podemos dizer, nesse sentido, que o juiz-acusador dos tempos modernos "trata-se do julgador que desloca-se de seu local de passividade e efetivamente desenvolve atividades que são de iniciativa das partes".[30]

O prejuízo que se tem, portanto, de acordo com o entendimento de Lucas Felipe de Freitas Silva[31], é que ao se admitir a busca pela verdade real, a função do magistrado de terceiro imparcial no processo é desvirtuada, deixando de ser o sujeito responsável somente pelo controle da legalidade e pertinência da produção probatória a ser realizada pelas partes. Finalmente, concluímos este tópico destacando:

---

28. LOPES JR., A. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 140.
29. LORA, D. H. A verdade como "revelação" no processo penal: Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 247, jul.-dez. 2015.
30. KAHLED JR., S. H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 348, jan.-fev. 2015.
31. SILVA, L. F. F. A questão da verdade e provas no modelo constitucional de processo penal. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 450, 1º sem. 2017.

> "No que diz respeito ao universo jurídico-penal, a Constituição representa uma abertura democrática em sede processual, consagrando um sistema acusatório. No entanto, continua irrealizada sua promessa acusatória, uma vez que nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer".[32]

Exposta a finalidade da prova atribuída por cada sistema processual e devidamente demonstrado que a produção probatória no processo brasileiro é eminentemente inquisitória, passamos agora à análise de alguns problemas relativos à prova testemunhal decorrentes dos dispositivos concernentes a ela previsto no CPP e da estrutura inquisitorial da gestão da prova. Devemos destacar que este meio probatório foi escolhido como foco do presente artigo em razão da relevância que este meio possui para a instrução processual penal, devido ao fato de que a "prova testemunhal talvez seja a mais frequentemente utilizada no processo penal"[33], acabando por ser o principal meio de prova do no processo brasileiro.[34]

Acerca de como se dá o processo de inquirição das testemunhas, o art. 212 do CPP permite expressamente que o juiz a realize, ele mesmo, para tratar sobre pontos que restarem não esclarecidos (parágrafo único), em que pese a disposição do *caput* deste artigo atribuir a ação de inquirir a testemunha diretamente às partes que as arrolaram.

Sobre isso, Renato Brasileiro[35] realiza a seguinte divisão: o "*direct-examination* da testemunha é aquele feito por quem a arrolou, que irá realizá-lo primeiramente, e o *cross-examination* é realizado, em seguida, pela parte contrária"[36]. Ou seja, de acordo com esse procedimento, cabe somente às partes e nesta ordem, observando também o previsto no art. 400 do CPP[37] a realização da inquirição das testemunhas.

---

32. KAHLED JR., S. H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340-341, jan.-fev. 2015.
33. PACELLI, E. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 418.
34. LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
35. LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 989.
36. Mais sobre este assunto, ler em: LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
37. Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto

Já no que tange ao objetivo de prova testemunhal, podemos afirmar que é "trazer ao processo dados de conhecimentos que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor"[38]; nesse mesmo sentido entende Ángela Bravo[39], quando afirma que o testemunho é um relato de uma percepção, o qual requer uma interpretação, em razão da qual surge a hermenêutica. Contudo, devemos ter em vista que:

> "Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua *fidelidade*, isto é, a correspondência entre *o que se julga* ter presenciado e o que se *afirma* ter presenciado".[40]

Assim, todo o depoimento é uma compreensão da testemunha acerca do fato por ela narrado, influenciada por seus preconceitos, traumas, experiências vividas, tenha ela consciência disso ou não, na medida em que "qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, *o que* e *como* tudo ocorreu"[41].

O *ser*, ao realizar qualquer expressão por meio da linguagem, inclui nela sua subjetividade, seu juízo de valor devido ao fato de que ao interpretar o *ser* parte de seu próprio horizonte, de sua tradição e historicidade, não havendo possibilidade de afastamento destes, por isso, "[...] para que seja obtida uma imagem pura e objetiva de qualquer situação percebida, não há outro modo que não a apreensão da cena por um artefato mecânico, visto que a mente humana não consegue ser desvinculada da razão, da emoção e das experiências já vividas".[42]

---

no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

38. LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 679.
39. BRAVO, A. Texto, Testimonio y Narración, por Paul Ricoeur. *Revista de Filosofía*, p. 155, 2017. Disponível em: [https://revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/view/46296/48297]. Acesso em: 12.08.2019.
40. PACELLI, E. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 419.
41. NUCCI, G. S. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 417-418.
42. LOPES JR., A.; SEGER, M. F. *Prova testemunhal e processo penal:* A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das *falsas memórias*.

3. Aspectos da hermenêutica filosófica gadameriana

Gadamer foi um filósofo alemão, que desenvolveu uma filosofia classificada como continental (ou europeia) em virtude de ter por característica a realização de reflexões filosóficas abstratas sobre questões imediatas do mundo diário, a respeito do significado da existência.

Sobre o processo de entendimento humano incluindo a interpretação, esse autor, "seguindo uma linha de pensamento de Vico e Hegel, nos séculos XVII e XIX, a Foucault e Oakeshott num período mais recente, enfatiza a importância do passado como um momento irredutível no pensamento humano: todo entendimento é, de alguma forma, histórico"[43].

Além disso, Gadamer rejeita a ideia proveniente do Iluminismo de que a verdade só poderia ser alcançada por um método racional. Segundo Cris Lawn[44], "Gadamer, seguindo Heidegger, rejeita o discurso ortodoxo da verdade como correspondência, representação ou, como ficou conhecido, adequação". Para aquele, "seja como for definida a razão [...], ela tem de estar localizada num contexto cultural específico, dentro de uma determinada estrutura histórica"[45], considera-se que, inevitavelmente "[...] os indivíduos são [...] enraizados, e incrustados num ambiente cultural específico, dentro do qual os movimentos em direção ao auto entendimento sempre devem ser reconciliados. Este ambiente específico Gadamer chama de tradição"[46], logo, ao se estabelecer um método, deve-se sempre observar a força fundamental da tradição devido ao fato de que toda atividade exercida pelo indivíduo inevitavelmente se dá com ele estando inserido na tradição, sendo somente possível conhecer algo ao reconhecer a tradição na qual ele está inserido. "A hermenêutica precisa partir do fato de que aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala".[47]

Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf]. Acesso em: 30.09.2017, p. 5.

43. LAWN, C. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 23.
44. Idem, p. 83.
45. Idem, p. 54.
46. Idem, p. 91.
47. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 390.

Também propondo crítica à ideia de uma metodologia para o alcance da verdade, Clóvis Vitor Gedrat[48] afirma que "o método, em si, já traz o resultado 'verdadeiro' esperado e, assim, não pode constituir um buscar da verdade autêntica, visto ter condições de, apenas, acessar determinada parte desta verdade que *quer* saber pelo método". Ou seja, a verdade a ser alcançada pelo método somente pode ser aquela dentro dos limites das etapas dele e não a verdade real, final e completa acerca do objeto.

Ainda nesse sentido de negar a metodologia como única forma de alcance da verdade, Cris Lawn[49] estabelece que:

> "A verdade, como um produto do método infalível, ignora as verdades da experiência contidas dentro de uma tradição cultural comum [...] Isso é pra mostrar como a verdade nunca deve ser metodizada. E que ela nunca é algo que finalmente alcançamos e obtemos. Todas as nossas atividades no mundo social estão 'no caminho da' verdade, mas nunca finalmente a alcançam".

Desse modo, podemos afirmar que a teoria de Gadamer tem por base a influência dos preconceitos em todas as atividades humanas, o que se dá devido à própria condição do *ser* humano, a partir de sua existência como *ser no mundo* e, consequentemente, às experiências adquiridas por ele em sua vivência e à historicidade a ele inerente, como afirma Jean Grondin[50]: "O propósito inicial de Gadamer é justificar a experiência de verdade das ciências humanas (e do entendimento em geral) partindo da concepção 'participativa' do entendimento", à medida que o processo de compreensão é produtivo, pressupondo a participação do intérprete.

A partir desse entendimento, é possível realizar uma análise crítica sobre a busca da verdade real, o que faremos tendo por base da discussão a sua relação com a produção da prova testemunhal, em razão, como já fora dito, da relevância desta para a instrução probatória penal.

Para isso, inicialmente, precisamos deixar claro que Gadamer usa o termo preconceito despido de seu sentido pejorativo que costumeiramente lhe é conferido. Para ele, preconceitos correspondem a estruturas prévias de compreensão, são

48. GEDRAT, C. V. *O conceito de verdade a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Tese (Mestrado em Filosofia) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2008. p. 65.

49. LAWN, C. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 61.

50. GRONDIN, J. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola, 2012. p. 63.

estruturas que possibilitam e condicionam a compreensão e a interpretação[51]. Em nossa existência histórica, adquirimos e formamos diversos preconceitos – concepções prévias sobre as coisas – os quais apreendemos em razão de nossas vivências e dos significados que atribuímos a elas no mundo. Tais pré-concepções podem ser positivas, as quais melhoram a compreensão acerca do objeto sob análise, sendo chamadas de "preconceitos legítimos", os quais se confirmam na coisa em si mesma; ou podem ser negativas, aquelas que distorcem a compreensão, nos levam a mal-entendidos e não se confirmam na coisa em si mesma, chamadas de "preconceitos ilegítimos", pois, para Gadamer[52], "quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas".

O conjunto de preconceitos do indivíduo foi seu horizonte de sentido. Tal horizonte, de acordo com Gadamer, corresponde ao conjunto de elementos que constituem a forma como o *ser* (*Sein*) vê o mundo, é tudo aquilo que influenciou a sua construção como indivíduo, é a situação atual em que ele se encontra e que irá direcionar a sua compreensão sobre qualquer coisa. Nos dizeres do autor: "horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto"[53].

Tendo em vista que o homem é um ser histórico, um *ser no mundo*, seu horizonte é sempre mutável, na medida em que cada nova experiência vivenciada irá integrar o horizonte do indivíduo, compondo o seu *ser* e alterando sua forma de ver o mundo, como dispõe Roberto S. Kahlmeyer-Mertens[54] interpretando Gadamer, "um horizonte, no entanto, não é algo estático que, uma vez ganho, se mantenha inalterado. Horizontes embasam nossas compreensões e são o que também reembasarão a si mesmos a cada nova compreensão". Cada indivíduo possui o seu horizonte de compreensão a partir do qual irá sempre iniciar sua compreensão sobre algo, e o qual irá alterar após esta compreensão.

Devemos considerar, ainda, que no processo de compreensão não está incluído somente o horizonte do intérprete, mas também o horizonte do objeto a compreender, do a-ser-compreendido. Esse horizonte é caracterizado como um conjunto de significações do que será compreendido e que permaneceu no tempo, que após distintas compreensões se manteve pela tradição.

---

51. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
52. Idem, p. 356.
53. Idem, p. 399.
54. KAHLMEYER-MERTENS, R.S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 111.

Ao buscarmos compreender o sentido de algo na atualidade, buscamos, na verdade, aquele significado da coisa que permaneceu no decorrer do tempo, e não a coisa em si mesma. Nessa perspectiva, a compreensão ocorre com a fusão dos horizontes do intérprete e do objeto. Assim, o produto dessa fusão sempre "seria um produto significativo provisório, continuamente sujeito a retoques e revisões"[55], em virtude do fato de que os próprios horizontes individualmente considerados constantemente se alteram de acordo com as experiências somadas à vivência do *ser*.

Vale ressaltar que esses horizontes de compreensão não devem ser considerados isoladamente, tampouco como duas visões de mundo destacadas da historicidade interagindo tão somente entre si. O cerne da questão da compreensão reside na sua historicidade. Como afirma Hans-Georg Gadamer[56], "nem o conhecedor nem o conhecido estão simplesmente dados 'ontologicamente'. Eles se dão 'historicamente', isto é, possuem o modo de ser da historicidade".

Ou seja, toda compreensão se dá dentro de um contexto histórico que possui suas peculiaridades. Além disso, quando se pretende compreender algo pretérito, faz-se necessário levar em consideração, também, o contexto histórico no qual aquilo ocorreu e suas características, posto que as vivências, que constituem os horizontes, "[...] a verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também nosso próprio conceber".[57]

A compreensão pode ser entendida como um projetar-se, pois quem "'compreende' um texto, para não dizer uma lei, não apenas se projeta, no esforço da compreensão, em direção a um significado, mas adquire pela compreensão uma nova liberdade de espírito".[58] O intérprete, enquanto ser lançado no mundo, projeta-se sobre o a-ser-compreendido, constituindo, desse modo um "projeto lançado". Nesse sentido, ao projetar-se sobre o objeto, buscando compreendê-lo, o intérprete não só altera o significado daquele objeto para as próximas compreensões, como também sofre alterações em si mesmo, em sua visão de mundo, seu horizonte.

55. Idem, p. 85.
56. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 350.
57. Idem, p. 488.
58. GADAMER, H. G. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 41.

Assim, dizemos que a compreensão ocorre em um círculo hermenêutico. Levando em conta a temporalidade existencial, compreendemos quando nos voltamos ao a-ser-compreendido que se apresenta, buscando compreendê-lo a partir de nosso horizonte atual que inclui os nossos preconceitos. "Qualquer compreender, muito mais do que uma operação subjetiva ou o ato de uma consciência autônoma, envolve a participação num acontecimento de verdade que congrega temporalidade e historicidade"[59], ou seja, ao pensarmos sobre a compreensão, além de considerarmos a subjetividade do intérprete, devemos também levar em consideração tanto sua historicidade, quanto a do objeto e as mudanças de significações que este sofreu durante o decurso do tempo, tendo em vista que o círculo hermenêutico

> "Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-a a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo 'metodológico; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão'"[60].

Como consequência da fusão de horizontes históricos do intérprete, do objeto e do contexto histórico no qual está se dando a interpretação, destacamos a questão da história efeitual, por vezes também traduzida como "história efetiva" (*Wirkungsgeschichte*). Esta indica os efeitos da história na compreensão a ser realizada no agora, a consciência de que a compreensão é um evento efetuado historicamente, levando em consideração aquilo que foi dito da coisa no transcorrer do tempo e a própria passagem deste, os efeitos que o a-ser-compreendido causou na história e vice-versa e os efeitos das experiências do intérprete na compreensão.

Dessa maneira, "a consciência da história efeitual é em primeiro lugar consciência da *situação* hermenêutica"[61], é saber estar inserido em uma tradição histórica, sendo impossível realizar uma compreensão objetiva desse contexto em razão de estar-se inserido nele, não podemos obter um saber objetivo sobre a situação hermenêutica em que nos encontramos, devido à nossa própria historicidade.

---

59. KAHLMEYER-MERTENS, R.S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 92.
60. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 388-389.
61. Idem, p. 399.

Portanto, "a consciência histórico-efeitual é um momento da realização da própria compreensão"[62], é ter a percepção de estar inserido no círculo hermenêutico, de que a compreensão é história efetiva em determinado momento histórico, é "o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião".[63] A consciência da história efeitual "implica que o intérprete percebe que está no círculo hermenêutico da compreensão e que sua situação hermenêutica foi afetada pela tradição através de seus preconceitos herdados".[64]

Para Gadamer[65], o encontro com a tradição por meio da consciência histórica experimenta uma relação de tensão entre o texto (o objeto histórico sob análise) e o presente. A consciência histórica, por conseguinte, destaca o horizonte da tradição do seu próprio horizonte, consistindo em uma projeção do horizonte do presente sobre o horizonte histórico, quando se dá a verdadeira compreensão através da fusão desses horizontes. Assim, considera que os horizontes separadamente representam apenas um momento da realização da compreensão, posto que a compreensão é um projetar-se sobre o objeto histórico que se quer compreender.

4. Processo dialógico de inquirição da testemunha

Partindo dos conceitos supraexpostos, percebemos que no processo de inquirição das testemunhas sempre há a fusão de horizontes, neste caso, o do inquiridor e o da testemunha. Aquele que irá realizar as perguntas sempre projeta os seus pré-conceitos em sua forma de inquirição, buscando confirmá-los, direcionando as perguntas ao sentido de que venha obter as respostas que confirmem suas pré-concepções sobre como se deu o fato.

Dessa forma, vemos que é realizada uma busca pela legitimação da versão previamente concebida pelo inquisidor na narração dos fatos a ser feita pela testemunha. Logo, o círculo hermenêutico existente no processo de inquirição terá como produto a narração dos fatos que sempre será alterada conforme os interesses daqueles que realizam as perguntas, direcionando o modo pelo qual serão narrados os fatos.

62. Idem, p. 398.
63. GADAMER, H. G. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 17.
64. SCHMIDT, L. *Hermenêutica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 153.
65. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 405.

Ou seja, a prova testemunhal será sempre variável de acordo com a fusão de horizontes do inquisidor e da testemunha, bem como pelo círculo hermenêutico constituído pelo contexto em que está sendo realizada a inquirição e a influência daquele nesta e pelo horizonte do julgador que irá valorar a referida prova. Devemos levar em consideração também as decorrências oriundas do tempo transcorrido entre o fato ocorrido e a narração dele no curso do processo pela testemunha.

Faz-se necessário, então, ressaltar a possibilidade de o tempo afetar a forma como será feito o testemunho. Isso porque o *ser* é histórico e está constantemente tendo novas vivências e experiências que alteram sua forma de ver o mundo e, ainda, suas compreensões sobre as coisas são existenciais. Mas, também temos consciência de que nem todas as experiências ocorridas no decurso desse tempo influenciarão a narrativa dos fatos específicos discutidos, bem como reconhecemos a possibilidade de essas novas experiências permitirem à testemunha realizar uma melhor compreensão dos fatos a serem narrados. Como podemos observar, para Gadamer[66],

> "O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Assim, a distância entre os períodos não é algo a ser superado. [...] Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição."

O tempo, portanto, é o próprio meio no qual se dá a compreensão, é nele que esta é efetivada. O que apontamos aqui, portanto, é a constante possibilidade de alteração da narração dos fatos pelas testemunhas no decorrer do tempo (pelo que rejeitamos a noção de narração objetiva dos fatos prevista no art. 213 do CPP), posto que todo testemunho é uma compreensão dos fatos históricos a partir de determinado contexto (o momento do "agora" em que está sendo realizada a narração) e como isso deve ser levado em consideração durante a valoração das provas pelo juiz no caso concreto.

Como forma de permitir que a historicidade seja considerada na produção probatória no sentido de que se permita à testemunha trazer o seu horizonte,

66. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 393.

apresentando o seu entendimento dos fatos sobre os quais é inquirida ao processo, sugerimos o processo dialógico gadameriano, o qual consiste no diálogo como fruto da dialética da pergunta e da resposta. Esta é caracterizada pela abertura dos sujeitos ao conhecimento daquilo sobre o que não se sabe. É reconhecer um não saber sobre algo e buscar compreendê-lo de forma livre, não intencionada, permitindo que o outro se faça conhecer. Devemos entender a tradição não somente como algo que carrega traços do passado, mas como aquilo que tem algo a nos dizer e a acrescentar no nosso ser no mundo.

Contudo, a abertura do diálogo não é ilimitada, pois toda pergunta já contém em si mesma um sentido que é dado por quem a realiza, pelo horizonte deste que determina o que se quer saber sobre algo. Como afirma Raquel Taranilla García[67], o interrogatório é uma interação ritualizada de perguntas e respostas, a ser realizada em determinado espaço e dirigida a uma finalidade já pré-determinada, razão pela qual o juiz dirige a interação comunicativa, elaborando suas perguntas conforme aquilo que pretende tomar conhecimento a partir do depoimento. Nesse sentido, a resposta será sempre de certa forma delimitada ao interesse de quem questiona sobre o desconhecido, assim,

> "É essencial a toda pergunta que tenha um sentido. Sentido quer dizer, todavia, sentido de orientação. O sentido da pergunta é, pois, a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e ser pertinente. Com a pergunta, o interrogado é colocado sob uma determinada perspectiva. O surgir de uma pergunta rompe de certo modo o ser do interrogado."[68]

A abertura da pergunta se faz essencial no processo penal, especificamente no caso da inquirição da testemunha em razão de que seguindo essa lógica, permitimos sempre a possibilidade de confirmação ou negação da pergunta realizada, em que reside a relação entre perguntar e saber, a "decisão da pergunta é o caminho para o saber. Uma pergunta é decidida pela preponderância de motivos a favor de

67. GARCÍA, R. T. Los interrogatorios y las declaraciones de los peritos (cap. 7). In: *La configuración narrativa en el proceso penal:* un análisis discursivo basado en corpus. (Tesis) – Programa de Doctorado: Niveles de análisis en la lengua española – Departament de Filologia Hispánica, Facultad de Filologia, Universitat Barcelona, 2011. P. 308. Disponível em: [https://www.academia.edu/1100374/La_configuraci%C3%B3n_narrativa_en_el_proceso_penal._Un_an%C3%A1lisis_discursivo_basado_en_corpus]. Acesso em: 12.08.2019.

68. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 473.

uma possibilidade e contra a outra; mas isto ainda não é o conhecimento completo"[69], tendo em vista que só alcançamos o saber da coisa em si mesma quando desconstruímos os argumentos contrários a ela, excluindo-os por serem incorretos.

O saber só é possível ao admitirmos a possibilidade de se obter um "sim" ou um "não" para as perguntas formuladas, é o caso do *ser* estar aberto às possibilidades de entendimento que a pergunta pode oferecer, e não o de querer confirmar sua hipótese orientando a pergunta a esta direção. Assim, a inquirição deve ser realizada no sentido de que as partes se permitam saber aquilo que está sendo contado pela testemunha, sem direcionar seu depoimento a fim de confirmar a hipótese que está propondo para fins de convencimento do juiz. Devemos ter em conta, ao perguntar, um não saber determinado, ou seja, um saber que não se sabe determinado assunto sobre o qual se está perguntando.

Quando o legislador elaborou a previsão do art. 212 do CPP, afirmando que "[...] as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida", não levou em conta que a própria pergunta já se constitui em um direcionamento (ou restrição) daquilo que a testemunha irá relatar sobre o fato presenciado, sempre há a inclusão do horizonte do inquisidor na forma como será realizado o depoimento mediante respostas às perguntas por ele elaboradas. Além disso, a fusão desses horizontes possibilita que a reconstrução dos fatos se dê de diversas formas devido à sua constante mudança.

Todavia, a permissão para que o juiz participe da produção de provas, entre elas a testemunhal, implica que este, em razão de seus preconceitos decida previamente a hipótese de determinado caso concreto e passe a produzir as provas de modo que venha a confirmar a hipótese que definiu inicialmente. Ou seja, o juiz passa a produzir provas em busca de legitimar seus preconceitos e justificá-los a partir delas, que possuem determinado valor "científico" e, portanto, credibilidade.

Nos dizeres de Gadamer[70]: "Quando procuramos compreender, fazemos o possível inclusive para reforçar os seus próprios argumentos". É exatamente esse erro de compreensão que devemos buscar evitar no curso do processo. De acordo com essa constatação, na busca pela compreensão dos fatos, utilizando-se a oitiva das testemunhas, as partes consciente ou inconscientemente buscam reforçar

69. Idem, p. 476.

70. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 386.

a hipótese dos fatos que apresentam, bem como o juiz busca reafirmar seus preconceitos acerca daquele caso sob análise, atuando para confirmar a hipótese que acredita ser a verdadeira.

No que tange à dialética das perguntas e respostas, Gadamer[71] afirma ser "a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete", havendo um constante movimento de projeção do intérprete e influência recíproca entre este e o objeto em questão. Motivo pelo qual a dinâmica do diálogo não deve ser conduzida por nenhum dos sujeitos (posto que deve ser livre) em virtude do fato de que

> "quando um interlocutor tenta dirigir a conversa, acaba por comprometer a autonomia do diálogo, justamente por falsear a espontaneidade do jogo entre pergunta e resposta. Agir desse modo, invariavelmente implica contrabandear para o movimento do diálogo idiossincrasias e convicções que, estabelecidas previamente, desconsideram o que o outro teria a dizer".[72]

Desse modo, "o 'buscar a verdade' significa dinâmica, movimento. O movimento de buscar a verdade evidencia a inércia de quem presume havê-la encontrado".[73] A inércia nesse sentido é considerada como um "fechar-se" à possibilidade de novas compreensões, visando tão somente à confirmação de suas pré-compreensões.

Destacamos, também, que ao realizar a inquirição em um sistema acusatório, as partes não devem dirigir o diálogo com a testemunha para confirmar suas convicções sobre os fatos do processo, senão elaborar as perguntas a fim de buscar saber aquilo que ainda não se sabe sobre os fatos, "é na palavra dividida própria ao diálogo que algo como a compreensão pode acontecer, é também desde esse *logos* compartilhado, a saber, no constante jogo de pergunta e resposta que reside a verdadeira graça do diálogo"[74], sendo este a essência da linguagem.

A inquirição não deve seguir os rastros inquisitoriais no sentido de persecução de uma pré-compreensão que se tem do fato. Em um sistema acusatório, deve-se manter a postura passiva, no sentido de se permitir conhecer aquilo que a testemunha irá apresentar sobre o que as partes e o juiz ainda não sabem.

71. Idem, p. 388.
72. KAHLMEYER-MERTENS, R.S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 119.
73. LOPES JR., A. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152.
74. KAHLMEYER-MERTENS, R.S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 120.

Isso se diferencia da imparcialidade à medida que não requer apenas uma posição de inércia no processo no sentido de que o juiz não se coloque praticando atos de responsabilidade de qualquer das partes, mantendo a equidistância. A hipótese oferecida pela hermenêutica está para além disso, pressupõe a consciência do juiz sobre sua existência, de modo que possa tomar decisões afastando seus pré-conceitos ilegítimos (aqueles que comprometem a compreensão), conhecendo todos os fatores que influenciam no seu ser e na forma como ele irá decidir do processo. Ainda, pressupõe que ele, na instrução probatória, busque não somente se permitir estar aberto a conhecer e a verificar determinadas hipóteses acerca do fato sob análise, mas que ele também busque eliminar as demais hipóteses com base naquilo sobre o que teve conhecimento. Ou seja, o juiz deve partir da admissão das mais diversas possibilidades no processo para que, após a instrução processual e produção probatória, devidamente guiadas pela dialética, ele possa decidir o caso com base no que se permitiu conhecer, ele deve iniciar o processo sabendo que não sabe sobre o fato, apenas desse modo se permitirá conhecê-lo.

Portanto, consideramos que a dialética da pergunta e da resposta consiste em uma forma de efetivação do sistema acusatório, priorizando a dialética processual, principalmente no ato de inquirir as testemunhas, atribuindo às partes posição de igualdade e retirando do juiz a postura de inquisidor. Devemos ter em vista que a prova (nesse caso a testemunhal) constitui um meio de conhecimento em alguma medida sobre um fato ocorrido, é um instrumento que permite ao juiz a possibilidade de obter um conhecimento de algo, sendo este algo que será agregado ao processo constitui-se em uma significação da coisa em si mesma, a qual já passou por processos de compreensão no decorrer do tempo, incluindo o de quem a está apresentando – a testemunha – bem como passará pela compreensão do juiz.

Depreendemos a partir de Gadamer que a postura a ser assumida pelo juiz na oitiva das testemunhas longe de ser ativa, de produção probatória, deve ser a de permitir-se conhecer, por meio do que por elas for apresentado, sobre os fatos, para encontrar o direito naquela narrativa, não a verdade dos fatos, tampouco a confirmação de sua hipótese sobre eles, como vemos no seguinte trecho

> "os testemunhos históricos apresentam algo parecido ao que se passa com as declarações das testemunhas num julgamento. [...] Em ambos os casos o testemunho é um meio para constatar fatos. Todavia, tampouco esses representam o verdadeiro objeto. Se constituem em mero material para a verdadeira tarefa: no caso do juiz, encontrar o direito"[75].

75. GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 444.

Assim, consideramos que um diálogo sob a perspectiva gadameriana (com a abertura ao outro a ele inerente) com a testemunha permite que o conhecimento partilhado entre os sujeitos do processo seja oferecido de forma mais autônoma, sem que as partes determinem a "produção" ou apresentação desse conhecimento de forma delimitada pelos seus interesses e convicções, viabilizando maior amplitude do conhecimento sobre os fatos.

Considerações finais

Pelo conteúdo exposto neste artigo, concluímos, então, que o sistema processual penal brasileiro, apesar de ter dispositivos previstos na Constituição da República que lhe dão aspecto de sistema acusatório, possui, também, fortes traços inquisitórios, principalmente no que tange à produção probatória, a qual confere capacidade de diligenciar ao juiz, tendo em vista o princípio da verdade real.

Sobre essa questão, sobretudo sobre a utilização da prova testemunhal, neste trabalho destacada, podemos afirmar que, a partir de uma análise pela hermenêutica gadameriana, os fatos por si mesmos são irrecuperáveis e inacessíveis historicamente de forma pura, devido à existência da variável do tempo entre a pretensão de repetição ou compreensão do fato e as circunstâncias histórias em que ele ocorreu. O tempo como o meio no qual se dá a compreensão é fator determinante para as constantes alterações de interpretação sobre os fatos do processo.

Percebemos, assim, que a pretensão do processo ao ter como objetivo a busca da verdade real, autoriza a possibilidade de ignorar a historicidade inerente aos fatos apresentados no decorrer da jurisdição penal, atribuindo ao juiz maior liberdade para legitimar a verdade que construiu com base em suas pré-concepções, tendo em vista que a noção de verdade real tal como é dada, ou seja, por correspondência, é inatingível, é uma pretensão originariamente falida, portanto, servindo tão somente para legitimar atos violadores de direitos e garantias processuais, mediante postura inquisitória do juiz.

Partindo dessa perspectiva, concluímos que a reconstrução do fato no processo penal não pode se dar por um processo de "assujeitamento", de retirada do horizonte do intérprete do processo de compreensão, mas sim, fusão dos horizontes do intérprete e do objeto em análise, tendo em vista que o próprio ser que compreende já o faz antes mesmo do objeto, devido sua historicidade, é então pré-existente e realiza pré-compreensões. Assim, ao manter contato com o objeto, o intérprete irá projetar nele os seus preconceitos, recebendo também aquilo que o objeto lhe apresenta, havendo a fusão de horizontes entre significante e significado.

Por fim, indicamos a dialética da pergunta e da resposta constante da hermenêutica gadameriana como um meio para a efetivação do sistema acusatório no processo penal em razão de esta pressupor uma abertura ao conhecimento do não sabido, logo, as partes se permitiriam conhecer aquilo que a testemunha tem a acrescentar ao processo, em vez de buscar reafirmar suas "verdades", bem como também o juiz o faria adotando uma postura passiva no que tange à produção probatória.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Vade Mecum. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAVO, A. Texto, Testimonio y Narración, por Paul Ricoeur. *Revista de Filosofía*, p. 155-157, 2017. Disponível em: [https://revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/view/46296/48297]. Acesso em: 12.08.2019.

BUSATO, P. C. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 60, p. 133-161, jul. 2010.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COUTINHO, J. N. M. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.

GADAMER, H. G. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GADAMER, H. G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GARCÍA, R. T. Los interrogatorios y las declaraciones de los peritos (cap. 7). In: *La configuración narrativa en el proceso penal:* un análisis discursivo basado en corpus. (Tesis) – Programa de Doctorado: Niveles de análisis en la lengua española – Departament de Filologia Hispánica, Facultad de Filologia, Universitat Barcelona, 2011. Disponível em: [https://www.academia.edu/1100374/La_configuraci%C3%B3n_narrativa_en_el_proceso_penal._Un_an%C3%A1lisis_discursivo_basado_en_corpus]. Acesso em: 12.08.2019.

GEDRAT, C. V. *O conceito de verdade a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Tese (Mestrado em Filosofia) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2008.

GRONDIN, J. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola, 2012.

KAHLED JR., S. H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340-355, jan.-fev. 2015.

KAHLMEYER-MERTENS, R.S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017.

LAWN, C. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2011.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

LOPES JR., A.; SEGER, M. F. *Prova testemunhal e processo penal:* A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das *falsas memórias*. Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf]. Acesso em: 30.09.2017.

LORA, D. H. A verdade como "revelação" no processo penal: Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 237-248, jul.-dez. 2015.

MACHADO, F. D. A. Nulidade na oitiva de testemunhas: por uma interpretação conforme do art. 212 do Código de Processo Penal. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 99-115, dez. 2010.

MALATESTA, N. F. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa – Portugal: Livraria Clássica, 1927.

MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Milennium, 2000. v. I.

NUCCI, G. S. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, E. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHMIDT, L. *Hermenêutica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

SILVA, L. F. F. A questão da verdade e provas no modelo constitucional de processo penal. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 436-454, 1º sem. 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A hermenêutica jurídica sob o influxo da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, de Sergio André R. G. da Silva – *RTrib* 64/276-296 (DTR\2005\593);
- A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho, de Caio Badaró Massena – *RBCCrim* 156/23-59 (DTR\2019\31664); e
- Se não me falha a memória: breve discussão sobre a suscetibilidade da prova testemunhal, de Maria Cecilia Pereira de Mello e Luiza Cobra Gervitz – *RDM* 2 (DTR\2019\35439).

As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri

The evidence, the jurors and the court: the annulment of verdicts in face of the sovereignty of the jury

Maíra Rocha Machado

Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP (2003), com pós-doutorado pela Cátedra Canadense de Pesquisa em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal da Universidade de Ottawa (2009-2010). Professora da FGV Direito SP e coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1303-5790
Maira.Machado@fgv.br

Marta Rodriguez de Assis Machado

Doutora (2007) e mestre (2003) em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Professora da FGV Direito SP e coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8924-089X
Marta.Machado@fgv.br

Matheus de Barros

Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP e bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2016). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9687-843X
k.matheusdebarros@gmail.com

Mariana Celano de Souza Amaral

Bacharel pela Faculdade de Direito da USP (2018). ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1634-8709
maricsamaral@gmail.com

Ana Clara Klink de Melo

Graduanda pela Faculdade de Direito da USP. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5513-8451
anaclaraklink@gmail.com

Recebido em: 23.01.2019
Aprovado em: 18.08.2019
Última versão dos autores: 02.10.2019

Machado, Maíra Rocha; Machado, Marta Rodriguez de Assis; Barros, Matheus de; Amaral, Mariana Celano de Souza; Melo, Ana Clara Klink de. As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 91-131. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Este artigo é fruto de uma pesquisa nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre a aplicação do artigo 593, III, *d,* do Código de Processo Penal, que prevê a anulação de decisão do Tribunal do Júri quando houver *manifesta* contrariedade em relação às provas dos autos. A importância desta pesquisa se tornou ainda maior após a anulação pelo TJSP, em 2016, das condenações de policiais militares envolvidos no Massacre do Carandiru, ocorrido em 1992.

Por meio de pesquisa jurisprudencial com orientações quantitativas e qualitativas, buscou-se extrair os possíveis significados da expressão "decisão manifestamente contrária à prova dos autos", prevista no artigo legal mencionado, dada a incerteza em relação aos critérios para a anulação de julgamentos do júri. A pesquisa foi voltada à 4ª Câmara e à 12ª Câmara da Corte, conhecidas como a mais e a menos severa, respectivamente. Após o levantamento de decisões, foram feitas comparações referentes aos resultados dos julgamentos e aos argumentos empregados pelos desembargadores. A análise mostrou que a taxa de manutenção dos veredictos é bastante alta e que as anulações de absolvições foram mais frequentes que as anulações de condenações. Por fim, observamos ampla discricionariedade na aplicação da lei processual penal, algo que ameaça a soberania constitucional do júri.

Palavras-chave: Júri – Anulação – Soberania do júri – Análise da prova – Interpretação.

Abstract: This article is the result of an empirical research on the State of São Paulo Appeal Court's (TJSP) decisions concerning the article 593, III, d, of the Brazilian Criminal Procedure Code, which allows the annulment of the jury's decision whenever it is manifestly contrary to the evidence presented during the trial. This research's importance has grown since the annulment by the TJSP, in 2016, of the convictions of policemen involved in the Carandiru's Massacre, in 1992.

By using quantitative and qualitative approaches, we have tried to obtain the meaning of the term "manifestly", given the uncertainty concerning the standards to the annulment of jury's decisions. The research was aimed at the 4th and 12th Chambers of the Court, known as the most and the less severe chambers, respectively. After the gathering of decisions, we made comparisons regarding the results of the chambers' trials and the arguments made by the judges. The analysis has shown that the preservation of the jury's decisions is recurrent, and the annulments of acquittals are more frequent than those of convictions. Finally, we have identified a great margin for the judicial discretion, a fact that jeopardizes the constitutional sovereignty of the jury.

Keywords: Jury – Annulment – Sovereignty of the jury – Evidence analysis – Interpretation.

Sumário: 1. Introdução. 2. A soberania do júri e a construção da pesquisa. 2.1. A disputa normativa sobre a redação do dispositivo "manifestamente contrário à prova dos autos". 2.2. O desenho da pesquisa jurisprudencial. 3. Quadro geral das decisões do TJSP: a anulação do veredicto por estar manifestamente contrário à prova dos autos. 4. Fundamentação das decisões: o TJSP diante da prova e do veredicto. 4.1. A relação entre a prova e a decisão. 4.2. Os jurados. 4.3. A atuação do próprio Tribunal de Justiça. 5. Conclusão: a interpretação do "manifestamente" que preserva a soberania dos veredictos. Referências.

Machado, Maíra Rocha; Machado, Marta Rodriguez de Assis; Barros, Matheus de; Amaral, Mariana Celano de Souza; Melo, Ana Clara Klink de. As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 91-131. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

Observações sobre a autoria deste artigo: A pesquisa que originou este texto foi desenvolvida no Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP, em 2018. Assim, todas as pessoas supraindicadas contribuíram consideravelmente para o resultado final consistente neste artigo. Apontamos, a seguir, o papel de cada uma das autoras e do autor na pesquisa e na produção do texto.

Maíra Rocha Machado: participou da formulação do método de pesquisa jurisprudencial nos *sites* do TJSP e no STJ; participou com parte da pesquisa doutrinária; participou da elaboração do texto.

Marta Rodriguez de Assis Machado: participou da formulação do método de pesquisa jurisprudencial nos *sites* do TJSP e no STJ; participou com parte da pesquisa doutrinária; participou da elaboração do texto.

Matheus de Barros: participou da pesquisa jurisprudencial nos *sites* do TJSP e do STJ, inclusive na compilação dos julgados obtidos; contribuiu com indicações doutrinárias; participou da elaboração do texto e da formatação do artigo para a submissão.

Mariana Celano de Souza Amaral: participou da pesquisa jurisprudencial nos *sites* do TJSP e do STJ, inclusive na compilação dos julgados obtidos; participou da pesquisa doutrinária; participou da elaboração do texto.

Ana Clara Klink de Melo: participou da pesquisa jurisprudencial nos *sites* do TJSP e do STJ, inclusive na compilação dos julgados obtidos; participou da pesquisa doutrinária; participou da elaboração do texto.

1. Introdução

Em 27 de setembro de 2016, a 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) anulou os julgamentos em que 74 policiais militares haviam sido condenados pela morte de 111 pessoas no Carandiru, em 1992. Os desembargadores Camilo Léllis e Edison Brandão formaram a maioria naquela oportunidade, garantindo o entendimento segundo o qual as condenações no Júri foram manifestamente contrárias às provas dos autos, conforme previsto no artigo 593, III, *d*, do Código de Processo Penal (CPP)[1]. Houve ainda o voto vencido do desembargador relator Ivan Sartori, que propunha a absolvição dos réus. A decisão gerou perplexidade na comunidade jurídica e gerou novas

1. Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: [...] d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

questões a serem enfrentadas por pesquisadoras e pesquisadores que acompanham a atuação do sistema de justiça.[2]

Uma dessas questões diz respeito ao modo como o dispositivo constitucional que prevê a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri é interpretado pelos tribunais. Para avançar sobre esse ponto, estruturamos a presente pesquisa a partir de levantamento sistemático e análise de decisões proferidas pelo TJSP ao longo do ano de 2017. O conjunto de decisões foi submetido a tratamento quantitativo, com vistas a identificar a frequência das anulações de veredictos do Júri, e também qualitativo, com o propósito de mapear os tipos de argumentos utilizados tanto para anular quanto para manter as decisões do Júri.

A pesquisa apresentada neste texto, para além de saber se a decisão no Caso Carandiru está em consonância com as demais decisões do TJSP, busca também contribuir para o debate sobre a instituição do Júri e sobre as formas e limites de controle de suas decisões pelos tribunais, especialmente no que diz respeito à revisão da apreciação que os jurados fizeram das provas dos autos.

Nos limites deste texto, não nos debruçaremos sobre as intensas disputas ao redor da adequação desse modelo de justiça criminal em um Estado Democrático de Direito[3]. Mas entendemos importante manter em mente que estamos tratando de um modelo de justiça criminal que coloca nas mãos de jurados a possibilidade de condenar pessoas por crimes para os quais estão previstas longas penas de prisão e que respondem por pouco mais de 10% da população prisional do país. De acordo com o Levantamento de Informações Penitenciárias (Infopen) realizado em 2016, 65.287 pessoas encontram-se em privação de liberdade por crimes dolosos contra a vida[4].

2. O livro "Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre o processo, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre" (MACHADO; MACHADO, 2015) avalia como as instituições do sistema de justiça brasileiro reagiram ao episódio de grave violação de direitos humanos, diante de um contexto de transição democrática, mas não dá conta desse desdobramento recente do processo criminal.
3. Em texto anexo à tese "Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado", Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (2001, p. 261-282) traça o quadro teórico que busca compreender em que medida o Tribunal do Júri corresponde ao ideal do Estado Democrático de Direito. A partir de uma abordagem interdisciplinar, articulando ciência política e direito, pontua algumas das principais questões e autores ligados ao debate teórico atual sobre o conceito de democracia e como se insere na produção doutrinário-criminal sobre o caráter democrático ou antidemocrático do tribunal do júri brasileiro.
4. De acordo com o Infopen, o número de pessoas presas por homicídio simples, homicídio qualificado e aborto corresponde a 65.287, ou seja, 10,52% das 620.583 pessoas presas no país.

Machado, Maíra Rocha; Machado, Marta Rodriguez de Assis; Barros, Matheus de; Amaral, Mariana Celano de Souza; Melo, Ana Clara Klink de. As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 91-131. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

Restringimo-nos a analisar, por intermédio das apelações que buscam anular decisões do Júri, o modo como o TJSP se posiciona diante da norma que admite a anulação da decisão do Júri quando essa for "manifestamente contrária à prova dos autos". Partimos, portanto, da hipótese segundo a qual as decisões sobre as possibilidades de anulação da decisão do Tribunal do Júri oferecem um acesso privilegiado ao modo como se concretiza, em segunda instância, o dispositivo constitucional da soberania dos veredictos. Ainda que os dados apresentados aqui façam referência tão somente ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a estratégia metodológica e o modo de tratamento de dados poderá ser útil para o desenvolvimento de pesquisas semelhantes em outros Tribunais. O estudo sistemático da jurisprudência dos Tribunais de Justiça sobre essa questão nos parece particularmente importante em razão da atuação limitada do Superior Tribunal de Justiça na uniformização jurisprudencial relativa ao problema em tela, conforme se verá a seguir.

Para alcançar esse objetivo, este texto está dividido em quatro partes. Na primeira (item 2), abordamos o método empregado na pesquisa, fazendo uso do percurso histórico que culminou nos dois enunciados normativos que são especialmente relevantes para este trabalho: o artigo 5º, XXXVIII, *c*, da Constituição Federal de 1988 (CF) e o artigo 593, III, *d*, do Código de Processo Penal (CPP). Em seguida, apresentamos os resultados quantitativos (item 3) e qualitativos (item 4) da pesquisa. O item 5, por fim, é dedicado às conclusões[5].

2. A soberania do júri e a construção da pesquisa

No Brasil, com exceção da Constituição de 1937, todas previram a instituição do Júri. A ideia de soberania dos veredictos, contudo, é mencionada pela primeira vez na Constituição de 1946, é mantida em 1967, desaparece com a Emenda Constitucional 1 de 1969, e retorna com a Constituição de 1988. Há quem diga que a ideia de soberania é ínsita à própria instituição do Júri – por isso desnecessário, nas Constituições do Império, observar a presença do termo[6]. Ainda assim,

Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 40. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 26.09.2018.

5. Agradecemos às(aos) pareceristas da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* pela leitura, pelas contribuições e, em especial, pelo modo como nos instigaram a refletir sobre o significado da "crítica" nas pesquisas empíricas em direito.

6. Tucunduva (1971, p. 61): "Vale acrescentar que os juristas, desde os tempos do Império, entendiam ser desnecessário acentuar que os veredictos eram soberanos, por ser isso inerente à instituição".

sua presença irregular ao longo das constituições do século XX e o debate doutrinário sobre o tema parecem indicar que, ao redor da ideia de soberania, coloca-se uma disputa jurídica relevante.

A presença ou ausência do termo soberania nas Constituições brasileiras, ainda que possa revelar aspectos importantes dessa disputa, não aporta elementos sobre o que nos interessa mais diretamente nesse texto: o modo como estão juridicamente estruturadas as possibilidades de revisão das decisões dos jurados pelos tribunais. Ainda mais especificamente, interessa-nos aqui uma das quatro possibilidades de apelar da decisão do júri: "quando for a decisão manifestamente contrária à prova dos autos" (CPP, art. 593, III, *d*). Trata-se da única alínea que coloca diretamente em questão a possibilidade de uma reavaliação, pelo Tribunal, daquilo que foi decidido pelos jurados.[7] Em outras palavras, nos interessa observar como a menção constitucional à soberania do júri vem sendo conformada na prática do Tribunal, por meio da interpretação desse arranjo normativo específico.

Refletir sobre o modo de estruturação de questões jurídicas convida a observar o texto normativo e o modo como esse texto é compreendido e mobilizado tanto em processos decisórios sobre casos concretos (jurisprudência) quanto em elaborações teóricas sobre os sentidos, o alcance e os limites do texto normativo (doutrina). Tendo em vista o foco muito delimitado desta pesquisa – uma única alínea do dispositivo processual que regula a apelação – foi possível percorrer, de diferentes formas, esses três tipos de material, com ênfase na sistematização jurisprudencial, conforme detalharemos a seguir (2.2).

Antes, contudo, apresentaremos uma breve síntese dos resultados do componente normativo que, nessa pesquisa, privilegiou a reconstrução das sucessivas redações dadas ao dispositivo da contrariedade à prova dos autos, desde o seu surgimento em nosso país, na primeira metade do século XX[8]. Esse componente da pesquisa buscou, inicialmente, responder a uma questão bastante simples:

7. As três outras alíneas desse inciso, que não serão abordadas aqui, referem-se às hipóteses de nulidade posterior à pronúncia, contrariedade da sentença à lei ou à decisão dos jurados e erro ou injustiça na aplicação da pena (CPP, art. 593, III, *a*, *b* e *c*).

8. Outra possibilidade, igualmente interessante, para avançar sobre o quadro normativo, seria consultar a base de dados do Congresso Nacional para localizar eventuais propostas de alteração do dispositivo em questão. Mesmo arquivadas, as proposições legislativas constituem material muito rico para observar o modo como determinados dispositivos jurídicos estão sendo pensados, reformulados ou mantidos. Sobre pesquisas com projetos de lei, ver, por exemplo, Gebin (2014). Há também pesquisas que

"desde quando o dispositivo tem essa redação?". Com o desenvolvimento da pesquisa, percebemos que as sucessivas alterações legislativas, cotejadas com a presença ou ausência da soberania do júri no texto constitucional, poderiam fornecer material rico para refletirmos sobre o alcance interpretativo desse dispositivo nas decisões judiciais. Diante disso, a próxima seção apresenta brevemente as sucessivas redações dadas à alínea da contrariedade à prova dos autos e indica as quatro chaves de análise extraídas desse percurso histórico (2.1.). Com base nessas chaves organizamos, em seguida, o tratamento dos acórdãos selecionados nesta pesquisa (3).

Ainda que os componentes jurisprudenciais e normativos protagonizem essa pesquisa, o recurso ao material doutrinário ocorreu desde o início da elaboração do projeto. Por intermédio das fontes doutrinárias, buscamos acessar "o que está em jogo" – e o que esteve em jogo – quando se trata de autorizar a revisão das decisões dos jurados pelo Tribunal, bem como os questionamentos que os juristas lançam ao dispositivo. Inicialmente percorremos os autores citados nos próprios acórdãos analisados e, em seguida, expandimos o levantamento para acessar autores que participaram dos debates sobre as alterações legislativas realizadas nas últimas décadas.

2.1. A disputa normativa sobre a redação do dispositivo "manifestamente contrário à prova dos autos"[9]

A partir de uma breve incursão no quadro normativo infraconstitucional, foi possível identificar duas possibilidades de revisão das decisões dos jurados pelo tribunal: (i) o "protesto por novo júri", em caso de condenação e imposição de penas consideradas particularmente graves e (ii) a "apelação" que, ao longo do tempo, foi desenhada de diferentes maneiras no que diz respeito a quem poderá recorrer, às razões para interposição do recurso e às consequências de eventual decisão de provimento.

Em relação ao primeiro caminho, que extrapola os objetivos deste texto, basta dizer que já estava previsto, como recurso da pessoa condenada, desde o Código de Processo Criminal de 1832, quando a pena imposta fosse de morte, três anos

resultaram de análises dos papéis desempenhados por agentes na Constituinte – por exemplo, Silva (2012).

9. No tratamento do material exposto aqui, mantivemos a grafia original dos documentos normativos e doutrinários em nota de rodapé e realizamos a atualização somente nas citações realizadas no corpo do texto.

de galés ou prisão, ou ainda cinco anos de degredo ou desterro[10]. As legislações subsequentes mantiveram o protesto por novo júri apenas alterando (ou atualizando) a qualidade e a quantidade da pena[11]. E assim foi até a reforma processual de 2008 que revogou os dispositivos que previam o protesto, restringindo as possibilidades de revisão[12].

No tocante ao segundo caminho, que nos interessa mais diretamente, nossa pesquisa indica que a possibilidade da ré ou réu apelar da decisão do júri surge apenas na primeira metade do século XX. Antes disso, a possibilidade de modificação da decisão dos jurados estava restrita aos juízes de direito, em apelação *ex-officio*[13]. A história da formulação do dispositivo que nos interessa aqui tem início no final da década de 30, mais precisamente com a Constituição de 1937 que, pela primeira vez, deixa de mencionar a instituição do júri.

Naquele momento, Basileu Garcia, em busca de soluções para a "repressão do crime de morte" percorre diversos aspectos da legislação penal e, quanto à

10. "Art. 308. Se a pena imposta pelo Jury fôr de cinco annos de degredo, ou desterro, tres de galés ou prisão, ou fôr de morte, o réo protestará pelo julgamento em novo Jury [...]". Lei de 29 de novembro de 1832 – Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil.

11. Variando, inclusive, nos códigos processuais estaduais. Ver Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 243-244).

12. Críticas contundentes ao instituto do protesto por novo júri podem ser encontradas em Tucunduva (1971), Zagallo (2000), ambos membros do Ministério Público. Vozes contrárias em Delmanto Júnior (2008) e Vidal (2008).

13. Lei de 29 de novembro de 1832 – Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. Art. 301. Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei. E, ainda, Lei 262 de 3 de dezembro de 1841: Reformando o Codigo de Processo Criminal: Art. 78. É permittido appellar: [...] 4º Nos casos do art. 301 do Codigo do Processo Criminal. Art. 79. O Juiz do Direito appellará *ex-officio*: 1º Se entender que o Jury proferio decisão sobre o ponto principal da causa, contraria á evidencia resultante dos debates, depoimentos, e provas perante elle apresentadas; devendo em tal caso escrever no processo os fundamentos da sua convicção contraria, para que a Relação á vista delles decida se a causa deve ou não ser submettida a novo Jury. Nem o réo, nem o accusador ou Promotor terão direito de solicitar este procedimento da parte do Juiz de Direito, o qual não o poderá ter, se, immediatamente que as decisões do Jury forem lidas em publico, elle não declarar que appellará ex-officio; o que será declarado pelo Escrivão do Jury. 2º Se a pena applicada fôr a de morte, ou galés perpetuas.

instituição do Júri, refere-se aos "abusos originários da soberania" como "altamente perniciosos" (GARCIA, 1938, p. 200). A conclusão decorre da averiguação, pelo autor, dos resultados do Júri, considerados "maus" em razão de sistemáticas absolvições e da "profunda desigualdade das decisões". Embora reconheça que "[m]uitas vezes o júri tem empregado a sua soberania com exato sentimento de justiça" (GARCIA, 1938, p. 197), também acrescenta ser "inegável que de preferência se tem servido de seus poderes ilimitados para desmandar-se em decisões insustentáveis" (GARCIA, 1938, p. 197). Para o autor, um Júri "sem soberania, ou com soberania extremamente limitada" está golpeado "em pleno cerne". E as reformas voltadas a limitar a soberania do júri podem melhorá-lo, mas, ao mesmo tempo, estão "desnaturando" ou "anulando" a instituição do Júri (GARCIA, 1938, p. 201).

É diante desse contexto que o autor comemora o Decreto-lei 167 de 1938: "benéfic[o] à repressão do homicídio exatamente porque suprimiu o poder irrestrito do tribunal do júri. As suas decisões poderão ser emendadas pela superior instância quando estiverem em completa divergência com as provas do processo" (GARCIA, 1938, p. 201). E completa: "Já não haverá absolvições por mera benevolência ou sentimentalismo, que tanto contribuíam para a relativa impunidade do crime de morte em nosso meio" (GARCIA, 1938, p. 201).

Refere-se o autor, mesmo sem citá-los diretamente, aos artigos 92 e 96 do referido decreto. Destinado a "regula[r] a instituição do júri", o Decreto 167/1938 estabelece duas possibilidades: "nulidade posterior à pronúncia" (art. 92, *a*) e "injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário" (art. 92, *b*). Neste último caso, a "completa divergência com as provas" aparece como o critério selecionado pelo legislador para a realização de um juízo avaliativo sobre a decisão dos jurados (justa ou injusta).

Além de colocar nas mãos da segunda instância a decisão sobre o caráter justo ou injusto da decisão, o decreto ainda especifica que a formação da convicção da segunda instância se fará "apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento" (art. 96)[14]. Acrescenta, por fim, que ao se convencer "que a decisão do júri nenhum apoio encontra nos autos", o provimento à apelação poderá ter duas consequências: "aplicar a pena justa" ou "absolver o réu".

14. Decreto-lei 167, de 05.01.1938. Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do juri nenhum apôio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso.

O Decreto-lei 167/1938 é logo revogado, com a promulgação do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3689/41). No tocante às razões para o cabimento da apelação, a nulidade posterior à pronúncia é mantida e é acrescentado um terceiro dispositivo referente à "injustiça" do juiz presidente quanto à aplicação da pena (art. 593, III, *a* e *c*). O fundamento referente à contrariedade da decisão dos jurados diante das provas é também mantido, mas tem seu teor reformulado. Permanece a menção à "injustiça da decisão dos jurados", mas a referência à "completa divergência com as provas", prevista em 1938, é substituída pela formulação "não encontrar apoio algum" (art. 593, III, *b*). O Código mantém também o dispositivo sobre a dupla consequência do provimento da apelação, mas exclui a referência à livre apreciação das provas. Ao invés de "pena justa", refere-se à "pena legal", e mantém intocada a possibilidade de absolver a pessoa condenada diretamente na segunda instância (art. 606).

Com o fim do Estado Novo, a Constituição de 1946 é promulgada e a instituição do júri volta a integrar o texto constitucional e, dessa vez, acompanhada da menção à "soberania dos veredictos" (art. 148, § 28). Pouco tempo depois, com a Lei 263/1948 que "modifica a competência do Tribunal do Júri e dá outras providências", alcançamos a redação em vigor atualmente. Um quarto motivo para apelação é acrescentado – "sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados" (art. 593, III, *b*). E nova reformulação é realizada na alínea referente à contrariedade entre as provas e a decisão dos jurados: segue ausente a menção à "(in)justiça da decisão" e a expressão "não encontrar apoio algum" é substituída pelo texto "decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos" (art. 593, III, *d*). A Lei 263 de 1948 revoga o artigo 606 e passa a regular sobre consequências do provimento da apelação em outro dispositivo. Não retoma a ideia de apreciação livre de provas e tampouco autoriza a absolvição em segunda instância. Indica apenas que diante do convencimento "de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos", a apelação será provida "para sujeitar o réu a novo julgamento". O mesmo dispositivo esclarece que a apelação, por esse motivo, será admitida uma única vez (art. 593, § 3º, do CPP)[15].

15. Os registros da tramitação do Projeto 591/1947, que deu origem à Lei 263/1948, indicam a ocorrência de debates sobre a constitucionalidade do art. 593, III, *d* e § 3º, do CPP. Na página 12 do arquivo que contém os registros, por exemplo, o Deputado Ernany Satiro sustenta a inconstitucionalidade do art. 593, III, *d*, CPP e, consequentemente, do § 3º daquele dispositivo, pois a possibilidade de o Tribunal anular decisão do júri ofenderia a soberania dos veredictos, prevista na Constituição de 1946, no artigo 141,

Esse percurso pelos oitenta anos de reformulações do dispositivo legal que autoriza a alteração, pelo Tribunal, da decisão do Júri indica que a disputa se deu ao redor de quatro elementos. O primeiro deles diz respeito (i) ao modo de formular a *relação entre a prova e a decisão dos jurados*, isto é, refere-se ao próprio conteúdo do dispositivo. Como vimos, passamos pela "completa divergência" (Decreto 167/1938), por "não encontrar apoio algum" (Decreto-Lei 3.689/1941) até alcançarmos a redação atual "manifestamente contrária" (Lei 263/1948). Foi possível observar também variação no tocante (ii) ao modo como *os dispositivos concebem a decisão dos jurados*. Nesse ponto, parece-nos que a referência à "injustiça" da decisão, que vigorou em 1938 e 1948, retrai o espaço decisório dos jurados ao atribuir ao Tribunal o juízo sobre o caráter justo ou injusto da decisão. Esse ponto se liga a um terceiro, que diz respeito (iii) ao modo como *as normas se referem à atuação do próprio Tribunal*. Como vimos, a menção à possibilidade de apreciar "livremente as provas" integrou a redação inicial de 1938, mas foi excluída logo em 1941. Por fim, o quarto elemento disputado no período, também relacionado à margem de atuação do Tribunal, refere-se às (iv) *consequências do provimento à apelação*. A possibilidade de o Tribunal pronunciar, ele mesmo, nova decisão, absolvendo ou aplicando a pena justa – de onde inferimos estar implícita a decisão de condenar, revertendo veredicto absolutório dos jurados – vigorou entre 1938 e 1948, mesmo período em que também fazia menção à "injustiça" da decisão dos jurados.

Ainda que esse dispositivo não tenha sido alterado desde 1948, a análise das decisões mais recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo revela que a disputa sobre o dispositivo se deslocou para o judiciário e que elementos das formulações posteriores permanecem presentes na fundamentação do TJSP. Com exceção, claro, da possibilidade de o Tribunal alterar diretamente a decisão do júri, que não encontramos em nenhuma situação além do voto do Desembargador Ivan Sartori no caso do Massacre do Carandiru, conforme detalharemos a seguir.

---

§ 28º. Prevaleceu o entendimento segundo o qual o dispositivo em questão é constitucional, que pode ser ilustrado pelo parecer do relator do Projeto, o Deputado Gustavo Capanema, para quem a possibilidade de anulação de veredicto prevista no art. 593, III, *d*, CPP ofenderia a soberania dos veredictos, lembrando que a previsão de recurso já existia desde 1841 (p. 85-86 do arquivo).

O arquivo referente ao PL 591/1947 pode ser consultado em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03768418B6616C4D4C60372076949BC0.proposicoesWebExterno2?codteor=1229817&filename=Dossie+-PL+591/1947]. Acesso em: 26.09.2018.

2.2. O desenho da pesquisa jurisprudencial

Nesta seção, apresentamos a estratégia metodológica utilizada para selecionar, organizar e analisar os acórdãos do TJSP. Tendo em vista nosso interesse tanto pelo detalhe (a argumentação) quanto pela grande figura (a frequência das anulações das decisões do Júri), buscamos construir uma amostra de tamanho viável diante desses objetivos e da capacidade de trabalho da equipe que subscreve este texto, o que nos indicava, de saída, uma amostra que compreendesse entre 100 e 150 acórdãos. Após uma série de testes no banco de dados do site do TJSP[16], decidimos realizar a busca via campo de "pesquisa livre", com a expressão do art. 593, III, *d*, "manifestamente contrária à prova dos autos", entre aspas[17]. Diante do elevado número de acórdãos e dos nossos objetivos, circunscrevemos temporalmente a pesquisa ao ano de 2017, para que tivéssemos um ano completo, anterior ao momento de coleta e posterior ao julgamento do TJSP no caso Carandiru, ocorrido em 2016. Considerando todas as Câmaras do TJSP, o número ainda se mostrava elevado e diante disso, pensamos em estratégias para delimitar ainda mais nossa amostra[18].

De imediato, estimuladas pela possibilidade de compreender de que modo os desembargadores que anularam a condenação dos réus do Massacre do Carandiru argumentam e decidem outros casos de apelação de decisões do júri, decidimos focar na 4ª Câmara do TJSP. Iniciada a coleta e, diante dos primeiros resultados, pareceu-nos relevante confrontar as decisões da 4ª Câmara com outras, do mesmo Tribunal, com o objetivo de identificar se o que estávamos observando ali se explica pela interpretação dada à norma processual ou pelas características decisórias da própria 4ª Câmara. Esta última possibilidade nos parecia forte em razão de percepção, difundida no meio jurídico, de que a 4ª Câmara do TJSP se mostra particularmente resistente a conceder pedidos da defesa e bastante severa em suas decisões.

16. Os testes e a coleta dos acórdãos foram realizados no mês de junho de 2018 no site do TJSP – [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1].

17. Nos demais campos inserimos: Campo "Classe": Apelação, na seção "Processo Criminal"; Campo "Assunto": item "3369 – Crimes contra a vida", o que resultou na seleção de 12 itens, referentes a diversos crimes contra a vida; Campo "Órgão Julgador": 4ª Câmara de Direito Criminal e 12ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 01.01.2017 até 31.12.2017; Campo "Origem": 2º grau; Campo "Tipo de Publicação": Acórdãos; Campo "Ordenar por": data da publicação.

18. A pesquisa abrangendo todas as Câmaras do Tribunal, sem delimitação temporal, resultou em 12.241 (doze mil duzentos e quarenta e um) julgados. Já no período de 2017, são 1.130 (mil cento e trinta) julgados.

Corrobora essa percepção uma pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria (NUNES, TRECENTI, 2015) sobre as taxas de provimento de recursos da defesa nas vinte Câmaras criminais do TJSP. De acordo com a pesquisa, que se debruçou sobre todas as decisões proferidas no decorrer do ano de 2014 em que a ré ou o réu apelavam para anular a sentença ou reduzir a pena, a 4ª Câmara aparece no topo da lista das que mais negam os pedidos da defesa, em um percentual de 81%, sensivelmente maior que o conjunto das Câmaras (53,9%). Diante do interesse em estabelecer um parâmetro de comparação para as decisões da 4ª Câmara, utilizamos a mesma pesquisa para identificar, justamente, qual Câmara estaria no polo oposto, isto é, a que menos nega os pedidos da defesa. Trata-se da 12ª, com percentual de 15,9% de pedidos negados[19].

Dessa forma, definimos o corpo empírico da pesquisa a partir das decisões proferidas em 2017, pelas 4ª e 12ª Câmaras do TJSP, em que a expressão "manifestamente contrária à prova dos autos" aparecia textualmente entre os acórdãos referentes a crimes contra a vida. Diante desses critérios, obtivemos 67 decisões da 4ª e 38 na 12ª Câmara[20]. Para cada acórdão, coletamos, em 37 colunas de uma planilha Excel, informações sobre o número do processo, o(a) relator(a), a decisão na primeira instância, os fundamentos do recurso, o resultado e a fundamentação do julgamento em relação aos pedidos da acusação e da defesa, o placar do julgamento, os crimes imputados e eventuais hipóteses de concurso, bem como informações sobre manutenção e alteração da dosimetria da pena, nos casos de condenação.

Na próxima seção, apresentamos o quadro geral das decisões, tratadas quantitativamente, em especial as informações sobre a frequência de recursos da acusação e da defesa, de manutenções e anulações dos veredictos do Júri nas duas Câmaras do TJSP, bem como a incidência de outras alterações pontuais nas decisões dos jurados. O tratamento dessas informações considerou o número de rés ou réus recorrentes, tendo em vista que, em um mesmo acórdão, os resultados poderiam variar a depender do recorrente. Em virtude disso, a unidade de contagem da 4ª Câmara elevou-se para 76 e da 12ª para 43 casos.

19. Os resultados extremos para a 4ª e a 12ª Câmaras podem ser identificados também pelos percentuais de provimento dos recursos da defesa: na 4ª foram providos 5% e parcialmente providos 13,2%. Já na 12ª, o percentual de provimento é de 30,8% e de parcial provimento 51,9%.

20. Vale destacar que esse número final de acórdãos foi obtido somente após a leitura das decisões e a exclusão daquelas que, apesar de mencionarem a expressão de busca, não tinham como fundamento o art. 593, III, d. Excluímos também casos pontuais em que a condenação do júri não era pelo crime de homicídio.

Em seguida, discutiremos os dados que tratamos qualitativamente com base na fundamentação das decisões. Esse tratamento foi realizado de duas maneiras. Inicialmente, codificamos livremente os trechos selecionados de cada acórdão, procurando identificar os argumentos e proposições que se destacavam[21]. Começamos com as codificações das decisões da 12ª Câmara, separando os códigos em dois blocos: decisões anuladas e decisões mantidas. Depois, procedemos do mesmo modo na análise dos fundamentos presentes nos acórdãos da 4ª Câmara. Terminada essa etapa, comparamos os códigos produzidos nas análises do material de ambos os órgãos do TJSP, com o objetivo de verificar a existência de frentes argumentativas compartilhadas entre as Câmaras[22].

Diante desse material, demos início à segunda estratégia de tratamento dos dados. Em uma operação prevalentemente dedutiva, reagrupamos os códigos obtidos na primeira etapa ao redor das chaves de análise identificadas na pesquisa sobre as alterações normativas do dispositivo, exposta anteriormente (item 2.1). O resultado desse exercício será apresentado a seguir.

3. Quadro geral das decisões do TJSP: a anulação do veredicto por estar manifestamente contrário à prova dos autos

O quadro abaixo sintetiza os principais resultados obtidos com o tratamento quantitativo. É possível observar, inicialmente, que a 4ª Câmara aparece na amostra com um número sensivelmente maior de casos (76) quando comparada à 12ª (43). Algo semelhante ocorreu na pesquisa da Associação Brasileira de Jurimetria[23]. Mesmo diante dessa diferença, a primeira linha do quadro revela que as apelações contra condenações são muito mais frequentes que as apelações visando a anular absolvições. Assim é em ambas as Câmaras, ainda que, comparativamente, as primeiras sejam mais frequentes na 4ª (70/76 – 92% de condenações) que na 12ª (33/43 – 76%). Na ausência de informações sistemáticas

21. Para uma descrição dessa estratégia, conhecida como "teorização fundamentada nos dados", ver Cappi (2017). Para uma ilustração de aplicação desse método em decisões do TJSP, versando sobre outra temática, ver Machado, Barros, Guaranha e Passos (2018).

22. Essa comparação nos levou a "renomear" alguns códigos que havíamos produzido, para que determinado argumento (fundamento) estivesse sempre designado pelo mesmo código em decisões de ambas as Câmaras.

23. Para o ano de 2014, a pesquisa (NUNES, TRECENTI, 2015) analisou 3.803 processos da 4ª e 2.590 da 12ª Câmara.

sobre os resultados das decisões do Júri no estado de São Paulo, não podemos inferir se essa prevalência de condenações sobre as absolvições reflete os resultados da primeira instância ou apenas indica maior incidência de recursos contra condenações[24].

Quadro 1 – Síntese dos resultados

	4ª Câmara			12ª Câmara			Total
	Condenação	Absolvição	Total	Condenação	Absolvição	Total	
Total de réus julgados pelo júri	70	6	76	33	10	43	119
Anuladas	1 (1,42%)	5 (83,3%)	6 (7,8%)	1 (3,03%)	4 (40%)	5 (11,6%)	11 (9,2%)
Mantidas	69 (98,5%)	1 (16,6%)	70 (92,1%)	32 (96,9%)	6 (60%)	38 (88,3%)	108 (90,7%)

Nota-se que em ambas as Câmaras a manutenção das decisões do júri predomina. Proporcionalmente, a 12ª Câmara é responsável por mais anulações (11,6%) do que a 4ª Câmara (7,8%). Também se deve destacar que os dois órgãos do TJSP anularam mais decisões absolutórias do que condenatórias: na 4ª Câmara, foram cinco absolvições anuladas, contra somente uma condenação, enquanto na 12ª Câmara observamos uma diferença similar (quatro absolvições e uma condenação anuladas).

Apesar de a nossa pesquisa indicar que a anulação da decisão do Júri é pouco frequente (11/119 – 9,2% do total de casos analisados), há uma diferença notável entre as Câmaras que merece destaque: as absolvições são anuladas com mais frequência pela 4ª Câmara (5/6 – 83,3%) do que pela 12ª (4/10 – 40%).

Em relação às condenações, os percentuais de anulação e manutenção da decisão do Júri são semelhantes entre as duas Câmaras, revelando que, em nosso material, a decisão mais frequente é a manutenção da condenação – 69 casos (90,7%) na 4ª Câmara e 32 casos (74,4%) na 12ª.

24. Uma possibilidade seria entrevistar membros do Ministério Público e da defensoria para auferir se há prática sistemática de recorrer das decisões do Júri ou se realizam uma avaliação a cada caso. Na primeira hipótese, em que sempre se recorre, os números acima poderiam dar uma ideia da distribuição entre condenações e absolvições nos julgamentos do Júri.

Em alguns casos de condenações mantidas pela segunda instância, o TJSP alterou a pena imposta pelo juiz sentenciante. Na 4ª Câmara, nas 69 condenações mantidas, em oito houve redução de pena, em uma houve abrandamento de regime e em duas ocorreu o aumento de pena. Já na 12ª Câmara, entre as 32 condenações mantidas, os desembargadores reduziram a pena em 12 casos e a aumentaram em apenas uma. Pontue-se que, de acordo com o que foi registrado nos acórdãos, os pedidos de alteração de pena foram sempre realizados por uma das partes. Sendo assim, não houve caso algum em que o Tribunal agiu "de ofício" sobre tal questão.

Os dois únicos casos de anulação de condenação registrados em nosso material – um em cada Câmara – merecem informações adicionais. A anulação da condenação pela 12ª foi o único pedido realizado pela defesa provido em sua totalidade, dentre os 33 casos de recurso interpostos por defensores, buscando reverter condenações presentes em nossa amostra[25]. Nessa decisão, a apelante foi condenada por "incentivar o disparo" da arma de fogo que matou a vítima – ou seja, não teria ela sido a responsável pelo ato de consumação do crime. A ré recorreu alegando não ter concorrido para a prática do homicídio, pois apresentara durante a instrução um álibi consistente para a data dos fatos[26]. Diante de todo o acervo probatório, o desembargador entende que a condenação ocorreu em contrariedade à evidência dos autos. Nota-se, ainda, que é o único caso da 12ª Câmara em que a ré é mulher.

---

25. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0032294-35.2007.8.26.0625. Apelantes: Graziele Cristina Costa e Ministério Público. Apelados: Graziele Cristina Costa e Ministério Público. Relator: Paulo Rossi. São Paulo. 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Taubaté, j. 18.10.2017. data de registro: 24.10.2017.

26. "Em Juízo, a ré negou a prática delitiva, dizendo que não teve responsabilidade pelos fatos atinentes à morte da vítima. Explicou que na noite e horário dos fatos encontrava-se em sua casa dormindo, acompanhada de seu companheiro Rafael. Ignora quem possa ter sido o autor dos fatos. Admitiu que na mesma noite, por volta das 19hs acompanhou Rafael e esteve presente na situação pela qual ele foi agredido por uma pessoa conhecida por 'Miolo'. Afirmou que isto ocorreu na estrada nova de Tremembé. Relatou que Rafael foi agredido por 'Miolo' por alguma coisa relacionada a uso de drogas, e explicou que ambos eram usuários de crack. Não soube explicar sua identificação como a pessoa que teria sido vista no local do crime [...]". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0032294-35.2007.8.26.0625. Apelantes: Graziele Cristina Costa e Ministério Público. Apelados: Graziele Cristina Costa e Ministério Público. Relator: Paulo Rossi. São Paulo. 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Taubaté, j. 18.10.2017. data de registro: 24.10.2017.

Já na 4ª Câmara, o único caso de anulação de condenação[27] diz respeito a um pedido da acusação pela reinserção da qualificadora de motivo fútil na condenação por homicídio. Assim, o que foi "manifestamente contrário à prova dos autos" não foi a condenação em si, mas sim a qualificação dada ao crime.

Conforme já mencionado, a nossa amostra referente à 4ª Câmara registra somente um único caso[28] de manutenção de absolvição. Trata-se de uma imputação de tentativa de homicídio simples a um policial militar. A acusação pleiteou a condenação do réu, pois ele teria extrapolado os limites da alegada legítima defesa, inclusive pelo número de disparos de arma de fogo feitos contra a vítima. Entretanto, o desembargador responsável afirmou que a tese da legítima defesa estaria amparada nas versões e provas trazidas em juízo[29]. Houve, ainda, outro acórdão envolvendo policiais localizado na amostra referente à 4ª Câmara[30].

---

27. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0001199-13.2014.8.26.0052. Apelantes: Ernane Alves dos Santos e Ministério Público. Apelados: Ernane Alves dos Santos e Ministério Público. Relator: Camilo Léllis; 4ª Câmara de Direito Criminal. Foro de São Paulo – 3ª Vara do Júri. São Paulo, j. 14.02.2017. data de registro: 20.02.2017.

    Eis o trecho que reconhece a necessidade de anulação da decisão: "Nessa medida, não é válida, posto que manifestamente contrária a prova dos autos, a opção dos jurados por rechaçar a qualificadora do motivo fútil. Se assim é, vale dizer, se a tese na qual se embasou o Conselho de Sentença é totalmente divorciada dos elementos de convicção, os quais a rechaçam, de rigor a anulação do julgamento para que a apelada seja submetida a novo julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri, com a constituição de novo Conselho de Sentença, vedado, sob pena de ofensa à soberania dos veredictos, o mero reconhecimento da circunstância."

28. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0010490-34.1999.8.26.0223. Apelante: Ministério Público. Apelado: Wilson Roberto Soares de Oliveira. Relator: Edison Brandão; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro do Guarujá – 3ª Vara Criminal. São Paulo. j. 12.12.2017; data de registro: 14.12.2017.

29. "Ao entenderem os jurados estar presente a legítima defesa ou qualquer outra hipótese excludente da responsabilidade criminal do réu, não parece que tenham emitido decisão contrária à prova dos autos. Os jurados, juízes leigos, podem decidir de acordo com seu livre convencimento, sem necessidade de explicação sobre os motivos que os levaram a escolher uma entre as teses apresentadas pela defesa e acusação, desde que o façam com apoio no que lhes foi apresentado em Plenário, justamente a hipótese dos autos". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0010490-34.1999.8.26.0223. Apelante: Ministério Público. Apelado: Wilson Roberto Soares de Oliveira. Relator: Edison Brandão; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro do Guarujá – 3ª Vara Criminal. São Paulo, j. 12.12.2017; data de registro: 14.12.2017.

30. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0003203-72.2004.8.26.0052. Apelantes: Nelson Barbosa de Oliveira, Eduardo Minare Higa e Ezaquiel Leite Furtado.

Nesse caso, três réus policiais (um deles policial militar e dois policiais civis) foram condenados em primeira instância por homicídio qualificado e associação criminosa, em concurso material, sendo que para um deles (que integrava o corpo da Polícia Militar) a pena foi fixada em 27 anos de reclusão, em regime inicial fechado, vez que condenado por homicídio duplo, um deles qualificado apenas pelo motivo torpe e outro também por conta de emboscada. Para os demais réus, a pena imposta foi de 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado – vez que condenados apenas por um homicídio, em que incidiu apenas a qualificadora da emboscada. A condenação foi mantida pela 4ª Câmara e não houve alteração da dosimetria. Já na 12ª, há também um caso envolvendo um "policial reformado por invalidez" condenado em primeira instância por homicídio qualificado. A condenação foi mantida e a dosimetria da pena reformada para aumentar o tempo de reclusão de 20 para 22 anos e oito meses.[31]

Registramos, por fim, que todas as decisões, das duas Câmaras, foram tomadas por unanimidade.

4. Fundamentação das decisões: o TJSP diante da prova e do veredicto

Diante do quadro geral das decisões, passamos agora a apresentar uma sistematização dos argumentos mobilizados pelo TJSP realizada a partir dos três elementos identificados no decorrer do estudo sobre as alterações do dispositivo ao longo das últimas décadas: (i) o modo de formular a *relação entre a prova e a decisão dos jurados*, (ii) o modo como *concebem a decisão dos jurados* e, por fim, (iii) o modo como *se referem à atuação do próprio Tribunal*. Para concluir esta seção, buscamos (iv) sintetizar o que identificamos como duas grandes fórmulas utilizadas pelo TJSP para decidir esses casos.

Apelado: Ministério Público. Relator: Edison Brandão; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Paulo – 1ª Vara do Júri. São Paulo. Data de Julgamento: 15.08.2017; data de registro: 21.08.2017.

31. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 3023333-83.2013.8.26.0224. Apelantes: Mizael Bispo de Souza, Macoto Mario Nakashima, Janete Ferreira de Carvalho, Claudia Eliane Mayume Nakashima e Marcio Massami Nakashima. Apelado: Ministério Público. Relator: Angélica de Almeida; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos. São Paulo. Data de Julgamento; 20.09.2017; data de registro: 25.09.2017.

4.1. A relação entre a prova e a decisão

Buscamos compreender nos acórdãos pesquisados as interpretações da expressão "manifestamente contrária à prova dos autos". A grande maioria delas aponta para uma radical divergência entre a decisão e qualquer uma das teses que se buscou provar durante a instrução do processo. Nesse sentido, a estratégia consiste em uma referência à interpretação do art. 593, III, *d*, CPP segundo a qual é "manifestamente contrária à prova dos autos" a decisão que não encontra embasamento em "*nenhuma* prova existente no processo", como decidiu a 12ª Câmara (grifo nosso)[32]. Encontramos interpretações nesse sentido também na 4ª Câmara:

> "E, pelas provas colhidas, não se vislumbra que a decisão dos Jurados tenha sido manifestamente contrária à prova dos autos, o que acontece somente quando proferida sem apoio em nenhum dos elementos de convicção. Note-se que na Lei não existem palavras inúteis. Segundo o léxico, manifestamente quer dizer aquilo que é patente, claro, salta aos olhos como acontecimento. Para que isso ocorra, é necessário que os Jurados tenham proferido sua decisão sem qualquer elemento de prova que a embasasse, em verdadeira afronta ao princípio da ampla defesa e do *status libertatis* do réu. Não é a hipótese dos autos."[33]

Outras formulações, ainda que sem esse grau de objetividade, transmitem com clareza a ideia de excepcionalidade. A decisão a ser anulada segundo esse critério emergiria "arbitrária", "subjetiva", "chocante", "absurda", "aberrante"[34].

---

32. "[...] para desconstituir uma decisão do Tribunal do Júri é imprescindível a constatação de que não houve embasamento em nenhuma prova existente no processo. A aceitação de uma alternativa probatória está dentro do poder de opção decisória do Conselho de Sentença, ou seja, sendo acolhida pelo Júri uma tese, ao menos, das que lhe foram propostas, não se pode cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0028951-08.2012.8.26.0576. Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo, Marcio Antonio da Silva Junior, Anderson dos Santos Freitas e Michel da Silva. Apelados: Ministério Público e Roberto Lucio Ribeiro da Silva. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José do Rio Preto – 5ª Vara Criminal. São Paulo, j. 18.10.2017; data de registro: 24.10.2017 – destaque nosso.

33. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0010490-34.1999.8.26.0223. Apelante: Ministério Público. Apelado: Wilson Roberto Soares de Oliveira. Relator: Edison Brandão; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro do Guarujá – 3ª Vara Criminal. São Paulo, j. 12.12.2017; data de registro: 14.12.2017 – destaque nosso.

34. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0281334-70.1994.8.26.0006. Apelante: Carlos José Carvalho da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Marcelo

Segundo essa forma de entender o dispositivo, o que não se admite é a versão "inverossímil ou arbitrária", assegurando-se aos jurados a liberdade de escolher entre duas "versões plausíveis"[35]. Ou seja, se o conselho de sentença escolher entre uma das teses apresentadas, desde que esteja minimamente amparada por algum elemento de prova, não caberia ao juiz togado avaliar se se tratava da tese mais convincente ou não. A prevalência desse entendimento mais restritivo do dispositivo nas decisões de ambas as Câmaras explica o número elevado de manutenções dos veredictos em ambas.

Encontramos, contudo, situações excepcionais em que o "manifestamente contrário à prova dos autos" foi entendido de outra forma. Não como a decisão aberrante, sem amparo algum em prova, mas como a decisão que não conclui pelo conjunto probatório mais forte, na opinião dos desembargadores.

Por exemplo, a 12ª Câmara entendeu que a condenação com base "unicamente" em "indícios de prova não reafirmados durante o contraditório processual é afrontosa à evidência dos autos", concluindo não ter sido produzido nos autos "um conjunto probatório capaz de embasar e fundamentar a decisão condenatória"[36].

Gordo; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 4ª Vara Tribunal do Júri. São Paulo, j. 04.10.2017; data de registro: 06.10.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0000570-62.2010.8.26.0510. Apelante: Emerson Rodrigo da Silveira. Apelado: Ministério Público. Relator: Jaime Ferreira Menino; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Rio Claro – Vara do Júri/Exec./Inf. Juv. São Paulo, j. 24.05.2017; data de registro: 26.05.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0042971-74.2011.8.26.0564. Apelantes: Antonio Cordon Filho e Sandra Alves Da Silva. Apelado: Jonatas Pereira Lima. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo – Vara do Júri/Execuções. São Paulo, j. 13.09.2017; data de registro: 19.09.2017

35. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0003917-61.2016.8.26.0068. Apelante: Alexsandro Teixeira de Lima. Apelado: Ministério Público. Relator: Ivana David; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barueri – 1ª Vara Criminal. São Paulo, j. 30.05.2017; data de registro: 30.05.2017.

36. "Ora, se de um lado se tem a premissa de que em crime de homicídio, quase sempre cometido na clandestinidade, a condenação pode advir do conjunto de fortes indícios que demonstram a autoria, por outro lado, não se pode apenas com base nos indícios de ouvir dizer, afirmar que ela tenha participado de qualquer forma do delito. A condenação, com base unicamente nesses indícios de prova, não reafirmados durante o contraditório processual, é afrontosa à evidência dos autos. Nestes autos, verifica-se que não foi produzido um conjunto probatório capaz de embasar e fundamentar a decisão condenatória" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0032294-35.2007.8.26.0625. Apelantes: Graziele Cristina Costa e Ministério

Outro caso da 12ª Câmara nos chamou a atenção, pois os desembargadores desconsideraram a tese escolhida pelo conselho de sentença, apesar de haver elementos de convicção que seriam suficientes para sustentar a decisão, discutindo a interpretação que se deu a um laudo de DNA. No caso, os jurados absolveram o acusado com base na tese da defesa de que "o exame de DNA teria excluído a possibilidade de ser o acusado o autor do homicídio". O Tribunal desconstituiu tal absolvição com base no depoimento da médica-perita responsável pela realização do exame, que disse que "a vítima possuía lesões típicas de defesa" e que "o exame de DNA feito com base no material recolhido das unhas da vítima não é conclusivo, podendo haver falhas tanto na coleta como quanto à inexistência de material do suposto autor do crime".[37] Ou seja, o Tribunal, reavaliando as provas, relativiza o valor do laudo – que não é negativo, é inconclusivo – e revê a escolha dos jurados pela tese da defesa.

Nesses casos, o que se entendeu por manifestamente contrário à prova dos autos dependeu da discussão e valoração dos elementos de prova, o que é muito diferente do entendimento encontrado na maior parte dos acórdãos, no sentido de que a análise do tribunal deve apenas controlar os casos aberrantes.

Essas diferentes versões sobre o significado do que é "manifestamente contrário à prova dos autos" parece remeter a uma discussão que encontramos na doutrina sobre a polissemia do conceito de prova. Segundo Badaró (2015, p. 381), prova pode ser entendida como *elemento de prova*, "o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorada pelo juiz", mas também pode ser entendida como *resultado probatório*, ou seja, a conclusão do juiz sobre a credibilidade da fonte e o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes. Assim, enquanto a maior parte da jurisprudência que analisamos entende o dispositivo como decisão apartada de qualquer *elemento* de prova, a segunda vertente, que avança na interpretação do conjunto probatório parece estar se referindo ao resultado probatório em termos do convencimento gerado; assim, se o Tribunal se convence na direção inversa do convencimento dos jurados, ele pode anular a decisão. Vale lembrar que essa segunda hipótese depende da interpretação que o

Público. Apelados: Graziele Cristina Costa e Ministério Público. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté – Vara do Júri/ Infância e Juventude. São Paulo, j. 18.10.2017; data de registro: 24.10.2017).

37. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 3031224-97.2013.8.26.0405. Apelante: Ministério Público. Apelado: Ricardo Silva dos Santos. Relator: Jaime Ferreira Menino; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osasco – Vara do Júri/Execuções Criminais. São Paulo, j. 24.05.2017; data de registro: 26.05.2017.

julgador faz da prova e é, portanto, subjetiva, ainda que passível de ser justificada racionalmente. Desse modo, se é verdade que o *resultado probatório* depende sempre de uma determinada interpretação dos *elementos de prova*, haverá sempre a possibilidade de distintas interpretações. Entender o dispositivo nesse sentido oferece um risco considerável de se privilegiar a interpretação do Tribunal em detrimento do ponto de vista dos jurados. Ou em outras palavras, entendido dessa forma, o dispositivo se torna um instrumento de revisão da interpretação dos jurados, algo que confere uma margem de interpretação excessivamente extensa ao Tribunal, um poder muito maior do que aquele de somente "passar a régua" para conter os casos aberrantes provenientes do soberano Tribunal do Júri.

Notamos, ainda, de forma residual, a aplicação do art. 593, III, *d*, CPP a casos em que os desembargadores consideraram contraditórias as respostas dos jurados aos quesitos. Exemplo disso é um caso de homicídio em que os jurados responderam, por maioria, "sim" à materialidade do crime, "sim" à autoria e ainda reconheceram que o apelado deu início à execução do crime de homicídio, que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, mas, na última série de quesitos, "de forma inesperada", absolveram o acusado. Foi a partir dessa conformação dos quesitos que os desembargadores entenderam que "a decisão dos Jurados é contrária ao conjunto probatório e oposta ao que foi apresentado, o que leva a anulação da r. Sentença".[38] Note-se, nesse caso, que a decisão sobre a anulação teve menos relação com a prova dos autos do que com o suposto silogismo lógico da resposta aos quesitos. Essa nos pareceu uma utilização bastante atípica do art. 593, III, *d,* CPP, primeiro porque, além da autoria e da materialidade, há outras questões em jogo para se imputar responsabilidade a alguém por um crime, que podem ter sido levadas em consideração pelos jurados – por exemplo, o reconhecimento de excludentes de antijuridicidade ou de culpabilidade[39]. Ou seja, a rigor, não há necessariamente uma contradição que

38. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0000500-57.2016.8.26.0535. Apelante: Ministério Público. Apelado: Michael da Silva Dantas. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos – Vara do Júri. São Paulo, j. 22.11.2017; data de registro: 29.11.2017.

39. Nesse sentido, Badaró (2015, p. 711): "Por exemplo, a defesa pode ter negado a autoria delitiva, o que não foi aceito pelos jurados, que responderam positivamente ao segundo quesito, mas também decidiram que o acusado deveria ser absolvido por outro fundamento, ainda que não alegado em plenário, como por exemplo a legítima defesa ou outra causa diversa da autoria".

    No trecho acima transcrito, o autor remete, por meio de nota de rodapé, a um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual a Quinta Turma entendeu que "[o]s jurados

enseje a anulação pelo TJSP. Além disso, a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.689/08 previu a inclusão de um quesito geral sintetizando a vontade dos jurados de absolver ou condenar, aceitando que os jurados respondam positivamente à materialidade e à autoria e, ainda assim, respondam positivamente à absolvição[40]. A inclusão desse quesito visou justamente a eliminar dúvidas sobre a vontade dos jurados diante de possíveis respostas contraditórias e registrar, ao fim e ao cabo, o veredicto absolutório ou condenatório. Segundo a justificativa do Projeto de Lei (PL) 4203/2001, que originou a reforma de 2008:

> "A simplificação alcançou o máximo possível, com a formulação de apenas três quesitos básicos para obter-se a condenação ou absolvição: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; e c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado. O terceiro quesito terá redação na própria lei ('os jurados absolvem ou condenam o acusado?') e abrange todas as teses de defesa, de modo que se afastam as fontes de nulidades" (p. 588 do arquivo pdf; p. 9562 do *Diário da Câmara de Deputados*)[41].

Essa passagem explicita que o terceiro quesito pode se referir a outras teses de defesa que não são abrangidas pelos dois primeiros, e que, portanto, a resposta absolutória ao terceiro quesito pode perfeitamente conviver com o "sim" às duas

---

são livres para absolver o acusado, ainda que reconhecida a autoria e a materialidade do crime, e tenha o defensor sustentado tese única de negativa de autoria.". No mesmo precedente, afirma-se que "[o] fato de a decisão dos jurados se distanciar das provas coletadas durante a instrução criminal não justifica a renovação da votação ou caracteriza contrariedade entre as respostas.", restando à acusação que não se conformou somente o recurso com base no art. 593, III, *d*, do CPP. Vide HC 206.008/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 18.04.2013.

40. Trigueiros Neto e Monteiro (2009, p. 88) destacam que o objetivo da reforma da lei processual, no que concerne aos quesitos apresentados ao conselho de sentença, é facilitar o fornecimento de uma resposta pelos jurados à questão "o jurado absolve o acusado?", conforme a atual redação do artigo 483, § 2º, CPP.

    Por outro lado, os autores afirmam que "havendo teses defensivas que influenciem diretamente o juízo cível, ou possibilidade de aplicação de medida de segurança, deverá haver desdobramento dos quesitos absolutórios aos jurados, a fim de que se constate qual tese foi acolhida" (TRIGUEIRO NETO; MONTEIRO, 2009, p. 89). Em sentido contrário, isto é, postulando que o quesito não deve se referir às teses defensivas, mas ser formulado somente como prescrito na lei, estão Badaró (2015, p. 711) e Aury Lopes Jr. (2014, p. 1063).

41. O PL 4203/2001 pode ser consultado em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=565]. Acesso em: 26.09.2018.

primeiras perguntas. Além disso, a introdução desse quesito geral visou justamente a afastar a hipótese de nulidade por contradição, já que com ele se tem, sem sombra de dúvidas, a síntese da vontade dos jurados de absolver ou condenar.

Assim, segundo o artigo 483, incisos e parágrafos, do Código de Processo Penal, reformado pela Lei 11.689/2008, a forma como se lida com a contrariedade na resposta dos quesitos é a prevalência do quesito geral sobre absolvição ou condenação e não a anulação do julgamento. A anulação do julgamento por ser "manifestamente contrário à prova dos autos" não deveria decorrer da simples contradição entre as respostas aos quesitos. A desconsideração da resposta positiva ao terceiro quesito da absolvição nos parece uma intromissão questionável do Tribunal no veredicto.

4.2. Os jurados

A doutrina processual penal reconstrói três tipos ideais de sistemas de valoração de provas: o sistema da convicção íntima, o da prova tarifada e o do livre convencimento motivado. Cada um deles foi predominante em determinados momentos históricos, e seus princípios ainda são encontrados em algumas instituições dos sistemas atuais (BADARÓ, 2015, p. 415-416; NUCCI, 2009, p. 17-19; LOPES JÚNIOR, 2014, p. 574-577).

Esses modelos definem distintos espaços de discricionariedade do julgador. No sistema da prova tarifada esse espaço é bastante limitado, pois o valor de cada prova e o que cada prova é apta a provar vem previamente estabelecido por lei. A atividade do juiz fica em grande medida limitada pelo legislador (NUCCI, 2009, p. 18). No extremo oposto, está o sistema da íntima convicção, em que o julgador julga de acordo com o seu convencimento pessoal e não precisa motivar ou justificar sua decisão. Aqui, não há limites para a formação do convencimento do julgador, que pode levar em conta provas que não constavam do processo, ou qualquer elemento de seu próprio conhecimento privado (BADARÓ, 2015, p. 415).

A limitação do poder do juiz veio com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Segundo ele, o juiz é livre para decidir, mas deve fazê-lo valorando as provas "de forma lógica e racional, confrontando umas com as outras, segundo as regras de lógica e experiência" (BADARÓ, 2015, p. 415). Além disso, esse exercício deve estar registrado na motivação da decisão. O poder exercido pelo juiz é, assim, passível de ser controlado por meio da fundamentação. Questionar a decisão é possível na medida em que se pode conhecer e questionar seu fundamento, as provas que a sustentam e os caminhos pelos quais se chegou a ela. É esse o sistema predominante em democracias modernas, embora

elementos dos demais sistemas ainda sejam encontrados. Toda prescrição legal relacionada à forma de se interpretar a prova remete ao sistema tarifado, como é o caso, em nosso sistema, do dispositivo que relativiza a confissão ou o que indica que as evidências produzidas em inquérito valem menos que as produzidas sob contraditório[42]. O princípio do livre convencimento motivado – que reflete o sistema da persuasão racional – vem expresso em nosso ordenamento pelo art. 93, IX, da CF, mas mantemos o tribunal do júri como o *locus* regido pelo sistema da convicção íntima, uma vez que a decisão dos jurados não precisa ser fundamentada (CPP, art. 472).

Sobre o sistema de decisão dos jurados, a doutrina aponta que os jurados julgariam "com plena liberdade, sem qualquer critério probatório" (LOPES JR., 2014, p. 575). Afirmações como esta, contudo, podem ser matizadas diante da possibilidade de anular um veredicto por ser contrário à prova dos autos. Por força dessa previsão, os jurados não podem, por exemplo, julgar por mera clemência se a decisão não estiver embasada por *alguma* prova.

Assim, o art. 593, III, *d,* do CPP estabelece uma clara limitação ao voto de consciência. Podemos dizer que embora correntemente se associe o Tribunal do Júri ao sistema da íntima convicção, esse dispositivo promove uma espécie de sincretismo entre o sistema de convicção íntima e o da persuasão racional: a existência de alguma prova que sustente a decisão é um limite "lógico-racional" à íntima convicção. Ainda que o sistema da íntima convicção prevaleça no júri, a existência dessa previsão põe dificuldades a algumas críticas que denunciam o poder dos jurados como livre de *qualquer* controle[43]. O juízo de convicção não é

42. Sobre a confissão, estabelece o art. 197 do Código de Processo Penal que "O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância". Já em relação ao valor probatório das evidências produzidas em inquérito, pode-se mencionar o disposto no art. 155 do mesmo Código: "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Por último, pode-se também mencionar, como resquício do sistema de prova legal tarifada, o art. 158, que determina a necessidade do exame de corpo delito em certos casos: "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".

43. Ver nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2014, p. 575): "A 'íntima convicção', despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a

livre de *qualquer* controle diante da possibilidade de anulação da alínea *d*. Aqui, o juiz togado tem a chance de controlar a decisão "manifestamente contrária à prova dos autos", que apenas pode vir a ser válida caso, após a anulação, o novo conselho de sentença mantiver o veredicto anteriormente tomado. Ou seja, o sistema de revisão do julgamento do júri pelo juiz togado é a princípio limitado e o desenho do sistema tende a validar a vontade dos jurados.

Mas, ainda que o desenho institucional circunscreva dessa forma o limite que o sistema de convencimento racional impõe ao julgamento por íntima convicção dos jurados, sua extensão na prática dependerá do entendimento que se dá à expressão "manifestamente contrária à prova dos autos".

O conjunto de decisões que entende a locução como a decisão aberrante, sem amparo mínimo em qualquer elemento de prova e que, portanto, vê razão para anulação apenas em casos excepcionais, pressupõe a compreensão de uma margem grande de liberdade dos jurados. Aceitam como válidas decisões de íntima convicção, fundadas no "livre entendimento" dos membros do conselho de sentença, desde que tenham embasamento mínimo, independentemente de um juízo sobre a força das provas que a sustentam.

Afirmando esse amplo entendimento sobre a soberania do júri, apontou a 12ª Câmara que

> "a sistemática dos julgamentos pelo Júri é distinta do Juiz singular, porque não se exige fundamentação dos Jurados como ocorre com o julgamento proferido pelo Juiz técnico, que usa o critério da certeza para formar a convicção condenatória, enquanto o Júri decide por maioria, e por íntima convicção, bastando que haja prova, por mínima que seja, mas verossímil, sustentando a decisão"[44].

Segundo esse entendimento, jurados "podem decidir, soberanamente, por clemência ou mesmo acolhendo qualquer outra justificativa para o ato do réu"[45] e "não estão obrigados a decidir conforme os laudos, podendo, por expressa

---

partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova.".

44. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0042971-74.2011.8.26.0564. Apelantes: Antonio Cordon Filho e Sandra Alves da Silva. Apelado: Jonatas Pereira Lima. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo – Vara do Júri/Execuções. São Paulo, j. 13.09.2017; data de registro: 19.09.2017.

45. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 3006136-25.2013.8.26.0157. Apelante: Ministério Público. Apelado: Sérgio Ribeiro de Souza Júnior. Relator: Ivana

previsão legal (art. 182 do CPP), decidir contra a prova pericial, desde que alicerçados em outros elementos"[46]. Vão nessa linha as decisões que afirmam que "havendo mais de uma tese viável, quem deve fazer sua escolha são os jurados, e não o Tribunal de Justiça".[47]

Essa interpretação em que o princípio da soberania dos veredictos é mais robusto vem invariavelmente associada ao reconhecimento do papel do júri como expressão do poder popular, que retira sua legitimidade do sentido comum de justiça e não da racionalidade do direito:

> "Submeter o réu ao julgamento de seus pares, que ali estão representando toda a sociedade, ao invés de submetê-lo ao julgamento do juiz singular, representando o Estado, significa que a decisão proferida é, na verdade, reflexo do que a sociedade, de forma geral, entende como justo, livre de todos os pudores do juiz togado. Os jurados, ao contrário dos magistrados, julgam unicamente conforme sua consciência e os ditames da justiça, não estando atrelados a doutrinas, jurisprudências dominantes e nem mesmo a coerência entre julgamentos similares [...]."[48]

É interessante notar que as decisões que interpretam a situação "manifestamente contrária à prova dos autos" de forma ampla, admitindo maior intervenção do tribunal na revisão do veredicto, não deixam de afirmar a ideia de soberania do júri, mas conferem a ela outra densidade. Se é certo que tais decisões exercem maior interferência na decisão dos jurados, elas também buscam se acomodar ao princípio da soberania dos veredictos, afirmando que este estaria garantido uma vez que a submissão a novo júri não vincula os jurados ao

David; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cubatão – 4ª Vara. São Paulo, j. 14.11.2017; data de registro: 21.11.2017

46. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0006741-43.2015.8.26.0483. Apelante: Joaquim Dutra Gonçalves. Apelado: Ministério Público. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Venceslau – 1ª Vara. São Paulo, j. 05.12.2017; data de registro: 12.12.2017, grifos nossos.
47. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0027956-18.2015.8.26.0114. Apelante: William Gomes Ribeiro. Apelado: Ministério Público. Relator: Edison Brandão; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas -Vara do Júri. São Paulo, j. 12.12.2017; data de registro: 14.12.2017.
48. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0006741-43.2015.8.26.0483. Apelante: Joaquim Dutra Gonçalves. Apelado: Ministério Público. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Venceslau – 1ª Vara. São Paulo, j. 05.12.2017; data de registro: 12.12.2017.

entendimento dado pelo tribunal. Em outras palavras, ainda que o tribunal tenha feito uma intervenção exagerada na avaliação da decisão dos jurados, desde que a anulação seja seguida por outro julgamento estaria preservado o princípio[49].

É ainda o princípio da soberania do júri que vemos mobilizado nas decisões que mencionamos acima, em que o tribunal anula o julgamento por encontrar contradição entre os quesitos respondidos pelos jurados. Pela leitura dos acórdãos naqueles casos, entendemos que os desembargadores, ao imputarem contradição às respostas oferecidas pelos jurados e anularem o julgamento, afirmaram que estariam, no frigir dos ovos, fazendo valer o princípio da soberania dos veredictos, já que a resposta contraditória não faria valer a verdadeira vontade dos jurados. Esses casos, julgados depois da reforma[50], acabam por minar seu propósito, que era justamente o de evitar anulações por meio do quesito geral sobre a absolvição ou condenação. Com a reforma, "a simplificação alcançou o máximo possível, com a formulação de apenas três quesitos básicos para obter-se a condenação ou absolvição: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; e c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado". O último quesito, segundo os legisladores, "abrange todas as teses de defesa, de modo que se afastam as fontes de nulidades"[51]. Por isso, os jurados podem votar afirmativamente aos dois primeiros quesitos e terminar por absolver o acusado, por outra razão, sem que isso

49. "O eminente Ministro Gilmar Mendes, em seu *Curso de Direito Constitucional*, leciona: 'No que concerne à soberania dos veredictos, tem o Supremo Tribunal entendido que não afronta esse princípio a determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão da contrariedade aprova dos autos, ainda que o anterior tenha resultado na absolvição do réu. Ressalte-se que a decisão do Tribunal, determinando a submissão a novo júri, não vincula o Tribunal do Júri a proferir uma decisão condenatória o que seria plenamente compatível com a idéia de soberania do veredicto' (4ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 626). [...] A respeito do caráter não absoluto da soberania do Júri, manifestou-se o Desembargador Segurado Braz, no julgamento da Apelação Criminal 189.786-3 São Carlos, publicado na Revista Oficial LEX, JTJ Volume 188 – Página 304" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0006434-21.2012.8.26.0572. Apelante: Ministério Público. Apelado: Eleandro Donizeti Veronez. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Joaquim da Barra – 1ª Vara. São Paulo, j. 08.02.2017; data de registro: 21.02.2017).

50. Identificamos cinco casos em que o argumento da anulação fala sobre contradição dos jurados entre os outros quesitos e o quesito final. São dois casos na 4ª Câmara (3006136-25.2013.8.26.0157 e 0000006-74.2010.8.26.0125) e três casos na 12ª Câmara (0000500-57.2016.8.26.0535; 0028951-08.2012.8.26.0576; 0006434-21.2012.8.26.0572).

51. Os trechos citados do Projeto de Lei 4203/2001 constam da página 9462 (página 588 do arquivo pdf) do Diário da Câmara de 30 de março de 2001, que pode ser consultado por

implique em contradição. Não foi assim, contudo, que o TJSP entendeu a relação entre os quesitos nos casos que mencionamos.

Identificar as hipóteses de anulação dos veredictos nos casos em que se aplicou o dispositivo que prevê a anulação de decisão manifestamente contrária às provas dos autos nos colocou em lugar privilegiado para observar a disputa sobre o maior ou menor espaço de liberdade garantido ao conselho de sentença e, consequentemente, sobre os significados possíveis do princípio da soberania dos veredictos. O que vimos no estudo sobre o TJSP foi uma grande deferência aos jurados, que tiveram seus veredictos preservados na grande maioria dos casos. Observamos ainda que as anulações baseadas numa maior interferência dos juízes togados na análise da prova tentam, apesar disso, compatibilizar sua intervenção com o princípio, dando-lhe, contudo, um sentido mais fraco. Não descartamos aqui a hipótese de seu uso retórico.

4.3. A atuação do próprio Tribunal de Justiça

O outro lado da moeda da nossa análise busca compreender o maior ou menor poder do juiz togado – no caso, dos desembargadores do tribunal na revisão das provas e da decisão dos jurados. Em nossa amostra, tentamos identificar nas decisões os entendimentos dos desembargadores sobre o seu próprio papel na análise dos veredictos e das provas quando acionados a analisar se a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos. Dado que a formulação do dispositivo exige uma comparação da decisão dos jurados com a prova dos autos, as variáveis a serem consideradas são o tipo e a extensão da análise que o tribunal fará das provas.

Na maioria dos casos analisados, em que o tribunal adotou uma compreensão mais estreita das possibilidades de anulação, vemos também que os desembargadores entenderam que sua tarefa diante das provas "deve se circunscrever ao cotejo entre o *decisum* popular e a prova dos autos"[52].

Nessa perspectiva, o tribunal entende que sua margem de atuação é restrita. A ele "compete verificar, única e tão somente, se a decisão foi proferida com

meio deste *link*: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=565]. Acesso em: 23.01.2019.

52. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0001031-26.2005.8.26.0052. Apelante: Alex Sander Gomes da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Camilo Léllis; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Paulo – I Tribunal do Júri. São Paulo, j. 14.11.2017; data de registro: 16.11.2017.

fundamento nos elementos de prova constantes nos autos", sendo que "não é permitida meticulosa e profunda valoração das provas, sob pena de se ofender o princípio constitucional da soberania dos veredictos"[53] .

Podemos considerar que essa seria uma análise *externa* do conjunto probatório, em que há apenas o *confronto* da decisão com as provas no limite do que é necessário para verificar se há *alguma* prova que sustente a posição dos jurados ou se a decisão é totalmente apartada do que se discutiu nos autos. Nessa perspectiva, não cabe ao Tribunal de Justiça observar diretamente cada uma das provas a fim de valorá-las ou opinar sobre seu potencial probante. Como vimos, decisões que compartilham dessa visão sobre a atuação do TJ são bastante enfáticas ao afirmar que "havendo mais de uma tese viável, quem deve fazer sua escolha são os jurados, e não o Tribunal de Justiça"[54]. O tribunal, segundo esse entendimento, "não pode ser árbitro do *veredictum* e nem pode escolher dentre mais de uma versão verossímil dos fatos aquela que lhe parecer a mais acertada, sob pena de violar a soberania do Júri".[55]

Assim, apesar dos votos frequentemente tratarem de evidências produzidas nos autos, eles o fazem com o objetivo de verificar se a decisão do conselho de sentença foi minimamente coerente com os elementos e versões apresentadas em juízo.

Os desembargadores descrevem sua própria atuação aqui como superficial, na medida em que, para verificar que a decisão não veio fundamentada em "nenhum elemento do processo", não é necessário "proceder-se ao minucioso exame probatório".[56]

---

53. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0016661-87.2014.8.26.0576. Apelante: Vinicius Alves dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relator: Edison Brandão; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José do Rio Preto – 5ª Vara Criminal. São Paulo, j. 13.06.2017; data de registro: 19.06.2017.
54. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0027956-18.2015.8.26.0114. Apelante: William Gomes Ribeiro. Apelado: Ministério Público. Relator: Edison Brandão; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas – Vara do Júri. São Paulo, j. 12.12.2017; data de registro: 14.12.2017.
55. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 3006136-25.2013.8.26.0157. Apelante: Ministério Público. Apelado: Sérgio Ribeiro de Souza Júnior. Relator: Ivana David; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cubatão – 4ª Vara. São Paulo, j. 14.11.2017; data de registro: 21.11.2017.
56. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0005885-25.2011.8.26.0223. Apelante: Alessandro Rebello. Apelado: Ministério Público. Relator: Ivan Sartori; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarujá – 3ª Vara Criminal. São Paulo, j. 12.12.2017; data de registro: 15.12.2017.

Essa verificação imediata, que dispensa o revolvimento da matéria ou a análise detida das provas faz sentido diante da caracterização da hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos como a decisão "diametralmente oposta ao que se produziu nos autos"[57] ou quando "evidenciado de forma axiomática, inequívoca, irrefragável que a decisão contraria todo o conjunto probatório acostado aos autos".[58]

Avançar esse limite, ou seja, proceder ao "revolvimento da matéria" e confrontar a convicção dos jurados seria, segundo se decide na maioria dos casos, "indevida usurpação da competência constitucional assegurada ao Tribunal do Júri" considerado o "Juiz constitucionalmente natural para o julgamento da causa"[59].

Em alguns casos, contudo, a postura do tribunal sobre sua própria atividade dissentiu dessa linha. São os casos em que o tribunal discutiu e avaliou diretamente a prova dos autos e proferiu juízo sobre o grau de certeza das provas ou o acerto da decisão dos jurados. No caso que transcrevemos abaixo, o mesmo do exame de DNA de que tratamos acima, o tribunal desconstituiu a decisão absolutória dos jurados por ter encontrado nos autos "forte indicativo de autoria":

> "Apesar de não ter admitido o crime, o fato de ter tentado se eximir da responsabilidade da prática do homicídio perante os policiais, sem que houvesse qualquer menção ao crime, é forte indicativo de autoria, algo que não pode ser desconsiderado, ainda mais diante do relato de outras agressões contra a vítima, não se olvidando de que os "moradores" indicaram o acusado como autor."[60]

---

57. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0081342-94.2010.8.26.0224. Apelante: Marcondes da Silva e Ministério Público. Apelado: Ministério Público e Natalino da Silva. Relator: Camilo Léllis; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos – Vara do Júri. São Paulo, j. 13.06.2017; data de registro: 19.06.2017.
58. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0008139-80.2011.8.26.0510. Apelante: Odeon José de Sousa e José Orlando Rodrigues. Apelado: Ministério Público. Relator: Euvaldo Chaib; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Rio Claro – Vara do Júri. São Paulo, j. 28.11.2017; data de registro: 30.11.2017.
59. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0012693-29.2000.8.26.0127. Apelante: Adelson Marques. Apelado: Ministério Público. Relator: Euvaldo Chaib; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Carapicuíba – 2ª Vara Criminal. São Paulo, j. 28.11.2017; data de registro: 30.11.2017.
60. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 3031224-97.2013.8.26.0405. Apelante: Ministério Público. Apelado: Ricardo Silva dos Santos. Relator: Jaime Ferreira Menino; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osasco – Vara do Júri/Execuções Criminais. São Paulo, j. 24.05.2017; data de registro: 26.05.2017.

Outro exemplo paradigmático desse procedimento excepcional do tribunal na análise das provas foi encontrado em julgado da 4ª Câmara Criminal, que, ao analisar apelação que se insurgia contra uma absolvição pelo júri, entendeu que novo julgamento deveria ser realizado, pois não havia "dúvida alguma da materialidade do crime nem da autoria do sentenciado"[61].

O tipo de análise que se opera aqui é bastante diferente do mero *confronto* da decisão com as provas ou da checagem da mínima congruência. Nessa versão, os desembargadores dedicam-se a analisar os elementos de prova e a discutir com desenvoltura as versões em disputa para valorar qual a mais confiável. Vale a pena conferir essa estrutura de argumentação no caso abaixo, em que se discute a plausibilidade da tese da legítima defesa e o valor de um testemunho:

> "A inicial acusatória afirma que a recorrente incentivou o imediato disparo efetivado pelo corréu Pedro Paulo contra a vítima, tendo sido ela também responsável pela indicação da vítima para o executor. Em seu interrogatório, a apelante nega os fatos, conforme já mencionado. As testemunhas ouvidas, muito embora confirmem a presença da apelante no local do crime, não apontaram que tivesse ela de qualquer forma incentivado com palavras o autor dos disparos. Há somente uma testemunha que fora ouvida na fase policial que mencionou ter escutado a voz de uma mulher durante a empreitada (fls. 54/55). Entretanto, tal testemunha não foi ouvida em Juízo e tampouco em plenário."[62]

Vale notar, ainda, que não é apenas nos casos de anulação que o tribunal avança o limite da mera verificação da verossimilhança da tese escolhida pelos jurados. Encontramos casos em que a manutenção da decisão do júri ocorreu por terem os jurados feito a opção que está longe de ser "inconvincente" ou por ser a mais "sensata" no entender dos desembargadores[63]. É claro que, nesses casos, a

61. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0011843-37.2012.8.26.0229. Apelante: Ministério Público. Apelado: Paulo Ricardo Ribeiro Martinez. Relator: Euvaldo Chaib; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Hortolândia – 1ª Vara Judicial. São Paulo, j. 26.09.2017; data de registro: 28.09.2017.

62. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0032294-35.2007.8.26.0625. Apelantes: Graziele Cristina Costa e Ministério Público. Apelados: Graziele Cristina Costa e Ministério Público. Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté – Vara do Júri/Infância e Juventude. São Paulo, j. 18.10.2017; data de registro: 24.10.2017.

63. "No caso presente, longe de se mostrarem arbitrários e inconvincentes em sua decisão, os jurados, no exercício da sua soberania, valendo-se da faculdade que esta lhes confere de decidirem segundo sua convicção íntima, fizeram legítima e sensata opção por

afronta ao veredicto não se configura, dado que ele é mantido. Mas sua manutenção não se funda apenas na força da soberania dos veredictos, há também a chancela dada pelo juiz togado ao resultado final a que chegaram os jurados.

Encontramos ainda decisão da 12ª Câmara que conclui não ser necessária a anulação do julgamento, considerado o decurso de 8 anos dos fatos apreciados pelo júri. O tribunal aqui entendeu não ser "justificável" anular a decisão, pois o réu não seria mais "o mesmo homem": "trata-se de idoso, sem antecedentes criminais, trabalhador e bem quisto no meio social em que vive, não vislumbrando, portanto, motivos justificáveis, no caso concreto, para decretar a nulidade do Júri popular"[64]. Embora esse argumento seja excepcional, vemos que os desembargadores produziram um juízo de "justiça" para manter a decisão, em vez de terem realizado uma análise hábil a apontar a (não) contrariedade do julgado em relação às provas dos autos.

Vale, por fim, mencionar que em todas as hipóteses de desconstituição da decisão dos jurados, mesmo nas posturas mais invasivas, não encontramos caso algum em que o tribunal entendesse ser juridicamente viável decidir diretamente sobre o mérito[65].

As disputas no tribunal sobre as formas de interpretar o manifestamente contrário à prova dos autos implicam em entendimentos distintos sobre os limites do seu próprio poder de desconstituir a decisão do júri. Já que estamos

---

uma das versões conflitantes, reconhecendo que, na verdade, dados significativos impunham a conclusão condenatória que sobreveio [...]" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0281334-70.1994.8.26.0006. Apelante: Carlos José Carvalho da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Marcelo Gordo; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 4ª Vara Tribunal do Júri. São Paulo, j. 04.10.2017; data de registro: 06.10.2017)

64. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0002341-28.2009.8.26.0052. Apelante: Ministério Público. Apelado: Antonio Pedro Marcelino Relator: Paulo Rossi; 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 3ª Vara Tribunal do Júri. São Paulo, j. 04.10.2017; data de registro: 22.01.2018.

65. Na Apelação 0000006-74.2010.8.26.0125, em que houve anulação da decisão, essa concepção é ilustrada: "*Malgrado nessa instância não se expresse entendimento definitivo sobre o mérito pois isso é competência do Conselho de Sentença* é possível concluir que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova nos autos" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0000006-74.2010.8.26.0125. Apelante: Ministério Público. Apelada: Maria de Lourdes Souza Alves Relator: Camilo Léllis; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Capivari. São Paulo. Data de Julgamento: 12.12.2017; data de registro: 14.12.2017 – destaques nossos).

diante de um cenário em que a própria autoridade decide sobre a limitação de seu poder, seria especialmente importante a revisão dessas decisões por outras instâncias. Entretanto, o acesso aos tribunais superiores é cada vez mais restrito em nosso sistema recursal. Os meios de acesso ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para discutir este tema frequentemente são bloqueados pela Súmula n. 07 daquela corte, que veda a análise da prova em sede de recurso especial[66]. Uma breve análise realizada com base somente nas ementas dos acórdãos mostrou que, no período de 01.01.2017 até 30.06.2018, o STJ utilizou a Súmula 7 como fundamento para não analisar o mérito de 18 recursos, em um total de 27 identificados[67]. Considerando apenas os Habeas Corpus (total de 11), oito não foram conhecidos com base no argumento de que tal ação não seria a via correta para realizar o revolvimento do acervo fático-probatório. Sendo assim, esse argumento, seja através da referência direta à Súmula 7 ou não, foi mobilizado em 19 dos 27 processos levantados. Esse dado chama a atenção, pois a conclusão é a de que a análise e o juízo sobre os limites do poder de decisão do Tribunal de Justiça, na maioria dos casos, se esgotam no próprio tribunal de justiça, o que proporciona o surgimento de diferentes vertentes sobre o tema dentro da corte estadual.

A falta de intervenção das cortes superiores a fim de pacificar o entendimento é problemática, mas pode ser vencida. Não fizemos uma análise mais abrangente das decisões no STJ, mas é oportuno registrar que encontramos um caso[68] de julgamento de Habeas Corpus em que o tribunal superior

66. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 07. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf]. Acesso em: 18.01.2018.

    Para um exemplo da recusa em analisar a aplicação do art. 593, III, *d*, do CPP, ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1191885/AC. Agravante: Eliton Araujo de Souza. Agravado: Ministério Público do Estado do Acre. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta turma. Brasília, j. 22.03.2018, data da publicação: 02.04.2018.

67. O levantamento foi feito no site do STJ, a partir de sua ferramenta de busca de jurisprudência, que pode ser acessada em: [http://www.stj.jus.br/SCON/]. Além do filtro da data preenchido com as datas referidas acima, aplicamos o filtro da legislação ("Código de Processo Penal – CPP-41") e o filtro de artigo, inciso e letra do dispositivo legal com, respectivamente, 593, 3, d. Esse recorte resultou em um total de 27 decisões.

68. Pontue-se que tal decisão não compõe a amostra de decisões do STJ delimitada acima, mas é fruto de pesquisa jurisprudencial específica a fim de localizar a possibilidade de enfrentamento da Súmula 7.

revalorou (revisou) a interpretação do dispositivo e afastou a aplicação da referida súmula:

> "De fato, consoante se adiantou, tem-se que a temática afeta a ser ou não a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, *via de regra, não pode ser analisada em sede de recurso especial* por implicar em novo juízo cognitivo sobre a suficiência probatória da demanda, incabível em sede de apelo nobre, a teor do que prescreve o enunciado 7 da Súmula do STJ, *verbis*: 'A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial'. Não obstante, *a hipótese em apreço não se inclui na referida vedação, tendo em conta ser matéria relacionada ao juízo de legalidade do proceder adotado pela Corte recorrida, e não à suficiência ou não de provas que respalde o entendimento do Tribunal Popular*, sendo, portanto, o tema passível de análise pelo STJ. Com efeito, 'o chamado erro na valoração da prova, passível de análise no Recurso Especial, representa erro de direito e diz respeito ao valor da prova abstratamente considerado, o qual não se confunde com a avaliação que o magistrado faz quanto a estar ou não comprovado determinado fato, juízo de valor que decorre do poder de convicção da prova, cujo reexame é vedado pela Súmula 7 deste Tribunal'. [...] Desse modo, denota-se, sem maiores esforços, que a Câmara Criminal do Tribunal de origem *entendeu pela incongruência da decisão dos jurados não com o arcabouço probatório dos autos, mas sim, com o seu entendimento, na qualidade de julgadores, a respeito do tema*, *in casu*, acionamento do gatilho de uma arma de fogo. [...]"[69].

Por fim, é preciso lembrar que em outros temas – por exemplo, em discussões sobre a verificação da justa causa para recebimento da denúncia – as cortes superiores já reviram o entendimento sobre os limites da análise da prova, admitindo que, em algumas situações, é preciso realizar um exame – ainda que superficial – da prova, para reverter situações de injusta aplicação da lei ou da Constituição[70].

69. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 983.373/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado; Daniel Araujo Novaes. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Brasília. Data de julgamento: 08.11.2016; data da publicação: 22.11.2016, grifos nossos.

70. Nesse sentido, no STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 138565/SP. Paciente: Orlando Tardim Neto. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma. Brasília, data de julgamento: 18.04.2017, data de publicação: 03.08.2017.

Já no STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 76099/PE. Pacientes: Bóris Trindade e Outros. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, Brasília, data de julgamento: 07.08.2008, data de publicação: 01.12.2018.

5. Conclusão: a interpretação do "manifestamente" que preserva a soberania dos veredictos

A anulação dos júris do caso Carandiru pela 4ª Câmara do TJSP chamou a atenção para o tema do respeito aos veredictos. A decisão, que causou impacto no meio jurídico e político, fez retroceder anos na solução de um dos casos mais sérios de violência policial do globo. A importância do caso justificava, por si só, que aprofundássemos o conhecimento sobre o instituto da anulação do veredicto devido à manifesta contrariedade em relação à prova dos autos. A pesquisa se fez ainda mais importante, pois, ao buscarmos elementos para compreender as razões da decisão, não encontramos parâmetros para avaliar se a anulação dos veredictos do massacre do Carandiru foi extraordinária ou se ela seguiu a linha de outras decisões em que se aplicou o art. 593, III, *d,* CPP. Não havia, até então, qualquer diagnóstico empírico sobre a aplicação desse instituto.

A pesquisa jurisprudencial nas decisões da 4ª e da 12ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo nos mostrou que a taxa de manutenção dos veredictos é bastante alta em ambas e que, dentre os casos residuais de anulação, se anulou mais absolvições do que condenações. Na leitura desses dados, levantamos a hipótese de que o grande número de manutenções e o respeito ao veredicto pelos desembargadores camuflou as diferenças ideológicas entre as duas câmaras, que tradicionalmente se colocam em oposição extrema em uma escala "garantismo *versus* punitivismo". Em outras palavras, quando se trata da aplicação do art. 593, III, *d*, do CPP, o comportamento de ambas foi semelhante e pautado no respeito à decisão dos jurados.

Desse modo, podemos dizer que a anulação das condenações dos policiais militares no caso Carandiru em razão de manifesta contrariedade à prova dos autos não encontra respaldo no entendimento majoritário da própria 4ª Câmara, além de não ter ecos na 12ª.

De outro lado, se a decisão no caso não seguiu o entendimento majoritário, ela também não foi a única – encontramos outros casos em que o tribunal adentrou a discussão sobre provas para reverter um veredicto. Contudo, após a nossa pesquisa, permaneceu isolado o voto do desembargador Ivan Sartori, decidindo diretamente o mérito do caso para absolver os policiais militares envolvidos no massacre. Uma decisão como essa não se ajusta a nenhuma das possibilidades de interpretação do princípio da soberania dos veredictos.

As demais variações que encontramos, da mais corrente (as que defendem a excepcionalidade da anulação) às menos expressivas (as que adotam posturas mais invasivas por parte do tribunal), levantam distinções importantes na forma como o tribunal entende o princípio da soberania do júri, a liberdade do

julgamento por convicção dos jurados e os limites da interferência do juiz togado na análise da prova e da decisão do conselho de sentença.

A produção de prova em um processo contraditório significa que acusação e defesa terão oportunidade de produzir prova para sustentar, respectivamente, a hipótese acusatória e a tese defensiva. Podemos aqui pensar na produção de narrativas distintas sobre o fato investigado, que se apoiam em distintos elementos de prova produzidos ao longo do processo penal. Assim, as provas produzidas nos autos de um processo dificilmente apontam em um sentido só. A valoração que o juiz faz das provas envolve cotejar os elementos que amparam cada uma das narrativas e escolher a mais consistente – em outras palavras, trata-se de eleger o conjunto de elementos probatórios que lhe transmita certeza. Em caso de incerteza sobre as narrativas, a regra processual demanda a absolvição.

Uma das características dos julgamentos no Tribunal do Júri é a de que os jurados não precisam fundamentar seus votos, pois eles julgam segundo a sua consciência. A regra do 593, III, *d*, do CPP, no entanto, aponta para um limite nesse procedimento valorativo: a consciência deve estar em alguma medida amparada por algum elemento de prova, pois se ela for "manifestamente contrária" à prova dos autos, o julgamento deve ser anulado. Trata-se de uma exigência de um mínimo de fundamento racional para a legitimidade do voto de consciência. Em outras palavras, é por meio dessa estreita janela que o juiz togado – a princípio guiado pela persuasão racional – pode supervisionar os jurados.

Como vimos, a extensão dessa supervisão depende da interpretação que se dá à expressão "manifestamente contrária à prova dos autos". Um dos problemas da redação atual do dispositivo é justamente a incerteza sobre o conteúdo da expressão, que abre extensa margem para o exercício da discricionariedade judicial nos Tribunais de Justiça. Reconhecemos que a discricionariedade é inerente à jurisdição, mas quando tratamos de veredictos de jurados amparados por previsão constitucional, ela deve se restringir ao mínimo possível. Mas, como apontado neste texto, tal mínimo interpretativo nem sempre é respeitado e, com isso, o significado da soberania dos veredictos fica à deriva nas Câmaras do Tribunal de Justiça.

Ainda sobre a vagueza do dispositivo da lei processual, a expressão da lei é problemática ao mencionar "prova" no singular, como se houvesse uma única prova ou se o conjunto probatório fosse monolítico e apontasse em um único sentido. Em que pese os problemas ligados à letra da lei, podemos dizer que há formas de interpretá-la que são mais adequadas ao princípio da soberania dos veredictos do que outras.

Dentre as formas mais correntes de se interpretar o dispositivo, encontramos aquelas que utilizam a fórmula da lei anterior, ou seja, a decisão que não tem

amparo em *nenhuma* prova, além de interpretações que a definem como a decisão excepcional, aberrante ou completamente dissociada de qualquer uma das teses discutidas no caso. Esta segunda compreensão tem a vantagem de harmonizar o fato de que a prova é objeto de disputa e interpretação e que a interpretação e a valoração dos elementos probatórios devem ficar a critério dos jurados e não do juiz togado. Esse conjunto de decisões, que se mostrou predominante em nossa pesquisa jurisprudencial, é mais deferente ao princípio da soberania dos veredictos, atribuindo ao juiz togado o papel limitado de evitar decisões impossíveis diante do conjunto probatório. O juiz togado, aqui, não é fiscal do acerto ou do erro da decisão dos jurados, ele utiliza critérios mínimos para conter desvios muito aberrantes.

Encontramos, contudo, em situações excepcionais, outra forma de interpretar o dispositivo, que garante um espaço maior de intervenção do juiz nos veredictos. Nesses casos, os desembargadores não se limitaram a confrontar a decisão com o conjunto probatório para verificar se ela estava minimamente embasada; eles analisaram e discutiram diretamente a prova, ponderaram sobre a versão mais consistente e questionaram o juízo de certeza dos jurados. Portaram-se como garantes da *justiça* do veredicto, em uma posição que mais se remete à formulação da lei de 1938, não à fórmula atual do Código de Processo Penal. Embora essa posição tenha presença minoritária em nossa amostra, ela é preocupante, pois reduz o espaço de decisão dos jurados e gera um curto-circuito entre os sistemas, já que, ao submeter o voto de consciência dos jurados ao juízo de convencimento do juiz togado, tal posição dos desembargadores do TJSP gera uma situação contraditória, na qual o magistrado tem oportunidade de justificar o porquê de sua decisão ser a mais acertada segundo critérios lógico-racionais, enquanto os jurados, que não estão vinculados aos critérios de racionalidade do direito, não tiveram oportunidade de justificar sua posição.

Ao projetar sua própria racionalidade aos veredictos, por exemplo, atribuindo a decisão à falta de "disciplina intelectual" dos jurados[71], o Tribunal cobra determinada postura dos julgadores no Júri, qual seja, que eles sigam a racionalidade técnica

71. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0001199-13.2014.8.26.0052. Apelantes: Ernane Alves dos Santos e Ministério Público. Apelados: Ernane Alves dos Santos e Ministério Público. Relator: Camilo Léllis; 4ª Câmara de Direito Criminal. Foro de São Paulo – 3ª Vara do Júri. São Paulo, j. 14.02.2017, data de registro: 20.02.2017;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0081342-94.2010.8.26.0224. Apelante: Marcondes da Silva e Ministério Público. Apelado: Ministério Público e Natalino da Silva. Relator: Camilo Léllis; 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos – Vara do Júri. São Paulo, j. 13.06.2017, data de registro: 19.06.2017.

do direito, o que anula o espaço do julgamento de consciência. Esse procedimento é ainda mais problemático pela falta de fundamentação das decisões do júri.

No sistema recursal dos procedimentos ordinários, uma decisão revertida é, acima de tudo, questionada em seus fundamentos. A decisão da instância superior que modifica outra sentença deve se justificar, ou seja, demonstrar que a visão dos desembargadores é a mais acertada, considerando o ordenamento jurídico. Não se trata de um mero ato de autoridade, mas de um esforço por aplicar a norma de um modo coerente e justificável diante dos enunciados jurídicos que compõem as nossas leis e a nossa Constituição. No júri, a falta de fundamentação se justifica na medida em que se aceita o voto de consciência, dado que os juízes naturais não estão vinculados à racionalidade própria daquelas pessoas conhecidas como "operadoras do direito".

A desconsideração da peculiaridade do procedimento de tomada de decisão no Tribunal do Júri torna indefesa a soberania dos veredictos diante do poder e da autoridade dos desembargadores. Embora haja, como mostramos, disputas sobre a interpretação do dispositivo, a imposição de uma racionalidade estranha ao Tribunal do Júri não é compatível com a Constituição Federal, pois reduz a soberania dos veredictos a uma mera contingência na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Se uma discussão mais aprofundada sobre a manutenção ou não do sistema do júri é apresentada como necessária por vários autores da doutrina[72], ela deve se dar de forma ampla, de modo a evitar que o instituto seja enfraquecido sub-repticiamente e de forma pouco isonômica por meio de decisões esporádicas das Câmaras, que parecem adotar interpretações distintas do dispositivo em casos nos quais o veredicto afronta algum sentido de justiça definido arbitrariamente, à revelia de nossa ordem constitucional.

Referências

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

CAPPI, Riccardo. A "teorização fundamentada nos dados": um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

72. Aury Lopes Jr. (2014, p. 1074-1082) é um dos críticos do Tribunal do Júri. Para ele, o júri não é legítimo devido à "absoluta falta de motivação do ato decisório" (2014, p. 1078). Outro exemplo de críticas é fornecido por André Leonardo Copetti Santos (2012, p. 143), para quem as "possibilidades democráticas" do Tribunal do Júri "são diluídas no espaço autoritário de elaboração de verdades absolutas sem nenhuma fundamentação/justificação ao destinatário da decisão".

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. O fim do protesto por novo júri e o julgamento pela mídia. *Boletim IBCCrim*, v. 16, n. 188, p. 7-8, jul. 2008.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. In: SANTOS, Thandara (org.); ROSA, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas--no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 20.09.2018.

GARCIA, Basileu. *Soluções penaes de repressão ao crime de morte*. São Paulo: Ed. RT, 1938.

GEBIN, Marcus Paulo. *Corrupção, pânico moral e populismo penal:* estudo qualitativo dos projetos de lei propostos no Senado Federal e na Câmara dos Deputados entre os anos de 2002 e 2012. 2014. 124 f. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal.* 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencareramento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 604-629, abr. 2018.

MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coords.). *Carandiru não é coisa do passado*: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NUNES, Marcelo G.; TRECENTI, Julio A. Z. *Reformas de decisão nas câmaras de direito criminal em São Paulo*. Associação Brasileira de Jurimetria, 2015, 13p. Disponível em: [https://abj.org.br/cases/camaras-2/]. Acesso em: 19.09.2018.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Decisões judiciais e Estado Democrático de Direito: da necessidade de fundamentação das decisões do tribunal do júri. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, n. 2, p. 131-143, jul.-dez. 2012.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Controlando o poder de matar:* uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SILVA, Salete Maria. *A carta que elas escreveram:* participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. 321 f. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre as Mulheres, Gênero e Feminismo, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2011.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. 2. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2009.

TUCUNDUVA, Ruy Cardozo de Mello. Do protesto por nôvo júri. *Revista Justitia*, v. 74, p. 61-65, 1971.

VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. Três reflexões sobre o novo processo do tribunal do júri. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 5, jul. 2008.

ZAGALLO, Rogério Leão. Do protesto por novo júri. 2000. *Revista Justitia*. Disponível em: [http://www.revistajustitia.com.br/artigos/8c4772.pdf]. Acesso em: 26.09.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Carandiru: violência institucional e a continuidade do massacre, de Maira Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado, Carolina Cutrupi Ferreira e Luisa Moraes Abreu Ferreira – *RBCCrim* 105/304-325 (DTR\2013\11623);
- Em defesa da soberania dos veredictos do júri, de Genney Randro Barros de Moura – *RT* 805/488-502 (DTR\2002\505);
- Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista, de Antonio de Holanda Cavalcante Segundo e Nestor Eduardo Araruna Santiago – *RBCCrim* 116/149-172 (DTR\2015\13602) ; e
- Júri. Nulidades. Quebra da incomunicabilidade dos jurados e formulação de quesito sobre "insuficiência de provas". Caso "Eldorado de Carajás", de Antonio Magalhães Gomes Filho – *RBCCrim* 30/235-248 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 4/99-115 (DTR\2011\2898).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 1005/505 (JRP\2019\375308).

Informações fiscais como elemento probatório no processo penal

Fiscal information as evidence in criminal procedure

Pedro Adamy

Doutorando em Direito na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Escola de Direito da PUC-RS. Presidente do Instituto de Estudos Tributários – IET. Advogado em Porto Alegre.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2993-0124
pedro@pedroadamy.com.br

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 01.08.2019
Última versão do autor: 12.08.2019

Áreas do Direito: Tributário; Penal.

Resumo: O Estado Fiscal moderno pressupõe a cooperação e a participação do contribuinte na determinação e no cumprimento das obrigações tributárias. A legislação cria deveres informacionais aos contribuintes, que devem entregar às autoridades fiscais informações sobre as suas atividades individuais e empresariais. Em certos casos, tais informações podem ser usadas para incriminar o contribuinte, o que violaria a garantia constitucional contra a autoincriminação. Como consequência, as informações fiscais não podem ser usadas como elemento probatório no processo penal.

Palavras-chave: Obrigações do contribuinte – Informações fiscais – Autoincriminação – Elemento de prova – Proibição.

Abstract: The modern Fiscal State presupposes the cooperation and participation of the taxpayer in the determination of the tax obligation. The legislation creates informational obligations on taxpayers, who must provide the tax authorities with information on their individual and corporate activities. In certain cases, such information may be used to incriminate the taxpayer, which would violate the constitutional right against self-incrimination. As a consequence, tax information can not be used as evidence in criminal proceedings.

Keywords: Taxpayer's duties – Fiscal information – Self-incrimination – Evidence – Interdiction.

Sumário: 1. Introdução. 2. Complexidade, massificação e deveres informacionais do contribuinte. 3. Garantia constitucional contra a autoincriminação. 4. Vedação de utilização das informações fiscais no processo penal. Conclusão. Bibliografia.

Adamy, Pedro. Informações fiscais como elemento probatório no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 133-155. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

1. Introdução

Em estados fiscais modernos as autoridades possuem poderes para fiscalizar, investigar e solicitar documentação que julguem necessárias para a determinação dos tributos devidos. O contribuinte, por seu turno, é obrigado por lei a fornecer, detalhar e informar as autoridades fiscais para que estas possam determinar, com a máxima certeza possível, a matéria tributável e quantificar os tributos a serem recolhidos em favor do Estado. Quer isso dizer que a legislação cria obrigações ao contribuinte, por meio da instituição de deveres de coparticipação na administração tributária (*Mitwirkungspflicht*).[1] Estes deveres são considerados instrumentais, uma vez que funcionam como meios necessários para o cumprimento da totalidade da obrigação tributária.[2]

Em grande medida, os deveres instrumentais impõem a obrigação de coparticipar na relação jurídico-tributária, instituindo obrigações de prestação de informações que auxiliarão as autoridades fiscais na determinação dos tributos devidos. Assim, transfere-se aos contribuintes o ônus informacional na complexa rede de obrigações e deveres que compõem a obrigação tributária, desde o seu surgimento até a sua extinção. Em outras palavras: o estado fiscal moderno pressupõe a participação do cidadão-contribuinte no procedimento de determinação da obrigação tributária.[3]

Os contribuintes são legalmente obrigados a entregar ao Fisco informações que dizem respeito aos seus rendimentos ou às suas atividades empresariais. No entanto, não se resumem a estas. Os deveres instrumentais impostos aos contribuintes correspondem, em parte, à prestação das mais variadas formas de informações, documentos e comprovantes, que em muito superam a mera

1. SCHMIDT, Michael. *Die Problematik der objektiven Beweislast im Steuerrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998. p. 143 e ss.; SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 461 e ss.; COSTA ANDRADE, Manuel da. Nemo tenetur se ipsum accusare e Direito Tributário. *Boletim de Ciências Econômicas. Homenagem aos Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, v. LVII, t. I, 2014, p. 390 e ss.
2. Sobre o tema, veja-se ADAMY, Pedro. Obrigações acessórias e persecução criminal: limites da utilização de informações fiscais no Processo Penal. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (org.). *Tributação do ilícito*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 215-239.
3. DRÜEN, Klaus-Dieter. *Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 234 e ss.; ESTELLITA SALOMÃO, Heloísa. A direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 26, 1999, p. 129 e ss.

informação sobre grandezas monetárias e patrimoniais envolvidas nas atividades pessoais e empresariais.

Uma vez em posse de tais informações, as autoridades fazendárias poderão, de um lado, fiscalizar as atividades e verificar se os tributos devidos foram efetivamente pagos, ou verificar eventuais tributos devidos, efetuar o lançamento e iniciar os procedimentos para a cobrança de tributos ainda não pagos pelo contribuinte. De outro lado, poderão verificar a ocorrência de fatos que ensejam a aplicação da legislação tributária e, em certos casos, a aplicação de outras esferas da legislação, como a legislação criminal.

Este artigo enfrenta a questão sob o ponto de vista da valoração probatório das informações fiscais prestadas pelo contribuinte em virtude de obrigação legal. Ou seja, analisar-se-á se tais informações podem ser utilizadas como elemento probatório em seu prejuízo no âmbito da persecução criminal. É o que se passa objetivamente a fazer.

2. Complexidade, massificação e deveres informacionais do contribuinte

Albert Hensel, já em 1931, afirmava que "direito tributário é um direito massificado" (*Steuerrecht ist Massenrecht*).[4] E isso porque as normas tributárias se aplicam a um número indefinido de contribuintes que realizarem os fatos descritos na lei como sendo a hipótese de incidência do tributo. Essa qualidade também aumenta a natural complexidade do direito tributário. E isso por dois motivos principais: de um lado, exige que as leis sejam formuladas de forma geral o suficiente para englobar os mesmos casos em contextos sociais e fáticos bastante diferentes. De outro lado, o direito tributário como ramo jurídico massificado faz com que a administração tributária se torne cada vez mais complexa, ao exigir soluções cada vez mais rápidas para problemas de difícil solução e por multiplicar os centros decisórios, que podem ter entendimentos diversos para uma legislação que deveria ser aplicada igualmente a todos os contribuintes.[5] Essa característica determina um dever ao legislador, que deve observar que a técnica

4. HENSEL, Albert. Verfassungsrechtliche Bindungen des Steuergesetzgebers. Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit – Gleichheit vor dem Gesetz. VJSchrStFR, 1931. p. 474.

5. ISENSEE, Josef. *Die typisierende Verwaltung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976. p. 133; KIRCHHOF, Paul. *Gleichheit vor dem Gesetz*. MaunzDürigKommGG, p. 306e ss.; ECKHOFF, Rolf. *Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht,* Colônia: Otto Shcmitt, 2000. p. 49.

do direito tributário, para fins de simplificação e praticabilidade administrativa, "exige as hipóteses de incidência mais fáceis, cuja determinação crie o mínimo de dificuldade para a administração tributária."[6]

O direito tributário é notadamente um ramo complexo do direito. A massificação do direito, o desenvolvimento tecnológico, a erosão das fronteiras nacionais, e tantos outros fatores contribuíram para que o direito tributário se tornasse cada vez mais complexo. A sociedade atual, vivenciando fenômenos até pouco desconhecidos (forte presença de tecnologia, comércio virtual, serviços prestados remotamente, facilidade de locomoção entre países, entre tantos outros) faz com que o legislador tributário tenha que se adequar à "enorme quantidade de situações fáticas da vida imagináveis" tornando o direito tributário ainda mais complexo. Essa complexidade tem um custo bastante alto: faz com que o direito tributário se afaste do cidadão, do contribuinte. A complexidade afasta o direito do seu destinatário.[7] Nas palavras de Ruppe, "um direito tributário complexo se manifesta não apenas nos custos para obtenção de recursos, mas também contribui para uma pior percepção sobre o tributo, porque fomenta antipatia e resistência ao pagamento dos tributos, diminui sua a aceitação jurídica e traz frustração a todos os que trabalham com o direito tributário."[8] Além disso, esse afastamento se manifesta na necessidade de os contribuintes terem intermediários (advogados, contadores, consultores, auditores etc.) para que possam cumprir suas obrigações tributárias.

Além disso, a massificação e a complexidade crescente levaram à transferência de atividades para o contribuinte. Assim, o cidadão se torna parte ativa na relação tributária, sendo obrigado a realizar tarefas que auxiliam o Estado na determinação do tributo eventualmente devido.[9] No âmbito do direito tributário, essa evolução resultou em uma relação de cooperação entre os contribuintes e a administração no que se refere às informações fiscais, deslocar para a esfera dos contribuintes uma série de tarefas que auxiliam e substituem a administração tributária na sua função de determinação, lançamento e cobrança dos impostos. Já não se mostra viável a determinação de toda a matéria tributável

6. HENSEL, Albert. Verfassungsrechtliche Bindungen des Steuergesetzgebers. Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit – Gleichheit vor dem Gesetz. VJSchrStFR, 1931. p. 474.
7. KICHHOF, Paul. *Bundessteuergesetzbuch*. Heidelberg: C:F. Müller, 2011, p. 6.
8. RUPPE, Gerhard. Steuergleichheit. DStJG 21, p. 35.
9. KIRCHHOF, Gregor. *Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohsteuerverfahren*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005. p. 195 e ss.

sem a estipulação de deveres cooperativos e participativos aos contribuintes.[10] Essa constatação já foi realizada também pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que

> "[a] realidade da tributação impôs uma feição colaborativa à relação entre Estado e contribuintes, que vem sendo positivada em diversos diplomas legais e tratados internacionais. Esse novo referencial reforça a responsabilidade das duas partes na exata apuração dos tributos em geral, impondo a transparência como regra e reduzindo a praticamente zero o espaço para o segredo."[11]

Em verdade, na atual realidade do direito tributário, a necessidade de imposição de deveres de cooperação ao contribuinte é não só perfeitamente justificada, como dificilmente prescindível ou facultativa. Como consequência, na atual sistemática tributária brasileira convivem dois lados de uma mesma moeda: de um lado, o Código Tributário Nacional prevê poderes amplos à autoridade para a fiscalização dos contribuintes. De outro lado, a legislação cria, cada vez com maior frequência, obrigações aos contribuintes e responsáveis de informar ao fisco sobre suas atividades, isto é, a legislação prevê obrigações de prestação de informações para contribuintes e terceiros que tenham relação com o fato econômico que fará surgir a obrigação tributária principal. Tais obrigações são definidas como obrigações acessórias, que têm a função de auxiliar o Fisco na determinação da obrigação principal, isto é, do tributo devido. Ainda, as *obrigações acessórias* correspondem a todos os outros deveres distintos do pagamento do tributo, quer positivos quer negativos, realizados em favor da administração tributária ou da fiscalização dos tributos. O CTN contém previsão expressa, no art. 113, § 2º, conceituando a obrigação acessória da seguinte forma: "A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos."

Em grande medida, as obrigações acessórias compreendem os *deveres informacionais*. Quer isso dizer que a legislação estabelece deveres instrumentais aos contribuintes, estipulando a obrigação de informar ao fisco todos os elementos fáticos que possam ter, de acordo com critérios definidos em lei, relevância para

10. DOURADO, Ana Paula; DIAS, Augusto Silva. Information duties, aggressive tax planning and the nemo tenetur se ipsum accusare in light of Article 6 (1) of the ECHR, In: KOFLER, Georg; MADURO, Miguel; PISTONE, Pasquale (ed.). *Taxation and Human Rights in Europe and the World*. Amsterdam: IBDF, 2011. p. 132 e ss.

11. STF, RE 601.314, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 16.09.2016.

a arrecadação ou para a fiscalização, isto é, para garantir a "efetividade da tributação".[12] Tais obrigações são instrumentos para o controle do cumprimento da obrigação principal, ou seja, para o pagamento do tributo devido.[13]

Do ponto de vista do Estado, os deveres instrumentais de fornecer informações atuam como intermediários na obtenção dos dados fiscais, que refletem a realidade individual de cada contribuinte. Tais dados auxiliam a administração na determinação do crédito tributário e, posteriormente, na cobrança deste crédito. Do ponto de vista do contribuinte, representam a garantia que a fiscalização deverá respeitar as informações prestadas e, caso haja descompasso entre o que o contribuinte declarou e que o Fisco entende devido, o ônus de demonstrar a diferença recai sobre este último.[14]

Como consequência dessa natureza, as informações prestadas em virtude de obrigação prevista na legislação tributária têm, com o perdão da obviedade, natureza estritamente tributária. Ao prestar tais informações, o contribuinte cumpre seus deveres fiscais, sem considerações ulteriores que envolvam outras esferas jurídicas. As informações são prestadas ao Fisco, para que ele as utilize em sua atividade de fiscalização e, eventualmente, de lançamento em caso de tributo devido e não pago. A finalidade, portanto, é única e exclusivamente fiscal. Neste contexto, as informações prestadas pelos contribuintes para fins de cumprimento de suas obrigações acessórias detêm uma *dupla funcionalidade*. De um lado, servem para a verificação da ocorrência do fato descrito em lei como suficiente e necessário para o surgimento da obrigação tributária. De outro, para verificar se o contribuinte cumpriu todas as obrigações acessórias previstas na legislação como de sua responsabilidade.[15]

Mais recentemente, no entanto, vem ganhando corpo a pretensão de reconhecer às obrigações acessórias *terceira e quarta funções*, com efeitos para além da esfera tributária: a de que as informações entregues pelo contribuinte à autoridade

12. PAULSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 77.

13. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 150; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Obrigação acessória e limites de imposição. In: TORRES, Heleno (org.). *Teoria geral da obrigação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 268 e ss.

14. BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82.

15. BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82.

fiscal possam ser utilizadas na *determinação* e *comprovação* do cometimento de ilícitos penais. De um lado, na *determinação* do cometimento de ilícitos penais, uma vez que há vozes sustentando que as informações fiscais devam ser consideradas como confissão dos fatos declarados, com todas as consequências jurídico-processuais (inclusive processuais penais) daí advindas. De outro lado, na *comprovação* dos supostos ilícitos, pela utilização das informações fiscais no processo penal como elemento de prova contra os acusados.

Essas últimas duas funções trazem desafios relevantes para os direitos fundamentais do cidadão contribuinte. Assim, deve-se encontrar a solução jurídica adequada entre duas relações legítimas e, cada qual a sua maneira, protegidas pelo ordenamento constitucional brasileiro. De um lado, a obrigação de prestar informações e assegurar ao Fisco a persecução de seus interesses, especificamente o acesso aos dados relevantes no contexto da relação jurídica tributária, com vista à arrecadação dos tributos previstos na legislação; de outro lado, a proteção do acusado no processo penal, especificamente a de assegurar o respeito à vedação contra a autoincriminação.[16] Como afirma Costa Andrade,

> "enquanto tais, os deveres de informação e cooperação que a lei tributária faz impender sobre o contribuinte, não contendem directamente com o *nemo tenetur* nem caem na sua área de tutela. *Tal só se dá com a utilização ou valoração em processo penal dos dados de conteúdo autoincriminatório que o contribuinte foi obrigado a levar ao conhecimento da administração tributária*."[17]

Esse é exatamente o cerne do presente artigo.[18] E o que se passa a analisar objetivamente.

16. SALDITT, Franz. Bürger zwischen Steuerrecht und Strafverfolgung. In: MELLINGHOFF, Rudolf. *Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht*. Colônia: Otto Schmidt, 2015. p. 284-286.
17. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. *Boletim de Ciências Econômicas. Homenagem aos Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, v. LVII, t. I, 2014. p. 401. (grifos no original)
18. Uma advertência deve ser feita: o objeto do presente artigo está delimitado às informacoes prestadas no âmbito das obrigacoes acessárias legalmente previstas. Outras informações, prestadas por meio de instrumentos distintos, como a denúncia espontânea ou confissões no âmbito de programas de regularização fiscal, devem ser tratadas de forma específica. Sobre este último tema, veja-se ADAMY, Pedro. Confissão tributária e sua eficácia no processo penal. In: BOSSA, Gisele; RUIVO, Marcelo Almeida (org.). *Crimes contra a ordem tributária*. Coimbra/São Paulo: Almedina, 2019. p. 399-426.

3. Garantia constitucional contra a autoincriminação

Como visto, o contribuinte é obrigado a prestar informações às autoridades fazendárias. Esse dever decorre de suas obrigações acessórias, que nada mais são do que deveres instrumentais em favor da fiscalização e da cobrança dos tributos devidos. Tais obrigações são derivadas da lei e o contribuinte não pode se negar a prestar tais informações. Com efeito, a negativa de prestação configura uma violação formal, sujeitando o contribuinte às sanções previstas na legislação tributária. Ainda, o simples fato de ter havido descumprimento das obrigações instrumentais, faz com que as multas pecuniárias aplicadas assumam a natureza de obrigação principal tributária (art. 113, § 3º, CTN).

Em matéria tributária, portanto, não existe direito ao silêncio ou a garantia de não produzir prova contra si mesmo.[19] Pelo contrário. A própria concepção de obrigação acessória é a de instrumentalizar deveres informacionais do contribuinte perante a fiscalização.[20] Como afirma Beckemper, "a vedação de autoincriminação existe nesta medida estrita, no entanto, apenas em processos criminais. Em outros procedimentos do estado a participação do cidadão é indispensável."[21] Em termos singelos: a garantia é aplicável exclusivamente ao processo penal, não tendo correspondente no direito tributário.[22]

O cerne do problema surge quando ocorre a transposição das informações fiscais para o processo penal, criando-se uma tensão entre a garantia constitucional de vedação de autoincriminação e a obrigatoriedade de prestação de informações tributárias. Deve-se anotar, com Costa Andrade, que

> "não é função do *nemo tenetur* isentar o contribuinte do cumprimento dos seus deveres tributários, menos ainda legitimar a prática de ilícitos criminais, desde

19. RUEGENBERG, Guido. *Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren*. Colônia: Otto Schmidt, 2001, p. 197; GREENAWALT, Kent. *Interpreting the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 302.
20. Veja-se, a esse respeito, a monografia de PAULSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65 e ss.
21. BECKEMPER, Katharina. Nemo tenetur-grundsatz im Steuerstrafrecht. Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 05, 2012, p. 222.
22. BÖSE, Martin. *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. p. 482, SALDITT, Franz. Bürger zwischen Steuerrecht und Strafverfolgung. In: MELLINGHOFF, Rudolf. *Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht*. Colônia: Otto Schmidt, 2015. p. 282 e ss.

> a *Falsificação de documentos* a actos de *Fraude fiscal*. Ele só protege contra a coerção no sentido da autoacusação e de uma condenação criminal assente na colaboração activa do arguido *coactivamente* imposta."[23]

Com efeito, a garantia de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo tem assento constitucional e legal. O art. 5º prevê que o preso terá o direito de permanecer calado, sem que isso o prejudique ou traga qualquer consequência na determinação de sua culpabilidade.[24] Assim a previsão constitucional:

> "Art. 5º [...]
>
> LXIII – o preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado." (grifo nosso)

Da mesma forma, o Código de Processo Penal traz previsão sobre o silêncio do acusado e sobre a inexistência de quaisquer consequências para os acusados que decidam se calar perante o juízo penal. Veja-se:

> "Art. 186. 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*.
>
> Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (grifo nosso)

Somada às previsões constitucional e legal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, há décadas, a garantia da vedação de autoincriminação

23. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. *Boletim de Ciências Econômicas. Homenagem aos Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, v. LVII, t. I, 2014, p. 422; no mesmo sentido, negando a aceitação de uma recusa total (Totalverweigerung) na prestação de informações fiscais ao acusado no processo penal, RANDT, Karsten. Verhältnis zwischen Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren. In: WIDMANN, Werner. Steuervollzug im Rechtsstaat. Colônia: Otto Schmidt, 2008, p. 267.

24. No direito brasileiro, veja-se QUEIJO, Maria Elizabeth. *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. p. 77 e ss. A autora ainda afirma a possibilidade da verdação de autoincriminação ter aficácia ainda que anterior à persecução criminal. Cf. p. 464 e ss.

como sendo uma garantia fundamental decorrente do Estado de Direito. A decisão abaixo transcrita é exemplo do entendimento consolidado do Tribunal. Veja-se:

> "O Estado (...) também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (*RTJ* 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, *(a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa* e (c) *o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica*, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal [...] A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível *a qualquer autoridade ou agente do Estado*, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis* nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional – além de não importar em confissão – jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa."[25]

A decisão, à qual muitas outras podem ser somadas, é relevante por três razões principais: em primeiro lugar, por reconhecer que nenhum acusado pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, ou obrigado a apresentar provas que comprometam a sua defesa. Em segundo lugar, ao determinar que o acusado pode se negar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos que afetam seus interesses e sua defesa. Por fim, em terceiro lugar, ao decidir que essa garantia é oponível a *qualquer* autoridade estatal, não se limitando aos agentes competentes para a persecução criminal. Em qualquer uma dessas facetas, a garantia constitucional contra a autoincriminação atua protegendo o acusado no processo penal.[26] Importante ressaltar que a vedação de autoincriminação não afeta a

25. STF, HC 99.289, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, publ. 04.08.2011 (grifo nosso).

26. ESTELLITA SALOMÃO, Heloísa. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 26, 1999. p. 132 e ss.

obrigação de o contribuinte prestar as informações previstas em lei.[27] No entanto, impede que as autoridades – tributárias ou não – obriguem o contribuinte a prestar informações que sabidamente o incriminarão.[28]

No âmbito processual penal a vedação de autoincriminação possui, em termos gerais, de duas funções distintas: de um lado, tem *função preventiva* "impedindo soluções que façam recair sobre o arguido a obrigatoriedade de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua condenação".[29] De outro lado, tem *função repressiva*, "obrigando à desconsideração de meios de prova recolhidos com aproveitamento duma colaboração imposta ao arguido."[30] Para o que interessa ao objeto do presente estudo, a função repressiva deve ser melhor analisada.

A função repressiva exige que elementos probatórios produzidos pelo acusado com finalidades diversas da persecução penal não sejam consideradas ou valoradas no processo criminal. Assim, a partir do momento em que as finalidades para as quais as informações estão sendo utilizadas deixam de ser exclusivamente fiscais, e passam a ter objetivos de penalização no âmbito do processo criminal, tem-se a aplicação da garantia de vedação de autoincriminação.[31] E isso por uma razão bastante singela: as informações foram entregues em virtude de obrigação legal, não por escolha livre e facultativa do acusado. Em outras palavras, não houve voluntariedade na entrega de tais informações.

A utilização de informações prestadas pelo contribuinte no âmbito tributário não pode levar à violação da regra de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Dessa forma, como o contribuinte está obrigado a prestar

27. RANDT, Karsten. Verhältnis zwischen Besteuerungs – und Steuerstrafverfahren. In: WIDMANN, Werner. *Steuervollzug im Rechtsstaat*. Colônia: Otto Schmidt, 2008. p. 266 e ss.; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. *Boletim de Ciências Econômicas. Homenagem aos Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, v. LVII, t. I, 2014, p. 423 e ss.

28. BÖSE, Martin. *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 488; RUEGENBERG, Guido. *Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren*. Colônia: Otto Schmidt, 2001, p. 1170 e ss.

29. Tribunal Constitucional Português, Acórdão 340/2013, Diário da República, data 11.11.2013, p. 33119.

30. Idem.

31. DOURADO, Ana Paula; DIAS, Augusto Silva. Information duties, aggressive tax planning and the nemo tenetur se ipsum accusare in light of Article 6 (1) of the ECHR. In: KOFLER, Georg, MADURO, Miguel; PISTONE, Pasquale (ed.). *Taxation and Human Rights in Europe and the World*. Amsterdam: IBDF, 2011. p. 137.

informações às autoridades fiscais, a utilização de tais informações para finalidades diversas da fiscalização tributária faria com que as garantias constitucional e legal fossem indiretamente tornadas sem efeito.[32] À mesma conclusão chega Costa Andrade, ao afirmar que "a tutela absoluta que a Constituição reserva ao *nemo tenetur* tem como reverso a proibição – igualmente absoluta – da *mudança de fim* dos dados auto-incriminatórios da área do direito (tributário), onde eles foram coercivamente produzidos, para o campo do processo penal".[33]

Essa distinção é fundamental. As informações prestadas por força de mandamento legal, constituindo obrigação acessória, isto é, dever instrumental em favor da fiscalização e cobrança dos tributos, não têm natureza voluntária. Nas palavras de Seer

> "os procedimentos tributários não podem ir de encontro às garantias processuais penais do acusado. Esse ponto tem reflexo direto da seguinte forma: durante o procedimento tributário o contribuinte não pode se negar a prestar todas as informações requisitadas pela autoridade, ou seja, não possui o direito de negar cooperação (*Mitwirkungsverweigerungsrecht*). No processo penal, o acusado tem o direito constitucionalmente garantido (art. 2, inc. I, alínea 1 Lei Fundamental), tendo aplicação a proibição de autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare* – ninguém pode ser obrigado a ser seu próprio acusador!)."[34]

As considerações anteriores apontam para uma conclusão. A não voluntariedade da prestação de informações por parte do contribuinte deve ser considerada como elemento essencial quando da tentativa de consideração penal de informações tributárias prestadas. Como consequência desta obrigatoriedade, a utilização de tais informações sem seu adequado tratamento jurídico-processual acarretará violação à garantia de silêncio do acusado.[35] Essa também foi a cons-

32. SEER, Roman. Kriminalisierung des Steuerbürgers. *Die Steuerberatung*, 2006, p. 08.

33. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. *Boletim de Ciências Econômicas. Homenagem aos Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, v. LVII, t. I, 2014, p. 433.

34. SEER, Roman. Kriminalisierung des Steuerbürgers. *Die Steuerberatung*, 2006, p. 09.

35. Como afirma Queijo, "de um lado, o nemo tenetur se detegere e o direito ao silêncio são indissociáveis, visto que o direito de calar é uma significativa decorrência de que 'ninguém é obrigado a se autoincriminar'. De outro, não se pode negar que a equiparação do nemo tenetur se detegere ao direito ao silêncio é bastante restritiva.". Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. *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. p. 232 e ss.

tatação realizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ao notar que "o direito de não se autoincriminar está, no entanto, primordialmente preocupado em respeitar a vontade de uma pessoa acusada de permanecer em silêncio."[36] No entanto, informações entregues coercitivamente, sob pena de multa, às autoridades fiscais não podem ser livremente utilizadas no processo penal. É o que se passa a analisar.

4. Vedação de utilização das informações fiscais no processo penal

De todo o acima exposto, percebe-se que as informações fiscais prestadas pelos contribuintes podem conter elementos potencialmente incriminadores. A sua utilização como elementos de prova no processo penal, portanto, é questionável diante da vedação constitucionalmente garantida contra a autoincriminação. O conflito entre duas finalidades estatais legítimas e constitucionalmente protegidas, nomeadamente a persecução e punição criminal e a proteção da garantia contra a autoincriminação, demanda uma solução constitucional adequada. Tendo em vista se tratar de uma garantia fundamental, cujo fundamento último é a proteção da liberdade do cidadão, deve-se levar em consideração as diferentes decorrências que advêm do direito ao silêncio e da vedação de produzir provas contra si mesmo.

Essa solução pode ser encontrada na experiência internacional e, com proveito, ser aplicada à realidade constitucional brasileira. O Código Tributário alemão (*Abgabenordnung*) prevê a imprestabilidade das informações fiscais quando a sua utilização possa prejudicar o cidadão em um processo de natureza sancionatória penal. Quer isso dizer que haverá uma vedação de utilização da prova (*Verwertungsverbot*) no âmbito de um processo penal, caso estas informações tenham sido angariadas em virtude do cumprimento de obrigações legais no âmbito extrapenal.[37] Nas palavras de Seer, "o §393, II, do Código Tributário reconhece expressamente uma vedação de valoração apenas quando o contribuinte se incrimina por tipos penais extratributários ao cumprir suas obrigações de cooperação".[38]

36. ECHR, Saunders *vs*. United Kingdom, Case 43/1994/490/572, julgado em 17.12.1996.
37. BRUDER, Michael. *Beweisverwertungsverbote im Steuerrecht und Steuerstrafrecht*. Bern: Lang, 2000, p. 83 e ss.; BIRK, Dieter. *Steuerrecht*. 12. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 148.
38. SEER, Roman. Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenverfahren. In: TIPKE, Klaus, LANG; Joachim (org.). *Steuerrecht*. 23. ed. Colônia: Otto Schmidt, 2018. p. 1554-1555.

Como referido, é elucidativa a previsão do Código Tributário alemão, no sentido de vedar à autoridade o uso de medidas coercitivas para a obtenção de informações que podem incriminar o sujeito passivo. Assim dispõe o §393 do referido diploma:

> "(1) Os direitos e obrigações dos contribuintes e da Administração tributária, no processo fiscal e no processo penal, regem-se pelas disposições aplicáveis, respectivamente, ao processo fiscal e ao processo penal. *No processo fiscal, no entanto, não serão admitidas medidas coercitivas (§328) contra o contribuinte se este, em virtude delas, vier a ser obrigado a se incriminar em razão de crimes tributários ou de infrações administrativas por ele cometidas. Esta regra se aplica sempre que contra ele tenha sido instaurado processo penal em razão de tais atos.* O contribuinte deve ser informado a respeito de tal instauração quando houver oportunidade.
>
> (2) Caso cheguem ao conhecimento do Ministério Público ou do Tribunal fatos ou elementos de prova constantes das informações fiscais, que o contribuinte, antes da instauração do processo penal ou ignorando a sua instauração, tenha revelado à autoridade fiscal em cumprimento de suas obrigações tributárias, *essas informações não poderão ser usadas contra ele para a persecução de um fato que não seja um crime tributário*. Essa disposição não tem aplicação para atos típicos para os quais haja interesse público relevante (§30, 4, n. 5)".[39] (grifo nosso)

39. No original: "(1) Die Rechte und Pflichten der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren und im Strafverfahren richten sich nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften. Im Besteuerungsverfahren sind jedoch Zwangsmittel (§ 328) gegen den Steuerpflichtigen unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Dies gilt stets, soweit gegen ihn wegen einer solchen Tat das Strafverfahren eingeleitet worden ist. Der Steuerpflichtige ist hierüber zu belehren, soweit dazu Anlass besteht.

(2) Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht". Para uma tradução do texto integral, não atualizado, da Abgabenordnung veja-se NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Novo Código Tributário Alemão*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense; IBDT, 1978.

A mera leitura do dispositivo demonstra que, no sistema alemão, a vedação de utilização de medidas coercitivas para a obtenção de elementos de provas contra o contribuinte por meio de procedimentos fiscais é concretização legal das garantias constitucionais sobre a autoincriminação (*Selbstbezichtigung*). Diante de tais disposições, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu pela vedação de mudança de finalidade ou pela vedação de valoração no processo penal das informações fiscais prestadas em virtude de obrigação legal. Nas palavras do Tribunal Constitucional Federal alemão,

> "No entanto, a razoabilidade da obrigação irrestrita de fornecer informações não justifica que o acusado também deva contribuir para sua própria condenação criminal. O direito ao silêncio constitucionalmente imposto seria ilusório se uma declaração autoincriminatória produzida fora do processo penal pudesse, contra a sua vontade, ser usada contra para fins penais. Uma declaração obrigatória e autoincriminatória só é constitucionalmente admissível quando acompanhada de uma proibição de utilização no âmbito da persecução criminal."[40]

No Brasil, mesmo inexistindo disposição semelhante, o impedimento de utilização de meios coercitivos pode ser oposto contra qualquer autoridade estatal, seja ela competente para a persecução criminal ou não. De acordo com a

40. BVerfG v. 15.10.2004 - 2 BvR 1316/04. No original: „Die Zumutbarkeit einer solchen uneingeschränkten Auskunftspflicht rechtfertigt es aber nicht, dass der Auskunftspflichtige zugleich zu seiner strafrechtlichen Verurteilung beitragen muss. Das verfassungsrechtlich gebotene Schweigerecht im Strafverfahren wäre illusorisch, wenn eine außerhalb des Strafverfahrens erzwungene Selbstbezichtigung gegen seinen Willen strafrechtlich gegen ihn verwendet werden dürfte. Eine zwangsweise herbeigeführte Selbstbezichtigung ist daher verfassungsrechtlich nur dann zulässig, wenn sie mit einem strafrechtlichen Verwertungsverbot einhergeht". Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/03/rk20080331_2bvr046708.html] (último acesso em: 27.01.2019). Posição contrária foi assumida pelo Tribunal Constitucional Português ao analisar questão envolvendo a utilização e valoração de informações fiscais no processo penal. Decidiu o Tribunal: "Assim, numa ponderação entre o princípio nemo tenetur se ipsum accusare e a restrição que ao mesmo é imposta no caso concreto e os valores constitucionais que se pretendem salvaguardar com essa restrição, é de entender que a mesma não se revela desproporcionada. Pelo exposto, há que concluir que a interpretação normativa em questão não viola qualquer norma ou princípio constitucional, designadamente o direito à não autoincriminação, incluído nas garantias de defesa do arguido em processo penal, asseguradas no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, nem qualquer dos restantes direitos constitucionais invocados pelo Recorrente." Tribunal Constitucional Português, Acórdão 340/2013, Diário da República, data 11.11.2013, p. 33121.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "a invocação do direito ao silêncio é inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, e o exercício dessa prerrogativa constitucional não legitima a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'."[41]

A garantia da vedação de autoincriminação traz consigo uma obediência à *passividade*[42] do acusado, atribuindo o ônus ao acusador, sem que haja quaisquer deveres do primeiro para com o segundo. A obtenção dos fatos e das provas, portanto, é dever exclusivo do acusador, resguardando-se ao acusado a sua passividade que não o autoincrimina.[43] O ônus compete ao órgão acusador, que "não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado."[44] Como visto, as informações fiscais são prestadas de forma positiva, ativa, pelo cidadão como decorrência de obrigações legais. Não há passividade, mas atuação concreta e positiva do contribuinte.

Utilizar como prova contra o acusado as informações, as quais estava obrigado a oferecer, violaria "o efetivo direito a não se autoincriminar [que] constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do processo acusatório e do direito à presunção de não culpabilidade."[45] A sua utilização equivale ao constrangimento de obrigar o acusado a produzir as provas que serão utilizadas para fundamentar a sua condenação, o que viola a garantia constitucional. O direito ao silêncio do acusado, no entanto, deve ser resguardado, uma vez que "corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a

41. STF, HC 99.289, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 04.08.2011 (grifo nosso). Sobre a posição jurisprudencial, veja-se, em especial, BOTTINO, Tiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. São Paulo: Elsevier, 2009.

42. REITER, Christian. „Nemo tenetur se ipsum prodere" und Steuererklärungspflicht: Zur Strafbarkeit der wiederholenden Hinterziehung periodischer Veranlagungs- und Fälligkeitssteuern im anhängigen Steuerstrafverfahren. München: Utz Verlag, 2007. p. 45.

43. Exemplificativamente, vejam-se as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: RHC 57.750/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastiao Reis Júnior, publicado em 14.06.2016; RHC 52.067/DF, Quinta Truma, Rel. Min. Jorge Mussi, publicado em 03.02.2015; HC 243.034/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, publicado em 02.09.2014; REsp 1.361.174/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, publicado em 10.06.2014.

44. STF, HC 101.909, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, publicado em 10.06.2012.

45. STF, HC 91.654, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, publicado em 07.11.2008.

mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor."[46] A vedação de autoincriminação também traz como consequência que as autoridades estatais busquem outras formas de provas ou evidências, e que essa busca não seja negligente diante de elementos já existentes.[47] Quer isso dizer que as informações fiscais não podem ser tomadas como elemento central, que permitiriam às autoridades da persecução criminal renunciarem a coleta de demais provas ou indícios.

À mesma conclusão chega Kuhlen ao afirmar que "as informações, que o sonegador fez em cumprimento de suas obrigações tributárias, não podem ser, dessa forma, utilizadas para o seu indiciamento e sua condenação pelo crime de sonegação cometido."[48] No exato mesmo sentido, Beckemper afirma que "finalmente, o §393, n. 2, ponto 1, do Código Tributário Nacional exclui a utilização no processo penal de informações prestadas pelo contribuinte em processos fiscais."[49] Idêntica posição é defendida por Rogall:

> "A proibição (de valoração) configura o instrumento que impede a violação de uma posição protegida como um direito fundamental. A protecção através da proibição de utilização ou valoração é, por isso, constitucionalmente imposta. Ela não comporta relativizações, uma vez que a instrumentalização do arguido para a sua própria condenação, é sempre uma instrumentalização inequívoca, mesmo em se tratando de perseguir os crimes mais graves."[50]

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi chamada a decidir casos envolvendo a utilização de provas obtidas por meios coercitivos ou compulsórios. No famoso caso Saunders *vs*. United Kingdom, a CEDH determinou que não se utilizassem provas obtidas por um órgão estatal extrajudicial, ainda que elas

46. STF, HC 91.514, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em 10.05.2008.
47. DRIPPS, Donald A. The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law. In: DUFF, Ra; GREEN, Stuart (ed.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 420.
48. KUHLEN, Lothar. *Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2012. p. 162.
49. BECKEMPER, Katharina. Nemo tenetur-grundsatz im Steuerstrafrecht. Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 05, 2012, p. 223.
50. ROGALL, Klaus. Das Verwendungsverbot des § 393 II AO. apud COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. *Boletim de Ciências Econômicas. Homenagem aos Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, v. LVII, t. I, 2014, p. 438.

pudessem estar no interesse da acusação. Nesse sentido, a Corte de Direitos Humanos deixou registrado que

> "[o] interesse público não pode ser invocado para justificar o uso de informações obtidas compulsoriamente em uma investigação não judicial para incriminar o acusado durante o julgamento. É digno de nota a este respeito que, de acordo com a legislação pertinente, as declarações obtidas ao abrigo de competências obrigatórias pelo órgão estatal contra fraudes relevantes não podem, como regra geral, ser apresentadas como prova no julgamento posterior do interessado. Além disso, o fato de as declarações terem sido feitas pelo requerente antes da sua acusação não impede que a sua utilização posterior no processo penal constitua uma violação do direito [a não produzir prova contra si mesmo]."[51]

Seguindo o mesmo caminho, o Reino Unido aprovou uma importante mudança em sua legislação sobre provas no processo criminal, prevendo que informações angariadas de forma coercitiva não podem ser usadas em processos de natureza penal.[52-53]

O Estado-acusador tem o ônus de provar, com base em outros indícios ou elementos de prova, que o contribuinte cometeu as ilegalidades, não podendo assentar a sua acusação exclusivamente nas informações oferecidas como meio de cumprimento de suas obrigações acessórias. Em poucas palavras: não há um dever de o contribuinte colaborar com o Estado acusador.[54] Isso corresponderia a "transformar o acusado em instrumento enganoso de sua própria condenação".[55] Sobre isso, afirma Reiter que

> "o risco de uma violação da garantia absoluta da não autoincriminação do acusado no processo penal foi reconhecida pelo legislador e concretizou isso de forma geral pelo estabelecimento de um direito de negar a prestação de informações (*Auskunftsverweigerungsrecht*). Por meio disso, a obtenção das

51. ECHR, Saunders *vs*. United Kingdom, Case 43/1994/490/572, julgado em 17.12.1996.
52. Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, 59s and Schedule 3.
53. ALLDRIDGE, Peter. *Criminal Justice and Taxation*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 95.
54. GONZALEZ, Luis Manuel Alonso. *Jurisprudencia Constitucional Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993. p. 234-235.
55. Supreme Court, Watts v. Indiana, 338, US 49, 54. Sobre o tema, veja-se LIPTON, Paul. Constitutional Rights in Criminal Tax Investigations. *American Bar Association Journal*, v. 53, 1967, p. 517 e ss.

> informações fica suspensa, e a garantia do princípio do 'nemo tenetur se ipsum prodere' é obedecida de forma abrangente."[56]

A utilização de informações fiscais como elemento probatório no processo penal corresponderia a uma autoincriminação compulsória, uma vez que decorreria de informações obtidas em decorrência de obrigações legais, sem qualquer voluntariedade por parte do contribuinte-acusado. Apenas a sua exclusão do rol de provas a serem valoradas no processo seria capaz de concretizar, garantir e promover o direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo.

Importante argumento a fortalecer a vedação de utilização de informações fiscais está presente na manifestação do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao determinar que as informações fiscais prestadas estão protegidas pela confiança do cidadão depositada na atuação estatal. Assim, "O princípio da proteção da confiança tem hierarquia constitucional no Estado de Direito. O cidadão deve ser capaz de prever as possíveis intervenções estatais contra ele e ser capaz de se comportar de acordo com elas."[57] Também no Brasil o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança possuem papel relevante. Como decorrência direta do Estado de Direito, eles atuam de forma multidimensional, protegendo diferentes pretensões e garantindo direitos distintos. No que interessa ao presente estudo, o contribuinte confia que as informações que ele está obrigado a entregar serão usadas para a determinação da matéria tributável e a verificação da correção no pagamento dos tributos devidos. A mudança na finalidade da utilização das informações, do tributário para o penal, faz com que elas percam a sua natureza probatória, uma vez que prestadas compulsoriamente, sob pena de multa e outras sanções previstas no âmbito fiscal.

Em termos singelos: o contribuinte confia que as informações serão usadas para fins tributários. E essa confiança precisa ser protegida, sob pena de violarmos a segurança jurídica, a confiança legítima e, ao final, a garantia constitucional contra a autoincriminação.

---

56. REITER, Christian. „Nemo tenetur se ipsum prodere" und Steuererklärungspflicht: Zur Strafbarkeit der wiederholenden Hinterziehung periodischer Veranlagungs- und Fälligkeitssteuern im anhängigen Steuerstrafverfahren. München: Utz Verlag, 2007. p. 45.

57. BVerfG v. 15.10.2004 - 2 BvR 1316/04. No original: "Das Gebot des Vertrauensschutzes ist im Rechtsstaatsprinzip mit Verfassungsrang verankert Bürger soll die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können." Sobre a proteção da confiança em geral, veja-se por todos ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 379 e ss.

Conclusão

As considerações acima permitem chegar a algumas conclusões. Em primeiro lugar, os estados fiscais modernos pressupõem a colaboração e a participação dos contribuintes na realização das atividades tributárias. Nesse sentido, a legislação cria obrigações aos contribuintes diversas do pagamento do tributo. Tais obrigações constituem, em grande medida, deveres instrumentais de fornecer informações às autoridades fiscais sobre as suas atividades individuais e empresariais.

Em segundo lugar, a Constituição brasileira garante aos acusados o direito ao silêncio. Como decorrência desta garantia fundamental, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem, no direito constitucional brasileiro, o direito fundamental contra a autoincriminação. Este direito protege os acusados contra qualquer forma – ativa ou passiva – de obrigação de colaborar com o Estado acusador. Nesse ponto, a voluntariedade é o elemento central, sendo requisito essencial para qualificar a entrega de informações como sendo ou não sendo autoincriminadora. Em virtude de sua natureza de obrigação legal, as informações fiscais não são prestadas de forma voluntária, mas sob a ameaça da cominação de penas e multas ao contribuinte.

Em terceiro lugar, como decorrência das premissas acima, as informações fiscais prestadas em decorrência de legislação não podem ser usadas no processo penal. A experiência internacional, nomeadamente na Alemanha, oferece uma solução condizente com a realidade constitucional brasileira. De acordo com as disposições do Código Tributário alemão, as informações fiscais prestadas pelo contribuinte não podem ser usadas em processos penais (*Verwertungsverbot*). Essa mesma posição já foi adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos e foi, em grande medida, transformada em lei no Reino Unido.

Por fim, outro argumento a fundamentar a posição da imprestabilidade das informações fiscais no processo penal diz respeito à proteção da confiança do contribuinte, que presta as informações confiando que serão usadas pela autoridade fiscal para a determinação da matéria tributável.

Bibliografia

ADAMY, Pedro. Confissão tributária e sua eficácia no processo penal. In: BOSSA, Gisele; RUIVO, Marcelo Almeida (org.). *Crimes contra a ordem tributária*. Coimbra/São Paulo: Almedina, 2019.

ADAMY, Pedro. Obrigações acessórias e persecução criminal: limites da utilização de informações fiscais no Processo Penal. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (org.). *Tributação do ilícito*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ALLDRIDGE, Peter. *Criminal Justice and Taxation*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECKEMPER, Katharina. Nemo tenetur-grundsatz im Steuerstrafrecht. Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 05, 2012.

BIRK, Dieter. *Steuerrecht*. 12. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BÖSE, Martin. *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

BOTTINO, Tiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. São Paulo: Elsevier, 2009.

BRUDER, Michael. *Beweisverwertungsverbote im Steuerrecht und Steuerstrafrecht*. Bern: Lang, 2000.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Nemo tenetur se ipsum accusare e Direito Tributário. *Boletim de Ciências Econômicas. Homenagem aos Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, v. LVII, t. I, 2014.

DOURADO, Ana Paula; DIAS, Augusto Silva. Information duties, aggressive tax planning and the nemo tenetur se ipsum accusare in light of Article 6 (1) of the ECHR, In: KOFLER, Georg; MADURO, Miguel; PISTONE, Pasquale (ed.). *Taxation and Human Rights in Europe and the World*. Amsterdam: IBDF, 2011.

DRIPPS, Donald A. The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law. In: DUFF, Ra; GREEN, Stuart (ed.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DRÜEN, Klaus-Dieter. *Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

ECKHOFF, Rolf. *Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht*. Colônia: Otto Schmidt, 1999.

ESTELLITA SALOMÃO, Heloísa. A direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 26, 1999, p. 129-142.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Obrigação acessória e limites de imposição. In: TORRES, Heleno (org.). *Teoria geral da obrigação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GONZALEZ, Luis Manuel Alonso. *Jurisprudencia Constitucional Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993.

GREENAWALT, Kent. *Interpreting the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

HENSEL, Albert. Verfassungsrechtliche Bindungen des Steuergesetzgebers. Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit – Gleichheit vor dem Gesetz. VJSchrStFR, 1931.

ISENSEE, Josef. *Die typisierende Verwaltung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976.

KICHHOF, Paul. *Bundessteuergesetzbuch*. Heidelberg: C:F. Müller, 2011.

KIRCHHOF, Gregor. *Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohsteuerverfahren*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.

KIRCHHOF, Gregor. *Bundessteuergesetzbuch. Ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts*. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.

KUHLEN, Lothar. *Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung*. Heidelberg: C.F. Müller, 2012.

LIPTON, Paul. Constitutional Rights in Criminal Tax Investigations. *American Bar Association Journal*, v. 53, 1967.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Novo Código Tributário Alemão*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense; IBDT, 1978.

PAULSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *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.

RANDT, Karsten. Verhältnis zwischen Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren. In: WIDMANN, Werner. *Steuervollzug im Rechtsstaat*. Colônia: Otto Schmidt, 2008.

REITER, Christian. *"Nemo tenetur se ipsum prodere" und Steuererklärungspflicht:* Zur Strafbarkeit der wiederholenden Hinterziehung periodischer Veranlagungs- und Fälligkeitssteuern im anhängigen Steuerstrafverfahren. München: Utz Verlag, 2007.

RUEGENBERG, Guido. *Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs* – und Strafverfahren. Colônia: Otto Schmidt, 2001.

SALDITT, Franz. Bürger zwischen Steuerrecht und Strafverfolgung. In: MELLINGHOFF, Rudolf. *Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht*. Colônia: Otto Schmidt, 2015.

SCHMIDT, Michael. *Die Problematik der objektiven Beweislast im Steuerrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEER, Roman. Kriminalisierung des Steuerbürgers. *Die Steuerberatung*, 2006.

SEER, Roman. Steuerstraf – und Steuerordnungswidrigkeitenverfahren. In: TIPKE, Klaus, LANG; Joachim (org.). *Steuerrecht*. 23. ed. Colônia: Otto Schmidt, 2018.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em processo administrativo fiscal no processo penal, de Augusto Tarradt Vilela – *RBCCrim* 142/111-131 (DTR\2018\10712).

Superpopulação carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

Prison Overcrowding and International Human Rights Systems

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Professor Associado de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da AIDP e Vice-Presidente do Comitê Internacional de Penalistas Francófonos (CIPF).
ORCID: 0000-0003-1737-3754
ceajapiassu@uol.com.br

Ana Lúcia Tavares Ferreira

Mestre e Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.
ORCID: 0000-0002-8709-7970
analutferreira@gmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O artigo busca discutir a superpopulação carcerária, os fatores que resultam no aumento da população prisional e as estratégias de controle das taxas de encarceramento e níveis de ocupação das unidades prisionais. O artigo também analisa a contribuição dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos, notadamente as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, para a redução da população carcerária, sugerindo algumas medidas para tornar essa contribuição mais efetiva.

Abstract: This paper aims to discuss prison overcrowding, factors that result in prison population growth and strategies to control incarceration rates and occupancy levels in detention unities. It also analyses the contribution of International Human Rights Systems, namely European and Interamerican Court of Human Rights, to the reduction of prison overcrowding and incarceration rates, suggesting some measures to make this contribution more effective.

Japiassú, Carlos Eduardo Adriano; Ferreira, Ana Lúcia Tavares.
Superpopulação carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 164. ano 28. p. 159-197. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

Palavras-chave: Encarceramento – Superpopulação – Pena – Política Criminal – Direitos Humanos.

Keywords: Imprisonment – Overcrowding – Punishment – Criminal Policy – Human Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crescimento da taxa de encarceramento: investigação dos fatores determinantes. 3. Encarceramento e fatores externos ao sistema penal: breve panorâmica. 4. Encarceramento e fatores internos ao sistema penal. 5. Controle da superpopulação carcerária e Sistemas de Direitos Humanos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Os níveis de encarceramento vêm aumentando em todo o mundo e um número expressivo de países enfrenta problemas de superlotação carcerária,[1] entre eles o Brasil, que ocupa o terceiro lugar da lista de países com maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos e da China, segundo os levantamentos mais recentes.

A população carcerária brasileira atual é de 726.712 presos, enquanto que o sistema penitenciário possui 368.049 vagas,[2] tendo o STF declarado Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário na ADPF 347.[3] Essa ocupação excessivamente elevada implica em condições de detenção marcadamente precárias insalubres e promíscuas, falta de espaço vital, além da escassez de prestações essenciais, como alimentação, cuidados de saúde, educação e segurança.

A superlotação importa, ainda, uma acentuada desproporção entre o número de pessoas presas e de funcionários da administração prisional, intensificando-se o risco de episódios de violência entre os detentos, ou contra estes por parte dos agentes do Estado.

Além de se configurar um quadro grave de violação de direitos fundamentais, as taxas de ocupação elevadas e a precariedade das condições de detenção impossibilitam, portanto, que o Estado garanta a segurança no ambiente prisional. A

1. Constata-se um aumento de 20% no número de pessoas presas em todo o mundo, entre 2000 e 2014. WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List Twelth edition*. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf]. Acesso em: 23.06.2019.
2. MJ. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil]. Acesso em: 30.07.2019.
3. STF. ADPF 347. Processo 0003027-77.2015.1.00.00000. Rel. Min. Marco Aurélio.

falta de segurança no cárcere resulta, por sua vez, na lesão aos bens jurídicos cuja proteção justifica e legitima o próprio direito penal e, mais especificamente, na frustração das finalidades da pena.

É o que vêm demonstrando os recorrentes episódios de violência que resultaram em dezenas de mortos em unidades prisionais brasileiras, dentre os quais se destacam o caso do presídio Urso Branco, em Rondônia e, mais recentemente, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, no Amazonas.

As medidas mais frequentemente recomendadas e utilizadas para solucionar o problema da superpopulação carcerária são a construção e ampliação de estabelecimentos prisionais e a adoção de reformas legislativas voltadas para a redução do contingente carcerário.

Entretanto, essas medidas não necessariamente implicaram a eliminação ou redução da superpopulação.

No caso brasileiro, registrou-se um aumento no número de vagas do sistema prisional 135.710 em 2000 para 368.049 em 2016 (171.2%). Porém, o *déficit* de vagas passou de 97.045 a 358.663 (269.5%) no mesmo período. Significa dizer que o aumento de vagas, embora acelerado, não se aproxima da velocidade do aumento do número de pessoas presas.

Tampouco a adoção de leis desencarceradoras, como por exemplo a Lei 9.714/1998 (penas alternativas), a Lei 12.258/2010 (monitoramento eletrônico) ou a Lei 12.403/2011 (medidas cautelares no processo penal), resultou em efetiva redução da população carcerária, podendo-se afirmar que as reformas legislativas contribuíram muito mais para aumentar a rede penal do que para controlar os níveis de superlotação.

Sendo assim e para permitir que as demais medidas funcionem, é absolutamente necessário que ocorra uma conscientização geral da gravidade da situação brasileira, que não encontra paralelo no mundo.

No entanto, tomada de consciência e modificação, em sociedade, da maneira com que a resposta penal é entendida e adotada não parece factível a curto prazo e, por isso mesmo, ainda que necessária e urgente, não deverá gerar resultados de imediato.[4]

4. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no brasil. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1, v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14316/10852]. Acesso em: 07.07.2019.

Assim, parece necessário buscar medidas que possam ser adotadas para lidar com a superlotação carcerária, característica do sistema penitenciário brasileiro e, por essa razão, o presente trabalho tratará do controle da superpopulação carcerária no âmbito dos sistemas internacionais de direitos humanos, notadamente o Sistema Europeu, no qual destaca-se o papel central do Corte Europeia de Direitos Humanos, como órgão jurisdicional e o Sistema Interamericano, composto pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Inicialmente serão apontadas as tendências atuais dos índices de encarceramento e superpopulação carcerária, apresentando-se um breve panorama do quadro mundial e alguns dos casos mais destacados de superlotação e crescimento da taxa de encarceramento.

Em seguida, serão abordados os principais estudos e pesquisas nos quais foram investigadas as origens do crescimento das taxas de encarceramento, buscando-se demonstrar que, embora se reconheça a influência dos fatores externos ao sistema penal nas taxas de encarceramento, tem se identificado uma contribuição determinante dos fatores internos ao sistema penal, isto é, das decisões político-criminais produzidas nos diversos níveis do sistema penal.

A seção seguinte tratará da influência dos fatores internos ao sistema penal sobre os níveis de encarceramento, apontando-se algumas pesquisas e estudos de maior destaque sobre o tema.

No tópico subsequente, será brevemente apresentada a atuação dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos no controle dos níveis de encarceramento, buscando-se identificar os principais pontos de convergência e as eventuais diferenças entre a atuação das Cortes Europeia e Interamericana sobre a superpopulação carcerária.

Ao final, serão extraídas conclusões a partir dos pontos tratados ao longo do trabalho, buscando-se elaborar propostas para tornar mais efetivo o controle da superpopulação no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2. Crescimento da taxa de encarceramento: investigação dos fatores determinantes

Atualmente, destacam-se entre os países com taxas de encarceramento[5] mais elevadas os Estados Unidos, com o maior índice (655), El Salvador (604), Ruanda (464), Rússia (402), e Brasil (324).

5. A população carcerária é a medida correspondente ao número total de pessoas presas em um determinado dia do ano. A taxa de encarceramento – medida mais comumente

Quanto aos níveis de ocupação, constata-se que 116 entre 204 sistemas prisionais nacionais apresentam ocupação acima de 100%, ou seja, configura-se a superpopulação carcerária em três quintos dos países.[6]

O maior nível de ocupação é das Filipinas (463,6%), seguido de Haiti (454,5%), Bolívia (363,9%) e Guatemala (357,6%).

Embora não figure entre as mais altas, a taxa de ocupação brasileira é significativamente elevada (167%), especialmente se comparada com os índices dos demais países da América do Sul, como por exemplo o Uruguai (112%), Argentina (115%) e Chile (100%).

Quanto ao crescimento da taxa de encarceramento, a comparação entre diversos países resulta na identificação de diferentes realidades e tendências, não obstante a uniformização de princípios legais e políticas criminais, podendo-se distinguir três tipos de evolução, quais sejam:

Um primeiro grupo de países de diferentes continentes apresentou, nos últimos 15 anos, um crescimento da taxa de encarceramento acima de 100%, como por exemplo, Djibouti (133%), Brasil (153 %), Uruguai (115%), destacando-se alguns com crescimento superior a 200%, como Turquia (209%), Angola (253 %) e Kosovo (663%).

Os países do grupo majoritário ocupam uma posição intermediária, com crescimento da taxa de encarceramento inferior a 100%, dentre os quais Canadá (1,7%), Chile (11%) Inglaterra e País de Gales (19%), Noruega (26.32%) México (31%), Austrália (33%), Argentina (65%) e Cabo Verde (65%).

No extremo oposto ao primeiro grupo, estão os países que apresentam taxa de encarceramento decrescente, como Itália (-7,5%), Alemanha (-10%), Burundi (-40%), África do Sul (-25%), destacando-se especialmente os casos da Rússia (-36%) e Estados Unidos (-1,6%), tradicionalmente conhecidos pelos altos índices de encarceramento.[7]

---

utilizada nas comparações entre países –, consiste no número total de pessoas presas em um determinado dia do ano ou média diária de pessoas presas ao longo do ano inteiro, para cada cem mil habitantes. YOUNG, Warren; BROWN, Mark. Cross National Comparisons of Imprisonment. *Crime and Justice*. Chicago, v. 17, p. 1-49, 1993.

6. COYLE, Andrew et al. *Imprisonment Worldwide*: The Current Situation anda n Alternative Future. Bristol: Policy Press, 2016. p. 414.

7. WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List Twelth edition*. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf]. Acesso em: 23.06.2019. Deve ser levado em conta que alguns dos países passaram por episódios

A análise do quadro brevemente descrito acima revela discrepâncias acentuadas entre as taxas de encarceramento de países considerados muito semelhantes do ponto de vista socioeconômico, bem como taxas de encarceramento muito similares em países cujas realidades são inteiramente diferentes.

Constata-se, além disso, que a expansão do encarceramento e superpopulação carcerária são fenômenos comuns a diversos países, identificando-se uma coincidência entre alguns fatores que influenciaram o crescimento das taxas de encarceramento em diferentes sistemas penitenciários.

Partindo desse pressuposto, o tema vem sendo investigado em diversos estudos e pesquisas, com metodologias e perspectivas diversas, tanto em relação a determinados países isoladamente, como na perspectiva comparada, buscando-se apontar os fatores que contribuem para o crescimento dos índices de encarceramento.

As investigações vêm demonstrando que o crescimento das taxas de encarceramento resulta da interação complexa entre múltiplos fatores, que variam conforme as características locais de cada configuração social, sendo inviável a indicação de uma única causa ou origem para o fenômeno.[8]

Nesse contexto, foram identificados inúmeros fatores determinantes, os quais podem ser divididos, para melhor compreensão do tema, entre fatores externos e internos ao sistema penal, além de fatores intermediários.

Dentre os fatores externos, destacam-se os índices registrados de criminalidade, as variações demográficas e as condições socioeconômicas.

Os fatores internos ao sistema penal, por sua vez, consistem em todas as decisões produzidas nos seus diversos níveis, desde a instauração de procedimento de

como guerras civis ou conflitos internacionais, redivisão territorial, ocupação (como, por exemplo, a região dos Balcãs e alguns países da África), em suma, fatos que podem ter ocasionado uma variação drástica nas taxas de encarceramento, de forma que devem ser excluídos de uma análise comparada em razão da potencial distorção gerada pela situação de excepcionalidade. Alguns países (Afeganistão, Burundi, República Central da África, Costa do Marfim, República Democrática do Congo, Haiti, Liberia, Sudão, Timor-Leste) vêm sendo objeto de um programa de reconstrução ou instalação inédita de sistema penitenciário, implementado pelas Nações Unidas, fato que poderia explicar um súbito crescimento da população prisional. Sobre o tema ver UNITED NATIONS. Department of Peacekeeping Operacions. Sustainable Peace through Justice and Security. October 2010. v. 2. Disponível em: [https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/corrections2010.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

8. Nesse sentido, PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 158.

investigação em sede policial, passando pela propositura da ação penal pelo ministério público, até a prolação de sentença condenatória pela autoridade judicial.

Já os fatores intermediários seriam aqueles que interagem entre os fatores internos e externos, podendo-se mencionar como exemplo a influência da mídia sobre opinião pública a respeito das decisões político-criminais, exercida por meio da divulgação jornalística e frequentemente distorcida dos índices registrados de criminalidade.

3. Encarceramento e fatores externos ao sistema penal: breve panorâmica

É frequente a associação entre os índices de encarceramento e os índices de criminalidade registrada.[9] Entretanto, os estudos que buscaram identificar a relação entre esses fenômenos apresentaram resultados contraditórios entre si.

9. A criminalidade não seria, como bem observou Castro, "[...] uma realidade que existe na natureza, mas uma construção social que depende dos 'juízos adscritivos' que produzem a qualidade de criminoso na pessoa a quem se aplicam; uma construção social que está em constante criação e que provém, não das regras do Direito Penal, mas das regras que condicionam a atividade de definição das instâncias de controle." CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 110. Assim, Nilo Batista propôs, a substituição do objeto de reflexão, apontando que "a criminalidade – entendida como o somatório das condutas infracionais que se manifestam na realidade social – é sempre incognoscível, do qual não temos como nos aproximar segundo critérios metodologicamente confiáveis." Nessa perspectiva, poderíamos optar, como sugeriu o autor, pela adoção do termo criminalidade registrada, para designar os indicadores das estatísticas policiais e judiciárias, ou, de forma mais acertada, criminalização, "porque a seletividade operativa do sistema penal, modelando qualitativa e quantitativamente o resultado final da criminalização secundária – isto é, quem e quanto ingressarão nos registros –, faz dele um procedimento configurador da realidade social." BATISTA, Nilo. *Criminalidade econômico-financeira intervenção no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado*. Disponível em: [http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/59/45]. Acesso em: 16.12.2018. A criminalização, por sua vez, desenvolver-se-ia em duas etapas, quais sejam: criminalização primária e secundária. Na criminalização primário, sanciona-se, como explicou Nilo Batista, uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, enquanto que a criminalização secundária, tem-se a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Sobre o tema ver BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Raúl Eugênio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 42-43. Neste trabalho será adotado o termo criminalidade, buscando-se harmonizar o texto com a literatura pesquisada no qual a expressão aparece frequentemente, como será apontado ao longo do trabalho.

Os resultados das diversas pesquisas quantitativas sobre o tema apresentam enorme variação, podendo-se identificar estudos que não encontraram nenhuma correlação entre os índices de encarceramento e de criminalidade (Nagel, Young e Brown, Zimring e Hawkins, Törnudd),[10] estudos que encontraram uma correlação positiva entre esses fatores (Biles, Bowker),[11] além de estudos nos quais foi identificada uma correlação negativa (Bowker).[12]

Esclareça-se que a correlação positiva ocorre toda vez que as variáveis são diretamente proporcionais, ou seja, a criminalidade aumenta e o índice de encarceramento também. Diferentemente, há correlação negativa nos casos em que as variáveis são inversamente proporcionais, isto é, os índices de criminalidade diminuem e os índices de encarceramento aumentam.

---

10. NAGEL, William G. On Behalf of a Moratorium on Prison Construction. Crime and Delinquency. *Thousand Oaks*, v. 23, p. 154-172, April 1977. YOUNG, Warren; BROWN, Mark. Cross National Comparisons of Imprisonment. *Crime and Justice*. Chicago, v. 17, p. 1-49, 1993. Ver também sobre o tema: LYNCH James P. Comparison of Prison Use in England, Canada, West Germany, and the United States: A Limited Test of the Punitive Hypothesis. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 79, Issue 1, p. 108-217, Spring 1998. ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 121-124. No mesmo sentido DE GIORGI, Alessandro. *Re-Thinking the Political Economy of Punishment*. Hampshire: Ashgate, 2006. p. 19. Sobre o tema, ver: GREENBERG, F. David. The Dynamics of Oscillatory Punishment. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 68, Issue 4, p. 643-651, December 1977; JANKOVIC, Ivan. Labor Market and Imprisonment. *Social Justsice/ Global Options, Crime and Social Justice*, n. 8, p. 17-31, fall-winter 1966; WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. *Critical Sociology,* Los Angeles: Sage, v. 10-11, Issue 4-1, p. 59-65, 1981. TÖRNUDD, Patrik. *Fifeen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland*. National Research Institute of Legal Policy: Helsinky, 1991. p. 8; LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Penal Policy in Scandinavia. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 238-239.
11. BILES, David. Crime and the Use of Prisons. *Federal Probation*, v. 43, Issue 2, p. 39-43, 1979. BOWKER, Lee H. Crime and the Use of prisons in the United States: A Time Series Analysis. Crime & Delinquency. *Thousand Oaks*, v. 27(2), p. 206-212, april 1981.
12. No período entre 1941 e 1978, Bowker encontrou uma correlação débil entre os índices de criminalidade e as taxas de encarceramento. No que se refere à correlação entre taxas de encarceramento e índices de criminalidade, no período entre 1958 e 1978, com defasagem de um, dois ou três anos, o autor encontrou uma correlação negativa significativa. Sobre o tema, vide BOWKER, Lee H. Crime and the Use of prisons in the United States: A Time Series Analysis. Crime & Delinquency. *Thousand Oaks*, v. 27(2), p. 206-212, april 1981.

Resultados contraditórios também foram encontrados em pesquisas qualitativas mais complexas, nas quais foi utilizada a perspectiva comparada, levando-se em conta a interação entre diversos fatores.

Assim, Lynch e Pridemore concluíram, por meio da comparação entre diversos países com os Estados Unidos, que os elevados índices de criminalidade violenta e o grande volume de crimes de drogas seriam fatores determinantes para o aumento das taxas de encarceramento norte-americanas, no período entre 1999 e 2008.[13]

Entretanto, Cavadino e Dignan observaram que os índices de criminalidade vêm declinando, desde a década de 1980, nos Estados Unidos e, desde meados da década de 1990, na Inglaterra, sem que se tenha revertido, nesses países, a tendência de aumento das taxas de encarceramento, que seguiram ascendendo nos períodos indicados.[14]

A comparação entre os Estados Unidos e o Canadá também corroboraria, segundo Downes, a inexistência de correlação entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento. As taxas de homicídios canadenses e norte-americanas teriam evoluído simetricamente durante quase meio século, ascendendo do final da década de 1960 até meados da década de 1990, embora em escalas distintas, sem que se tenha verificado, no caso do Canadá, o encarceramento em larga escala, como ocorreu nos Estados Unidos.[15]

No mesmo sentido, observou Lappi-Seppälä que os índices de criminalidade finlandeses apresentaram evolução simétrica aos demais países nórdicos

13. LYNCH James P.; PRIDEMORE, William Alex. Crime in International Perspective. In: WILSON, James Q.; PETERSILIA, Joan. *Crime and Public Policy*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 5-35. Sobre o tema ver FROST, Natasha. The Mismeasure of Punishment: Alternative measure of punitiveness and their (substantial consequences). *Punishment and Society*. Los Angeles: Sage Publications, Vol. 10, Issue 3. p. 277-300, July 2008.
14. CAVADINO, Mick; DIGNAN, James. *Penal Systems*: A Comparative Approach. London: Sage Publications, 2014. Edição Kindle. p. 45; SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 176.
15. DOWNES, David. Visions of Penal Control in the Netherlands. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 109; Sobre o tema, ver WEBSTER, Cheryl Marie; DOOB, Anthony N. Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canad. In: ONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 303.

(Dinamarca, Noruega, Suécia), entre 1950 e 1998, ao passo que as respectivas taxas de encarceramento divergiram de forma considerável no mesmo período.[16]

Como observado por Nagin, ao analisar a relação entre índices criminais e taxas de encarceramento, deve-se estabelecer como premissa que taxas de encarceramento não são variáveis por si próprias, mas produtos de outros fatores, como a probabilidade de apreensão de criminosos e do grau de severidade das sanções, ou seja, o resultado de políticas criminais que determinam "quem vai para a prisão e por quanto tempo."[17]

Assim, predomina na literatura a ideia de inexistência de uma correlação simples, automática e direta entre os índices criminais e as taxas de encarceramento, tendo-se consolidado consenso no sentido de que o atual estado do debate não autoriza uma afirmação conclusiva da relação causal entre essas variáveis.[18]

Também se buscou identificar a relação entre crescimento dos índices de encarceramento e o modo de produção capitalista (Rusche e Kirchheimer),[19] a disponibilidade ou a forma de exploração da força de trabalho (Melossi e Pavarini),[20] o

16. LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Penal Policy in Scandinavia. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 240.

17. NAGIN, Daniel. Deterrence in the Twenty-first Century: a Review. *Carnegie Mellon University Research Showcase*, p. 27-29, 2013.

18. Sobre o tema, ver por todos SNACKEN, Sonja; BEYENS, Kristel. Sentencing and Prison Overcrowding. European Journal on Criminal Policy and Research March. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Milano: Joint Research Centre on International Crime, v. 2, Issue 1, p. 84-99, 1994.

19. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Vários estudos mais recentes desenvolveram a hipótese original de Rusche e Kirchheimer, elaborando-se modelos teóricos mais complexos a partir da perspectiva materialista histórica. Sobre o tema ver por todos CHIRICOS, Theodore G.; DELONE, Miriam A. Labor Surplus and Punishment: a Review and Assessment of Theory and Evidence. *Social Problems*, New York: Oxford University Press, v. 39, n. 4, November 1992.

20. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 25. Também o modelo teórico de Melossi e Pavarini viria a ser desenvolvido, recebendo tratamentos mais complexos e sofisticados, pelos próprios autores e outros pesquisadores. Sobre o tema ver por todos GIORGI, Alessandro de. Punishment and Political Economy. In: SIMON, Jonathan et SPARKS, Richard (Ed.). *The Sage Handbook on Punishment and Society*. London: Sage Publications Ltd., 2013. Edição Kindle. p. 1287-1905.

Estado do bem-estar social (Garland),[21] a adoção de um modelo de sociedade excludente (Becket e Western),[22] as medidas econômicas neoliberais (Wacquant),[23] e as estruturas institucionais dos sistemas políticos (Lacey).[24]

Embora se reconheça certa influência dos fatores socioeconômicos sobre os índices de encarceramento, as investigações desenvolvidas não foram bem-sucedidas em demonstrar um vínculo direto ou uma relação de causa e efeito entre os fatores macrossociológicos e os níveis de crescimento da população carcerária, independentemente da influência dos fatores internos ao sistema penal.

Mudanças sociais e econômicas constituiriam, de acordo com Tonry, "não fatores", ou seja, condições de fundo, parte do problema, mas não a parte mais importante do problema, já que não haveria como se estabelecer uma relação de causa e efeito ou explicação entre eles e as populações carcerárias.[25]

No caso brasileiro, por exemplo, tem se apontado uma relação entre a implantação de medidas econômicas neoliberais e o crescimento da população carcerária.[26] Contudo, pode-se constatar, a partir de um exame breve e superficial das séries estatísticas históricas, que o crescimento da população carcerária nas últimas décadas foi concomitante à evolução positiva de diversos índices sociais.

De fato, o índice de desenvolvimento humano brasileiro apresentou crescimento de 0.60%, entre 2000 e 2010, e de 0.63%, entre 2010 e 2017, segundo

21. GARLAND, David. *Punishment and Welfare*: a History of Penal Strategies. Hants: Ashgate, 1985. GARLAND, David. *The Culture of Control*: Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Edição Kindle.
22. BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing Social Marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. *Punishment and society*, v. 3, Issue 1, p. 43-59, 2001.
23. BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria, Rio de Janeiro: Zahar, 2001. WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor*: The Neoliberal Government of Social Insecurity. Durham: Duke University Press, 2009. BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Edição Kindle.
24. LACEY, Nicola. *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
25. TONRY, Michael. Determinants of Penal Policies. In: TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 16-17.
26. Defendendo a relação entre encarceramento e neoliberalismo, vide ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

dados das Nações Unidas,[27] e a desigualdade de renda no Brasil reduziu continuamente desde 2001 até 2011, de acordo com a PNAD. Entre 2001 e 2011, a renda per capita dos 10% mais ricos aumentou 16,6% em termos acumulados, enquanto a renda dos mais pobres cresceu notáveis 91,2% no período.[28]

A taxa de encarceramento brasileira, por sua vez, aumentou de 137.1, em 2000, para 352.6, em 2016, segundo dados do DEPEN.[29]

Assim, embora não seja possível excluir de pronto uma correlação entre os índices de encarceramento brasileiros e os fatores macrossociológicos, trata-se de hipótese carente de demonstração, cujo desenvolvimento demandaria uma investigação complexa e abrangente.

Em suma, resta um déficit interpretativo no que se refere aos meios pelos quais fatores sociais, como oferta de força de trabalho, alterações político-institucionais, entre outros, influenciariam o sistema penal, provocando variações nas taxas de encarceramento.

Nesse sentido, observou Snacken que, em países ocidentais, a privação de liberdade pressupõe previsão legal e ordem emanada de autoridade judiciaria competente, sendo inviável identificar uma relação direta entre os fatores macrossociológicos ou os índices de criminalidade e as taxas de encarceramento, prescindindo da análise da atuação das agências no próprio sistema penal. Segundo a autora, "o sistema de justiça criminal define criminalidade e influencia a sua abrangência ao determinar a reação à 'criminalidade' e suas formas específicas".[30]

---

27. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAME. Human Development Indices and Indicators. 2018 Statistical Update. Disponível em: [http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html]. Acesso em: 06.07.2019.

28. NERI, Marcelo Côrtes; SOUZA, Pedro Herculano Cavalcanti Ferreira. A década inclusiva (2001-2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf]. Acesso em: 06.07.2019.

29. DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização Junho de 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf]. Acesso em: 06.07.2019.

30. SNACKEN, Sonja et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Milano: Joint Research Centre on International Crime, v. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995; SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p.160.

Tem prevalecido, assim, na literatura, a concepção segundo a qual a explicação das variações nas taxas de encarceramento, tanto numa perspectiva histórica quanto comparada entre países, deve ser elaborada a partir da investigação da influência dos fatores internos ao sistema penal na população carcerária.[31]

4. Encarceramento e fatores internos ao sistema penal

A influência dos fatores internos nas taxas de encarceramento seria exercida por meio das decisões produzidas nos diversos níveis do sistema penal.[32]

O nível legislativo constituiria o fator inicial, determinando quais comportamentos devem ser considerados criminosos, fixando os limites da imposição de pena em casos individuais, além das normas para decretação de prisão cautelar, suspensão condicional do processo ou da pena, bem como a concessão de liberdade condicional, no âmbito da execução penal.

---

31. TONRY, Michael. Determinants of Penal Policies. In: TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 16-17. TONRY, Michael; PETERSILIA, Joan. American Prisons at the Beginning of the Twenty First Century. In: TONRY, Michael; Petersilia, Joan (ed.) Prisons. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 9. Brodeur apontou a predominância da influência dos fatores inerentes ao sistema penal sobre as taxas de encarceramento, as quais seriam "[...] essencialmente o produto das práticas penais e, quando essas práticas são coordenadas em alguma medida, elas concretizam políticas criminais. Isso significa que as taxas de encarceramento não variam diretamente na proporção dos fatores externos, como os índices de criminalidade." No original em inglês: "[…] essentially the product of penal practices, and when those practices are to some extent coordinated, they embody penal policies. This means that incarceration rates do not directly vary in proportion to external factors such as the crime rate." BRODEUR, Jean-Paul. Comparative Penology in Perspective. In: TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Camparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 63. BLUMSTEIN, Alfred; BECK, Allen J Beck. Population Growth in U.S. Prisons, 1980s-1996. In: TONRY, Michael; Petersilia, Joan (ed.). *Prisons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. DOWNES, David. The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985-1995. In: WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*: Toward a Comparative and International Penology. London: Routledge, 2013. p. 147. PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 102; CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry*: Towards Gulagas, Western Style. London: Taylor and Francis, 2000. Edição Kindle. p. 53-54.
32. SNACKEN, Sonja; TUBEX, Hilde. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. European Journal on Criminal Policy and Research*, Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3 Issue 1, p. 18-53, 1995.

A tendência de aumento das taxas de encarceramento em vários países ocidentais, principalmente na segunda metade do século XX, vem sendo associada aos movimentos de política criminal concretizados em reformas legislativas, cuja implementação resultou na imposição de penas de prisão mais longas.

O aumento na medida da pena de prisão foi apontado como fator determinante para o aumento da população carcerária nos Estados Unidos,[33] na Austrália[34] e no Canadá,[35] assim como em países europeus,[36] como Bélgica,[37] Inglaterra e Gales,[38] Noruega,[39] Países Baixos,[40] e Itália, em diferentes períodos.[41]

---

33. Travis apontou a contribuição das reformas legislativas para o aumento da duração das penas e para o aumento da taxa de encarceramento nos Estados Unidos, na década de 1990. TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States*: Exploring Causes and Consequences, Washington, D.C.: The National Academies Press, 2014. No mesmo sentido BLUMSTEIN, Alfred; BECK, Allen J Beck. Population Growth in U.S. Prisons, 1980s-1996. In: TONRY, Michael; Petersilia, Joan (ed.). *Prisons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 54. Zimring e Hawkins também interpretam o crescimento das taxas de encarceramento durante a década de 1980 como resultado de um aumento de severidade, ou seja, à introdução de penas mais longas em razão da substituição do sistema de pena indeterminada pelo mínimo obrigatório. ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 170.

34. FREIBERG, Arie. Prison Population Up, Sentencing Policy Harsher in Australia. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 221.

35. Segundo Landreville, o aumento da população prisional do Canadá nas décadas de 1970 e 1980 se deveria primordialmente ao aumento da severidade das penas, à criação de penas mínimas e ao aumento da porção de pena a ser efetivamente executada em razão da introdução de novas regras para o livramento condicional. Assim, na década de 1970, quando da abolição da pena de morte, integrou-se ao Código Penal uma regra segundo a qual acrescenta-se um ano de pena a qualquer outra pelo uso de arma de fogo na prática do crime. Além disso, passou-se a exigir a execução de no mínimo 25 anos de pena de prisão antes do livramento condicional, em caso de homicídio em primeiro grau. Sobre o tema ver: LANDREVILLE, Pierre. Quelques considérations à partir de la situation canadienne. *Déviance et société*, v. 12, n. 3, p. 291-296, 1988. Disponível em: [http://www.persee.fr/docAsPDF/ds_0378-7931_1988_num_12_3_1546.pdf]. Acesso em: 25.09.2017; DOOB, Anthony; SPROTT, Jane B. Imprisonment Rates in Canada: One Law, 10 Outcomes. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 233.

36. VAN ZYL SMIT, Dirk. *Long-Term imprisonment at home and abroad*. Disponível em: [https://www.rsj.nl/binaries/Van_Zyl_compleet_tcm26-25977.pdf]. Acesso em: 25.09.2017.

37. Snacken observou que as taxas de encarceramento cresceram na Bélgica de 65 por cada 100.000 habitantes, nos anos 1980, para 95 por 100.000 em 2005, em razão da

A polícia e o Ministério Público atuariam, por sua vez, no nível subsequente, decidindo quais casos devem ser perseguidos, nos limites da margem de discricionariedade fornecida no nível legislativo, admitindo-se margem mais ampla nos sistemas que adotam o princípio da oportunidade quanto à propositura da ação penal, como ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos entre 1973 e 1985,[42] na Holanda entre 1975 e 2005[43] e na Bélgica após 1938.[44]

Também as decisões sobre prisão cautelar (que podem constituir atribuição do Ministério Público ou competência judicial) contribuiriam para as variações nas taxas de encarceramento, as quais seriam influenciadas tanto pela frequência da imposição da medida quanto pela sua duração, como ocorreu na Bélgica

introdução de penas mais longas. SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 145.

38. Segundo Newburn, as taxas de encarceramento teriam crescido de 90 para 142 para cada 100.000 habitantes na Inglaterra e País de Gales, em razão da introdução de penas mais longas. NEWBURN, Tim. Tough on crime: Penal Policy in England and Wales. TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 435-436.
39. O uso da prisão vem crescendo constantemente desde os anos 1980, de acordo com Larson, em razão da implementação de penas mais longas. LARSON, Paul. Norway Prison Use Up Slightly: Community Penalties Lots. TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 126.
40. TAK, Peter. Sentencing Punishment in the Netherlands. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 156-161. VAN KALMTHOUT, Anton M.; TAK, Peter J. P. New Sanctions Proliferating in the Netherlands. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 188.
41. PAVARINI, Massimo. *Governare la Penalitá*: Struttura Sociale, Processi Decisionali e Discorsi Pubblici sulla Pena. Bologna: Bononia University Press. 2013. p. 55. PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 206.
42. ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. *Stanford Law Review*, v. 323, p. 323-338, 2005.
43. DOWNES, David; VAN SWAANINGEN, René. The Road to Dystopia Changes in the Penal Climate of the Netherlands. *Crime and Justice in the Netherlands*, v. 35, n. 1, p. 31-71, 2007.
44. SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 155.

nos anos 1990 e 2000,[45] na Alemanha, em 1983 e no período entre 1991 e 1994,[46] bem como na Inglaterra e no País de Gales nos últimos 50 anos e mais acentuadamente nos anos 1990 e 2000.[47]

A execução penal constituiria, assim, o derradeiro nível do sistema penal, sendo influenciado por todos os anteriores e produzindo, a seu turno, efeitos nas populações prisionais, por meio de institutos como a liberdade antecipada, indulto coletivo, conversões de pena, entre outros.[48]

Além da influência de mudanças legislativas que restringiram as saídas antecipadas (na forma de "parole" (livramento condicional) ou perdão da pena) em diversos países, decisões judiciais e administrativas no nível da execução contribuiriam para o aumento da população carcerária independentemente da moldura legal em vigor ou reforçando os efeitos de determinadas previsões legais.

Foi esse o caso dos Estados Unidos e Canadá, durante a década de 1990,[49] e da África do Sul entre 1995 e 2005, em razão de problemas de eficiência do Departamento de Serviços Correcionais.[50]

Também a redução da taxa de encarceramento resultaria, nessa perspectiva, das decisões político-criminais produzidas nos diversos níveis do sistema penal.

---

45. Ibidem, p. 127.
46. FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment – Strategic or Unplanned Outcomes. In: WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*. Toward a Comparative and International Penology. London: Routled, 1998.
47. CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, MAIR, George. *The Penal System*: An Introduction. London: Sage Publications, 2013. Edição Kindle. p. 13.
48. SNACKEN, Sonja et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Milano: Joint Research Centre on International Crime, v. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995; SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 160.
49. WEBSTER, Cheryl Marie; DOOB, Anthony N. Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canad. In: ONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.
50. GIFFARD, Chris; MUNTINGH, Lukas. The Effect of Sentencing on the Size of the South African Prison Population. *Report Comissioned by the Open Society Foundation for South Africa*. Octorber, 2006. Disponível em: [https://acjr.org.za/resource-centre/The%20impact%20of%20sentencing%20on%20the%20size%20of%20the%20prison%20population.pdf]. Acesso em: 15.04.2018.

O caso finlandês tem sido apontado como um exemplo de redução acentuada da taxa de encarceramento em decorrência de mudanças político-criminais introduzidas, predominantemente por meio de reformas legislativas.[51]

Já a taxa de encarceramento holandesa registrou uma redução importante entre 1950 e 1975, atingindo o índice mais baixo dentre os países ocidentais nesse período, principalmente em razão de mudanças nas práticas de promotores e juízes, apesar da inexistência de qualquer reforma legislativa ou inovação administrativa no âmbito da política criminal.[52]

No âmbito da execução da pena, destacam-se os exemplos da Itália e França, nos quais os indultos vêm sendo utilizados periodicamente para o controle da população carcerária.[53]

Em suma, a análise dos casos acima descritos permite concluir que o crescimento da população carcerária deve-se, principalmente, à implementação de

51. LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Imprisonment and Penal Policy in Finland. *Scandinavian Studies in Law*, v. 45, p. 333-380, 2009; LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland. *National Research Institute of Legal Policy Research Communications* 38, Helsinki, 1998.

52. A tendência de aumento na utilização da renúncia à ação penal pode ser observada, segundo DOWNES para todos os crimes, inclusive os mais graves. No caso do estupro, a proporção de renúncias à ação penal em relação ao total de casos submetidos aos promotores aumentou de 30% em 1960 para 53% em 1978; no caso da invasão de domicílio, de 31% em 1960 para 59% em 1978 e, no caso dos roubos, de 20% em 1960 para 48% em 1979). DOWNES, David. The Origins and Consequences of Dutch Penal Policy Since 1945: a Preliminary Analysis. *The British Journal of Criminology*, v. 22, n. 4, 1982. Observou Rutherford que houve uma expansão da aplicação da pena de multa de 58 por cento de todos os casos em 1950, para 65 por cento em 1975. Rutherford, Andrew. *Prisons and the Process of Justice*: The Reductionist Challange. London: Heinemann, 1984. p. 141. Segundo Downes, a porcentagem de condenações à pena de prisão reduziu-se de 73% em 1950 para 43% em 1979, nos casos de estupro; de 73% para 25% no caso de invasão e de 89% para 47%, em caso de roubo; enquanto que a proporção de prisões não suspensas reduziu-se de 27% em 1950 para 21% em 1979. No que se refere à duração das penas fixadas, em relação ao estupro houve redução de 13.6 para 7.2 meses, entre 1950 e 1979, no caso da invasão, de 11.7 para 4.0 meses, e no caso do roubo de 27.6 para 14.9 meses. DOWNES, David. The Origins and Consequences of Dutch Penal Policy Since 1945: a Preliminary Analysis. *The British Journal of Criminology*. v. 22, n. 4,1982.

53. KENSIE, Annie; TOURNIER, Pierre. French Prison Nember Stable, since 1988, but populations changing. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. KUHN, André. Incarceration Rates Across the World. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

alterações legislativas destinadas a introduzir penas mais severas, à decisão de perseguir criminalmente determinadas condutas, ao uso frequente da pena privativa de liberdade nas decisões judiciais, ao aumento da duração média das penas, em razão da introdução de normas mais severas no âmbito da execução penal.

Conclui-se, ainda, que é necessário adotar medidas para controlar o crescimento dos índices de encarceramento e assim reduzir a superpopulação carcerária no âmbito do próprio sistema penal, por meio de decisões político-criminais, que é o que tem sido feito pelos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, especialmente pelo europeu.

5. Controle da superpopulação carcerária e Sistemas de Direitos Humanos

O problema da superpopulação carcerária tem sido objeto de inúmeras decisões no âmbito dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos, podendo-se apontar uma tendência no sentido de se controlar o crescimento do contingente prisional por meio da atuação de organismos internacionais para influenciar os fatores internos ao sistema penal.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) examinou, nos últimos anos, numerosas demandas ligadas às condições de detenção relacionadas à superpopulação carcerária, uma vez que o problema persiste até os dias atuais em diversos países europeus, como, por exemplo, Rússia e Itália, em que pese os esforços dos Estados-membros.[54]

Ressalte-se que, desde os primeiros anos de funcionamento da Corte, houve uma grande quantidade de demandas de indivíduos presos, porém a jurisprudência, durante décadas, limitou-se às questões procedimentais, deixando de apreciar condições materiais de detenção.[55]

Com a Convenção Europeia de Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (1989), estabeleceu-se, no âmbito do Conselho da Europa, o Comitê de Prevenção à Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (CPT). Ao CPT, caberia a prevenção de futuras violações de direitos humanos,

54. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). *Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral*. Disponível em: [https://rm.coe.int/16806f993b]. Acesso em: 11.11.2018.

55. VAN ZYL SMITT, Dirk. The history of European prison law and Policy. In: Van ZYL SMITT, Dirk; SNACKEN, Sonja. *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2011. E-book. p. 98.

promovendo inspeções e produzindo relatórios, a partir dos quais seriam desenvolvidos padrões e orientações a serem seguidos pelos Estados-membros.[56]

A partir dos anos 2000, a Corte EDH adotou postura atuante em relação aos direitos dos presos, dando força cogente às recomendações do CPT, com o reconhecimento, no caso Kudla vs. Polônia (2000), do princípio segundo o qual uma pena de prisão não pode submeter o interessado a sofrimentos cuja intensidade exceda o nível inevitável inerente à detenção.[57]

No caso Dougoz e Peers *vs.* Grécia (2001), por sua vez, constatou-se que as condições de vida deficientes seriam suficientes para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene.

Outra mudança significativa foi a de que simples a constatação objetiva de condições de detenção deploráveis permite qualificar como tratamento degradante, independentemente das consequências concretas ao estado de saúde do preso.[58]

O desenvolvimento da jurisprudência da Corte EDH para reconhecimento da precariedade das condições de detenção como forma de violação do art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) contribuiu para a adoção de uma postura mais atuante em relação aos direitos dos presos e, por consequência, para a evolução das decisões no sentido de se impor aos Estados-membros a obrigação de controlar a superpopulação carcerária.[59]

Nesse contexto, os juízes europeus estabeleceram a exigência de um espaço mínimo de vida individual de três metros quadrados, em celas compartilhadas,

56. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). 2nd General Report in the CPT's Activities covering the period 1 January to 31 December 1991. Disponível em: [https://rm.coe.int/1680696a3f]. Acesso em: 09.11.2018

57. CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1. v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7148/5123]. Acesso em: 14.11.2018.

58. Ibidem.

59. Ao contrário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 10, parag. 2) e da Convenção Americana de Direitos do Homem (artigo 5, parag. 2), os quais estipulam que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade humana.

aproximando-se das preconizações do CPT, segundo as quais o espaço habitável coletivamente seria de quatro metros quadrados.[60]

O tratamento da superpopulação carcerária pela Corte adquiriu caráter ainda mais incisivo com adoção do procedimento de julgado-piloto (nos termos do art. 61 do Regulamento da Corte EDH)[61] sempre que constatados problemas estruturais ou sistemáticos subjacentes aos casos repetitivos de superlotação.[62]

---

60. Nessa perspectiva, a constatação de condições de vida deficientes no ambiente carcerário seria suficiente, de acordo com CÉRÉ, para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso por parte da administração penitenciária, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene. CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1. v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7148/5123]. Acesso em: 14.11.2018. A corte teria atenuado a exigência do elemento intencional, de acordo com Robert a partir do caso Dougoz e Peers *vs*. Grécia de 19 de abril de 2001, em razão da "particular vulnerabilidade na qual se encontra inelutavelmente colocada uma pessoa privada de liberdade."

    Outra mudança significativa foi a dispensa da exigência de um mínimo de gravidade, de forma que "a constatação objetiva de condições de detenção deploráveis permite, por si só, reter a qualificação de tratamento degradante, independentemente das consequências concretas naquela situação sobre o estado de saúde do preso." Identifica-se, segundo Robert, um desenvolvimento da jurisprudência da Corte no sentido de estabelecer padrões elevados de exigência em relação às condições de detenção e influenciar efetivamente o debate sobre a superpopulação carcerária por meio das decisões judiciais. ROBERT, Aglaé. Justice et Surpopulation Penale: La mise en cause recurrente de la France par les juridictions françaises et européennes. *Regar européen. Colloque de l'Anjap*, Paris, 04.04.2014.

61. "Artigo 61 – Procedimento do Julgamento piloto 1. A corte pode decidir aplicar o procedimento do julgamento piloto e adotar um julgamento piloto, sempre que os fatos que dão origem a uma queixa introduzida perante ela revelam a existência, na Parte interessada, de um problema estrutural ou sistêmico ou de uma outra disfunção similar que tenha dado ensejo ou seja suscetível de dar ensejo à introdução de queixas análogas". No original em francês: "Article 61 – Procédure de l'arrêt pilote 1. La Cour peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues". COUR EUROPÉENE DES DROITS DE L'HOMME. *Règlement de la Cour*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf]. Acesso em: 11.11.2018.

62. A Corte Europeia elaborou o procedimento de julgado-piloto para se dotar de um método que permitisse identificar os problemas judiciais subjacentes aos casos repetitivos

Mais que toda a jurisprudência da Corte EDH, os julgados-piloto vêm contribuindo para identificação de estratégias eficazes de redução da população carcerária, uma vez que, como bem observou Robert, a Corte não se limita, nesses casos, a recomendar a adoção de medidas isoladas, promovendo, em vez disso, a implementação de um plano de ação complexo, envolvendo "todos os atores da cadeia penal", isto é, o legislador, as autoridades judiciárias e administrativas. Ficaria caracterizada, segundo a autora, uma posição não só de denúncia mas de combate à superpopulação carcerária.[63]

A importância dos julgados-piloto foi expressa e repetidamente reconhecida no *Livro Branco sobre a Superpopulação Carcerária*, elaborado em 2015 pelo

dirigidos contra alguns países em razão das mesmas situações fáticas. O método permite que a corte aplique a esses casos um tratamento prioritário, incumbindo-lhe, então, não só se pronunciar sobre a questão da violação da CEDH, mas também identificar os problemas sistemáticos e fornecer ao governo envolvido indicações claras sobres as medidas de composição que devem ser adotadas. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Fiche Thématique* – Les arrêts pilotes. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf]. Acesso em: 12.11.2018. O objetivo da adoção do procedimento de julgamento piloto consiste em induzir o Estado a remediar o estado de coisas que deu origem a repetidas queixas, resolvendo, assim, um grande número de ações individuais geradas pelo mesmo problema estrutural. Busca-se, com isso, facilitar a resolução rápida e efetiva de disfunções que afetem a proteção dos direitos dos indivíduos presos, por meio de remédios domésticos efetivos, ou soluções ad hoc como acordos com os queixosos. O exame dos casos similares pode ser suspenso enquanto se aguarda o julgamento final, e, caso as medidas necessárias não sejam adotadas pelo Estado, a Corte pode voltar a examinar os casos similares. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Case of Neshkov and Others *vs*. Bulgaria. Final Judgement. Strasbourg 27 january 2015. Disponível em: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXECDocumentTypeCollection%22:[%22CEC%22],%22EXECAppno%22:[%2241035/98%22],%22EXECIdentifier%22:[%22004-3589%22]}]. Acesso em: 13.11.2018. A partir dos julgamentos piloto, teria se desenvolvido outra categoria, os falsos ou quase-julgamentos piloto. Tratar-se-ia de casos, segundo Afroukh, nos quais a Corte não adotou expressamente o procedimento de julgamento piloto, mas identificou um problema estrutural e a urgência de medidas gerais em nível nacional. Nesses casos, a corte teria deixado de expor indicações de medidas no dispositivo do julgamento, limitando-se a fazê-lo na fundamentação da decisão. Sobre o tema ver AFROUKH, Mustapha. La Cour européenne des Droits de L'Homme et L'Execution de ses Arrêts. RDLF 2012, chron. n. 05. Disponível em: [http://www.revuedlf.com/cedh/la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-l%E2%80%99execution-de-ses-arrets/]. Acesso em: 11.11.2018.

63. ROBERT, Aglaé. Justice et Surpopulation Penale: La mise en cause recurrente de la France par les juridictions françaises et européennes. *Regar européen. Colloque de l'Anjap*, Paris, 04.04.2014.

Conselho Europeu para conduzir os diálogos das autoridades nacionais no sentido de organizar estratégias de longo prazo e medidas específicas de luta contra a superpopulação carcerária.[64]

O documento fez diversas referências aos julgados-piloto e quase piloto proferidos pela Corte Europeia, mencionando os planos de ação adotados pela Itália após o julgamento do caso Torregiani, pela Hungria, após o caso Varga[65] e pela Bulgária,[66] após o caso Neshkov, bem como a execução dos planos implementa-

64. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). *Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral*. Disponível em: [https://rm.coe.int/16806f993b]. Acesso em: 11.11.2018.

65. No caso Vargas e outros *vs*. Hungria, foi adotado o procedimento de julgado-piloto em 2015, tendo a Corte Europeia determinado a adoção de medidas punitivas não custodiais da forma a mais ampla possível, bem como a implementação, pelo Estado, no prazo de 6 meses, de uma combinação de remédios, preventivos ou compensatórios para garantir composição por violações de direitos decorrentes de superpopulação carcerária. O governo húngaro apresentou um plano de ação prevendo a adoção de diversas medidas, como a ampliação dos estabelecimentos penitenciários e construção de novas unidades prisionais, introdução do instituto da custódia de reintegração, que autoriza o cumprimento da pena em regime domiciliar nos últimos meses de execução, em alguns casos e a utilização do monitoramento eletrônico de forma obrigatória na substituição da prisão cautelar no curso do processo por prisão domiciliar. A implementação das medidas propostas vem sendo acompanhada pelo Comitê de Ministros, tendo-se registrado redução da população carcerária desde então. Sobre o tema ver COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. DH-DD (2018)690. Varga and others *vs*. Hungary. Communicaton from Hungary. Revised Plan of the Government of Hungary. 15 June 2018.

66. No caso Neshkov *vs*. Bulgária, instaurado a partir de seis aplicações contra a Bulgária entre 2010 e 2013, foi adotado o procedimento de julgado-piloto, em 2015, tendo em vista se ter constatado que os problemas de superpopulação e da precariedade das condições de detenção tinham caráter sistêmico e estrutural. O governo búlgaro apresentou diversos planos de ação, especificando as medidas que seriam adotadas para enfrentar o problema da superpopulação, condições de detenção, deficiência de cuidados médicos e os casos individuais que deram origem ao caso. Dentre as medidas propostas, destacam-se mudanças na disciplina do livramento condicional no sentido de ampliar a possibilidade de requerimento ao preso ou autoridade carcerária, introdução de monitoramento eletrônico e mecanismos mais flexíveis de alocação de presos. Após o último relatório, o comitê de ministros decidiu que o Estado apresentou planos de ação eficazes e demonstrou a redução da população carcerária nos anos seguintes ao julgado-piloto, sendo necessário, porém, manter o acompanhamento da execução, tendo em vista a necessidade de atualização quanto à efetiva implementação das medidas propostas e seus efeitos sobre a população carcerária. Sobre o tema ver COUR

dos em seguida ao julgamento do grupo de casos Nisiotis *vs.* Grécia[67] e Bragadireanu *vs.* Romênia.[68]

EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Case of Neshkov and Others *vs.* Bulgaria. Final Judgement. Strasbourg 27 january 2015. Disponível em: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXECDocumentTypeCollection%22:[%22CEC%22],%22EXECAppno%22:[%2241035/98%22],%22EXECIdentifier%22:[%22004-3589%22]}]. Acesso em: 12.11.2018.

67. No grupo de casos Nisiotis *vs.* Grécia, introduzido em 2007, a corte não adotou o procedimento de julgado-piloto expressamente, porém indicou medidas a serem adotadas pelo governo para a redução da população carcerária e melhoria das condições de detenção. Foram implementadas reformas legislativas na Grécia que contribuíram para a redução do tempo de prisão cautelar, resultando em considerável diminuição da população carcerária, de forma que o Comitê de Ministros deu o caso por encerrado em 2018. COMITÉ DES MINISTRES. Action Report (13.04.2018). Communication from Greece concerning the case of SIASIOS and Others *vs.* Greece. Disponível em: [http://www.revuedlf.com/cedh/la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-l%E2%80%99execution-de-ses-arrets/]. Acesso em: 11.11.2018.

68. No que se refere ao caso Bragadireanu *vs.* Romênia, foi adotado procedimento de julgado-piloto em abril de 2017 no grupo de casos Rezmives e outros, indicando a necessidade de introdução de medidas gerais para combater o problema da superlotação, com apresentação de cronograma de implementação no prazo de 6 meses. O plano de ação apresentado pelo governo romeno previu a introdução, até o final de 2018, de uma reforma legislativa estabelecendo a possibilidade de utilização do monitoramento eletrônico como modalidade de execução da pena e no âmbito do livramento condicional, além de aumentar o investimento nos serviços de "probation". O Comitê de ministros considerou a medida promissora, desde que implementada rapidamente e que seus efeitos não sejam anulados na prática pelos fatores que contribuíram para o crescimento da população carcerária (sentenças longas para reincidentes e condições mais severas para a obtenção do livramento condiciona de acordo com a Reforma de 2014). Assim, as autoridades foram convidadas a prestar contas sobre o progresso obtido com o plano no futuro. Sobre o tema ver COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME. Bragadireanu *vs.* Romania. Caso 22088/04. Disponível em: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22bragadireanu%22],%22EXECDocumentTypeCollection%22:[%22CEC%22],%22EXECIdentifier%22:[%22004-12985%22]}]. Acesso em: 13.11.2018. Além dos casos mencionados no Livro Branco, pode-se acrescentar, ainda, o caso Vasilescu *vs.* Bélgica, como exemplo de julgamento quase-piloto. O caso se originou de uma queixa relativa às más condições de detenção e falta de espaço individual e problemas de higiene, aplicada em 2012. Embora a Corte não tenha adotado o procedimento de julgado-piloto, reconheceu na decisão que os problemas de superpopulação carcerária e as más condições dos estabelecimentos prisionais que daí decorrem seriam estruturais e diriam respeito não só aos casos individuais dos aplicantes. Assim, a Corte recomendou, no julgamento do caso individual Vasilescu, a adoção

Dentre os casos nos quais foi adotado o procedimento de julgado-piloto pela Corte Europeia, destacam-se os casos da Rússia e da Itália, especialmente em razão dos tipos de medidas implementadas, além dos efeitos das estratégias escolhidas sobre as respectivas populações carcerárias.

A Corte EDH adotou o procedimento de julgado-piloto no caso Ananyev *vs.* Rússia (Caso 42525/07), em janeiro de 2012, sublinhando o problema estrutural de superpopulação nos centros de detenção provisória na Federação Russa e indicando uma série de medidas gerais que deveriam ser adotadas em complemento àquelas já indicadas pelo Comité de Ministros na Resolução Interina CM/ResDH (2010)35.

Na mencionada resolução interina, o governo foi encorajado a vigiar juízes e promotores e investigadores para que fizessem uso da prisão provisória como último recurso, optando preferencialmente por medidas alternativas, bem como a implementar recursos preventivos e compensatórios que permitissem recompor de maneira adequada e suficiente toda violação ao art. 3º da CEDH, em razão de más condições de detenção provisória.

O governo russo, então, apresentou um plano de ação, além de medidas legislativas, que levaram a população carcerária russa de 755.651 em 2012, para 646.085 em 2016, e 602.176 presos em 2018.[69]

---

de medidas gerais, de forma a adequar as condições dos presos ao art. 3º da CEDH, além da introdução de um remédio acessível aos presos para prevenir a continuação das violações adequadas. O plano de ação apresentado pelo governo em Novembro de 2016 previa renovação e expansão das prisões e introdução de mecanismos de redução da população carcerária por meio de reforma legislativa. Assim, foram introduzidas novas disposições no que diz respeito à possibilidade de liberdade provisória com vigilância eletrônica no curso do processo (Lei de 27 de dezembro de 2012) e o acréscimo à lista de penas não privativas de liberdade da vigilância eletrônica e da *probation* (Lei de 07 de fevereiro de 2014). Além disso, uma sentença de *probation* passou a ser aplicada apesar de condenação anterior de até 3 anos, o que era incabível, até então. As medidas resultaram em redução continuada da população carcerária e, consequentemente, houve uma melhoria no que se refere à superpopulação. Diante dessas informações, o Comitê de Ministros indicou a necessidade de atualização do quadro e posteriores comunicações para melhor acompanhamento. Sobre o tema ver COUR EUROPÉNNE DE DROIT DE L'HOMME. Vasilescu *vs.* Belgique. Caso 64682/12. Disponível em: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22vasilescu%22],%22EXECDocumentTypeCollection%22:[%22CEC%22],%22EXECIdentifier%22:[%22004-1262%22]}]. Acesso em: 13.11.2018.

69. A taxa de encarceramento da Rússia teve redução de 42% entre 1999 e 2017 (de 730 para 425). DUNKEL, Frieder. European penology: The rise and fall of prison population

No caso Torregiani, por sua vez, a Corte adotou o procedimento de julgado-piloto em janeiro de 2013, recomendando a adoção de medidas como a aplicação preferencial de penas não privativas de liberdade e a redução da utilização da detenção provisória, além de lembrar as recomendações do Comitê de Ministros que preconizam a reorientação político-criminal no sentido do recurso ao encarceramento como última opção.[70]

Em seguida, a Itália apresentou plano de ação, prevendo a adoção de medidas em matéria de política criminal para reduzir o uso do encarceramento, construção e renovação dos estabelecimentos penitenciários, criação de recursos jurisdicionais preventivos e compensatórios.

Em 2016, o Comité de Ministros se disse satisfeito com a resposta das autoridades italianas e considerou que a obrigação de se conformar ao julgado-piloto foi cumprida.[71]

A implementação do plano de ação teria tido por objetivo, segundo Gallut, reduzir o número de ingressos nos estabelecimentos prisionais e a diminuir o tempo de duração da detenção, seja por meio de livramento condicional ou redução da pena.[72]

Na fase anterior à sentença, foram privilegiadas as alternativas à detenção, ampliando-se, por exemplo, o âmbito de aplicação da vigilância eletrônica (DL

rates in Europe in times of migrant crises and terrorism. *European Journal of Criminology*, v. 14(6), p. 629-653, 2017.

70. Constatou-se considerável redução da população carcerária nos anos seguintes às reformas legislativas introduzidas. O número de presos passou de 65.905 em 2013 para 52.164 em 2015, apontando-se a contribuição importante da medida de execução da pena em regime domiciliar, já que 12.000 pessoas foram libertadas sob esse fundamento. Também foi constatada redução no que se refere às pessoas presas cautelarmente, reduzindo-se o percentual de presos provisórios de 40% em 2013, para 17,7% em 2015. MIRAVALLE, Michele; SCANURRA, Alessio. Il Carcere che non cambia: Tendenze e numeri del sistema penitenciario italiano allá vigilia di un'importante stagione mancata, di reforma. *Antigone, Un anno in carcere XIV rapporto sulle condizioni di detenzione*. Disponível em: [http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/numeri-e-sovraffollamento/]. Acesso em: 14.11.2018. GALLUT, Solènne. L'Efficacité des Mesures Juridiques Italiennes en Mises en Œuvre à La Suite de L'Arrêt Pilote Torreggiani. *AJ Pénal,* julliet/août 2018.

71. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Disponível em: [https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/01/7.pdf]. Acesso em: 14.11.2018.

72. GALLUT, Solènne. L'Efficacité des Mesures Juridiques Italiennes en Mises en Œuvre à La Suite de L'Arrêt Pilote Torreggiani. *AJ Pénal,* julliet/août 2018.

146/2013) e restringindo-se a possibilidade de imposição de detenção provisória aos crimes punidos com, no mínimo, 5 anos de prisão (o limite anterior era de 4 anos).

Na execução da pena, ampliou-se a possibilidade de execução do remanescente da pena em regime domiciliar de 12 para 18 meses, sendo que a medida, pensada inicialmente como modificação temporária, foi introduzida em caráter definitivo na Lei Penitenciária Italiana em 2014.

Além disso, estabeleceu-se maior facilidade de saída de presos por boa conduta e a liberação antecipada especial permitiu uma redução de 75 dias de pena por semestre, em vez de 45, como ocorria até então.

Foram também suprimidas todas as restrições previstas para os reincidentes, de forma que se aplicam também nesses casos as medidas e penas executadas na comunidade.

Constatou-se considerável redução da população carcerária nos anos seguintes às reformas legislativas introduzidas. O número de presos passou de 65.905 em 2013, para 52.164 em 2015, apontando-se a contribuição importante da medida de execução da pena em regime domiciliar, já que 12.000 pessoas foram libertadas sob esse fundamento.

Também foi constatada redução no que se refere às pessoas presas cautelarmente, reduzindo-se o percentual de presos provisórios de 40% em 2013, para 17,7% em 2015.

Entretanto, a população carcerária voltou a aumentar desde janeiro de 2016, registrando-se 58.569 presos naquele ano, agravando-se a situação de superpopulação carcerária.

Segundo Miravalle e Scandurra, em 2018, a população carcerária e do número de pessoas submetidas às medidas alternativas à prisão tem apresentado crescimento, não ocorrendo, como se esperava, uma redução dos níveis de utilização do encarceramento pela ampliação das medidas alternativas.[73]

No que se refere à execução da pena em regime domiciliar, por exemplo, o número de pessoas cumprindo pena nessa modalidade subiu de 9.453 em 2014, para 10.969 em março de 2018. No mesmo período o número de presos no sistema penitenciário subiu de 53.623 para 58.223.

73. MIRAVALLE, Michele; SCANURRA, Alessio. Il Carcere che non cambia: Tendenze e numeri del sistema penitenciario italiano allá vigilia di un'importante stagione mancata, di reforma. *Antigone, Un anno in carcere XIV rapporto sulle condizioni di detenzione*. Disponível em: [http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/numeri-e-sovraffollamento/]. Acesso em: 14.11.2018.

Como indica o Relatório, "esses números crescem juntos, sinal de um aumento global do número de pessoas submetidas a controle penal", podendo-se observar que, embora a detenção domiciliar contribua para limitar o número de pessoas presas, o instituto aplica-se preferencialmente a fatos menos graves.

O mesmo fenômeno pode ser observado no que se refere à suspensão condicional da pena ("messa alla prova"), cuja ampliação não impediu o crescimento da população carcerária.

Assim, as reformas introduzidas em razão da condenação no caso Torregianni, embora tenham provocado uma redução inicial, não contribuíram para o estabelecimento de uma tendência duradoura de redução da população carcerária.[74]

No que diz respeito ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a base normativa foi determinante para o desenvolvimento de uma jurisprudência de proteção de direitos das pessoas presas, na medida em que, ao contrário da Convenção Europeia, a Convenção Americana inclui expressamente, no âmbito de proteção do artigo 5, que disciplina o direito à integridade pessoal, os direitos das pessoas presas, impondo o tratamento compatível com o respeito à dignidade humana.[75]

Nesse contexto, os direitos das pessoas presas vêm representando grande parte da atuação da CIDH, de forma que, em 2004, foi instituída formalmente a Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Presas, com mandato de monitorar a situação das pessoas submetidas a qualquer forma de privação de liberdade nos Estados membros da OEA, realizar visitas aos Estados, promover os mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para proteger os direitos de pessoas privadas de liberdade e preparar informes e recomendações especializados dirigidos aos Estados-Membros da OEA.

A questão da superpopulação carcerária foi abordada em todos os informes da Relatoria, podendo-se observar uma evolução no tratamento do tema no sentido de se reconhecer a contribuição das decisões político-criminais produzidas

74. Idem.

75. Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 5: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano."

nos ordenamentos jurídicos nacionais para o crescimento das respectivas populações carcerárias.

Assim, no *Informe sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, publicado em 2011, a Comissão sublinhou que o problema de superlotação deve ser reconhecido como fator que pode chegar a constituir em si mesmo tratamento cruel, desumano ou degradante.

No mesmo Informe, a comissão recomendou a adoção de políticas e estratégias que incluam, por exemplo, reformas legislativas e institucionais necessárias para assegurar o uso mais racional da prisão preventiva e a promoção do uso de medidas alternativas ou substitutivas de detenção preventiva e da privação de liberdade como pena, além do uso de outras figuras próprias do processo de execução da pena, como a liberdade condicional e remição por trabalho ou estudo, dentre outras estratégias.[76]

Também no Informe sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, publicado em 2013, houve reiteradas alusões ao problema da superpopulação, como fator que pode chegar a constituir, por si só, tratamento cruel, desumano ou degradante, mencionando-se como referência o padrão estabelecido pela Corte EDH no caso Ananyev *vs*. Rússia.

No que diz respeito aos casos concretos submetidos à apreciação da Comissão, identifica-se a questão da superpopulação como situação que gera ou potencializa um quadro de graves violações de direitos das pessoas presas em razão das más condições de detenção.[77]

Quanto à jurisprudência da Corte Interamericana, grande parte das decisões envolve os direitos das pessoas privadas de liberdade.

Inicialmente, a Corte reconhecia a violação da integridade pessoal da pessoa pesa em razão da conjugação da superpopulação com outras circunstâncias,

76. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011. p. 7, 177.

77. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 81/06. Petição 394-02. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade no Cárcere de Urso Branco *vs*. Brasil. 21 de outubro de 2006. A Comissão atuou de forma semelhante no caso Pessoas privadas de liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá, São Paulo *vs*. Brasil. Informe 41/08. Petição 478=07. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá *vs*. Brasil. 2e de julho de 2008. Informe 36/07. Petição 1113-06. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niteroi *vs*. Brasil. 21 de julho de 2007. Informe 34/14 Peticção 495-07. OEA/Ser/L/V/II.150. Doc. 38 4 de abril de 2014.

como, por exemplo, falta de higiene, iluminação natural, ventilação,[78] tratamento médico inadequado, ausência de cama para repouso,[79] isolamento ou restrições à comunicação,[80] isolamento em cela reduzida,[81] restrições indevidas ao regime de visitas,[82] indisponibilidade de água.[83]

A Corte não forneceu, porém, uma definição de superlotação, limitando-se a apontar o fenômeno ao constatar determinadas condições de ocupação nos casos concretos.

Assim, no Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Cátia) *vs.* Venezuela, a Corte considerou configurada a superlotação, independentemente das outras condições de detenção, com base no conceito do CPT e na jurisprudência da Corte EDH, uma vez que cada preso dispunha do espaço individual equivalente a 30 centímetros quadrados.

No mesmo caso, a Corte determinou que o Estado tomasse providências legislativas, judiciais e administrativas para adequar os cárceres aos padrões internacionais, sem, no entanto, ter fixado um espaço individual mínimo para cada pessoa presa.[84]

Também configuraram superlotação, segundo a decisão da Corte, os casos Velez Loor *vs.* Panamá, no qual se atingiu a taxa de ocupação de 120% e o Caso Tibi *vs.* Ecuador, no qual a vítima foi mantida em espaço de 120 metros quadrados com outras 120 a 300 pessoas, durante 45 dias.[85]

78. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros *vs.*Trinidad y Tobago, 2002. Caso Caesar *vs.* Trinidad e Tobago, 2005. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela, 2006.
79. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lópes Álvares *vs.* Honduras, 2006.
80. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fermin Ramirez *vs.* Guatemala, 2005. Caso Tibi *vs.* Ecuador, 2004.
81. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejia *vs.* Perú, 2004.
82. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala, 2005. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, 2006. Yvon Neptune *vs.* Haiti, 2008. Caso Fleury e otros *vs.* Haití, 2011.
83. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pacheco Teruel e outros *vs.* Honduras, 2012.
84. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela, 2006.
85. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi *vs.* Ecuador, 2004.

Concepção mais ampla foi adotada no caso Boyce e outros *vs*. Barbados, configurando-se a superpopulação mesmo para os presos mantidos em celas individuais, tendo em vista que os serviços devidos pelo Estados podem ser prejudicados pela alta taxa de ocupação do estabelecimento de privação de liberdade.[86]

Além de reconhecer a violação do direito à integridade pessoal pela superlotação e outras condições e condenar os Estados ao pagamento de indenização pelos danos materiais e imateriais, a Corte determinou, nesses casos, a adoção de providências legislativas, judiciais e administrativas para adequar as condições carcerárias aos padrões internacionais, em um prazo razoável, sem, porém, especificar as medidas a serem adotadas.[87]

No Caso Yvon Neptune *vs*. Haiti, entretanto, a Corte inovou ao fixar, pela primeira vez, o prazo de dois anos para adequação das condições carcerárias aos padrões internacionais.

Pode-se reconhecer, ainda, um avanço mais significativo na jurisprudência da Corte no caso Pacheco Turuel e outros *vs*. Honduras, no qual se reconheceu a superlotação por si só como violação da integridade pessoal, fazendo-se referência, para tanto, às normas internacionais.[88]

Além disso, nesse caso, a superlotação foi mencionada não só na fundamentação, mas no dispositivo da sentença, tendo a Corte determinado expressamente a adoção de medidas para reduzir a taxa de ocupação dos estabelecimentos penitenciários.

Constata-se, portanto, uma evolução da jurisprudência da Corte IDH no sentido de reconhecer a superlotação como violação da integridade pessoal, ou seja, tratamento desumano ou degradante, independentemente da concorrência de outras condições inadequadas de detenção.

Pode-se identificar também uma tendência no sentido de determinar a adoção de medidas voltadas para a redução da superlotação, fixando-se prazo pra adequação das condições carcerárias às exigências internacionais.

---

86. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Boyce e outros *vs*. Barbados, 2007.

87. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) *vs*. Venezuela, 2006. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros *vs*. Trinidad y Tobago, 2002. Caso Lori Berenson Mejia *vs*. Perú, 2004. Caso Fermin Ramirez *vs*. Guatemala, 2005. Caso Raxcacó Reyes *vs*. Guatemala, 2005.

88. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANO. Caso Pacheco Turuel *vs*. Honduras, 2012.

Verifica-se, assim, na jurisprudência interamericana uma tendência de crescente aproximação com a Corte Europeia, no que se refere aos parâmetros adotadas para a determinação da superlotação e à elaboração de determinações de adequação das condições carcerárias aos padrões internacionais, estabelecendo-se prazo para a execução das determinações.

Além disso, a Comissão aprofundou a abordagem no que se refere à contribuição das decisões político-criminais para o crescimento da população carcerária, indicando o vínculo entre a superpopulação e a tendência generalizada na região de adoção como resposta aos desafios da segurança cidadã e ao reclamo da sociedade, medidas legislativas e institucionais que consistem fundamentalmente em um maior uso do encarceramento de pessoas como solução do problema.

Difere, entretanto, a abordagem da Corte IDH principalmente no que se refere ao foco de suas decisões, nas quais enfatiza-se a questão da superlotação em detrimento do crescimento da população carcerário e suas origens.

Além disso, embora as decisões da Corte tenham força jurídica vinculante, o descumprimento das suas determinações pelos Estados não implica a imposição de sanções significativas, limitando-se a Corte a mencionar o descumprimento em sua relatoria anual à OEA.

A ausência de sanções importantes para casos de descumprimento – como ocorre no sistema europeu, no qual o Comitê de Ministros detém o poder de suspender ou expulsar da organização os Estados que não cumprem suas obrigações –[89] constituiria, assim, fator determinante para a falta de efetividade no controle da superpopulação carcerária.[90]

Mostra-se necessária, portanto, a evolução da jurisprudência da Corte IDH com maior aproximação da jurisprudência da Corte EDH, no sentido de se promover a evolução normativa do tema e a efetiva adequação das condições de detenção aos standards internacionais.

Imprescindível, além disso, a adoção de mecanismo de controle da efetiva execução das decisões da Corte, a exemplo do procedimento de julgados-piloto, possibilitando-se a imposição de reformas político-criminais por meio de planos

89. CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 62, p. 113-152, jan.-mar. 2013.

90. CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *Os direitos humanos na execução penal e o papel da organização dos estados americanos*: presídio central de porto alegre, masmorra do Século XXI. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014. p. 199.

de ação com acompanhamento do Sistema IDH, tornando mais efetivo o controle da superpopulação carcerária.

6. Conclusão

Diversos países de diferentes regiões do mundo enfrentam problemas de superpopulação carcerária, independentemente das características socioeconômicas e dos níveis de criminalidade registrada.

Embora se reconheça a influência de fatores externos ao sistema penal sobre os índices de encarceramento, as pesquisas têm demonstrado que os níveis de encarceramento são determinados pelos fatores internos ao sistema penal.

Tem prevalecido, assim, na literatura, a concepção segundo a qual a explicação das variações nas taxas de encarceramento, tanto numa perspectiva histórica quanto comparada entre países, deve ser elaborada a partir da investigação da influência das decisões produzidas nos diversos níveis de sistema penal sobre a população carcerária.

A superpopulação prisional implica a deterioração das condições de detenção e falta de segurança no cárcere, em razão da escassez de espaço vital e recursos materiais e humanos.

Além de importar a violação dos direitos fundamentais da pessoa presa, a superpopulação carcerária resulta na frustração das finalidades da pena, na medida em que inviabiliza a prevenção de lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados, impossibilita a reinserção social do condenado à pena privativa de liberdade e impossibilita até mesmo qualquer estratégia de neutralização.

A expansão do sistema prisional, a conscientização sobre a gravidade do problema e a introdução de reformas legislativas não tem contribuído efetivamente para solução do problema.

Mostra-se, portanto, necessário o desenvolvimento e aprimoramento de mecanismos mais efetivos de controle externo dos níveis de encarceramento e da superpopulação carcerária, no âmbito dos Sistemas de Direitos Humanos.

A jurisprudência da Corte EDH se caracteriza pela adoção de uma postura de combate à superlotação carcerária, tendo contribuído significativamente para a evolução normativa em matéria penitenciária, com o estabelecimento de standards relativos às condições de detenção e a adoção dos procedimentos de julgado-piloto, a partir dos quais são elaborados planos de ação, cuja execução é fiscalizada pelo Comité de Ministros, assegurando-se sua efetividade.

Embora a evolução normativa impulsionada pela Corte EDH venha sendo gradativamente incorporada na jurisprudência da Corte IDH, a atuação do Sistema IDH carece de efetividade na medida em que não se dispõe de mecanismos que assegurem o cumprimento de suas decisões.

Nessa perspectiva, mostra-se imprescindível dotar as recomendações da Comissão IDH e resoluções da Corte IDH de sanções persuasivas, com efetivo prejuízo para o Estado em caso de não implementação, bem como estabelecer mecanismos de acompanhamento da execução das decisões da Corte, a exemplo do procedimento de julgado-piloto introduzido pela Corte Europeia.

O controle externo mais efetivo da superpopulação contribuiria para a evolução normativa dos direitos da pessoa presa e efetiva implementação dos *standards* internacionais de direitos humanos no ambiente carcerário, para a redução dos índices de encarceramento e adequação da taxa de ocupação nas unidades prisionais brasileiras, assegurando-se o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa e real eficácia das normais penais, processuais e de execução penal.

7. Referências

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BATISTA, Nilo. *Criminalidade econômico-financeira intervenção no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado*. Disponível em: [http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/59/45]. Acesso em: 16.12.2018.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Raúl Eugênio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Edição Kindle.

BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing Social Marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. *Punishment and society*, v. 3, Issue 1, p. 43-59, 2001.

BILES, David. Crime and the Use of Prisons. *Federal Probation*, v. 43, Issue 2, p. 39-43, 1979.

BLUMSTEIN, Alfred; BECK, Allen J Beck. Population Growth in U.S. Prisons, 1980s-1996. In: TONRY, Michael; Petersilia, Joan (ed.). *Prisons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

BOWKER, Lee H. Crime and the Use of prisons in the United States: A Time Series Analysis. Crime & Delinquency. *Thousand Oaks*, v. 27(2), p. 206-212, april 1981.

BRODEUR, Jean-Paul. Comparative Penology in Perspective. In: TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *Os direitos humanos na execução penal e o papel da organização dos estados americanos*: presídio central de porto alegre, masmorra do Século XXI. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *Penal Systems*: A Comparative Approach. London: Sage Publications, 2014. Edição Kindle.

CAVADINO, Michael; DIGNAN, James; MAIR, George. *The Penal System*: An Introduction. London: Sage Publications, 2013. Edição Kindle.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 62, p. 113-152, jan.-mar. 2013.

CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1. v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7148/5123]. Acesso em: 14.11.2018.

CHIRICOS, Theodore G.; DELONE, Miriam A. Labor Surplus and Punishment: a Review and Assessment of Theory and Evidence. *Social Problems*, New York: Oxford University Press, v. 39, n. 4, November 1992.

CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry*: Towards Gulagas, Western Style. London: Taylor and Francis, 2000. Edição Kindle.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. p. 7, 177. 2011.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). *Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral*. Disponível em: [https://rm.coe.int/16806f993b]. Acesso em: 11.11.2018.

Cour Européene des Droits de L'homme. *Fiche Thématique* – Les arrêts pilotes. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf]. Acesso em: 12.11.2018.

COUR EUROPÉENE DES DROITS DE L'HOMME. *Règlement de la Cour*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf]. Acesso em: 11.11.2018.

COYLE, Andrew et al. *Imprisonment Worldwide*: The Current Situation and an Alternative Future. Bristol: Policy Press, 2016.

DE GIORGI, Alessandro. *Re-Thinking the Political Economy of Punishment*. Hampshire: Ashgate, 2006.

DOOB, Anthony; SPROTT, Jane B. Imprisonment Rates in Canada: One Law, 10 Outcomes. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001.

DOWNES, David. The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985-1995. In: WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*: Toward a Comparative and International Penology. London: Routledge, 2013.

DOWNES, David. The Origins and Consequences of Dutch Penal Policy Since 1945: a Preliminary Analysis. *The British Journal of Criminology*, v. 22, n. 4, 1982.

DOWNES, David. Visions of Penal Control in the Netherlands. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

DOWNES, David; VAN SWAANINGEN, René. The Road to Dystopia Changes in the Penal Climate of the Netherlands. *Crime and Justice in the Netherlands*, v. 35, n. 1, p. 31-71, 2007.

DUNKEL, Frieder. European penology: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism. *European Journal of Criminology*, v. 14(6), p. 629-653, 2017.

FEEST, Johannes; HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment – Strategic or Unplanned Outcomes. In: WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*. Toward a Comparative and International Penology. London: Routled, 1998.

FREIBERG, Arie. Prison Population Up, Sentencing Policy Harsher in Australia. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001.

FROST, Natasha. The Mismeasure of Punishment: Alternative measure of punitiveness and their (substantial consequences). Punishment and Society. Los Angeles: Sage Publications, v. 10, Issue 3. jul. 2008. p. 277-300.

GALLUT, Solènne. L'Efficacité des Mesures Juridiques Italiennes en Mises en Œuvre à La Suite de L'Arrêt Pilote Torreggiani. *AJ Pénal,* julliet/août 2018.

GARLAND, David. *Punishment and Welfare*: a History of Penal Strategies. Hants: Ashgate, 1985.

GARLAND, David. *The Culture of Control*: Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Edição Kindle.

GIFFARD, Chris; MUNTINGH, Lukas. The Effect of Sentencing on the Size of the South African Prison Population. *Report Comissioned by the Open Society Foundation for South Africa*. Octorber, 2006. Disponível em: [https://acjr.org.za/resource-centre/The%20impact%20of%20sentencing%20on%20the%20size%20of%20the%20prison%20population.pdf]. Acesso em: 15.04.2018.

GIORGI, Alessandro de. Punishment and Political Economy. In: SIMON, Jonathan et SPARKS, Richard (Ed.). *The Sage Handbook on Punishment and Society*. London: Sage Publications Ltd., 2013. Edição Kindle.

GREENBERG, F. David. The Dynamics of Oscillatory Punishment. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 68, Issue 4, p. 643-651, December 1977.

International Center for Prison Studies. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php]. Acesso em: 11.10.2013.

JANKOVIC, Ivan. Labor Market and Imprisonment. *Social Justsice/Global Options, Crime and Social Justice*, n. 8, p. 17-31, fall-winter 1966.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no brasil. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1, v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14316/10852]. Acesso em: 07.07.2019.

KENSIE, Annie; TOURNIER, Pierre. French Prison Nember Stable, since 1988, but populations changing. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001.

KUHN, André. Incarceration Rates Acroos de World. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001.

LACEY, Nicola. *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LANDREVILLE, Pierre. Quelques considérations à partir de la situation canadienne. *Déviance et société*, v. 12, n. 3, p. 291-296, 1988. Disponível em: [http://www.persee.fr/docAsPDF/ds_0378-7931_1988_num_12_3_1546.pdf]. Acesso em: 25.09.2017.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Imprisonment and Penal Policy in Finland. *Scandinavian Studies in Law*, v. 45, p. 333-380, 2009.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Penal Policy in Scandinavia. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland. *National Resarch Institute of Legal Policiy Research Communicaitons* 38, Helsinki, 1998.

LARSON, Paul. Norway Prison Use Up Slightly: Community Penalties Lots. TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001.

LYNCH James P. Comparison of Prison Use in England, Canada, West Germany, and the United States: A Limited Test of the Punitive Hypothesis. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 79, Issue 1, p. 108-217, Spring 1998.

LYNCH James P.; PRIDEMORE, William Alex. Crime in International Perspective. In: WILSON, James Q.; PETERSILIA, Joan. *Crime and Public Policy*. New York: Oxford University Press, 2011.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MIRAVALLE, Michele; SCANURRA, Alessio. Il Carcere che non cambia: Tendenze e numeri del sistema penitenciario italiano allá vigilia di un'importante stagione mancata, di reforma. *Antigone, Un anno in carcere XIV rapporto sulle condizioni di detenzione*. Disponível em: [http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/numeri-e-sovraffollamento/]. Acesso em: 14.11.2018.

NAGEL, William G. On Behalf of a Moratorium on Prison Construction. Crime and Delinquency. *Thousand Oaks*, v. 23, p. 154-172, April 1977.

NAGIN, Daniel. Deterrence in the Twenty-first Century: a Review. *Carnegie Mellon University Research Showcase*, p. 27-29, 2013.

NEWBURN, Tim. Tough on crime: Penal Policy in England and Wales. TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

PAVARINI, Massimo. *Governare la Penalitá*: Struttura Sociale, Processi Decisionali e Discorsi Pubblici sulla Pena. Bologna: Bononia University Press, 2013.

PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyecto*: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

ROBERT, Aglaé. Justice et Surpopulation Penale: La mise en cause recurrente de la France par les juridictions françaises et européennes. *Regar européen. Colloque de l'Anjap*, Paris, 04.04.2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice*: The Reductionist Challenge. London: Heinemann, 1984.

SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In: TONRY, Michael (org.). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

SNACKEN, Sonja et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Milano: Joint Research Centre on International Crime, v. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

SNACKEN, Sonja; BEYENS, Kristel. Sentencing and Prison Overcrowding. European Journal on Criminal Policy and Research March. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Milano: Joint Research Centre on International Crime, v. 2, Issue 1, p. 84-99, 1994.

SPROTT, Jane B. Imprisonment Rates in Canada: One Law, 10 Outcomes. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

TAK, Peter. Sentencing Punishment in the Netherlands. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

TONRY, Michael. Determinants of Penal Policies. In: TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

TONRY, Michael; PETERSILIA, Joan. American Prisons at the Beginning of the Twenty First Century. In: TONRY, Michael; Petersilia, Joan (ed.) Prisons. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland*. Helsinky: National Research Institute of Legal Policy, 1991.

TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States*: Exploring Causes and Consequences, Washington, D.C.: The National Academies Press, 2014.

UNITED NATIONS. Department of Peacekeeping Operations. Sustainable Peace through Justice and Security. October 2010. v. 2. Disponível em: [https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/corrections2010.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

VAN KALMTHOUT, Anton M.; TAK, Peter J. P. New Sanctions Proliferating in the Netherlands. In: TONRY, Michael (ed.). *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

VAN ZYL SMIT, Dirk. *Long-Term imprisonment at home and abroad*. Disponível em: [https://www.rsj.nl/binaries/Van_Zyl_compleet_tcm26-25977.pdf]. Acesso em: 25.09.2017.

VAN ZYL SMITT, Dirk. The history of European prison law and Policy. In: Van ZYL SMITT, Dirk; SNACKEN, Sonja. *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2011WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor*: The Neoliberal Government of Social Insecurity. Durham: Duke University Press, 2009.

WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. Critical Sociology, Los Angeles: Sage, v. 10-11, Issue 4-1, p. 59-65, 1981.

WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List Twelfth edition*. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf]. Acesso em: 23.06.2019.

WEBSTER, Cheryl Marie; DOOB, Anthony N. Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canada. In: ONRY, Michael (org.). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

YOUNG, Warren; BROWN, Mark. Cross National Comparisons of Imprisonment. *Crime and Justice*. Chicago, v. 17, p. 1-49, 1993.

ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. *Stanford Law Review*, v. 323, p. 323-338, 2005.

ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 151/291-315 (DTR\2018\22758);
- Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao Estado Penal brasileiro, de Hamilton Gonçalves Ferraz e Tiago Joffily – *RBCCrim* 152/383-422 (DTR\2019\90); e
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180 (DTR\2017\380).

Terceiro Foucault e o humanismo punitivo

Third Foucault and the punitive humanism

Clécio Lemos

Pós-doutor em Direito pela Columbia University. Doutor em Direito pela PUC-Rio com período sanduíche na Università degli Studi di Padova.
ORCID: 0000-0003-3316-2375.
cleciojus@gmail.com

Recebido em: 02.09.2019
Aprovado em: 28.10.2019
Última versão do autor: 03.11.2019

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Resumo: O humanismo como tipo de discurso de verdade foi objeto de contestação por parte de Foucault durante toda a sua longa produção intelectual, e sua posição anti-humanista encontrou a expressão mais bem-acabada em sua última fase, os anos de 1980. O presente artigo visa a demonstrar a expressão mais relevante da filosofia humanista presente nos discursos criminológicos de defesa da justiça penal, o que denominamos humanismo punitivo, para logo em seguida demonstrar como o "terceiro Foucault" pode oferecer uma resposta a isto partir do seu método. O ingresso no estudo das técnicas de subjetivação permite perceber o sujeito como uma produção mutável, de forma que nem natureza antropológica, nem cultura do presente parecem ser aceitáveis para sustentar a legitimidade das punições como política de governo.

Palavras-chave: Foucault – Criminologia – Humanismo – Punição – Subjetivação.

Abstract: The humanism as a type of truth discourse has been object of Foucault's challenge throughout his long intellectual production, and his anti-humanist position has found the expression rather well in its last phase, the 1980s. This article aims to demonstrate the most relevant expression of the humanist philosophy present in the main discourses of penal justice, which we call "punitive humanism", and then demonstrate how the "third Foucault" can offer a response to this from its final method. The study of the techniques of subjectivation allows to perceive the subject as a mutable production, so that neither anthropological nature nor present culture seems acceptable to support the legitimacy of punishment as a policy of government.

Keywords: Foucault – Criminology – Humanism – Punishment – Subjectivation.

Sumário: 1. Introdução: terceiro Foucault e Criminologia. 2. Humanismo *versus* subjetivação. 3. Desembaraçar do humanismo punitivo. Referências bibliográficas.

> *"Assim falou consigo um homem, num passeio ao sol da manhã: um homem no qual não só o espírito se transformou ao estudar a história, mas também o coração, e que, ao contrário dos metafísicos, está feliz em não abrigar em si 'uma alma universal', mas muitas almas mortais."*[1]

1. Introdução: terceiro Foucault e Criminologia

Quando se pensa na relação entre Michel Foucault e a Criminologia, logo vem à mente sua produção relativa à primeira metade da década de 1970. Em 1971 ele fundou o Grupo de Informações sobre as Prisões (GIP) com Jean-Marie Domenach, Pierre Vidal-Naquet e Daniel Defert, e a temática penal passa a rondar seus cursos no Collège de France, especialmente nos quatro anos seguintes – *Teorias e instituições penais* (1971-1972), *A sociedade punitiva* (1973), *O poder psiquiátrico* (1973-74), *Os anormais* (1975) –, sendo o fim desse período coroado com a publicação em 1975 de sua obra-prima ligada ao tema: *Vigiar e punir*.

No entanto, essa fase representa apenas uma pequena parte da sua produção intelectual, e caso possamos encarar sua filosofia como uma "caixa de ferramentas"[2], como declara o próprio autor em uma entrevista concedida a Jacques Rancière em 1977, é viável perceber enormes contribuições para pensar a questão criminal em todas as três fases de sua trajetória acadêmica: a arqueologia do saber, a genealogia do poder e a ética.

A divisão em três momentos, sugerida pelo próprio autor, não representa a existência de fases que se contradizem (a despeito de o autor ter produzido mudanças), mas sim períodos em que ele esteve especialmente dedicado a cada um dos três pontos que rondaram sua matriz filosófica: o saber, o poder, o sujeito.

Assim, a melhor forma de compreender essas três fases é notar que no "primeiro Foucault" (1961-1970) o foco essencial era a formação dos saberes, no

1. NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. v. II, p. 23.
2. FOUCAULT, Michel. Poderes e estratégias. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, saber-poder* (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 251.

"segundo Foucault" (1970-1980) eram as relações de poder, e no "terceiro Foucault" (1980-1984) era a constituição do sujeito. Contudo, para o autor, os três eixos desde sempre estiveram presentes em sua análise, sobretudo porque seu ponto de partida era a existência de uma circularidade entre eles, como esclarece no curso de 1983 – O governo de si e dos outros[3].

O chamado "terceiro Foucault" é certamente ainda o menos explorado nos debates criminológicos, talvez porque efetivamente não produziu nada tão diretamente ligado à justiça penal como na década anterior, talvez pela tardia publicação da transcrição dos seus cinco cursos ministrados no Collège de France[4], talvez porque sua investida na subjetivação tenha encontrado alguma resistência no *mainstream* dos pensamentos críticos[5].

O último Foucault apresenta sua forma mais complexa, reunindo as inovações de mais de duas décadas de elaboração filosófica. A se somar, nos últimos anos de sua vida, ele foi capaz de apresentar seu acúmulo teórico de maneira mais esclarecedora, permitindo ao leitor ter em mãos uma metodologia profundamente potente para as ciências humanas. Ali está sua melhor chave de leitura da realidade. Então, o que de novo pode oferecer o terceiro Foucault?

Ao longo das décadas anteriores, Foucault já havia nos ensinado que "não é possível separar a verdade dos processos da sua produção, e que esses processos tanto são processos de saber como processos de poder".[6] Formulou a expressão "saber-poder" como uma forma de destacar que os regimes de verdade produzem poder e as relações de poder produzem verdades, o hífen aí presente serve justamente para destacar o caráter recíproco destes elementos, que eles são interdependentes, andam juntos.

Todavia, a partir de 1980 o autor passa a incluir com maior clareza um terceiro elemento nesta grade de análise da modernidade: a subjetivação. Apesar de o

3. FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros:* curso no Collège de France (1982-1983). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 5
4. Do governo dos vivos (1980) foi publicado somente em 2012, "Subjetividade e verdade" (1981) em 2014, "A hermenêutica do sujeito" (1982) em 2001, "O governo de si e dos outros" (1983) em 2008, "A coragem da verdade" (1984) em 2009. A se acrescentar, o famoso curso proferido em Louvain, "Malfazer, dizer verdadeiro" (1981), foi publicado apenas em 2014.
5. BUTLER, Judith. Meramente cultural. *Ideias*, Campinas, v. 7, n. 2, p. 227-248, jul.-dez. 2016. p. 230.
6. EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito.* Trad. Antonio Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993. p. 21.

autor indicar que seu objetivo sempre "foi criar uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos tornaram-se sujeitos"[7], ele anuncia apenas no curso de 1980 – *Do governo dos vivos* – que haveria de promover um giro importante em sua linguagem. A partir de então, em vez de "saber-poder", o autor passa a usar o "governo pela verdade".[8]

A essa altura, o autor substitui a palavra "saber"" por "verdade"" ou "veridicção"", a palavra "poder" perde espaço para "governo" e "governamentalidade" e, por fim, apresenta-se o terceiro elemento "subjetivação". É o triângulo verdade-governo-subjetivação, conforme melhor sintetiza no curso de 1984 – *A coragem da verdade*:

> "E vocês estão vendo que, na medida em que se trata de analisar as relações entre modos de veridicção, técnicas de governamentalidade e formas de práticas de si, a apresentação de pesquisas assim como uma tentativa para reduzir o saber ao poder, para fazer do saber a máscara do poder, em estruturas onde o sujeito não tem lugar, não pode ser mais que pura e simples caricatura. Trata-se, ao contrário, da análise das relações complexas entre três elementos distintos, que não se reduzem uns aos outros, que não se absorvem uns aos outros, mas cujas relações são constitutivas umas das outras. Esses três elementos são: os saberes, estudados na especificidade da sua veridicção; as relações de poder, estudados não como uma emanação de um poder substancial e invasivo, mas nos procedimentos pelos quais a conduta dos homens é governada; e enfim os modos de constituição do sujeito através das práticas de si. É realizando esse tríplice deslocamento teórico – do tema do conhecimento para o tema da veridicção, do tema da dominação para o tema da governamentalidade, do tema do indivíduo para o tema das práticas de si – que se pode, assim me parece, estudar as relações entre verdade, poder e sujeito, sem nunca reduzi-las umas às outras."[9]

Crê ele que entre esses três eixos está a melhor possibilidade de compreendermos o que se passa no ocidente. Defende a existência de uma "regra de

7. FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW (org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995. p. 231.
8. FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 13.
9. FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade:* curso no Collège de France (1983-1984). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 10.

imanência"[10], de forma que não há exterioridade a esses elementos, já que se articulam e se constroem na relação. Assim, não há verdade, poder e sujeito metafísicos, e precisamente por isso o autor se negava a fazer uma "teoria da verdade", ou "teoria do poder" ou "teoria do sujeito". Não há um "estado puro", os três elementos estão conectados e interagem em um jogo constante.[11]

Logo, a verdade é sempre um saber precário, que interage com uma conjuntura de poder e com processos de subjetivação. Governo deve ser entendido como ato de influenciar e dirigir a conduta alheia (ação sobre ação), que se utiliza de jogos de verdade e de tipos de sujeito. Enfim, a subjetivação é um processo de formação do "si", que induz e reflete regimes de verdade e governamentalidades. É essa articulação tríplice que o autor denominou de "foco de experiência"[12]: história do saber possível conectada com os comandos normativos de ação e os modos de constituição de si.

Identifica nos discursos as suas "formas de veridicção", um "jogo do verdadeiro e do falso" que constitui a matriz dos saberes, de maneira que a produção das "verdades" se encontra sempre atrelada a uma base prévia que lhe confere validade. Nota que as relações de poder se dão por métodos de governamentalidade "produtivos", não meramente repressivos. Assume que a subjetividade não é apreensível em sua origem antropológica, mas que é possível captar as "técnicas de si" que atuam:

> "Substituir a história dos conhecimentos pela análise histórica das formas de veridicção, substituir a história das dominações pela análise histórica dos procedimentos de governamentalidade, substituir a teoria do sujeito ou a história da subjetividade pela análise histórica da pragmática de si e das formas que ela adquiriu, eis as diferentes vias de acesso pelas quais procurei um pouco a possibilidade de uma história do que se poderia chamar de 'experiências'".[13]

Todavia, vale notar que o alcance profundo da teoria foucaultiana pode ser melhor compreendido quando apresentado em relação aos seus discursos contrários.

10. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1:* a vontade de saber. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2011. p. 108-109.
11. FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.
12. FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros:* curso no Collège de France (1982-1983). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 4.
13. FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros:* curso no Collège de France (1982-1983). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 6.

Em outras palavras, para bem aprofundar no autor, é importante entender "contra o que" ele estava se posicionando, "do que" ele se divorciava. Para tanto, vale registrar que sua metodologia se opunha a quatro grandes formas teóricas: humanismo, economismo, estado-centrismo, repressivismo.

O presente artigo visa investigar como o afastamento de Foucault com relação ao primeiro destes pontos (humanismo) pode significar uma relevante contribuição para pensar a criminologia atual. Concordando com Veronique Voruz, crê-se que a adesão ao último Foucault pode ser de "bom uso para reconfigurar os termos do debate criminológico"[14]. Portanto, vale usar a filosofia política foucaultiana para pensar os métodos de produção de verdade e permitir novos olhares.

Dois importantes autores serão utilizados para entender como o humanismo está presente em alguns dos principiais discursos de legitimação da pena, e depois poderemos mostrar como a filosofia do Foucault tardio pode oferecer uma linha de fuga deste "humanismo punitivo". Compreendendo a presença relevante deste humanismo nos discursos penais, o objetivo final deste artigo será demonstrar como a filosofia do último Foucault nos apresenta a melhor linha de fuga para nos desembaraçar deste argumento, apontando que o ser humano é uma criação histórica sempre em modificação, e que as políticas públicas não apenas reagem ao sujeito, mas também influenciam a criação de tipos de sujeitos. A justiça penal não pune porque nossa cultura deseja punição, não há desejo inato, imutável, eterno. A punição é apenas uma forma possível de agir político dentre outras e, portanto, é preciso investigar se ela é a melhor forma.

A obsessão de Foucault sempre foi o presente, seu pensamento sempre era direcionado para formular uma nova maneira de pensar a nossa modernidade, seu método só é válido enquanto instrumento compatível com o hoje, e tudo indica que suas contribuições continuam atualizadas. No mesmo sentido, o presente artigo só encontra sentido na medida em que percebe a forte incidência do pensamento humanista na criminologia contemporânea, bem como crê que Foucault ensina algo relevante para escapar desta premissa filosófica. Os efeitos desta guinada, a despeito de não totalmente previsíveis, certamente são promissores.

Numa entrevista de 1975, "Entrevista sobre a prisão: o livro e o seu método", Foucault anunciou que "a única marca de reconhecimento que se pode testemunhar

14. VORUZ, Veronique. Politics in Foucault's later work: a philosophy of truth; or reformism in question. *Theoretical Criminology,* v. 15 (1), p. 1-19, 2010. p. 5.

a um pensamento como o de Nietzsche é precisamente utilizá-lo, deformá-lo, fazê-lo ranger, gritar".[15] Assim sendo, até em homenagem, façamos agora o mesmo com Foucault.

2. Humanismo *versus* subjetivação

A crítica ao humanismo não se inicia no Foucault da década de 1980, mas pode-se dizer que é neste período que sua formulação se torna mais completa. Em 1966 ele já havia se dedicado ao tema no consagrado livro "As palavras e as coisas", quando então buscou dar uma interpretação diferenciada sobre a formação dos grandes saberes da modernidade. A questão que se apresentou de pronto ao autor foi que as ciências humanas brotaram a partir do século XVIII levando em consideração uma visão estática e universalista do sujeito, crendo em uma essência humana que pode ser descoberta e que logo serve de fundamento para todas as positividades. Esse "ser empírico-transcendental" é questionado por Foucault, percebendo como a figura do "homem" é uma invenção recente e historicamente situada:

> "A verdadeira contestação do positivismo e da escatologia não está, pois, num retorno ao vivido (que, na verdade, antes os confirma, enraizando-os); mas, se ela pudesse exercer-se, seria a partir de uma questão que, sem dúvida, parece aberrante, de tal modo está em discordância com o que tornou historicamente possível todo o nosso pensamento. Essa questão consistiria em perguntar se verdadeiramente o homem existe."[16]

O confronto com as teorias humanistas nunca mais deixaria de estar presente em sua produção, pois atuava verdadeiramente como um contraponto à perspectiva genealógica de Nietzsche à qual Foucault se vinculava. Neste giro, era preciso estar atento para a historicidade não apenas dos saberes e das práticas, mas igualmente estar atento para a historicidade do próprio sujeito.

Para tanto, é inconcebível ao autor a aposta no homem transcendental, sujeito dado a partir de categorias sem história. Os humanismos se apresentam a ele como táticas discursivas flexíveis de legitimação política, ajustáveis para

15. FOUCAULT, Michel. Entrevista sobre a prisão: o livro e o seu método. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, saber-poder* (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lucia Avdlar Ribeiro. 2. ed. Rio de. Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 174.
16. FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas:* uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 443-444.

servir de argumento irrefutável ao estilo "se assim é o homem, que assim sejam as políticas".

No curso ministrado no Rio de Janeiro em 1973, denominado "A verdade e as formas jurídicas", ele aponta na primeira aula que o objetivo das conferências era mostrar que as condições políticas não são "um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento". O poder não é mero efeito de um sujeito pronto e acabado, ou aquilo que desrespeita uma natureza humana originária, mas o próprio sujeito é constituído na interação com suas condições políticas.[17]

Daí toda sua crítica à ideia de ideologia como "falsa consciência". Segundo esta crença, pressupõe-se que há uma conscientização correta para além do poder, uma verdade que pode ser revelada e que por si só libertaria o sujeito. Pelo contrário, o que Foucault demonstrava é que os sujeitos de conhecimento são sempre formados em relação com suas circunstâncias históricas, e "o desafio era fazer a história do sujeito pressuposto por um discurso de ciência"[18].

Nota que a crença em um "sujeito natural" se reflete na forma de encarar o poder como fator que desrespeita uma verdade supostamente fixa. Pelo contrário, a meta da Foucault não era encontrar uma verdade fora do poder, independente do poder, e sim ver que toda verdade decorre também de processos de poder, pois todas as relações são relações de poder.

É o que aponta também na entrevista de 1975 intitulada "Entrevista sobre a prisão: o livro e o seu método", ensinando que "o humanismo moderno se engana, portanto, ao estabelecer essa divisão entre saber e poder". Para o autor, sujeito e poder estão integrados, de forma que não podem ser isolados na compreensão do que se passa, "e não se trata de sonhar com um momento em que o saber não dependeria mais do poder, o que é uma maneira de reconduzir sob forma utópica o mesmo humanismo".[19]

Esse "puro sujeito cognoscente" estranho ao poder pressupõe a possibilidade de se encontrar um sujeito "livre em relação ao poder", significando um eterno

17. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 27.

18. HARCOURT, Bernard E.; BRION, Fabienne. The louvain lectures in context. In: FOUCAULT, Michel. *Wrong-doing, truth-telling*: the function of avowal in justice. Translated by Stephen W. Sawyer. Chicago: The University of Chicago Press, 2014. p. 285.

19. FOUCAULT, Michel. Entrevista sobre a prisão: o livro e o seu método. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, saber-poder* (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lucia Avdlar Ribeiro. 2. ed. Rio de. Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 172.

retorno a um humanismo com a promessa de emancipação do ser humano. Enfim, repete-se a ideia de uma sujeito pré-poder que deve ser resgatado.[20]

Não por outro motivo, parecia-lhe profundamente estéril a ideia de uma leitura dialética que pretendia codificar a realidade a partir de contradições, crendo em uma síntese final. É o que aponta no curso de 1976, "Em defesa da sociedade", ressaltando como essa filosofia é devota de uma crença metafísica da verdade última sobre o sujeito:

> "No fundo, a dialética codifica a luta, a guerra e os enfrentamentos dentro de uma lógica, ou pretensa lógica, da contradição; ela os retoma no duplo processo da totalização e da atualização de uma racionalidade que é a um só tempo final, mas fundamental, e em todo caso irreversível. Enfim, a dialética assegura a constituição, através da história, de um sujeito universal, de uma verdade reconciliada, de um direito em que todas as particularidades teriam enfim seu lugar ordenado. A dialética hegeliana e todas aquelas, penso eu, que a seguiram devem ser compreendidas como a colonização e a pacificação autoritária, pela filosofia e pelo direito, de um discurso histórico-político que foi ao mesmo tempo uma constatação, uma proclamação e uma prática da guerra social. [...] A dialética é a pacificação, pela ordem filosófica e talvez pela ordem política, desse discurso amargo e partidário da guerra fundamental."[21]

Como diria Daniel Defert, desvencilhar-se do "homem original" é se separar do último espaço da metafísica nas ciências humanas. Este sempre foi um dos principais postulados da filosofia foucaultiana, podendo ser reconhecido como marco fundamental de todas as suas análises sobre os discursos e práticas do poder.[22]

Era no "interior de uma trama histórica" que o sujeito deveria ser encontrado, concreto, e isto fazia parte da própria essência do que se denomina por genealogia. É possível então compreender os poderes e os saberes sem se fazer remissão a um sujeito "transcendente com relação ao campo de acontecimentos".[23]

---

20. SENELLART, Michel. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 316.
21. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: Editora WMF/Martins Fontes, 2010. pp. 49-50.
22. DEFERT, Daniel. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber:* curso no Collège de France (1970-1971). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 254.
23. FOUCAULT, Michel. Verdade e poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 26. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008. p. 7.

Mas, pode-se reconhecer que a concepção foucaultiana sobre o sujeito avançou a partir de 1980, dando um salto qualitativo ao aderir a um expresso "papel ativo" do sujeito, para deixar cada vez mais claro que a subjetividade não é mero produto passivo das relações de governamentalidade, assim ressalta Senellart[24].

Ao contrário de uma certa visão crítica que pretende ver a formação do indivíduo presa a uma estrutura de poder, em que a subjetividade aparece como um mero reflexo passivo das condições "materiais" de vida, a ética foucaultiana preserva um necessário grau de liberdade do sujeito na constituição de si. A subjetivação do terceiro Foucault refuta a possibilidade de se crer em ideias que brotam automaticamente das conjunturas de governo, o que seria uma espécie de determinismo. As ideias não provêm dos fatos em si mesmos.

Quando relaciona o processo de subjetivação com o "exterior", não o faz para "costurar uma identidade, mas desatar uma possibilidade, uma potência", como diria Sandro Chignola[25]. A atenção ao contexto dos discursos e governos que tocam o sujeito não é uma maneira de prendê-lo dentro das grades da história, mas justamente a forma com que o indivíduo pode perceber a si influenciado por seu presente, e daí optar por se desatar das formas de subjetivação que lhe foram ensinadas.

Precisamente por isso, a palavra "sujeito" será cada vez mais substituída por "subjetivação", para se tornar mais claro que a subjetividade é decorrente de um processo, de uma produção sempre aberta e sempre em curso. Isso não significava ignorar o caráter normativo das verdades e dos governos sobre a formação de si, mas demonstrar a necessidade de reconhecer que há um âmbito necessário de produção de si sobre si, é o que afirma no curso de 1981, "Subjetividade e verdade":

> "Este ano, desejo formular essa questão da subjetividade e da verdade como a formulei em estudos anteriores, ou seja, pegando um pouco o avesso do problema filosófico clássico, que é: como, em que medida, até que ponto, a que título e sob quais direitos a subjetividade pode fundamentar o conhecimento da verdade? Essa é a questão filosófica clássica. E o problema que pretendo e que já tentei colocar é, de certa forma, inverso. Trata-se de saber qual experiência podemos fazer de nós mesmos, qual campo de subjetividade pode abrir-se para o sujeito por ele mesmo, a partir do momento em que existem de fato, historicamente, diante dele, com relação a ele, determinada verdade,

24. SENELLART, Michel. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 314.

25. CHIGNOLA, Sandro. *Foucault oltre Foucault*. Roma: Derive Aprodi, 2014. p. 93.

> determinado discurso de verdade e determinada obrigação de ligar-se a esse discurso de verdade – seja para aceitá-lo como verdadeiro, seja para ele mesmo produzi-lo como verdadeiro."[26]

Agora, com foco na civilização ocidental, definitivamente esquivando de uma "filosofia do sujeito", é de se reconhecer a existência de "técnicas de si". Os indivíduos operam por si mesmos transformações em seus corpos e suas almas, e essa liberdade nunca se perde independente de qualquer estado de dominação.[27]

Como lembra no curso de 1982, "A hermenêutica do sujeito", partindo do pressuposto de um ser humano sem origem e sem fim, restam "possibilidades indefinidas de transformação do sujeito", não isentas do contexto de verdade e poder em que se insere, porém sempre possuindo um âmbito de liberdade criativa.[28]

A verdade e o governo só podem atuar sobre sujeitos livres, e a modernidade só pode efetivamente ser compreendida quando se estiver atento para o fato de que ela se produz, simultaneamente, por um processo totalizante e individualizante. O poder moderno atualiza a tecnologia do poder pastoral, cria mecanismos de massa e atua sobre a construção de si.[29]

A investigação sobre o "governo de si" se insere em mesmo grau de importância da tradicional relevância conferida aos métodos de "governo dos outros". Reconhecendo o aspecto incessantemente produtivo da mente humana sobre sua própria configuração individual, Foucault ensina que os processos de subjetivação merecem a mesma atenção dos processos de governo, se o objetivo for compreender o que se passa no mundo ocidental. É o que registra o artigo "O sujeito e poder", escrito em 1982:

> "Quando definimos o exercício do poder como um modo de ação sobre as ações dos outros, quando as caracterizamos pelo 'governo' dos homens, uns pelos outros – no sentido mais extenso da palavra, incluímos um elemento

26. FOUCAULT, Michel. *Subjetividade e verdade:* curso no Collège de France (1980-1981). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016. p. 25-26.
27. PELBART, Peter Pal. Da dessubjetivação nomádica à subjetivação herética: Foucault, Agamben, Deleuze. *Reinvenções de Foucault*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2016. p. 277.
28. FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito:* curso no Collège de France (1981-1982). Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Annus Muchail. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 475.
29. FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW (org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995. p. 236.

> importante: a liberdade. O poder só se exerce sobre 'sujeitos livres', enquanto 'livres' – entendendo-se por isso sujeitos individuais ou coletivos que têm diante de si um campo de possibilidades onde diversas condutas, diversas reações e diversos modos de comportamento podem acontecer."[30]

Invocar um conceito ativo de sujeito não é acolher uma racionalidade universalista do sujeito, é sim reconhecer que a historicidade opera sobre a subjetivação e nunca soterra sua capacidade ativa. Não se pode ficar preso a uma imagem passada ou futura do sujeito, o "si" é produtor e produto, produz-se na relação.[31] Importa que, tendo em conta esta liberdade necessária da constituição de si, investigue-se não exclusivamente os poderes e saberes que recaem sobre o indivíduo, além, cabe aprofundar em como o indivíduo "aceita estar atado ao poder exercido sobre ele". Por isso, é preciso abarcar vários campos do saber para entender a complexidade dos mecanismos de poder da atualidade.[32]

Segundo Edgardo Castro, é a matriz das subjetivações que permite a Foucault definitivamente "desantropologizar a história", encarando a "descontinuidade" dos fatos sem uma visão estática do sujeito. É uma filosofia que revigora o sujeito, e precisamente por isso abre um campo fundamental para a compreensão da política.[33]

A recusa de uma "teoria *a priori* do sujeito" era a única forma de Foucault compatibilizar sua teoria política com a constante inovação que pode ser vista nos jogos de verdade e nas práticas de poder. Há "diferentes formas de sujeito", e isto só é possível quando não se adere à um controle implacável, reconhecendo que o cuidado de si sempre é passível de uma nova ética.[34]

---

30. FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW (org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995. p. 244.
31. DREYFUS, H.; RABINOW, P. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995. p. 286.
32. FOUCAULT, Michel. *Wrong-doing, truth-telling*: the function of avowal in justice. Translated by Stephen W. Sawyer. Chicago: The University of Chicago Press, 2014. p. 19.
33. CASTRO, Edgardo. *El vocabulario de Foucault*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2004. p. 517.
34. FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade. In: FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política (Ditos e Escritos V). Trad. Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 275.

A questão da produção de si deve então ocupar lugar central nos debates de filosofia política. Como afirma Frédéric Gros, os estudos foucaultianos da década de 1980 vêm pôr as "técnicas do eu" em pé de igualdade com as "técnicas do outro", pois elas estão imbricadas no fluxo dos acontecimentos: "o que constitui o sujeito numa relação consigo determinada são justamente técnicas de si historicamente referenciáveis, que se compõem com técnicas de dominação, também elas historicamente datáveis".[35]

Posto isso em questão, pode-se perceber que o humanismo não passa de uma tentativa sempre maleável de "colorir e justificar as concepções do homem às quais ele foi certamente obrigado a recorrer". A concepção fixa da subjetivação é "muito inconsistente para servir de eixo à reflexão", e esteve a serviço até mesmo de grandes regimes autoritários como o Nazismo e o Stalinismo.[36]

No artigo "O que são as luzes?", de 1984, Foucault reafirma como sua análise é genealógica na finalidade e arqueológica no método, fugindo de qualquer pretensão transcendental ou metafísica. Acredita que é preciso deduzir da "contingência que nos fez ser o que somos a possibilidade de não mais ser, fazer ou pensar o que somos, fazemos ou pensamos", ou seja, é mergulhando em nosso momento histórico que podemos entender e nos desgarrar de uma forma de pensamento que nos está sendo passada. O sujeito pode se reinventar.[37]

Não resta espaço para uma ética primordial da qual se deva partir, todo humanismo se configura como uma barreira interpretativa, na medida que promete uma "essência não alienada". Caindo por terra a crença numa identidade natural, encontrando a mente humana em meio às verdades e aos poderes de cada tempo, a teoria foucaultiana funciona como uma espécie de "anarqueologia" quando se depara com a contingência de qualquer imagem do sujeito e qualquer prática de poder.[38]

Assim também se lê nos dois últimos livros publicados por Foucault em vida, os volumes 2 (O uso dos prazeres) e 3 (O cuidado de si) da sua *História da*

35. GROS, Frédéric. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito:* curso no Collège de France (1981-1982). 3. ed. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Annus Muchail. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 474-475.

36. FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento* (ditos e escritos II). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 346.

37. FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento* (ditos e escritos II). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 348.

38. FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 73.

sexualidade. Reafirma que a relação de si sobre si era uma chave fundamental para investigar a contemporaneidade, pois o "homem de desejo" também possui uma história e uma política:

> "Após o estudo dos jogos de verdade considerados entre si – a partir do exemplo de um certo número de ciências empíricas nos séculos XVII e XVIII – e posteriormente ao estudo dos jogos de verdade em referência às relações de poder, a partir do exemplo das práticas punitivas, outro trabalho parecia se impor: estudar os jogos de verdade na relação de si para si e a constituição de si mesmo como sujeito, tomando como espaço de referência e campo de investigação aquilo que poderia chamar-se 'história do homem de desejo'."[39]

E, tudo indica, era precisamente este ponto que faltava para se abrir as portas de uma ética criativa na ação política. Liberar o sujeito é não aceitar a posição fatalista, é crer na fundamental capacidade de novos arranjos subjetivos que influencie na criação de novas governamentalidades e novas veridicções.[40]

Logo, sujeito como produto de uma ação bilateral, de uns sobre os outros e de si sobre si. Uma construção, por isso, uma subjetivação. Eis o ponto onde o autor avançou mais nos últimos anos de sua vida, a peça que lhe permitiu alcançar uma teoria mais completa para um diagnóstico da modernidade do oeste planetário.

Incorporar o método "verdade-governo-subjetivação" do Foucault tardio é sem dúvidas negar qualquer tentativa de humanismo, reconhecendo o sujeito como um produto instável. Nem efeito mecânico de um "materialismo", nem completamente livre de suas condições históricas, o sujeito na modernidade é uma equação não determinista do seu tempo porque sua individualização é um processo que passa pelo governo de si.

3. Desembaraçar do humanismo punitivo

Compreendida a fuga de Foucault com relação às filosofias humanistas, cabe agora analisar como a metodologia de sua terceira fase é capaz de contribuir para pensar uma nova criminologia teórica. Ora, o humanismo é uma presença nas análises da questão criminal? Se sim, que efeitos pode fornecer uma análise verdadeiramente genealógica dos discursos penais?

39. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2*: o uso dos prazeres. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984. p. 11.

40. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 3*: o cuidado de si. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. p. 93.

Pode-se dizer que o coração de toda filosofia de justificação da justiça penal é sua teoria da pena. A principal matriz criminológica de todo discurso penal pode ser identificada pela resposta que ela oferece sobre os motivos de se usar a punição para determinados casos (ditos crimes), já que o próprio Estado usa outros tipos de ferramentas (reparatórias, emergenciais, mediadoras) diante de situações distintas. Em suma, toda teoria penal é devedora de uma interpretação da realidade, e este ponto de partida criminológico é aquele que visa responder a pergunta "Por que punir?"

Como é típico da modernidade, as políticas judiciais punitivas são devotas de diagnósticos da realidade que pretendem se formular de maneira laica e racionalista, em outras palavras, toda política criminal é fundada em uma criminologia[41], ainda que nem sempre de forma consciente e coerente. Logo, se é desejável pensar novos rumos propositivos, cabe primeiro demonstrar como os pensamentos criminológicos de destaque na atualidade podem ser minados a partir de outra margem.

Se podemos notar na criminologia um enorme avanço na problematização acerca do conceito de crime, sobretudo a partir da virada produzida pelo *Labeling Approach*, o avanço ainda parece tímido quando se fala em questionar as penas. A viabilidade de se utilizar outras ferramentas para substituir o uso das punições como instrumento institucional de pacificação social parece ainda não ter sido encarada de forma séria. Por isso, justiça restaurativa e abolicionismo penal continuam em segundo plano nos grandes debates criminológicos, sendo encarados em regra com descrédito.[42]

Sendo assim, devemos entender de onde vem essa rigidez da adesão à punição, e por isso é válido verificar justamente no fundamento da pena a existência de uma certa percepção sobre a mente do ser humano, sobre porque a punição é um consenso do qual não se pode esquivar perante uma certa visão sobre o sujeito em sociedade. Por isso, o grande humanismo que importa às análises criminológicas é o "humanismo punitivo", a concepção sobre o sujeito que lastreia a escolha política pela punição, esta é a grande raiz.

Como havia notado Foucault, a perspectiva humanista é um marco preponderante nos grandes pensadores ocidentais desde o século XVIII. Esta forma de

41. Aqui se utiliza o conceito de criminologia apresentado por E. R. Zaffaroni e Nilo Batista. Ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 277.

42. COHEN, Stanley. *Against criminology*. New Jersey: Transaction Books, 1988. p. 29.

amarrar uma certa relação entre a antropologia e a história não apenas circunscreve as linhas do status quo, mas igualmente as grandes matrizes "críticas". Assim sendo, era natural supor que tal ocorresse nos grandes pensamentos que circulam na criminologia, pois são eles devotos destas mesmas bases filosóficas. Efetivamente, é o que uma leitura atenta nos permite averiguar, tanto entre os "eficientistas" quanto entre os "minimalistas", há um certo humanismo que permanece.

Opta-se no presente trabalho em fazer uma análise de dois autores que são especialmente ilustrativos no tocante à base humanista de suas teses, o primeiro deles de grande destaque no cenário romano-germânico, o segundo no cenário da *common law*. A despeito de relevantes divergências nas propostas de política criminal, ambos projetam sobre o campo das justificações penais um ideal fixo de subjetividade, de maneira que o formato punitivo resta pretensamente justificado.

Em sua prestigiada obra "Direito e Razão", o italiano Luigi Ferrajoli pretende jogar luz sobre todas as justificações do modelo de justiça criminal, e dentre elas precisamente sobre o ponto central dos motivos do uso da punição. Crê na existência de dois fundamentos principais para as penas: a dissuasão delitiva e a evitação da vingança de sangue.

De início, indica que a expectativa dissuasiva não é muito confiável, dada a complexidade das razões sociais, psicológicas e culturais segundo as quais uma pessoa chega a delinquir. Acredita, mais, na idoneidade de satisfazer a segunda pretensão, e para tanto crê até mesmo em " penas modestas pouco mais que simbólicas".[43]

Em outras palavras, confia que as punições penais não podem ser dispensadas porque o ímpeto vingativo é "natural", de maneira que as punições intermediadas por regras públicas, imparciais e "racionais" é o que permite um avanço civilizatório na organização social. Enfim, a pena é um mal, mas um mal do qual não se pode fugir porque assim demanda a mente humana, diante das agressões que sofre.

O exercício dessa vingança pública, ao fim, é uma forma de preservar o culpado de uma punição desregulada e provavelmente atroz. Há um interesse *ne punietur* do próprio criminoso na pena estatal, já que sua vida correria maiores riscos diante da paixão descontrolada da vingança privada que fatalmente ocorreria.

> "Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como mal menor – ou seja, somente se menor, menos aflitiva e menos arbitrária – se comparada com

43. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 310.

> outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva."[44]

Segundo uma certa natureza humana vingativa, pretende-se justificar o exercício penal. Fora disso, nomeia como "falácia naturalista" qualquer ideia que se possa veicular de modelos de controle social sem as práticas punitivas, qualquer pretensão de abolicionismo penal remete a uma "regressão" civilizatória inaceitável.[45]

Mas, como supor que a subjetividade do ser humano está condenada a ser punitivista? Não seria isso justamente "naturalizar" uma reação humana? Logo, seu recurso argumentativo acaba por se atrelar a um universalismo, de maneira que o sujeito está fadado a lidar com seus conflitos sempre de uma maneira violenta e vindicativa. Segundo ele, a falta de regulação só poderia significar anarquia punitiva.

Por tudo, vê-se uma visão restrita do sujeito, que por sua vez serve como a grande ancoragem de sua defesa das penas estatais. Mas isso não é exclusivo de Ferrajoli, se ele foi escolhido aqui para ser referenciado é justamente porque representa um grande número de teóricos que compõem o saber penal, especialmente na américa-latina, crentes na pena como manobra "preventiva" de violências (seja da violência privada, seja da violência estatal).[46] Hipoteticamente, para estes autores, a pena é uma violência menor que substitui violências maiores, pois só com punição institucional se poderia encontrar a segurança necessária para controlar a vingança antropologicamente fundada.

O segundo autor escolhido para ser citado é um velho conhecido das políticas de segurança pública norte-americanas. James Q. Wilson, o coautor da teoria das "Janelas quebradas" (ao lado de George L. Kelling), a qual deu ensejo às

44. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 312.

45. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 320.

46. No mesmo sentido caminha a voz mais influente da criminologia latino-americana, o argentino E. R. Zaffaroni. Indica que a justiça penal tem a função de canalizar a vingança, enquanto este sentimento irracional não for superado por um câmbio civilizatório. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: POSTAY, Maximiliano E. (org.). *El abolicionismo penal em América Latina:* imaginación no punitiva y militância. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2012. p. IX.

famosas políticas de "tolerância zero", espécie de franquia da Nova York de Rudolph Giuliani que se tornaria um suposto "case" de sucesso internacional.

Sendo autor e coautor de várias obras de destaque, optou-se aqui por utilizar sua obra mais tradicional: "Pensando sobre o crime". Publicado inicialmente em 1975, o livro se encontra na terceira edição revisitada, e é provavelmente a que melhor reflete seu pensamento sobre como compreender as causas dos crimes e as políticas adequadas para agir diante delas.

Conforme aponta, sua premissa considera como "fútil" qualquer tentativa de alterar a natureza humana (seja por progresso geral, seja por reabilitação individual), de maneira que seu grande esforço se concentra em como reunir um conjunto de "esforços mais promissores para proteger a sociedade por meio da alteração das escolhas de possíveis delinquentes".[47]

O autor divide dois grandes tipos de pensamento sobre políticas para lidar com o crime, uma é movida por manipular os custos do crime via sanções criminais, outra é movida por manipular os benefícios do não crime via melhores oportunidades de trabalho e receita. No entanto, conclui que ambas partem do mesmo pressuposto e apresentam "apenas modesta" implicação científica e filosófica: tanto os "durões" quanto os "brandos" estão de acordo quanto à natureza humana, que o sujeito se guia por escolhas racionais diante das condições com que se depara para se beneficiar no mercado.[48]

Indo adiante em sua análise, indica que as duas políticas (a penal e a laboral) são as únicas viáveis em um cenário que preza por uma sociedade livre, onde o controle de comportamento não pretende passar por meios informais com maior espionagem, vigilância e controle. Considera que os fatores que mais influenciam sobre as causas dos crimes são "estrutura familiar, desenvolvimento moral, o nível de liberdade pessoal", mas sobre elas não se deve intervir por respeito ao princípio da vida liberal.[49]

Afirma a existência de uma "cultura americana" estática, crê na justiça penal como a forma por excelência para lidar com as taxas criminais, sob pena de se fragilizar o modelo liberal de sociedade. Quanto mais livre se pretende uma sociedade, mais ela dependerá das punições:

47. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Revised edition. New York: Basic Books, 2013. p. XXVII.

48. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Revised edition. New York: Basic Books, 2013. p. 234.

49. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Revised edition. New York: Basic Books, 2013. p. 235.

> "Nós fizemos nossa sociedade e devemos viver com isto. Se a filosofia de Hobbes e Bentham governam nossas explicações da história e nossas definições políticas, então que assim seja; ninguém, muito menos os ministros fundamentalistas, irão mudar isto. E então devemos trabalhar tão pacientemente quanto possível para fazer uma sociedade liberal funcionar e fazer o melhor e mais consciente uso de nossas leis de controle de comportamento, sem nos sentir envergonhados de que invocar 'a lei' seja negar nossa crença liberal. Longe disso; nós a estamos reafirmando."[50]

Em síntese, o autor não apenas trabalha uma teoria abstrata da escolha racional, ele define rigidamente quais são os elementos que apontam para uma escolha racional não criminosa em sua sociedade. Limita seu âmbito de políticas públicas apenas sobre o cenário laboral e penal, concluindo que as punições são fundamentais perante a necessidade de se promover desincentivo para as condutas delituosas. O crime é uma escolha de mercado.

Simplesmente declara que a Constituição americana e a sociedade americana são moldadas no modelo hobbesiano, o qual é centrado num individualismo que reconhece a centralidade de três paixões humanas: o desejo por riqueza, o desejo pela glória, o medo da morte violenta. Sendo esta a natureza humana, a natureza de guerra geral é permanente a menos que se construa uma força superior (o Estado Leviatã) para proteger uns dos outros.

Vale lembrar, conforme Hobbes só o "temor que inspira" é capaz de conformar as vontades, o desejo intrínseco de governar a si mesmo. O *civitas* é resultado de um pacto geral em que os cidadãos conferem ao Estado o poder de lhes manter uma ameaça constante, pois esta seria a única maneira de manejar a natureza má do ser humano. Paz que só o medo pode oferecer.[51]

Wilson aponta que Hobbes é a base dos pensamentos clássicos penais, encabeçados pela criminologia de Beccaria e Bentham, em que o utilitarismo se configura apresentando a punição estatal como um elemento decisivo para a escolha racional do indivíduo em evitar práticas delituosas.[52] A pena é a ferramenta

50. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Revised edition. New York: Basic Books, 2013. p. 237.

51. HOBBES, Thomas. *Leviatã*. p. 142.

52. Sobre os desafios e limites das criminologias baseadas na teoria da escolha racional, conferir o debate entre Keith Hayward e Graham Farrell. Leia-se: HAYWARD, Keith. Situational crime prevention and its discontents: rational choice theory versus the 'culture of now'. *Social Policy & Administration*, v. 41, 3, p. 232-50, 2007. FARRELL, Graham. Situational crime prevention and its discontents: rational choice and harm

contratual contra o crime. Diante de um indivíduo calculável, cabe oferecer um risco de sofrimento maior do que o risco do benefício do crime, e é exatamente a punição que pesa na balança.[53]

Enfim, seu humanismo punitivo está exposto quando atrela a necessidade de ameaça de punição à característica egoísta e violenta do suposto "homem americano". Funciona dentro da equação: se os sujeitos pensam assim, só nos cabe punir! Aponta a punição como uma consequência obrigatória diante do tipo de cidadão que toma como pressuposto.

A escolha por aqui em analisar o pensamento de James Q. Wilson também não foi por mero acaso. Sem dúvidas, ele representa ainda hoje grande influência nos pensamentos criminológicos do mundo anglo-saxão, pois foi uma das mais importantes vozes que promoveu a ascensão da denominada "criminologia administrativa" no final do século XX, referida como sendo uma das principais matrizes teóricas que deram causa ao "punitive turn" norte-americano e latino-americano.[54]

Agora, considerando os já apresentados fundamentos da filosofia do terceiro Foucault, é possível oferecer uma resposta ao humanismo punitivo a partir de dois argumentos centrais: 1) desejo de punição não é um traço da natureza humana; e 2) as políticas públicas são tanto produtos quanto produtoras de subjetividades.

Se bem compreendida a "posição anti-humanista"[55] de Foucault, fica fácil compreender que a aspiração pela resposta punitiva aos conflitos não provém da "natureza" à qual os seres humanos estão fadados. A demanda por punições, ainda que seja efetivamente um traço da sociedade atual, não encontra subsídios em uma matriz originária ou insuperável.

A colagem entre sujeito e "vingança punitiva" é uma manobra fundamentalmente marcada por uma filosofia humanista, pois é evidente que muitas

---

reduction versus 'cultural criminology'. *Social Policy and Administration*, p. 40-66, 2010. HAYWARD, Keith. A response to Farrell. *Social Policy & Administration,* v. 46, 1, p. 21-34, 2012.

53. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Revised edition. New York: Basic Books, 2013. p. 230.

54. HARCOURT, Bernard E. *Illusion of order*: the false promise of broken windows policing. Cambrige: Harvard University Press, 2004.

55. FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 74.

sociedades ao longo da história lançaram mão de outras formas de compor em torno de suas contendas (acordo, reparação, perdão). A resposta brutal está longe de ser um dado da natureza, e há farta documentação que comprova que o ocidente pré-moderno não era em regra o caos de barbárie que se desenha, leia-se Clastres[56], Rouland[57], Larrauri[58].

A punição como resposta para um conflito não é um dado antropológico, é resultado de um regime de "verdades" de seu tempo. Contudo, como se incorpora enquanto subjetivação, aparenta surgir como única lente possível de interpretação e interação com o real. Não é de se estranhar que propostas de redução ou abolição da justiça penal soem como verdadeiras distopias para muitas pessoas, e não como utopias reais.[59]

Foucault mostrou que a resposta a uma política que se escora em uma perspectiva pessimista sobre a natureza humana não é a apresentação de uma política baseada em uma perspectiva do "bom selvagem", o que seria retornar a um

56. A presunção hobbesiana de guerra generalizada nas sociedades selvagens era baseada nos relatos das sociedades primitivas americanas. HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 109. Contudo, tais registros já foram seriamente questionados por Clastres, cujas evidências científicas apontam para o fato de que os povos originários da América na verdade não eram "sem Estado", mas de fato "contra o Estado". A existência de líderes sem poder de punir não remetia ao caos, pelo contrário, havia coesão social. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política.* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2004. p. 47 e 270.

57. Em muitas sociedades "primitivas" percebe-se ausência da lógica da punição, cita os Esquimós da Groenlândia, os povos da Córsega, os Zunhis na América do Norte, os Mbutis (caçadores-apanhadores) do Congo, os Beduínos da Jordânia, os Gamos da Etiópia, os Mountags do Chade. Dentre eles, o fator comum de que a resolução da contenda se dá pela interação não violenta das partes na grande maioria dos casos. ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*: antropologia jurídica da modernidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 108-110.

58. Antes do Estado moderno, muitas instituições eram chamadas a colaborar com o deslinde das contendas, há farta demonstração histórica de que mesmo para condutas muito graves a solução frequentemente passava por acordos, indenizações ou mesmo o perdão. LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, ano IV, n. 20, 2005. p. 18-20.

59. SCOTT, David. Visualising an Abolitionist Real Utopia: Principles, Policy and Praxis. In: MALLOCH et al. (ed.). *Crime, Critique and Utopia.* Londres: Palgrave Macmillan, 2013. SCOTT, David; BELL, Emma. Reawakening Our Radical Imaginations: Thinking realistically about utopias, dystopias and the non-penal. *Justice, Power and Resistance Foundation*. v. sept. p. 11-32, 2016.

determinismo.[60] O verdadeiro giro é uma perspectiva que não promete uma "teoria do sujeito", é aquele que considera que o sujeito está em incessante construção, que toda cultura é precária.

A forma com que se percebe a subjetivação punitiva atual corresponde a um mero registro da modernidade, cuja pretensão disciplinar foi "tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta", de maneira que cada indivíduo se encontrasse atado a uma "universalidade punível-punidora".[61] A punição é uma verdade datada, mas que se infiltrou na forma com que o sujeito ocidental encara o seu mundo, fazendo com que a resposta punitiva pareça como uma consequência natural dos atos indesejados, uma mera relação de causalidade. Diria Nietzsche, é como se nossa educação fosse orientada pelas "fantasias de carcereiros e de carrascos":

> "Vocês, homens prestativos e bem-intencionados, ajudem na obra de erradicar do mundo o conceito de punição, que o infestou inteiramente! Não há erva mais daninha! Ele não apenas foi introduzido nas consequências de nossas formas de agir – e como já é terrível e irracional entender causa e efeito como causa e punição! – mas fez-se mais, privando da inocência, com essa infame arte interpretativa do conceito de punição, toda a pura causalidade do acontecer. A insensatez chegou ao ponto de fazer sentir a existência mesma como punição – é como se a educação do gênero humano tivesse sido orientada, até agora, pelas fantasias de carcereiros e de carrascos!"[62]

A relação entre dano (causa) e punição (consequência) não é uma regra universal, ela é o resultado de um processo de coemergência promovida por uma veridicção historicamente situada. A punição como forma de se fazer "justiça" é uma normatividade inventada, uma dentre outras tantas possíveis.

Sendo a ampla demanda por penalidades judiciais um "acontecimento" moderno, cabe questionar se o mais adequado não seria, ao invés de criarmos políticas em conformidade com este sentimento, incentivar-se formas de alterar esta subjetivação. Fomentar novas verdades e novas "práticas de si" para desestabilizar a cultura presente.

Na tarefa de "substituir o princípio da transcendência do ego pela busca das formas da imanência do sujeito"[63], é de se deparar com a maleabilidade do sujei-

60. COHEN, Stanley. *Against criminology.* New Jersey: Transaction Books, 1988. p. 128.
61. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 28. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010. p. 149.
62. NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora.* São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 21.
63. FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito:* curso no Collège de France (1981-1982). Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Annus Muchail. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 474.

to, e se estamos diante de subjetivações que hoje não parecem as mais adequadas, a tarefa pode ser trabalhar pela alteração das mesmas.

Como diria Bernard Harcourt, é possível inventar uma "clínica prática filosófica do sujeito que possibilita os sujeitos desprenderem a si mesmos das identidades por meio das quais eles são governados". Ao invés de dar vazão às súplicas punitivas, que inquestionavelmente geram efeitos sociais dramáticos[64], disputar os "discursos de verdade por meio dos quais os indivíduos constituem a si mesmos como sujeitos e fixam a si mesmos como identidades".[65]

Resistir à "verdade da punição" enquanto constitutiva da experiência do que nós somos. Duvidar da necessidade de qualquer forma de governo é também duvidar da obrigatoriedade de qualquer forma de pensar, e parece mais louvável crer que é preciso fomentar a criação de uma sociedade que se "inquietará com a permanência de seu código e de suas leis, de suas instituições penais e de suas práticas punitivas".[66]

A possibilidade da "morte do homem" na criminologia pode apontar para a possibilidade limite da "morte do homem punitivo". O que a perspectiva humanista parece ignorar é que há a possibilidade de produzir novas subjetivação, e novas formas de "si" podem ganhar grande expressão social.[67]

A punição pode se tornar, no nível dos discursos e das práticas, o intolerável. A pretensão punitiva pode ser reconhecida como um traço de uma sociabilidade autoritária com a qual não se deve concordar, o que hoje parece natural pode vir a não ser, como a história cansa de demonstrar. Caso seja verdade que hoje somos seres desejantes de punição, nada vincula nosso futuro a esta forma de pensamento.

A história não acabou, nem as verdades, nem as formas políticas, nem as subjetividades humanas. Se hoje há formas de pensar e agir, de ver a si mesmo, que são criticáveis, há sempre a possibilidade de mudança. Pôr o sujeito na posição

64. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

65. HARCOURT, Bernard E.; BRION, Fabienne. The louvain lectures in context. In: FOUCAULT, Michel. *Wrong-doing, truth-telling*: the function of avowal in justice. Translated by Stephen W. Sawyer. Chicago: The University of Chicago Press, 2014. p. 310.

66. FOUCAULT, Michel. Conversa com Michel Foucault. In: FOUCAULT, Michel. *Repensar a política* (Ditos e escritos VI). Trad. Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 360.

67. FOUCAULT, Michel. Conversa com Michel Foucault. In: FOUCAULT, Michel. *Repensar a política* (Ditos e escritos VI). Trad. Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 325.

ativa de construção de si devolveu a ele a autonomia que muitos acreditavam perdida para uma filosofia que enxergava os indivíduos como fantoches do poder.

> "A eterna recorrência de novas formas de servidão intolerável, e com elas novas formas de resistência, revela que a história humana – ao invés de uma marcha progressiva ao conhecimento absoluto, ao perecimento do Estado, ou o fim da história – é uma luta constante sobre nossa própria sujeição, uma batalha recorrente sobre a realização de nossa própria subjetividade, de nós mesmos enquanto sujeitos."[68]

Adentrando agora no segundo ponto, é preciso lembrar que as formas de governar não são meros efeitos do que pensa a sociedade. A relação entre formas de poder, discursos e subjetividades se torna muito mais complexa quando se percebe, com o último Foucault, que estes elementos estão numa relação ininterrupta de construção recíproca. Não apenas a cultura influencia as políticas, mas igualmente as políticas influenciam a cultura.

Logo, a justiça penal não é mera consequência de uma natureza humana ou da cultura em que se situa, é mais adequado notar que ela é igualmente produtora dos modos de agir da sociedade, ela também contribui na criação de seu campo subjetivo de sustentação. Todas as formas de humanismo punitivo ignoram o caráter dinâmico da produção subjetiva, negligenciando a face produtiva das instituições penais. Em outras palavras, isola a justiça penal do seu aspecto de agente de criação de verdades e subjetividades, pretende indicar que a justiça é um reflexo da sociedade, isentando-a do efeito contrário.

Ao invés de reprodutor atenuado de uma ética eternamente punitivista, é necessário dizer que as súplicas sociais punitivas da modernidade são também incentivadas pelo formato de resposta oferecido pela justiça penal.[69] O modelo penal da modernidade tem nos prendido nas mesmas perguntas, e por isso temos sido capazes de oferecer apenas as mesmas respostas.[70] Criar alternativas ao for-

68. HARCOURT, Bernard E. *The counterrevolution*: how our government went to war against its own citizens. New York: Basic Books, 2018. p. 350.

69. Larrauri inclusive lembra uma pesquisa apontando que os estados norte-americanos cuja legislação prevê pena de morte são justamente os que mais tem registros de linchamentos urbanos contra suspeitos de prática de crime. LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, ano IV, n. 20, 2005. p. 22.

70. MOORE, J. M.; ROBERTS, Rebecca. What lies beyond criminal justice? Developing transformative solutions. *Justice, Power and Resistance*. Foundation Volume, p. 115-136, 2016. p. 130.

mato punitivo é também incentivar novas formas de interação social, novas formas de pensar nossas relações, novos valores.

As técnicas penais de manutenção da ordem mediante repressão modelam uma percepção sobre quem são as pessoas que praticam condutas indesejadas, projetam uma visão específica sobre "pessoas desordeiras" e o que se deve fazer com relação a elas. É urgente pensar em como "as políticas propostas irão nos moldar como sujeitos contemporâneos da sociedade", como elas incentivam formas punitivas de pensar nossas relações.[71]

É o momento de reconhecer a "subjetividade como o efeito de múltiplos e variados processos de governo", não uma subjetividade "a-histórica".[72] O modelo de justiça penal influencia a criação de formas de pensar tipicamente penais, que extrapolam seu uso jurídico, e exatamente por isso fazem as práticas penais soarem como uma maneira muito natural de reagir aos conflitos.

A lógica penal é uma forma de racionalidade, e por isso as formas de conhecimento historicamente associadas ao binômio crime-pena (lei penal, narrativa popular do crime e criminologia) tornam-se "disponíveis fora de seus domínios de conteúdo originalmente limitado", elas acabam sendo instrumentos para interpretar outras formas de ação social.[73]

A forma de agir tipicamente penal se espalha por outras superfícies, e o uso da lógica punitiva contribui para constituir redes externas na mesma lógica. Isto modula "o olhar que a sociedade dirige para certas perturbações da via pública", especialmente as relacionadas às populações tradicionalmente clientes do aparato penal.[74] Esse estilo "penal" de lidar com os conflitos torna-se uma lente para enxergar os demais problemas sociais, ele é um "teatro burocrático-midiático" que conforma a cultura ativamente, fornecendo formas de explicação e hipotética solução das desordens para fins de pacificação social.[75]

---

71. HARCOURT, Bernard E. *Illusion of order*: the false promise of broken windows policing. Cambrige: Harvard University Press, 2004. p. 242.
72. VORUZ, Veronique. Politics in Foucault's later work: a philosophy of truth; or reformism in question. *Theoretical Criminology,* v. 15 (1), 2010, p. 7-8.
73. SIMON, Jonathan. *Governing through crime*: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University Press, 2007. p. 17.
74. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 29.
75. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

Então não faz sentido defender que o modelo penal é justificável porque devemos aderir à presente cultura punitiva, não há uma direção única nesta relação. Não é possível encarar as políticas públicas como meros efeitos da cultura, pois elas também criam e reforçam culturas (verdades, subjetivações). A cultura é móvel e instável porque o próprio sujeito é igualmente uma criação maleável. Desta feita, também este segundo ponto confirma a inviabilidade de se buscar a defesa das penas em qualquer olhar estático sobre o sujeito ou a sociedade, pois, ainda que eventualmente haja instalada uma "cultura da punição", ela pode ser modificada. Não cabe às instituições reproduzir e incentivar todas as formas de valores que circulam em sociedade, isto é notório.

Não se trata de buscar uma subjetividade que dita o poder, nem um poder que dita a subjetividade, mas reconhecer que ambos existem mutuamente.[76] Um não é origem e o outro fim, e por isso as punições penais, os discursos a elas relacionados e as subjetivações punitivas se retroalimentam. Mas é possível fugir deste ciclo vicioso, caso seja do nosso interesse. Lembre-se, o sujeito é um processo instável, subjetivação, então nenhuma imagem da mente humana pode sustentar uma visão rígida sobre o tipo de política que pode ser usada para lidar com os conflitos humanos.

Como diria o terceiro Foucault, o método verdade-governo-subjetivação (saber-poder-sujeito) permite enxergar que "não há legitimidade intrínseca do poder", e por isso é de se crer não na suspenção todas as certezas, mas a "não-necessidade de todo poder, qualquer que seja".[77] A justiça penal não é uma necessidade decorrente do que é o ser humano ou do que é nosso momento civilizacional, ela é uma construção datada (cerca de 3 séculos), e que não pode se escorar em nenhum dado transcendental.

Sendo certo que a prática punitiva estatal é uma tecnologia que se sustenta não apenas nas conjunturas materiais de poder[78], mas igualmente em tipos específicos de saberes e sujeitos, cabe em definitivo encampar novas análises questionadoras das epistemes da justiça penal, dando espaço para o pós-penal[79].

---

76. FOUCAULT, Michel. Entrevista sobre a prisão: o livro e o seu método. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, saber-poder* (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lucia Avdlar Ribeiro. 2. ed. Rio de. Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 172.
77. FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 13.
78. Para ir além da clássica teoria materialista da punição, leia-se o indispensável artigo: DE GIORGI, Alessandro. Punishment, Marxism, and Political Economy. *Oxford Research Encyclopedia of Criminology,* p. 1-28, 2018.
79. LEMOS, Clécio. *Foucault e a Justiça pós-penal:* críticas e propostas abolicionistas. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

Por tudo, se a punição penal é justificável por algum argumento, este definitivamente não pode ser de caráter humanista. Isto é o mínimo que se pode afirmar: nem a "natureza humana", nem a presença de uma "cultura no presente", são suficientes para legitimar nossa escolha pelo uso de uma justiça cuja essência é causar sofrimento (punição) na busca de paz. Assumir isso pode gerar inquietações cruciais no íntimo das políticas de segurança pública. Ao que tudo indica, desembaraçar-nos do humanismo permite abrir formas inovadoras de desestabilizar as teorias penais, favorecendo uma renovação das perspectivas críticas no campo criminológico.

Referências bibliográficas

BUTLER, Judith. Meramente cultural. *Ideias*, Campinas, v. 7, n. 2, p. 227-248, jul.-dez. 2016.

CASTRO, Edgardo. *El vocabulario de Foucault*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2004.

CHIGNOLA, Sandro. *Foucault oltre Foucault*. Roma: Derive Aprodi, 2014.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política.* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

COHEN, Stanley. *Against criminology.* New Jersey: Transaction Books, 1988.

DEFERT, Daniel. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber*: curso no Collège de France (1970-1971). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DE GIORGI, Alessandro. Punishment, Marxism, and Political Economy. *Oxford Research Encyclopedia of Criminology,* p. 1-28, 2018.

DREYFUS, H.; RABINOW, P. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito.* Trad. Antonio Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993.

FARRELL, Graham. Situational crime prevention and its discontents: rational choice and harm reduction versus 'cultural criminology'. *Social Policy and Administration*, p. 40-66, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Arte, epistemologia, filosofia e história da medicina* (Ditos e escritos VII). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade:* curso no Collège de France (1983-1984). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito:* curso no Collège de France (1981-1982). Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Annus Muchail. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A história da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva:* curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento* (ditos e escritos II). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas:* uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber:* curso no Collège de France (1970-1971). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: Editora WMF/Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, saber-poder* (Ditos e escritos IV). Trad. Vera Lucia Avdlar Ribeiro. 2. ed. Rio de. Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política (Ditos e Escritos V). Trad. Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1:* a vontade de saber. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2*: o uso dos prazeres. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 3*: o cuidado de si. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 26. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros:* curso no Collège de France (1982-1983). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *O poder psiquiátrico:* curso no Collège de France (1973-1974). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. O que é a crítica? Trad. Antonio C. Galdino. Revisão da tradução Stella Fuser Bittar. *Cadernos da Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP*, Marília, v. 9, n. 1, p. 169-189, 2000.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW (org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais:* curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Repensar a política* (Ditos e escritos VI). Trad. Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Subjetividade e verdade:* curso no Collège de France (1980-1981). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 28. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Wrong-doing, truth-telling*: the function of avowal in justice. Translated by Stephen W. Sawyer. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

GROS, Frédéric. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito:* curso no Collège de France (1981-1982). 3. ed. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Annus Muchail. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HARCOURT, Bernard E. *Illusion of order*: the false promise of broken windows policing. Cambrige: Harvard University Press, 2004.

HARCOURT, Bernard E. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF/Martins Fontes, 2015.

HARCOURT, Bernard E. *The counterrevolution*: how our government went to war against its own citizens. New York: Basic Books, 2018.

HARCOURT, Bernard E.; BRION, Fabienne. The louvain lectures in context. In: FOUCAULT, Michel. *Wrong-doing, truth-telling*: the function of avowal in justice. Translated by Stephen W. Sawyer. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

HAYWARD, Keith. Situational crime prevention and its discontents: rational choice theory versus the 'culture of now'. *Social Policy & Administration,* v. 41, 3, p. 232-50, 2007.

HAYWARD, Keith. A response to Farrell. *Social Policy & Administration,* v. 46, 1, p. 21-34, 2012.

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, ano IV, n. 20, 2005.

LEMOS, Clécio. *Foucault e a Justiça pós-penal:* críticas e propostas abolicionistas. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

MOORE, J. M.; ROBERTS, Rebecca. What lies beyond criminal justice? Developing transformative solutions. *Justice, Power and Resistance.* Foundation Volume, p. 115-136, 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora.* São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. v. II.

PELBART, Peter Pal. Da dessubjetivação nomádica à subjetivação herética: Foucault, Agamben, Deleuze. *Reinvenções de Foucault.* Rio de Janeiro: Lamparina, 2016.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*: antropologia jurídica da modernidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCOTT, David. Visualising an Abolitionist Real Utopia: Principles, Policy and Praxis. In: MALLOCH et al. (ed.). *Crime, Critique and Utopia.* Londres: Palgrave Macmillan, 2013.

SCOTT, David; BELL, Emma. Reawakening Our Radical Imaginations: Thinking realistically about utopias, dystopias and the non-penal. *Justice, Power and Resistance Foundation*. v. sept. p. 11-32, 2016.

SENELLART, Michel. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos:* curso no Collège de France (1979-1980). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University Press, 2007.

VORUZ, Veronique. Politics in Foucault's later work: a philosophy of truth; or reformism in question. *Theoretical Criminology,* v. 15 (1), p. 1-19, 2010.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Revised edition. New York: Basic Books, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: POSTAY, Maximiliano E. (org.). *El abolicionismo penal em América Latina:* imaginación no punitiva y militância. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A hermenêutica da linguagem e a (re)interpretação no processo penal, de Ricardo Araujo Dib Taxi e Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo – *RBCCrim* 155/339-363 (DTR\2019\27869);
- Baratta, Foucault e a questão criminal, de Adrian Barbosa e Silva – *RBCCrim* 123/157-186 (DTR\2016\24038);
- Loucura e exceção: uma análise da dignidade dos esquecidos em Foucault, Agamben e na literatura distópica, de Nelson Camata Moreira e Larah Brahim Duarte dos Santos – *RBCCrim* 148/495-515 (DTR\2018\19818); e
- Por uma releitura dos conceitos de sistema processual penal inquisitório e acusatório a partir do princípio da igualdade, de Tiago Kalkmann e Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 142/171-208 (DTR\2018\10714).

(In)eficácia da alegação de insanidade mental na defesa de mulheres infratoras com problemas mentais

(In)efficiency of the allegation of mental insanity in the defense of women offenders with mental disorders

Isabel Bezerra de Lima Franca

Doutoranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC. Mestre em Políticas Públicas pela UFABC (2016). Graduanda em Direito pela FADI Sorocaba (2008) e em Comunicação Social pela UMESP (1988). Programadora Visual.
https://orcid.org/0000-0001-8469-1774
isabellimafranca@hotmail.com

Maria Gabriela da Silva Martins da Cunha Marinho

Doutora em História Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Política Científica e Tecnológica pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Graduação em Comunicação Social (UFMG/IMSP). Vice-diretora do Centro de Engenharia, Modelagem e Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do ABC (CECS-UFABC) 2017-2021. Professora de Ciências Humanas e Sociais na Universidade Federal do ABC.
https://orcid.org/0000-0002-5698-0437
gabiolmg@gmail.com

Recebido em: 03.03.2019
Aprovado em: 11.09.2019
Última versão das autoras: 15.10.2019

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Processual; Penal

Resumo: Este trabalho tem como objetivo verificar a utilização do incidente de insanidade mental como forma de defesa de mulheres que cometeram infração penal. Nos processos penais, a invisibilidade experimentada pelas mulheres com doenças mentais é intensificada em razão das subjetividades inerentes à realização e interpretação desse laudo pericial. Essa dinâmica que descaracteriza a natureza de defesa desse instrumento gera um descompasso entre o processo de avaliação da doença mental e o resultado do

Abstract: This works aims at verifying the use insanity defense as a way of defending women who have committed criminal offenses. In criminal proceedings, the invisibility experienced by women with mental illnesses is intensified by the subjectivities that are inherent to the elaboration and interpretation of the forensic report. This dynamic disfigures the defensive nature of this instrument and promotes a disjunction between the process of evaluation of the mental illness and the result of the trial of the claim.

julgamento da demanda. Como a maioria dos trabalhos sobre a alegação de insanidade mental é desenvolvida por uma perspectiva jurídica desconectada de seu resultado social, esperamos aumentar a conscientização sobre as ambiguidades que derivam dessa dinâmica, analisando o problema sob um ângulo diferenciado. Como *corpus* de pesquisa, foram analisados 113 recursos interpostos no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entre 2004 e 2017, nos quais procuramos verificar a hipótese de que as subjetividades envolvidas na realização e interpretação dos exames de insanidade mental podem influenciar o regime de cumprimento da medida de segurança, acarretando assimetrias no tratamento de mulheres infratoras com problemas mentais.

Palavras-chave: Mulheres infratoras – Doença mental – Incidente de insanidade mental.

Because the majority of works about the allegation of mental illness are developed under a legal perspective that is disconnected from its social result, we expect raise the awareness about the ambiguities that derive from that dynamics by analyzing the problem from a different angle. As the corpus of the research, we analyzed 113 appeals filed with the Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP (Sao Paulo Justice Court) between the years of 2004 and 2017. In doing so, we tried to verify the hypothesis that the subjectivities involved in the elaboration and interpretation of the insanity tests can influence security measures' regimes and result in asymmetries in the treatment of mentally ill women offenders.

Keywords: Women offenders – Mental illness – Insanity defense.

Sumário: Introdução. 1. O incidente de insanidade mental e o excesso punitivo vivenciado pela mulher com problemas mentais. 1.1. As mulheres com problemas mentais no Judiciário: condescendência ou exclusão?. 1.2. A função seletiva do incidente de insanidade mental. 2. Recursos de mulheres infratoras que alegaram insanidade mental como tese de defesa. 2.1. Crimes cometidos pelas mulheres submetidas a incidente de insanidade mental. 2.2. Requerimento do incidente de insanidade mental como estratégia da defesa. 2.3. Recursos interpostos pela defesa contra a decisão de primeiro grau. 2.4. Decisões dos recursos do TJSP e os argumentos utilizados para sua fundamentação. 3. As subjetividades decorrentes da avaliação e interpretação do laudo pericial de insanidade. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A incorporação dos manicômios judiciários ao sistema penitenciário no Estado de São Paulo, promovida pelo Decreto 23.197, de 04 de janeiro de 1985, intensificou o aspecto tutelar da medida de segurança reduzindo consideravelmente sua natureza de tratamento, impondo às mulheres infratoras com problemas mentais as mesmas mazelas experimentadas pelas presas comuns.

As respostas punitivas do estado, de acordo com Caetano[1], representam de "um lado, a pena, que pressupõe a culpabilidade do indivíduo; de outro, a medida de segurança, que tem por fundamento a sua periculosidade".

1. CAETANO, Haroldo. *Loucura e direito penal*. Doutorado em Psicologia. Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2018. p. 32.

Nesse sentido, a medida de segurança é uma sanção aplicada a mulher que comete infração penal, mas tem afastada sua responsabilidade em razão da inimputabilidade, podendo ser aplicada de forma detentiva (regra) ou restritiva[2]. Embora não seja considerada pena e sim medida terapêutica, a medida de segurança, nos moldes que é aplicada atualmente, vem se mostrando muito mais gravosa do que a pena, visto não possuir limite temporal em sua aplicação.

A medida de segurança é decretada com fundamento no procedimento incidental denominado incidente de insanidade mental, uma prova pericial na qual o psiquiatra afere o estado mental do agente criminoso no momento do cometimento da infração penal para subsidiar a decisão judicial.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), o incidente de insanidade mental é instituído em favor da defesa, o que pressupõe atribuir tratamento menos gravoso a uma pessoa que cometeu infração penal, mas não tinha consciência dos seus atos. Contudo, em razão das alterações contextuais e da cronicidade de algumas doenças mentais, esse instrumento acabou transformando a medida de segurança em uma prisão perpétua, uma vez que o infrator com problemas mentais depende de exames periódicos que atestem a cessação de sua periculosidade como forma de obter o término do cumprimento de uma medida de segurança de internação[3].

Apesar de a periculosidade ser considerada um pressuposto para a decretação da medida de segurança de internação, segundo Caetano,[4] esse conceito se mostra equivocado na medida em que atribui a indivíduos imprecisos uma potência ou aptidão para causar dados apenas com base em presunções.

Diante disso, as transformações socais na dogmática penal e nas classificações das anormalidades psiquiátricas incidiram sobre a natureza do incidente de insanidade mental enquanto instrumento da defesa, tornando-o mais prejudicial do que benéfico, especialmente no que tange às diferenças entre o regime de cumprimento da medida de segurança de internação e de tratamento ambulatorial.

2. GIACÓIA, Gilberto. Letícia Gabriella. O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 151, ano 27, p. 43-73, 2019.
3. BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. *Infopen Mulheres*. 2. ed. Depen. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf]. Acesso em: 12.12.2018.
4. CAETANO, Haroldo. *Loucura e direito penal*. Doutorado em Psicologia. Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2018. p.58.

Nesse sentido, o STF afirmou, no *Habeas Corpus* 133.078 de 06 de setembro de 2016, que "o incidente de insanidade mental, que subsidiará o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu, é prova pericial constituída em favor da defesa, não sendo possível determiná-la compulsoriamente quando a defesa se opõe"[5], visto que ninguém é obrigado a constituir prova contra si mesmo.

No entanto, o processo evolutivo experimentado pelo incidente de insanidade mental aliado à subjetividade com que esses laudos de insanidade são produzidos e avaliados têm promovido distorções e excessos punitivos, principalmente, no caso de mulheres infratoras com problemas mentais tem se mostrado extremamente danoso, onde as representações patriarcais acarretam uma perpetuação da vitimização e da invisibilidade social experimentadas por elas.

Nesse sentido, a vitimização de uma mulher infratora decorre especialmente da sua condição de sofrimento mental, pois, por ser portadora de uma doença que a objetifica, impedindo a construção de sua identidade, não raro, ela vê suas ações ser estereotipadas com lastro em um diagnóstico de insanidade mental que passa a determinar seu julgamento nas instâncias jurídicas.

Assim, essa é uma pesquisa descritiva e qualitativa que tem tendo como objetivo geral avaliar a eficácia do incidente de insanidade mental enquanto instrumento de defesa de mulheres infratoras com problemas mentais. Para isso, foram selecionados 113 recursos judiciais interpostos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entre 2004 e 2017, nos quais a defesa solicitou ao juiz a realização dessa prova pericial. O objetivo específico é verificar qual interpretação é dada pelo Tribunal a esses incidentes de insanidade e quais os fundamentos utilizados pelos desembargadores para aplicar a medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial.

Metodologicamente, trata-se de uma análise documental composta por uma amostra não representativa de recursos judiciais, selecionada a partir de processos de mulheres infratoras submetidas a incidente de insanidade mental, visando compreender como o diagnóstico delas influencia o seu julgamento no TJSP[6]. Embora o universo pesquisado seja restrito, os discursos utilizados pelo Judiciário com base em laudos periciais permitem aferir elementos que demonstram como o incidente de insanidade mental, criado inicialmente para afastar a culpabilidade, transformou-se em um instrumento de opressão e segregação.

5. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 133.078/RJ. 2016, p. 1.
6. BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições, 70, 1977. p. 225.

A opção por analisar recursos e não sentenças se justifica em primeiro lugar, em razão de o tribunal ser a última instância que pode modificar a decisão do juiz de primeiro grau com base em um laudo de insanidade, revertendo a condição de inimputabilidade conferida à mulher doente mental e em segundo lugar, porque essas decisões fazem parte de uma pesquisa mais ampla que ainda se encontra em curso e buscou mapear os processos em um percurso decrescente em razão da falta de acesso a documentação completa. Nesse sentido, o Estado de São Paulo foi escolhido em razão da possibilidade de levantamento dos processos físicos e da complementação dessa pesquisa por meio de outros métodos empíricos.

Embora tenhamos conhecimento de que a utilização de decisões judiciais como objeto de análise apresenta uma série de restrições, na medida que são permeadas de lacunas e na maior parte das vezes o juiz cita páginas do processo as quais o pesquisador não tem acesso, esse *corpus* de pesquisa, devido a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, demonstra ser uma importante fonte de análise para verificar as motivações e preferências dos juízes, além de explicitar fatores que influenciam o resultado dos processos e os estereótipos com que são representados vítimas e réus.

Para a localização dos recursos, foram utilizadas as palavras-chave "incidente de insanidade mental" e "ré" no *site* do TJSP, visando a seleção de decisões apenas relacionadas a mulheres, descartando, desse modo, recursos cujo agente infrator fosse homem. Essa opção de baixar apenas decisões relativas a mulheres, embora tenha impossibilitado um comparativo das representações judiciais sobre homens e mulheres, permitiu uma visão mais aprofundada das questões relativas a mulheres infratoras em sofrimento mental.

A pesquisa qualitativa, por não ter a pretensão de generalizações, exige opções e delimitações mais precisas a fim de permitir avaliar cada caso em suas especificidades. Por essa razão, o lapso temporal entre 2004 a 2017, foi escolhido devido a dois fatores: o primeiro, os recursos relativos a mulheres foram localizados somente a partir de 2004, pois embora os processos originários fossem anteriores, não se encontravam disponíveis para consulta. O limite temporal final consistente no ano de 2017, decorreu do fato de o levantamento ter sido efetuado no curso de 2018 e as pesquisadoras optarem por não incluir as decisões desse ano na pesquisa.

A partir desse levantamento, os recursos de mulheres infratoras com problemas mentais foram categorizados considerando: o crime cometido por elas; o deferimento ou o indeferimento para realização do incidente de insanidade mental; o pedido do advogado no recurso e a decisão e fundamentação do Tribunal nesse julgamento.

A análise privilegiou a verificação das incongruências entre a aplicação do incidente de insanidade mental e sua caracterização enquanto instrumento de defesa, visando completar uma lacuna da literatura ao considerar o viés de gênero uma variável importante para inferir a interpretação do juiz acerca da doença mental, uma vez que, historicamente, as mulheres são vistas pelas instâncias de poder com maior propensão à doença mental, especialmente, quando cometem uma infração penal[7].

Como as pesquisas sobre mulheres com problemas mentais que cometeram infração penal são escassas, percebemos que o aprisionamento delas exige um olhar diferenciado que suplante a mera ótica de encarceramento feminino, visto que as especificidades envolvidas nesse processo exigem observar a dupla vulnerabilidade a que elas se encontram submetidas: a doença mental e a condição de mulher[8].

No entanto, antes de avaliarmos as questões relativas à elaboração do incidente de insanidade mental em mulheres criminosas, torna-se necessário considerar o aumento da participação delas na seara criminológica, pois a invisibilidade que experimentam ao longo de um processo penal é intensificada pela fragmentação das fases processuais e do cumprimento da pena, acarretando a perpetuação da vitimização, assujeitamento e objetivação experimentada por elas na sociedade[9].

A análise das decisões de mulheres infratoras com laudos de insanidade mental demonstrou que o juiz, apesar de ter Poder para desconsiderar o incidente pericial em razão de seu livre convencimento, raramente o faz, buscando, na maior parte das vezes, justificar suas decisões de internação com base nas observações presentes nesses laudos. O que passa a ser prejudicial, quando se verifica que a maioria dos laudos atestou uma periculosidade nas mulheres em sofrimento mental consideradas inimputáveis.

1. O incidente de insanidade mental e o excesso punitivo vivenciado pela mulher com problemas mentais

O reconhecimento da doença mental, por meio do incidente de insanidade mental, representa o afastamento da responsabilidade penal da mulher infratora

7. HARTZ-KARP, Janette. Women in Constraints: Western Australia. Western Australian Department of Corrections, 1979.
8. HARTZ-KARP, Janette. Women in Constraints: Western Australia. Western Australian Department of Corrections, 1979.
9. CARLEN, Pat. Introduction: Women and punishment. *Women and Punishment*, Willan, p. 13-30, 2013.

perante o ato praticado e substituição da pena pelo tratamento compulsório da medida de segurança, porém a diferença entre os regimes de aplicação dessa sanção, relativiza o procedimento e intensifica as assimetrias presentes no processo penal[10].

Essas assimetrias decorrem das distorções entre a teoria que fundamenta a medida de segurança e sua aplicação prática, pois, a internação compulsória como forma de tratamento é feita nos mesmos moldes da pena, aproximando-se muito mais de medidas de controle segregativas do que de um tratamento terapêutico.

A justificativa para a internação da mulher com problemas mentais com base na noção de periculosidade, apesar de ter sido bastante questionada pela literatura[11], continua ocorrendo, mesmo em virtude da crença de que elas possuem menor propensão a violência do que os homens, figurando mais como vítimas da violência do que como agressora[12].

Além disso, no curso de um processo penal, o conceito de periculosidade de uma mulher com problemas mentais tem sido atrelado à possibilidade de reincidência, o que demonstra ser uma missão impossível para qualquer um antever, mesmo o psiquiatra, que não pode determinar a possibilidade de reincidência de uma pessoa, somente porque ela é portadora de determinada enfermidade mental. Nesse sentido, os aspectos relacionados à periculosidade, apesar de terem sido abordados tanto na questão do aprisionamento de presas comuns quanto de mulheres com problemas mentais[13], sustentaram-se em estudos psiquiátricos que afirmaram que determinadas doenças mentais aliadas a dependência química podem aumentar a propensão de crimes com o emprego da violência[14].

Assim, a maioria das pesquisas têm demonstrado que os crimes cometidos por mulheres com emprego da violência são mais relacionados a determinados

10. SIMON, Rita J.; AHN-REDDING, Heather. *The insanity defense, the world over*. Rowman & Littlefield, 2008.
11. PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *Hist Cienc Saude*, 9.2, p. 335-355, 2002.
12. WALKLATE, Sandra. Gender, crime and criminal justice. 2. ed. London: Willan, 2004.
13. MECLER, Kátia. Periculosidade: evolução e aplicação do conceito. *Journal of Human Growth and Development*, 20.1, p. 70-82, 2010.
14. CUNHA, Susana Maria Pinto Almeida Leitão et al. *Esquizofrenia e crime*: contributo para o estudo da agressividade dos Inimputáveis Perigosos. Dissertação de candidatura ao grau de Mestre – Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, 2003.

problemas mentais como esquizofrenia e alguns transtornos de personalidade que, embora tratados de forma diferencial pela psiquiatria, são considerados de forma genérica no Judiciário, sem uma avaliação individualizada de cada caso, gerando distorções e incongruências no cumprimento das medidas de segurança[15].

Essas questões resultam em sanções ambíguas, pois, como não é possível prever a periculosidade de alguém apenas com base em determinadas comorbidades, o psiquiatra acaba considerando perigoso todos aqueles portadores de determinados transtornos mentais e, portanto, passíveis de inimputabilidade, independente das circunstâncias fáticas que motivaram o crime[16].

Por outro lado, sabemos que indivíduos que foram considerados semi-imputáveis e tiveram sua pena reduzida de um a dois terços por compreenderem a ilicitude do seu ato, mas não se controlam para evitar sua prática podem ser tão ou mais perigosos que os inimputáveis, no entanto, não ficam condicionados à decisão acerca da cessação de sua periculosidade para finalizar o cumprimento de sua pena.

Apesar das ambiguidades relativas à periculosidade, a criminologia clássica sempre considerou a mulher menos agressiva e com menor propensão a delinquir, embora o afastamento dos padrões clássicos impostos a ela pela sociedade patriarcal a tornasse mais suscetível de ser diagnosticada com problemas mentais do que o homem[17].

1.1. As mulheres com problemas mentais no Judiciário: condescendência ou exclusão?

Esse estigma de doença mental atribuído à mulher, principalmente quando ela pratica algum um ato criminoso, concorre para a manutenção de uma crença na condescendência das instâncias judiciais em relação a elas.

Contudo, autoras como Walklate (2013) afirmam que essa condescendência é apenas aparente, pois decorre da pretensa neutralidade de gênero difundida pelas teorias críticas da criminalidade e atualmente não se sustenta, uma vez que as

15. ZHENJIE, Li; YILIANG, Tang. Malpractices and Path of Reform Concerning Psychiatric Identification in China – Taking the "Heading-cutting Case" Committed by Hu as an Entry Point. *International Journal of Law and Society*, v. 1, n. 3, p. 108, 2018.
16. VALENÇA, Alexandre Martins; MORAES, Talvane Marins de. Relação entre homicídio e transtornos mentais. Relationship between homicide and mental disorders. *Rev. Bras. Psiquiatr.*, v. 28, n. Supl II, p. S62-8, 2006.
17. WALKLATE, Sandra. Gender, crime and criminal justice. 2. ed. London: Willan, 2004.

teorias feministas demonstraram que a invisibilidade feminina experimentada ao longo do tempo, além de impedir uma análise realista de sua condição, contribuiu para camuflar como "fatores relacionados a sexo, raça e classe são preponderantes na escolha de quem o sistema penal vai punir"[18].

No mesmo sentido, Hartz-Karp (1979) afirmou que esse tratamento leniente atribuído às mulheres no curso de um processo penal serviu apenas para mascarar o fato de que tanto o aprisionamento na penitenciária quanto a hospitalização em manicômio judiciário são formas de controle e restrição social que induzem a resultados injustos[19]" visto que operam por meio da despersonificação, objetificação e invisibilidade da mulher.

Dessa forma, percebemos que a aparente leniência do sistema judicial perante as mulheres legitima uma violência oculta materializada nas fragilidades de medidas protetivas como o incidente de insanidade mental, cuja seletividade envolvida em quem vai cumprir medida de segurança de internação e quem terá direito a tratamento ambulatorial podem perfeitamente estar atrelada a fatores como raça e classe[20].

Entretanto, a maior violência observada nas decisões judiciais é o silenciamento que o diagnóstico de doença mental acarreta às mulheres em sofrimento mental, uma vez que a partir dele o juiz deixa de apreciar outras provas e circunstâncias fáticas que envolveram o cometimento da infração penal.

Em vista disso, concordamos com De Castro[21] ao afirmar que o direito penal deve abandonar as teorias criminológicas baseadas na neutralidade de gênero, pois elas promovem injustiças porque deixam de levar em conta as histórias de abusos que muitas mulheres sofreram antes do cometimento de uma infração penal[22].

18. WALKLATE, Sandra. Gender, crime and criminal justice. 2. ed. London: Willan, 2004.
19. HARTZ-KARP, Janette. *Women in Constraints*: Western Australia. Western Australian Department of Corrections, 1979.
20. Idem.
21. CASTRO, Ana Lara Camargo de. Conexões de gênero e cárcere. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018. v. III, p. 27.
22. DALY, Kathleen. Women's pathways to felony court: Feminist theories of lawbreaking and problems of representation. *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.*, 2: 11, 1992.

Nesse sentido, as metodologias femininas, podem fornecer indícios importante sobre as motivações das mulheres em relação a criminalidade[23], embora ainda sejam pouco utilizadas no âmbito do processo penal, em razão do histórico de vitimização a que elas sempre foram submetidas pelas ideologias patriarcais.

Por essa razão, autoras como Daly e Tonry (1997) observaram que as experiências de vitimização não devem ser consideradas apenas como uma circunstância feminina, visto que podem atingir a todos em determinadas circunstâncias. No entanto, no caso da mulher em sofrimento mental, esse aspecto se torna mais evidente em razão da objetificação que a doença impõe a elas. Ademais, um outro fator que intensifica essa vulnerabilidade dessas mulheres é o estigma decorrente do diagnóstico, pois, a partir dele, qualquer ato passa a ser visto em função da doença, ocasionando problemas de baixa estima e obstruindo a construção de sua identidade, o que dificulta outras medidas de defesa desvinculadas do seu estado mental.

No que tange à questão da identidade, autores como Oliveira[24] verificaram que a objetificação promovida por um diagnóstico de doença mental aniquila o espírito da mulher que, além do sofrimento em que se encontra em razão da doença, é colocada à mercê de um sistema penal marcado pelo distanciamento burocrático no qual é tratada como objeto, estigmatizada por uma doença que se torna elemento do crime e afasta a verificação de outras motivações que contribuíram para o cometimento do delito[25].

Esses detalhes, além de contribuírem para aniquilar a autoestima da mulher, por meio de um processo de estigmatização,[26] ainda promovem efeitos nefastos no cumprimento da sanção, pois invertem o *in dubio pro réu,*[27] inserindo a lógica

23. SOUZA, Luanna Tomaz de; SILVA, Ana Beatriz Freitas; YOSANO, Yasmim Nagat. Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, p. 243-266, 2019.

24. OLIVEIRA, Sandra Elisabete Henriques de. *(In)visível para quem?* Um olhar sobre o estigma internalizado, auto-estima e qualidade de vida em pessoas com doença mental. 2016. Disponível em: [https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/12455/1/TESE%20DOUTORAMENTO%20SANDRA.pdf]. Acesso em: 02.12.2019.

25. ZHENJIE, Li; YILIANG, Tang. Malpractices and Path of Reform Concerning Psychiatric Identification in China – Taking the "Heading-cutting Case" Committed by Hu as an Entry Point. *International Journal of Law and Society*, v. 1, n. 3, p. 108, 2018.

26. GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade. Trad. Mathias Lambert. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

27. MIRZA, Flavio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2010, 5.55.

probabilista da medicina na busca da verdade real do processo, retroalimentando e legitimando uma violência institucional vivenciada pela mulher doente mental no curso do processo judicial e no cumprimento da medida de segurança, especialmente, quando esta é decretada em regime de internação[28].

Nesse aspecto, a subjetividade da prova pericial decorre do procedimento adotado, pois, além de ser realizada muito tempo após a ocorrência do crime, obriga ao perito fazer um diagnóstico de forma pretérita para verificar o estado mental da acusada no momento da prática da infração penal.

Essa particularidade demonstra a insanidade do incidente de insanidade, uma vez que o que está sendo verificado não é apenas se a acusada é portadora de problemas mentais, mas se no momento do cometimento da infração penal, ela tinha consciência da ilicitude do ato que estava praticando.

Como o perito, na maioria das vezes, somente consegue avaliar uma ré com problemas mentais por meio de entrevistas, verificou-se que a assertividade do seu diagnóstico depende muito de sua experiência, acarretando a ele grande responsabilidade na produção do diagnóstico, o que fatalmente o leva a decidir com maior propensão a internação com base na periculosidade da acusada como forma de evitar riscos.

Nesse sentido, é necessário lembrar que os problemas mentais foram historicamente relacionados a mecanismos de controle patriarcais que promoviam a intersecção entre doença mental e delinquência como forma de manter as mulheres nos papéis sociais preestabelecidos pelo patriarcado, acarretando, não raro, um diagnóstico de doença mental àquelas que se rebelavam contra essas imposições[29].

Assim, percebemos que a promoção e a manutenção das relações de poder na sociedade como base em elementos de segregação, sustentam não apenas a aparente neutralidade de gênero no curso de um processo penal, mas também, a realização de diagnósticos permeados por subjetividades, contingenciando, dentre outros fatores, as premissas sob as quais as desigualdades são promovidas e mantidas pela sociedade.

Nesse aspecto, Hartz-Karp (1979) afirma que a prisão pode estar servindo como uma válvula de escape para problemas sociais, cujas políticas não conseguem

28. HARTZ-KARP, Janette. *Women in Constraints*: Western Australia. Western Australian Department of Corrections, 1979.

29. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

dar vazão, em razão da grande demanda populacional. No mesmo sentido, Britton (2011) argumenta que, embora não se possa afirmar que a política de justiça seja uma resposta mecanicista ao aumento da criminalidade, é possível considerar que o aprisionamento em massa,

> "Na verdade, é uma política social conscientemente elaborada, na qual legisladores e formuladores de políticas se voltaram para o encarceramento como a principal, e alguns argumentariam que a única, solução para uma ampla variedade de problemas sociais na intersecção entre raça, gênero e classe e desemprego, pobreza e falta de moradia. Olhar o sistema de justiça criminal por uma perspectiva que considera gênero, raça e classe é a única forma de começar uma conversa significativa de saber se o sistema de processamento de crime neste país merece ser chamado de justiça[30]".

Para Britton, esse crescimento do encarceramento feminino, que está ocorrendo em todo o mundo, é apenas uma demonstração clara de que a criminalidade, associada ou não à doença mental, responde a "fatores de contingenciamento" em razão dos quais "setores dominantes e instituições totais da sociedade se reservam o direito de dizer quem está apto ou não a convivência social"[31].

Esse discurso que seleciona e promove assimetrias, principalmente quando a doença mental é considerada elemento da delinquência, permite aos poderes psiquiátrico e jurídico justificar a medida de segurança de internação como base na proteção da sociedade e até mesmo da própria acusada, utilizando o diagnóstico para desconsiderar fatores importantes que contribuíram para a realização do ato como o contexto social, a vida da doente mental e as circunstâncias sob as quais o crime foi praticado[32].

Aliás, a reserva de poder para escolher quem se enquadra em determinadas parâmetros e quem fica de fora deles representa o principal fator para a manutenção de uma estética social que promove e perpetua as desigualdades[33]. No caso do incidente de insanidade mental, sua implementação como estratégia de

30. HARTZ-KARP, Janette. *Women in Constraints*: Western Australia. Western Australian Department of Corrections, 1979 (tradução nossa).

31. BRITTON, Dana M. *The Gender of Crime*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2011, p. 79 (tradução nossa).

32. BRITTON, Dana M. *The Gender of Crime*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2011.

33. FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*: cursos no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Marins Fontes, 2015.

defesa, reproduz os mesmos mecanismos de poder que permitem ao psiquiatra e ao juiz determinarem quem vai ser internado compulsoriamente e quem receberá tratamento ambulatorial, considerando a subjetiva noção de periculosidade presumida criada pelo direito e pela psiquiatria.

1.2. A função seletiva do incidente de insanidade mental

Nesse contexto, a forma de elaboração do incidente de insanidade mental demonstrou um claro viés de controle que promoveu distorções e assimetrias entre as mulheres acusadas de cometerem infração penal, acarretando um distanciamento entre a finalidade protetiva do instrumento e os resultados obtidos em sua aplicação prática, potencializando as lacunas que podem ser preenchidas pelos operadores do processo.

Embora possamos afirmar que a maior disfuncionalidade encontrada nessa pesquisa, acerca do incidente de insanidade mental enquanto instrumento de defesa, tenha sido o distanciamento entre as duas formas de execução da medida de segurança, observamos que outros aspectos também contribuem para o resultado injusto desse instrumento, tais como, a impessoalidade da burocracia, que favorece distanciamentos e injustiças no resultado final do processo e os fatores eugenistas e profiláticos do estado em relação à doença mental que são utilizados como medidas de contenção para substituir ações e políticas públicas voltadas a soluções desses problemas.

Diante disso, percebemos que as ambiguidades na implementação do incidente de insanidade mental enquanto instrumento de defesa, por permitir divergências tanto na realização dos diagnósticos quanto em sua interpretação, favorecem ou prejudicam mulheres com problemas mentais que cometem infração penal em situações semelhantes, devido as subjetividades envolvidas na noção de periculosidade que fundamenta a conclusão do perito judicial e do juiz no processo penal.

Nesse aspecto, observamos que dois recursos sobre uma mesma mulher, pronunciados por julgadores diferentes do TJSP, representaram uma mudança interpretativa na noção de sua periculosidade. O primeiro recurso, julgado em 2005, manteve a sentença de internação sob a alegação de descontrole da acusada, porém, o segundo, julgado em 2008, com base no voto divergente do primeiro, decidiu que os laudos apresentados pela defesa se mostravam suficientes para justificar a medida de segurança de tratamento ambulatorial.

Nesse caso, embora a diferença de posicionamentos tenha favorecido a ré, verificamos que o tempo decorrido entre o julgamento dos dois julgamentos ultrapassou o tempo da pena cominada para o crime que ela havia cometido.

Esse caso também coloca em questão a noção de periculosidade, demonstrando que ante a cronicidade de algumas doenças mentais, os julgamentos ficam à mercê de mudanças subjetivas no posicionamento das pessoas envolvidas no processo. Assim, o desembargador do primeiro recurso fundamentou sua decisão afirmando que o próprio Código Penal menciona no art. 97 a internação como regra, somente sendo cabível tratamento ambulatorial para delitos apenados com detenção[34], ao passo que para o segundo desembargador,

> "[...] o tratamento sugerido, de internação, não nos parece a medida mais indicada, no momento, pois a mãe já está há um ano em convívio social, apresentando um bom nível de adequação nos contados com os filhos '\ sem dar sinais de que lhes representa risco à incolumidade pessoal. (...) Ora, o laudo (referente ao último exame realizado pelo Instituto Médico-Legal do Estado de São Paulo) concluiu que a embargante, inimputável ao tempo dos fatos, devia continuar o tratamento especializado psicológico/psicoterapêutico, sob a forma ambulatorial, por tempo indeterminado, pelo prazo mínimo de 3 anos, com avaliação anual por psiquiatra."[35]

Diante disso, observamos que o segundo laudo, providenciado no curso da internação, constituiu-se em um fator positivo na medida em que reverteu a noção de periculosidade anterior, mas também, pode promover assimetrias quando a ré for pobre e depender do estado para a realização de exames fora do prazo estipulado pelo juiz. O Censo realizado por Diniz em 2011, nos manicômios judiciários, demonstrou que há um grande atraso na produção desses laudos periciais, permitindo que diversos pacientes permanecerem internados de forma irregular, cumprindo medida de segurança indefinidamente, por atraso na realização deles.

Desse modo, percebemos que a possibilidade de uma mulher em cumprimento de medida de segurança de internação obter novos laudos que possibilitem uma reversão das conclusões sobre sua periculosidade se torna muito difícil, pois, embora a lei permita a realização do exame a qualquer tempo, a mulher acaba dependendo dos prazos pré-estabelecidos pelo juiz ou da boa vontade daqueles que representam o estado para suscitarem um novo procedimento.

34. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito 475.761.3/3-00, 2005, p. 18. Consulta de Jurisprudência. Consulta completa. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do].

35. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos Infringentes 475.701-3/5-01, voto 6666, p. 9, 2008. Consulta de Jurisprudência. Consulta completa. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do].

Assim, podemos afirmar que a pretensa objetividade almejada pelo sistema de justiça parece nunca ter se concretizado, uma vez que a simples alteração no protagonismo das decisões judiciais pode acarretar mudanças no teor delas, conferindo aos incidentes de insanidade mental um elevado grau de subjetividade, especialmente no caso de mulheres, cujo encarceramento intensifica a invisibilidade e a objetificação experimentadas por elas em razão de sua doença.

Diante disso, verificamos que apesar de o diagnóstico de doença mental ser uma prova pericial que auxilia o juiz no curso de um processo penal, afastando de uma ré a responsabilidade pelo ato praticado, a forma como está sendo realizado o transforma em elemento inquisitório, levando-nos a concluir que em alguns momentos a defesa e o Ministério Público concordam em instaurar esse procedimento[36] em prejuízo da mulher, o que leva o Estado a contar com dois órgãos acusadores, ferindo os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, pilares sob os quais se sustenta o direito processual.

2. Recursos de mulheres infratoras que alegaram insanidade mental como tese de defesa

Analisar mulheres infratoras submetida a incidente de insanidade mental implica, em primeiro lugar, lançar um olhar para o aumento do encarceramento feminino, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, considerando a natureza de mecanismo de defesa conferida ao incidente de insanidade mental pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *Habeas Corpus* 133.078, de 06 de setembro de 2016.

Nesse sentido, é importante lembrar que a grande fragilidade do laudo de insanidade mental é sua dificuldade de contestação, pois apesar de os peritos e os assistentes técnicos divergirem em muitos diagnósticos, os psiquiatras não necessitam comprovar seus diagnósticos, porque se encontram calcados em um juízo de probabilidade, o que, no entanto, torna-se problemático quando este é recebido no jurídico como um juízo de certeza[37].

No levantamento das decisões judiciais, verificamos que o percentual de mulheres em manicômios judiciários encontrado por Debora Diniz em 2011 foi de

36. NUÑEZ, Izabel. *O contraditório e a produção de acordos no processo penal*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/izabel-nunez-contraditorio-acordos-processo-penal]. Acesso em: 02.12.2019.

37. CARVALHO CAMPOS, Roberto Augusto de; OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. Os laudos periciais nas ações judiciais por alegado erro médico: uma análise crítica. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 105, p. 319-354, 2010.

7% (sete por cento), o que se encontra próximo aos 6% (seis por cento) indicados pelo Infopem Mulheres em 2016 para mulheres encarceradas[38].

Nesse sentido, apesar da grande diferença entre os sexos, o percentual de mulheres encarceradas vem crescendo vertiginosamente, embora não se possa esquecer que as movimentações delas entre cadeias públicas e penitenciárias, em razão das prisões e internações provisórias, alteraram substancialmente esses percentuais.[39]

Ao chegar ao Judiciário com problemas mentais, a mulher infratora experimenta um grande desamparo, pois a junção entre as instâncias médico-jurídica fortaleceu de tal modo os controles estatais que tornou praticamente impossível contestar às medidas segregativas que elas implementam. Para o Judiciário,

> "De modo idêntico à pena, a medida de segurança é forma do poder coativo do Estado que se realiza de maneira indireta. Trata-se de providência do Estado, no exercício de seu *imperium,* 'para evitar que determinada pessoa que cometeu um crime (ou quase-crime), e se revela perigosa, venha a reincidir' [...]."

Apesar de o perito informar na construção dos laudos que a medicina lida com probabilidades, o peso dado a esses laudos pelo Judiciário substitui a noção probabilista da Medicina por um juízo de certeza que no processo, além de liberar o psiquiatra de comprovar suas afirmações, mesmo nos casos onde há divergências entre laudos do perito oficial e do assistente técnico, permite a aplicação de uma sanção sem a busca da verdade real do processo. Aliás, o fato de o assistente técnico ser contratado pela parte faz com que seu discurso seja recebido com reticências pelo Judiciário, embora Foucault[40] nos lembre que nenhum discurso é imparcial, visto que todos temos determinados interesses e advogamos com base em certas crenças.

Por essa razão, é preciso lembrar que a solicitação para realização do incidente de insanidade mental se presta ao atendimento de determinados interesses nos

38. BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. *Infopen Mulheres*. 2. ed. Depen. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf]. Acesso em: 12.12.2018.

39. DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*. 2011. Disponível em: [http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf].

40. FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva. *Politeia*, n. 14, 2015.

quais é necessário considerar, muitas vezes, quando ela ocorre não com o intuito de tratamento terapêutico da acusada, mas em consonância com as medidas de controle do estado.

Além disso, verificamos que embora o juiz possa desconsiderar os laudos em virtude do seu livre convencimento, raramente o faz, pois o conhecimento médico-psiquiátrico, justamente por se arvorar em um juízo de probabilidades e ser baseado em classificações teóricas, torna-se muito mais difícil de ser contestado do que o saber jurídico, cujo contraditório se encontra inserido em seu bojo.

Assim, na análise dos 113 recursos judiciais privilegiamos o efeito que o incidente de insanidade produziu na decisão judicial, verificando, a partir dos crimes cometidos por estas mulheres e dos diagnósticos recebidos por elas, como o juiz apreciou esses laudos para fundamentar suas decisões.

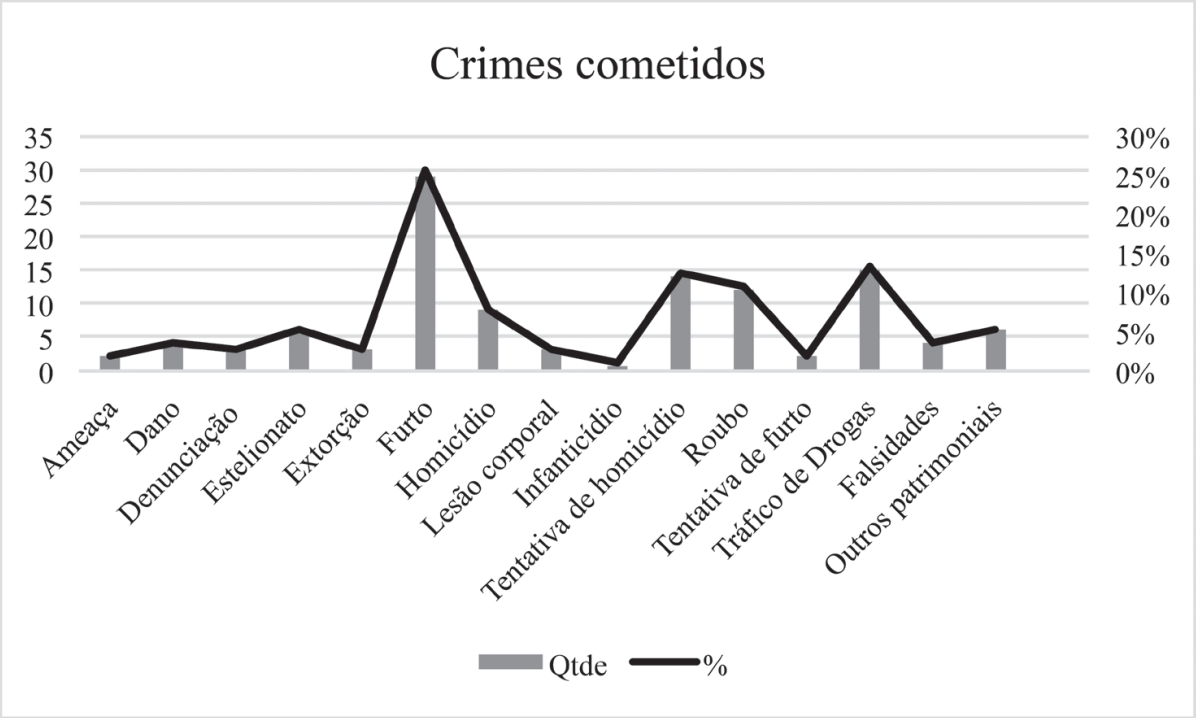
2.1. Crimes cometidos pelas mulheres submetidas a incidente de insanidade mental

O crime cometido por mulheres com insanidade mental declarada, apesar de não ser fator preponderante para a decretação de uma medida de segurança, demonstra ser importante quando verificamos que crimes de menor potencial ofensivo como Crime de Dano, ou até mesmo Contravenções Penais, podem ser punidos indefinidamente com base na crença da periculosidade da mulher infratora. Mesmo que nesses casos, a periculosidade possa ser real, a utilização indiscriminada dela, sem uma avaliação individualizada de cada caso, demonstra claramente a característica saneadora da medida de segurança de internação[41].

Assim, a opção por observar o crime cometido demonstrou ser um importante fator para a verificação dos excessos punitivos envolvendo medida de segurança de internação, especialmente, em sua forma preventiva, pois verificamos, em alguns casos, que a medida de segurança cautelar ultrapassou a pena base cominada para o delito cometido. Isso se mostra complexo, porque ao verificarmos o tipo de crime cometido pelas mulheres com problemas mentais, percebemos que a maioria deles envolviam direitos patrimoniais, visto que das 113 decisões judiciais, 79% se tratava dos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas e outros afins, como estelionato e apropriação indébita.

41. OLIVEIRA, Patricia Fonseca de; MAGNO, Carlos. Loucura, Crime e Gênero no encarceramento feminino: o papel das Defensorias Públicas. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress* (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

Gráfico 1 – Tipo de crime cometido nas decisões judiciais analisadas



Fonte: Gráfico elaborado pela autora a partir dos dados encontrados nas decisões do TJSP.

Os crimes considerados patrimoniais pelo direito penal são aqueles cujo principal mote para seu cometimento é econômico, embora isso não impeça que estes crimes estejam associados à violência contra pessoas como o latrocínio e o sequestro. DE modo que, o grande percentual de furtos encontrados nessas decisões demonstrou que os crimes patrimoniais cometidos pelas mulheres com problemas mentais foram em sua grande maioria, delitos cometidos sem violência ou grave ameaça[42].

No entanto, na análise desses recursos, verificamos que 80% das decisões que decretaram medidas de segurança para crimes de furtos e tentativas de furtos impuseram regime de internação com base na periculosidade da mulher, embora o Tribunal tenha reformado parte dessas decisões alegando desproporcionalidade da sentença. Assim, verificamos que para a imposição de medida de segurança, parte dos juízes considerava a gravidade do crime enquanto outros o regime de reclusão cominado na pena base, justificando que

42. ABDALLA-FILHO, Elias. Avaliação de risco de violência em psiquiatria forense. *Archives of Clinical Psychiatry*, v. 31, n. 6, p. 279-284, 2004.

> "O crime atribuído a [...] é apenado com reclusão. A medida de segurança correspondente, em razão da deficiência mental, deve ser cumprida em regime de internação hospitalar por expressa disposição legal. Mas, ainda que assim não fosse, a perícia não apontou como suficiente, para a espécie, o tratamento ambulatorial (TJSP, 2007, p. 5)".

2.2. Requerimento do incidente de insanidade mental como estratégia da defesa

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao proferir a decisão do *Habeas Corpus* 133.078, em 06 de setembro de 2016, corroborou a negativa da defesa para que um paciente fosse submetido de modo compulsório ao incidente de insanidade, acatando os argumentos de que "na garantia do devido processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório de processo penal, não se permite ao Estado compelir os cidadãos a contribuírem para a produção de provas que os prejudiquem[43]". Essa decisão demonstrou a contradição presente no incidente de insanidade, pois, apesar de inicialmente reforçar a natureza de defesa do instrumento, o STF reconheceu que a utilização dessa tese defensiva produz prova contrária ao indivíduo.

Apesar disso, ao observarmos os recursos judiciais, percebemos que em 90% dos casos, a defesa e o órgão acusatório concordaram com a realização do incidente de insanidade, embora, em razão das lacunas encontradas nesses recursos, não tenha sido possível verificar em quais circunstâncias a defesa lançou mão dessa tese defensiva, reconhecemos a relevância desse aspecto, que poderá ser apreciado em pesquisas posteriores, uma vez que verificamos que as substituições *ad hoc* e a constante troca de patrocínio em matéria criminal favorece uma defesa meramente formal de mulheres infratores em sofrimento mental.

Assim, em relação a solicitação para realização do incidente de insanidade mental, verificou-se que dos 113 recursos analisados, o procedimento foi requerido em 110 casos, sendo deferido em 75% (setenta e cinco por cento) das decisões, o que se mostra relevante se pensarmos que as subjetividades envolvidas no procedimento, podem prejudicar a defesa da mulher infratora em sofrimento mental (Gráfico 2).

43. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 133.078/RJ. Alegação de constrangimento ilegal decorrente da determinação de exame de insanidade mental, 2016, p.7.

Gráfico 2 – Tipo de crime cometido nas decisões judiciais analisadas



Fonte: Gráfico elaborado pela autora a partir dos dados encontrados nas decisões do TJSP.

Quanto ao deferimento para a realização do exame, verificamos que o juiz deferiu o procedimento em 82 casos, tendo sido o incidente foi realizado em 97% (noventa e sete por cento) deles, deixando de ser realizado apenas em dois casos, porque as acusadas não compareceram para ser examinadas pelo perito.

Do total de incidentes de insanidades realizados 66% (sessenta e seis por cento) resultaram em um diagnóstico de inimputabilidade que acarretou medida de segurança em 85% (oitenta e cinco por cento) dos casos, demonstrando a clara prevalência dos juízes pela medida de segurança de internação.

2.3. Recursos interpostos pela defesa contra a decisão de primeiro grau

A verificação dos recursos demonstrou que 91% (noventa e um por cento) do total foi interposto pela defesa, embora o juiz de primeiro grau tenha recorrido em 9% (nove por cento) das vezes para confirmar sua decisão e o Ministério Público em 3% (três por cento) visando agravar a sanção da acusada.

Tabela 1 – Tipo de recurso interposto no TJSP

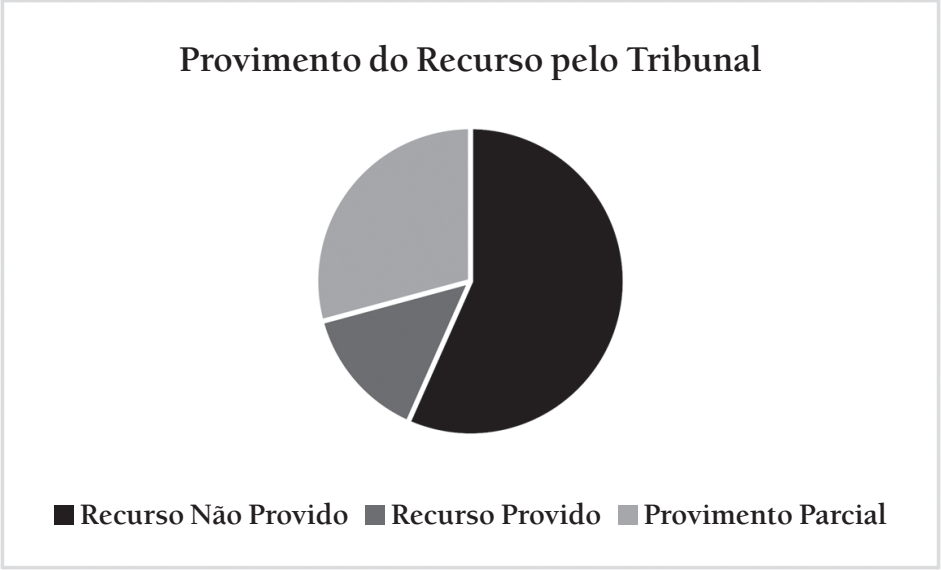
Tipo de Ação	Qtde.	%
Apelação	90	80%
Embargos	1	1%
Habeas Corpus	3	3%

Tipo de Ação	Qtde.	%
Mandado de Segurança	1	1%
Recurso em Sentido Estrito	4	4%
Recurso de Ofício	10	9%
Revisão Criminal	4	4%
Total	**113**	**100%**

Fonte: Tabela elaborada pela autora a partir dos dados encontrados nas decisões do TJSP.

Nos recursos interpostos pela defesa, conforme pode ser verificado no gráfico 3, observamos que 57% (cinquenta e sete por cento) dos recursos foi indeferido pelo Tribunal, 29% (vinte e nove por cento) deferidos parcialmente e, apenas 14% (quatorze por cento) deferidos. Esse percentual se mostra relevante quando consideramos que, apesar de o tamanho da amostra ser pequeno, os recursos interpostos pela defesa têm menores chances de ser atendidos do que aqueles interpostos pela acusação.

Gráfico 3 – Deferimento dos Recursos pelo TJSP



Fonte: Gráfico elaborado pela autora a partir dos dados encontrados nas decisões do TJSP.

Os argumentos utilizados pelo advogado para se insurgir contra a decisão do juiz de primeiro grau demonstraram que a maior parte dos recursos da defesa obedeceu a uma escala decrescente nos pedidos, na qual a defesa solicitou, algumas vezes, de modo formal, benefícios decrescentes para a acusada com

problemas mentais. Assim, em determinados casos foram pedidos em primeiro lugar, a absolvição da acusada, alegando ora insuficiência probatória, ora cerceamento de defesa, ora nulidade da decisão e/ou atipicidade da conduta[44], para em seguida, requerer o afastamento ou a redução de sua culpabilidade com a consequente isenção ou minoração da pena.

No caso das medidas de segurança de internação, o pedido mais recorrente foi a substituição do regime de internação pelo tratamento ambulatorial, o que foi atendido em 63% (sessenta e três por cento) dos casos.

Dessa forma, constatamos que nos casos em que houve a decretação da medida de segurança pelo reconhecimento da inimputabilidade, a maior parte dos pedidos foi a conversão do regime de internação para o tratamento ambulatorial, embora nos casos de furto também tenham ocorrido solicitações para que o Tribunal aplicasse o Princípio da Insignificância a esse delito, extinguindo a ação penal e a consequente punibilidade da mulher com problemas mentais. Em nenhum dos casos esse pedido foi atendido.

Esse sistema de argumentação gradativa da defesa, que pressupõe a solicitação decrescente de benefícios como alternativa para a negativa dos pedidos pelo juiz, baseia-se em uma crença de que qualquer ganho é vantajoso, mas se mostra apenas um meio formal de defesa. Assim, uma vez descaracterizada a absolvição sumária, o advogado passa a recorrer a benefícios menores como, a redução da pena e/ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos conforme pode ser visto na Tabela 2 que contém o teor desses pedidos.

Tabela 2 – Tipos de pedidos elaborados nos recursos pelos advogados perante o TJSP

Pedidos dos Advogados nos Recursos		
Absolvição	22	24%
Afastamento do Laudo	3	3%
Conversão de Regime de internação	19	21%
Anulação ou Nulidade da Decisão	13	14%
Atipicidade da Conduta	3	3%

44. Se em um processo judicial penal, a conduta do réu for considerada atípica, o crime deixa de existir, pois a submissão de um ato aos elementos que compõem um tipo penal é essencial para a caracterização de uma conduta criminosa.

Pedidos dos Advogados nos Recursos		
Desclassificação do Crime	3	3%
Extinção da Punibilidade	3	3%
Reconhecimento da Inimputabilidade	10	11%
Declaração da Insignificância	4	4%
Suspensão da Pena	1	1%
Substituição da Pena	4	4%
Outros	5	6%
Total	**90**	**100%**

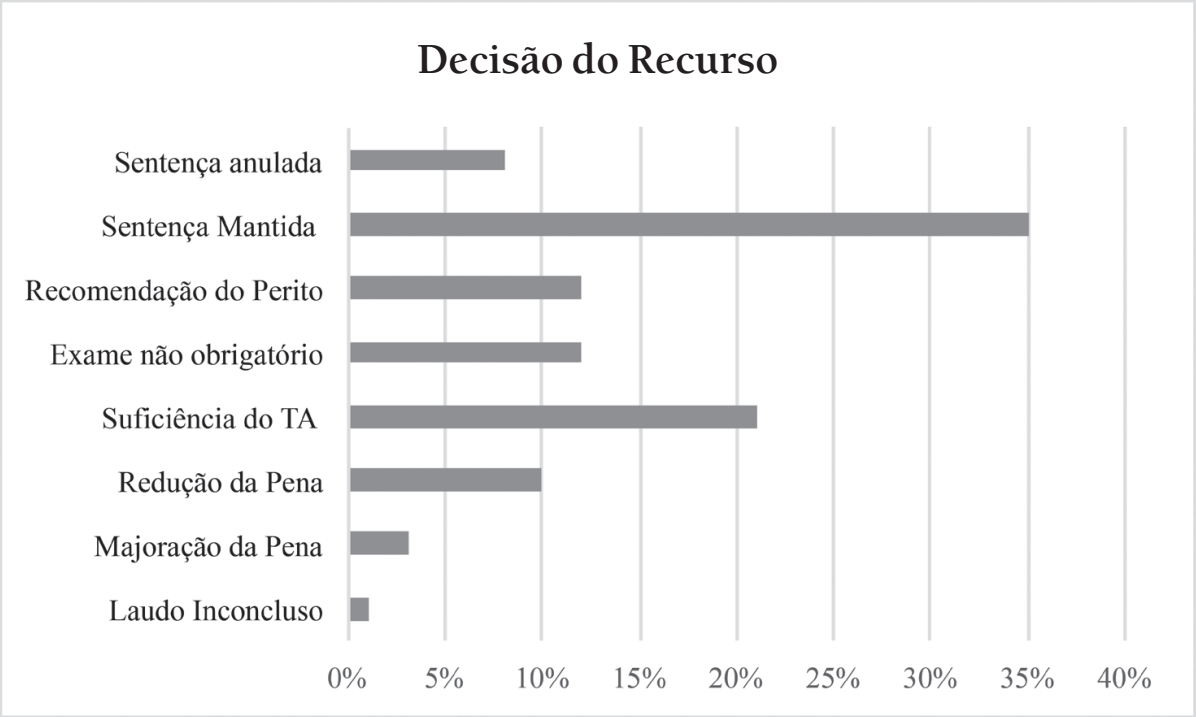
Fonte: Tabela elaborada pela autora a partir dos dados encontrados nas decisões do TJSP.

2.4. Decisões dos recursos do TJSP e os argumentos utilizados para sua fundamentação

O modo como o TJSP decidiu os 113 Recursos analisados demonstrou que há uma prevalência na manutenção da sentença proferida em primeira instância, visto que em 59% (cinquenta e nove por cento) dos casos, ela foi mantida nos termos em que havia sido proferida sob os argumentos de assertividade do órgão julgador, não obrigatoriedade para realização do incidente de insanidade mental e recomendação do perito para medida de internação. Dessa forma, percebemos que o Tribunal no julgamento dos recursos privilegiou a segurança jurídica de seus julgados, reformando as decisões somente quando estas se mostravam muito desproporcionais em relação ao conjunto probatório.

Diante disso, verificamos que dos recursos interpostos pelos advogados visando minorar a sanção imposta à acusada, 13% (treze por cento) obteve atendimento parcial. Embora 63% (sessenta e três por cento) das decisões tenham reformado o regime de internação para ambulatorial, verificamos que, em alguns casos, o período decorrido entre a sentença e o julgamento do recurso foi superior à pena cominada para o delito cometido. No entanto, de todos os recursos interpostos pela defesa, apenas 7% (sete por cento) dos recursos foram deferidos totalmente para reformar a decisão do juiz de primeiro grau, conforme observado no Gráfico 4.

Gráfico 4 – Fundamentos utilizados pelo TJSP para deferir ou indeferir os recursos



Fonte: Gráfico elaborado pela autora a partir dos dados encontrados nas decisões do TJSP.

Conforme podemos observar no gráfico 4, a recomendação do perito pelo regime de internação que ocorreu em 12% (doze por cento) dos recursos levou o Tribunal ao acatamento dessa sugestão em 92% (noventa e dois por cento) dos casos, utilizando como principal argumento o fato de os peritos terem considerado a mulher em sofrimento mental perigosa. Esse fator chama a atenção porque apesar de o juiz ter poderes para rejeitar a sugestão de internação do perito, não o faz, de modo que este ciente da grande responsabilidade que paira sobre seus ombros, na dúvida, prefere sugerir a internação da acusada do que ser responsabilizado em caso de reincidência.

Nas decisões que mantiveram a aplicação da medida de segurança de internação, o Tribunal deixou claro a natureza sancionatória da medida, argumentando que "a medida de segurança é modalidade de sanção e como tal configura uma retribuição pelo crime cometido, não cabendo ao condenado escolher a reprimenda que pretende cumprir, tampouco o local[45]" para seu cumprimento.

45. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal 0001982-43.2010.8.26.0408. 2ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos Controle: 1490/2012, p. 6. Consulta de Jurisprudência.

Apesar disso, dos 45 recursos que solicitaram a conversão da medida de segurança de internação para tratamento ambulatorial, sob a alegação de cerceamento de defesa, 40% (quarenta por cento) obtive êxito parcial apenas para minimizar o tempo de internação, enquanto 37% (trinta e sete por cento) desses recursos foi indeferido mantendo a sentença de primeiro grau.

Os pedidos de revisão dos laudos periciais realizados, foram atendidos apenas em 7% (sete por cento) dos casos, enquanto que os 27% (vinte e sete por cento) de recursos interpostos contra o indeferimento do exame pelo juiz de primeiro grau foram reformados em 14% (quatorze por cento) das decisões, levando a anulação da sentença e determinando o retorno dos autos à vara para a produção desse exame. No restante dos casos os desembargadores alegaram que o juiz não está obrigado a atender ao pedido para a realização do incidente de insanidade mental se não houver constatado fortes indícios de doença mental na acusada.

Esses percentuais nos levam a perceber que a estrutura coercitiva do direito penal, embora construída com base na individualização da culpa e na proteção da sociedade em detrimento do indivíduo, possui contradições que possibilitam a instalação de subjetividades, cuja pretensa objetividade do positivismo jurídico não conseguiu demover, promovendo um distanciamento entre a aplicação do direito e a efetividade da justiça, especialmente, no caso da inimputabilidade de mulheres, onde o sistema penal se mostra mais perverso devido aos estigmas sociais a doença acrescenta.

Nessa questão, observamos que o julgamento das mulheres passa por um viés calcado em interpretações patriarcais, pois, mesmo em casos nos quais as mulheres são julgadas por juízas, correm o risco de ter seu julgamento colonizado pelas ideias patriarcais em cuja base nossa sociedade se constituiu.

No entanto, nos recursos que analisamos, essa colonização não foi possível verificar, porque apenas um dos desembargadores pesquisadas era mulher, demonstrando que a desigualdade de gênero aumenta nos segmentos de poder mais elevados da nossa sociedade. Assim, no julgamento dessa apelação, o advogado pleiteou a conversão do regime de internação para tratamento ambulatorial e a relatora, ao deferir a medida, afirmou ser mais

> "recomendável a aplicação de tratamento ambulatorial, em face das peculiaridades da apelante, quer pela conclusão do laudo pericial (fls. 14, do apenso) que o recomendou, quer pela natureza da infração praticada, sem violência ou grave ameaça, de molde a viabilizar, com mais efetividade, a sua inclusão social no meio familiar e comunitário que são os objetivos maiores do

> processo de tratamento por transtornos mentais, *ex vi* do artigo 3º da Lei 10.216/2001"[46].

Além disso, na ementa do seu voto, a desembargadora afirmou que embora existissem provas suficientes para a condenação, visto que a prova testemunhal era "coesa e harmônica" e a "palavra da vítima" merecesse credibilidade", outros fatores também deveriam ser levados em conta no julgamento desse processo, demonstrando que embora seja raro nas decisões pesquisadas, na medida em que a declaração de inimputabilidade impede a consideração de outras provas[47], os dispositivos da Lei 10.216/2001 começam a ser aplicados no julgamento de mulheres em sofrimento mental no processo penal.

3. As subjetividades decorrentes da avaliação e interpretação do laudo pericial de insanidade

Um dos principais achados dessa pesquisa foi localizar, no bojo das decisões judiciais do TJSP, as fragilidades do procedimento de insanidade mental que contribuem para a construção de assimetrias e a manutenção de injustiças sociais.

A teoria positiva do direito, ao tentar extinguir a subjetividade dos procedimentos judiciais, gerou as mesmas injustiças do jusnaturalismo, porque essa objetividade demonstrou ser apenas aparente, de modo que a soma de subjetividades das análises judiciais e psiquiátricas, além de fragilizar o incidente de insanidade mental, aumenta a complexidade da demanda, visto que a junção entre os poderes jurídico e psiquiátrico ocorreu principalmente com o intuito de reforçar o poder de coercitividade do direito.

Dessa forma, os documentos analisados permitiram afirmar que o regime de execução da medida de segurança, como resultado do incidente de insanidade mental, pode ser um fator de desigualdades na medida em que pessoas que cometem o mesmo delito e têm o mesmo problema mental podem receber sentenças diferentes em razão das subjetividades que envolvem esse procedimento penal.

Nesse sentido, percebemos três formas de subjetividade envolvidas na realização do incidente de insanidade mental: a primeira, resultante do deferimento para a realização do procedimento, já que o Tribunal afirmou que esse deferimento depende de o juiz verificar indícios de problemas mentais; a segunda,

46. Apelação 0031751-19.2006.8.26.0576, p. 3.

47. Ibidem.

decorrente da afirmação do psiquiatra acerca da periculosidade da mulher com problemas mentais, visto que essa é apenas presumida e a terceira, proveniente da interpretação judicial conferida ao laudo do psiquiatra pelo juiz, pois, mediadas por crenças, convicções e ideias preconcebidas, contribuem para o estigma atribuído à mulher com problemas mentais.

Ainda, a grande responsabilidade do perito leva este a sugerir medidas de internação para determinadas enfermidades independente do crime cometido, pois para ele, na dúvida, é melhor inverter o *in dubio pro reo* do que ser responsabilizado por eventual reincidência. Isso é reforçado pelo fato de que, apesar de a lei penal prever que o juiz julgará as provas de acordo com a sua convicção, o magistrado do TJSP prefere fundamentar sua decisão no parecer médico por este ser mais difícil de ser contestado do que outros fundamentos judiciais apresentados pelo juízo.

Desse modo, argumentamos que as três formas de subjetividades detectadas podem comprometer a natureza do incidente de insanidade mental enquanto instrumento de defesa, distorcendo os resultados da sentença, uma vez que o indeferimento do exame mantém mulheres com problemas mentais no sistema penitenciário, sem tratamento, apesar de as incongruências na realização e interpretação dos laudos periciais levarem mulheres em situações semelhantes a cumprirem medidas de segurança diversa, promovendo assimetrias e contribuindo para a estética de desigualdades que vitimiza a mulher em sofrimento mental, perpetuando as situações de violência que ela experimenta.

Nesse sentido, a declaração do STF de que a realização do incidente de insanidade "requer estado de dúvida sobre a própria imputabilidade criminal do acusado, por motivo de doença ou deficiência mental. Dúvida que há de ser razoável, não bastando a mera alegação da defesa", é ambígua, na medida em que se contrapõe a natureza do incidente de insanidade mental enquanto instrumento da defesa, pois ao afirmar que este somente pode ser produzido quando a acusada permitir, pressupõe uma natureza defensiva que em tese seria benéfica, mas que na prática se mostra altamente prejudicial.

Nesse aspecto, Zhenjie e Yiliang (2018) afirmaram que más práticas para aferição da insanidade de uma pessoa que cometeu infração penal na China podem levar a injustiças e distorções no sistema de justiça, o que exige reformas na legislação penal e nos regulamentos administrativos que visam a redução de subjetividades dos agentes que atuam no processo, tais como, juízes, psiquiatras, acusadores e defensores.

No Brasil, embora o STF tenha considerado o incidente de insanidade mental como um instrumento da defesa, as diferenças entre os regimes de cumprimento

da medida de segurança impõem assimetrias, ao mesmo tempo em que expõe a falácia da medida de segurança de internação como tratamento e não como pena.

Além disso, a aferição da periculosidade[48] da doente mental, passa por uma ótica presumida que demonstra ser um fator controverso, visto que esse conceito, apesar de criticado pela literatura, continua servindo de fundamento para as medidas de segurança de internação, o que em razão da cronicidade de determinadas doenças mentais permite uma internação definitiva de mulheres com problemas mentais.

No nosso sistema jurídico, a declaração de periculosidade de uma agente infratora tem como função prevenir a possibilidade de reincidência, o que se mostra impossível a qualquer um determinar, mesmo o perito que, diante de um determinado tipo de doença, não pode assegurar com uma mulher com problemas mentais voltará a delinquir, visto que a reincidência depende de vários fatores e não apenas de doenças mentais.

Esse aspecto, coloca em dúvida a eficácia do incidente de insanidade dado que determinados transtornos mentais, graves e persistentes, não são passíveis de cura, o que se mostra complexo para a psiquiatria, tendo em vista que esta disciplina foi constituída sob a noção de doença mental associada à delinquência[49].

Além disso, outro fator que demostrou a fragilidade do procedimento de insanidade nos processos penais foi a fragmentação e a burocratização apresentadas nas fases persecutórias, processuais e de execução, não raro, rompem o fio condutor do processo, modificando o curso da demanda de modo a contribuir para que a humanidade da mulher doente mental se perca sob a pilha de papéis que formam os autos.

Percebemos que nos recursos analisados, foi comum o pedido de substituição da medida de segurança de internação pelo tratamento ambulatorial, mas como a repetição de perícias psiquiátricas muitas vezes representa custos para o Estado, a probabilidade da acusada pobre conseguir reverter sua internação, mostra-se remota devido à demora para realização dos laudos periciais, representando mais um fator de assimetria que prejudica as mulheres com problemas psiquiátricos.

48. CARVALHO DE OLIVEIRA, Gustavo et al. O exame de verificação de cessação de periculosidade: a importância da avaliação ampliada em um caso com conclusão contrária ao parecer da equipe assistente. *Revista Latino-americana de Psicopatologia Fundamental*, v. 19, n. 2, 2016.

49. FOUCAULT, Michel; MARCHETTI, Valerio; SALOMONI, Antonella. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Ademais, a desconsideração das circunstâncias do crime e a preponderância da doença como elemento fundamentador da medida de segurança de internação impede uma instrução probatória plena nos casos em que a acusada poderia ser absolvida com base no conjunto probatório e não apenas lastreada em sua inimputabilidade.

Esse fator demonstra ser complicado em casos como o furto, que apesar de ser um crime cometido sem violência ou grave ameaça levou diversas pessoas a cumprirem medida de segurança de internação, com base em laudos de doença mental, demonstrando que enquanto alguns são punidos em razão do crime cometido, outros podem estar sendo punidos porque são portadores de distúrbios mentais.

Além disso, esses fatores ainda são agravados pela tendência do TJSP de promover à manutenção das sentenças de primeiro grau com a finalidade de referendar a segurança jurídica, fator percebido em diversos recursos de mulheres submetidas a incidente de insanidade analisados.

Um aspecto que mereceu observação, também, foi a defesa formal detectada em alguns recursos, pois, embora nosso ordenamento jurídico não permita uma contestação genérica, esta se mostrou nítida em alguns casos, especialmente, naqueles em que a realização do incidente de insanidade mental se impôs como elemento probatório como se imperatividade da declaração da sentença absolutória imprópria pudesse afastar o elemento condenatório do cumprimento da sanção de internação.

Diante disso, a interposição de pedidos de forma decrescente precisa ser reavaliada ou pelo menos, mais concatenada aos elementos fáticos, permitindo que a voz da mulher com problemas mentais seja ouvida no curso do processo, a fim de afastar a impessoalidade e o distanciamento burocrático que contribui para reforçar a invisibilidade dela no processo, obstruindo qualquer possibilidade de construção da sua identidade.

Para as mulheres infratoras com problemas mentais submetidas a incidente de insanidade mental, o resultado do laudo psiquiátrico emitido pelo perito demonstra ser um fator determinante para decretar sua internação em manicômio judiciário, pois o Tribunal não contesta o parecer do psiquiatra, senão para agravar a condição dela quando o Ministério Público e/ou o juiz entendem que a gravidade do crime também deve ser considerada para majorar a sanção.

Nesse sentido, mostrou-se comum, em sede de recursos, o Tribunal referendar as decisões dos juízes de primeiro grau acerca da insanidade mental, somente procedendo a reforma de alguma decisão ao verificar desproporcionalidade muito evidente entre a decisão do juiz e o laudo pericial no qual se sustentou a inimputabilidade da ré.

Por essa razão, acreditamos que a individualização da mulher com problemas mentais, além de reduzir sua invisibilidade, pode contribuir para o seu tratamento, pois ao ser vista como sujeito de direitos, apesar da condição de ofensora, pode romper com os processos de estigmatização, minimizando a objetificação e o estigma que o diagnóstico da doença mental confere a elas.

A forma como o instrumento para aferir a insanidade está sendo realizada gerou uma disfuncionalidade na declaração da inimputabilidade e da semi-imputabilidade, pois, em razão de problemas mentais, pessoas estão colocadas dentro do sistema penal, mais com base em sua miserabilidade do que nos distúrbios que apresenta, haja visto a junção entre delinquência e doença mental somente se operacionalizar em relação aos doentes mentais pobres e sem proteção.

Nesse sentido, percebemos que a objetividade atribuída ao Judiciário pelo sistema positivista[50], além de não conseguir abrandar as subjetividades inerentes aos processos, contribuiu para promover o distanciamento necessário que a burocracia necessita para o cumprimento de suas funções, sem que o pensamento crítico que lhe impeça de cumprir os ditames coercitivos estabelecidos pelo estado.[51]

O ambiente institucional dos órgãos jurídicos sempre foi voltado à proteção da sociedade como um todo, por isso, a presunção de perigo associada à doença mental teve a pretensão de funcionar como medida preventiva que sempre deveria sobrepor os interesses coletivos aos individuais. No entanto, a situação de sofrimento mental que a mulher se encontra, mesmo quando comete uma infração penal, exige que seus elementos individuais sejam considerados para auxiliar o juiz na tomada de decisão, uma vez que cada caso é único e cada uma dessas mulheres cometeram o delito sob determinadas circunstâncias

4. Considerações finais

Nesse trabalho, verificamos como a subjetividade envolvida no procedimento do incidente de insanidade mental promoveu distorções no julgamento de mulheres com problemas mentais que cometeram infração penal, resultando em assimetrias no cumprimento da medida de segurança imposta a elas, devido ao regime de sua aplicação.

50. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

51. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

A junção entre os poderes jurídico e psiquiátrico no Estado Moderno serviu apenas para sanar as lacunas existentes na teoria da culpabilidade, permitindo que pessoas consideradas inimputáveis pudessem ser sancionadas pelo estado ao cometerem infração penal, uma vez que o direito moderno exige a verificação do interesse de agir do criminoso como elemento da culpa.

Diante disso, coube ao poder psiquiátrico definir classificações teóricas, identificando os problemas mentais, para que o estado pudesse exercer seu poder de controle, sem precisar justificar o interesse de agir do agente como pressuposto para a sanção. Assim, o incidente de insanidade mental foi o instrumento criado para afastar a responsabilidade penal de uma pessoa em razão de uma doença mental.

No entanto, o diagnóstico de problemas mentais na seara jurídica ficou permeado de subjetividades, especialmente no caso de mulheres, cujo estigma de doença mental sempre foi utilizado como forma de controle delas pela sociedade patriarcal, principalmente nos casos em que estas se rebelavam, recusando-se a se submeter aos papéis que lhes eram impostos.

Nessa pesquisa, ao analisarmos os recursos de mulheres submetidas ao incidente de insanidade mental, apesar das dificuldades em razão das lacunas encontradas na documentação pesquisada, observamos que as incongruências presentes no procedimento para a apuração da doença mental, aliados a fatores como a fragmentação das fases processuais e o distanciamento dos burocratas responsáveis pela condução do processo, geraram inúmeras injustiças como excessos punitivos e assimetrias em razão dos diferentes regimes de cumprimento dessa sanção.

Nesse sentido, embora os dados encontrados não tenham possibilitado uma análise interseccional que abrangesse a classe e a raça dessas mulheres consideradas inimputáveis, os discursos presentes nessas decisões de internação demonstraram como elas são representadas pelas pessoas envolvidas no curso de um processo penal, bem como a objetificação a que são submetidas em razão do diagnóstico e da estigmatização que ele representa no Judiciário.

Dessa forma, constatamos que as mulheres com problemas mentais que cometem infração penal experimentam uma espécie de vitimização no curso do processo devido à ausência de subjetividade que a doença acarreta, potencializada pela violência institucional que elas sofrem em razão da invisibilidade e objetificação que resultantes da declaração de inimputabilidade e da decretação da medida de segurança de internação, com base em fundamentos subjetivos e contraditórios que continuam enviando essas mulheres para os manicômios judiciários.

Além disso, aspectos como, a fragmentação das fases processuais e executiva, que promove um desligamento entre a pessoa humana e os autos processuais, e o distanciamento burocrático dos responsáveis pela condução do processo que,

ao fundamentar sua decisão em uma psiquiatria que não precisa comprovar suas conclusões, majoram as arbitrariedades envolvidas no julgamento dessas mulheres com problemas mentais contribuindo para isentar tanto o direito quanto a psiquiatria por essas arbitrariedades.

Essa violência institucional, que se estende principalmente no cumprimento da medida de segurança de internação, não decorre somente das pessoas envolvidas no sistema, mas de uma lógica burocrática hierarquizada, inserida nos procedimentos judiciais e psiquiátricos, que se perpetua porque contribui para esconder as contingências do estado, funcionando como uma cortina de fumaça para os fatores que potencializam e reproduzem as desigualdades sociais em determinados setores da sociedade.

Esses detalhes demonstraram as dificuldades que acompanham a mulher infratora em sofrimento mental no curso de um processo como a dificuldade de romper com os padrões hierarquizados das instâncias jurídicas e a estigmatização a que estão sujeitas, em razão dos problemas mentais que promovem sua objetificação.

Assim, à guisa das conclusões, podemos afirmar que essa pesquisa se deparou com uma série de questões relacionadas a mulheres com problemas mentais como por exemplo, o excesso punitivo decorrente da decretação de medida de segurança de internação para crimes de menor potencial ofensivo que tem levado mulheres com problemas mentais a cumprirem sanções por prazos indeterminados, muitas vezes superior à pena cominada para o delito que cometeram. Nesses casos, como a alegação de insanidade mental como tese de defesa apresenta resultados incertos, uma vez que depende do regime adotado para o cumprimento da medida de segurança, as sanções impostas às mulheres com problemas mentais podem se transformar em prisão perpétua devido à cronicidade de algumas doenças mentais.

Outro aspecto observado foi a característica de certeza da qual desfruta o incidente de insanidade mental ao ser recebido pelo Judiciário, pois raramente é contestado pelos operadores do direito, apesar de, como prova pericial, desfrutar apenas de presunção relativa que apesar de poder ser rejeitado pelo juiz em razão do seu livre convencimento, na prática isso raramente acontece.

Esse excessivo peso atribuído à palavra do perito em detrimento das outras vozes no processo se mostra especialmente danoso no caso das mulheres considerando o histórico de eugenia sob o qual foi construído a psiquiatria e os discursos patriarcais que atribuíram às mulheres os estigmas relacionados a doença mental. Isso se mostra altamente perverso se levarmos em conta que a mulher, sem este diagnóstico, já tem sua fala desvalorizada no Judiciário, tendo em vista algumas decisões que descredenciam o depoimento delas enquanto vítimas, devido à ausência de outras testemunhas.

Dessa forma, podemos concluir que ao conferir tamanha confiabilidade ao incidente de insanidade mental elaborado pelo perito, opera-se no processo uma espécie de delegação implícita dos poderes de julgar ao psiquiatra, pois, na medida em que ele considera a periculosidade de uma mulher acusada de cometer infração penal como decorrente de sua doença e torna o problema mental dela elemento do crime, praticamente substitui o juiz no julgamento da demanda, que ao aceitar o laudo sem restrições deixa para si apenas a possibilidade de estipular o tempo de cumprimento da sanção.

Além disso, o acatamento do parecer do psiquiatra pelo juiz, que ocorreu na maior parte das decisões, repartiu o ônus de julgamento entre duas instâncias que operam por lógicas diversas, pois, enquanto o direito é orientado pela busca da verdade real, a psiquiatria acompanha a lógica probabilística da Medicina, fundamentando seus diagnósticos em fatores indiciários decorrentes de classificações teóricas que na seara jurídica passam a ser utilizadas para justificar os excessos punitivos encontrados no sistema penal brasileiro.

Esses fatores dificultam a aplicação das disposições da Lei 10.216/2001 nos manicômios judiciários, pois a subjetividade das decisões continua permitindo o envio de mulheres com problemas mentais para essas instituições, enquanto outras com problemas semelhantes se encontram em cadeias públicas e presídios comuns sem qualquer tratamento que minimize o sofrimento mental no qual se encontram.

Diante disso, fatores como a invisibilidade das mulheres no processo penal, demora no julgamento dos recursos, dificuldades de reforma das decisões dos juízes de primeiro grau; fragmentação das fases processual e executórias e ausência de mecanismos de controle das atividades psiquiátricas e jurisdicionais, potencializam as subjetividades envolvidas no julgamento penal de mulheres com problemas mentais perpetuando a violência sofrida por elas na sociedade.

Nesse sentido, a implementação de uma nova sistemática, aplicada por equipes multidisciplinares que considere o tratamento de mulheres com problemas mentais de forma individualizada, apresenta-se como uma solução mais democrática, desde que acompanhada por uma mudança normativa que priorize o tratamento humanitário na qual os indivíduos envolvidos nos processos de pessoas com problemas mentais se disponham a derrubar as hierarquias médico-paciente, considerando em primeiro lugar, o tratamento terapêutico e não sua própria sobrevivência enquanto instituição.

No entanto, apenas essas medidas não são suficientes para modificar o tratamento conferido à mulher com problemas mentais no curso de um processo. Para isso, é necessário buscar mudanças nos procedimentos judiciais e nas relações

médico-paciente a fim de evitar as distorções no sistema que envolve a declaração de insanidade para fins de inimputabilidade.

Dessa forma, a criação de políticas públicas deve refletir a superação dos presídios e hospitais penitenciários, como instâncias e lugares de contingenciamento dos problemas sociais, de modo que cabe aos agentes do estado contribuir para que decisões mais justas e igualitárias possam reduzir a incidência de assimetrias entre essas mulheres e ao mesmo tempo contribuir para as mudanças sociais necessárias.

Referências bibliográficas

ABDALLA-FILHO, Elias. Avaliação de risco de violência em psiquiatria forense. *Archives of Clinical Psychiatry*, v. 31, n. 6, p. 279-284, 2004.

BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições, 70, 1977.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. *Infopen Mulheres*. 2. ed. Depen. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf]. Acesso em: 12.12.2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRITTON, Dana M. *The Gender of Crime*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2011.

CAETANO, Haroldo. *Loucura e direito penal*. Doutorado em Psicologia. Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2018.

CARLEN, Pat. Introduction: Women and punishment. *Women and Punishment*, Willan, p. 13-30, 2013.

CARVALHO CAMPOS, Roberto Augusto de; OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. Os laudos periciais nas ações judiciais por alegado erro médico: uma análise crítica. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 105, p. 319-354, 2010.

CARVALHO DE OLIVEIRA, Gustavo et al. O exame de verificação de cessação de periculosidade: a importância da avaliação ampliada em um caso com conclusão contrária ao parecer da equipe assistente. *Revista Latino-americana de Psicopatologia Fundamental*, v. 19, n. 2, 2016.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Conexões de gênero e cárcere. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018. v. III.

CUNHA, Susana Maria Pinto Almeida Leitão et al. *Esquizofrenia e crime*: contributo para o estudo da agressividade dos Inimputáveis Perigosos. Dissertação de candidatura ao grau de Mestre – Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, 2003.

DALY, Kathleen. Women's pathways to felony court: Feminist theories of lawbreaking and problems of representation. *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.*, 2: 11, 1992.

DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*. 2011. Disponível em: [http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf]. Acesso em: 02.12.2019.

FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; AMARAL MACHADO, Érica Babini Lapa do. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, p. 27-65, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*: cursos no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Marins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva. *Politeia*, n. 14, 2015.

FOUCAULT, Michel; MARCHETTI, Valerio; SALOMONI, Antonella. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GIACÓIA, Gilberto. Letícia Gabriella. O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 151, ano 27, p. 43-73, 2019.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade. Trad. Mathias Lambert. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HARTZ-KARP, Janette. *Women in Constraints*: Western Australia. Western Australian Department of Corrections, 1979.

MECLER, Kátia. Periculosidade: evolução e aplicação do conceito. *Journal of Human Growth and Development*, 20.1, p. 70-82, 2010.

MIRZA, Flavio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2010, 5.5.

NUÑEZ, Izabel. *O contraditório e a produção de acordos no processo penal*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/izabel-nunez-contraditorio-acordos-processo-penal]. Acesso em: 02.12.2019.

OLIVEIRA, Patricia Fonseca de; MAGNO, Carlos. Loucura, Crime e Gênero no encarceramento feminino: o papel das Defensorias Públicas. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress* (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

OLIVEIRA, Sandra Elisabete Henriques de. *(In)visível para quem?* Um olhar sobre o estigma internalizado, auto-estima e qualidade de vida em pessoas com doença mental. 2016. Disponível em: [https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/12455/1/TESE%20DOUTORAMENTO%20SANDRA.pdf]. Acesso em: 02.12.2019.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Constituição e encarceramento no Brasil: a revalorização da pena de prisão na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988).

Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 174. São Paulo: Ed. RT, set. 2018.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *Hist Cienc Saude*, 9.2, p. 335-355, 2002.

SERRA, Victor Siqueira. Pessoa afeita ao crime: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. 2018. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/182087/Serra_VS_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y]. Acesso em: 02.12.2019.

SIMON, Rita J.; AHN-REDDING, Heather. *The insanity defense, the world over*. Rowman & Littlefield, 2008.

SOUZA, Luanna Tomaz de; SILVA, Ana Beatriz Freitas; YOSANO, Yasmim Nagat. Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, p. 243-266, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

VALENÇA, Alexandre Martins; MORAES, Talvane Marins de. Relação entre homicídio e transtornos mentais. Relationship between homicide and mental disorders. *Rev. Bras. Psiquiatr.*, v. 28, n. Supl II, p. S62-8, 2006.

WACHELESKI, Marcelo Paulo; VENTURI, Eliseu Raphael. Deficiência e direito penal: entre a normalização e a violação dos direitos humanos, a urgência de novas políticas criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, p. 565-586, 2018.

WALKLATE, Sandra. Gender, crime and criminal justice. 2. ed. London: Willan, 2004.

WINSTONE, Jane (Ed.). Mental health, crime and criminal justice: responses and reforms. Berlim: Springer, 2016.

ZHENJIE, Li; YILIANG, Tang. Malpractices and Path of Reform Concerning Psychiatric Identification in China – Taking the "Heading-cutting Case" Committed by Hu as an Entry Point. *International Journal of Law and Society*, v. 1, n. 3, p. 108, 2018.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Uma breve aproximação das questões e processos incidentes no sistema processual penal brasileiro e as garantias constitucionais, de Ângelo Roberto Ilha da Silva – *Ciências Penais* 3/198-211 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 6 (DTR\2011\2122).

A sociedade moderna e os problemas de inclusão/exclusão: os atuais excessos do controle penal na modernidade periférica

Modern society and inclusion/exclusion problems: current excesses of criminal control in peripheral modernity

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Professor do Curso de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Campus Santo Ângelo/RS. Também leciona, na mesma instituição, as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal na Faculdade CNEC – Campus de Santo Ângelo. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. https://orcid.org/0000-0003-1952-3365.
jfdclyra@tj.rs.gov.br

Péricles Stehmann Nunes

Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Campus Santo Ângelo/RS. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). https://orcid.org/0000-0001-8612-2006.
periclessn@gmail.com

Recebido em: 19.12.2018
Aprovado em: 23.09.2019
Última versão dos autores: 14.10.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: Partindo da hipótese de que a complexa sociedade contemporânea (ou moderna) experimenta um intenso processo de diferenciação funcional, culminando na formação de sistemas parciais autopoiéticos (os quais possuem a finalidade, nesse contexto, de reduzir a complexidade), entende-se que a inclusão das pessoas no âmbito de ação do Estado de bem-estar passa, essencialmente, pelo acesso aos subsistemas sociais,

Abstract: Starting from the hypothesis that the complex contemporary Society (or modern) is going through an intense process of functional differentiation, culminating in the formation of partial autopoietic systems (the ones whose aim, in this context, is reducing complexity), it is understood that the inclusion of the people in the action of the wellbeing state goes, essentially, through the access of social subsystems, such as

tais como a economia, a política, a cultura, o ensino, a ciência, dentre outros. Logo, a inclusão da população a tais sistemas opera – individualmente, na modernidade – que já não conta com um órgão central capaz de, por si só, implementá-la. Sob essa perspectiva, considerando que os sistemas parciais por vezes restam corrompidos e invadidos por outros sistemas, especialmente o econômico, tendo sua ação bloqueada, revela-se fundamental questionar o lado negativo da forma da inclusão a saber a exclusão, principalmente pelo fato de que a maioria da população tem sua existência social reduzida à mera corporalidade, não detendo reconhecimento ou significação social. E o que se revela dramático é que os excluídos ou marginalizados costumam ser superincluídos, especialmente, pelo Direito Penal, sendo exortados na sua responsabilidade penal. Assim se constitui objetivo primordial da presente pesquisa interpelar a exclusão social na sociedade periférica.

Palavras-chave: Inclusão-exclusão – Autopoieses – Modernidade periférica – Corrupção sistêmica – Controle penal.

the economy, politics, culture, teaching, science, amongst others. Thus, the inclusion claims the population access to such systems since there is not a central place which is able, by itself, to implement it. Under this perspective, considering that partial systems are at times corrupted as they are invaded by other systems, especially economical, and thus have their actions blocked, it is crucial to question the negative side of the inclusion form, to know the exclusion, mainly for the fact that most of the population has their social existence reduced to the mere corporality, not able to own recognition or social significance. Therefore, it is the primary objective for this research addressing social exclusion in contemporary society.

Keywords: Inclusion-exclusion – Autopoietics – Peripheral modernity – Systemic Corruption.

Sumário: 1. Introdução. 2. A sociedade moderna e a diferenciação funcional: da transição da sociedade antiga à sociedade atual. 3. O Estado de bem-estar e o princípio da inclusão: a sociedade moderna e o problema da exclusão social. 4. A corrupção sistêmica ou *alopoiese:* o bloqueio funcional dos sistemas sociais e a exclusão social. 5. Conclusão: sobre o percurso dos atuais excessos do controle penal na modernidade periférica. Referências.

1. Introdução

A sociedade atual, na sua linha evolutiva, transitou de um modelo medieval a uma sociedade tradicional dividida em classes, que por sua vez, premida pelo processo de industrialização, transitou à sociedade moderna, decerto tal processo evolutivo foi informado pelas mutações do sistema capitalista de produção e de outros arranjos sociais, notadamente pelo desenvolvimento científico e da tecnologia. Sob esse aspecto, a sociedade moderna é informada pela divisão do trabalho social e pela diferenciação funcional, experimentando o surgimento de sistemas parciais, que são decorrentes do próprio aumento da complexidade social, aos quais compete a função de reduzi-la. Sob esse olhar,

constata-se a existência de subsistemas como a economia, a ciência, a religião, o direito, dentre outros. Como consequência, o estado perdeu poder e capacidade regulatória, repartindo a sua potência ordenadora com outros atores sociais, destacadamente privados, como o mercado e sua *lex mercatória*. Também se alteram, em face da diferenciação funcional, as formas de inclusão social, que não são fornecidas, exclusivamente pelo estado de bem-estar, senão que dependem, em muito, do sucesso individual, o que intensifica os processos de exclusão social. De se notar, entretanto, que dito processo de diferenciação social e surgimento de sistemas parciais, indispensáveis para a redução da complexidade e efetivação da política estatal, que pode ter se implementado nos países centrais, não se deu na periferia ou países em processo de desenvolvimento, região em que impera a pobreza, miséria, marginalidade, enfim, uma ampla exclusão social. Em tal região, a modernidade periférica, há um *estado de corrupção sistêmica* que impossibilita que os sistemas adquiram a necessária autonomia e exerçam a sua correspondente função. No caso brasileiro, por exemplo, pode-se predicar que o sistema do direito foi corrompido (especialmente no caso Lava Jato), pois foi invadido por injunções políticas e morais (no apregoado discurso jurídico de "erradicar a corrupção" e "banir a cultura da impunidade". Ora, não se nega que tais aspectos sociais e culturais são importantes para uma nação, mas, afinal, esta é a função do direito penal? A resposta que o crime merece não deve ser dada em termos normativos? É possível, por razões políticas e morais, suspender a Constituição e seu sistema de garantias para um *caso excepcional?*

Nessa perspectiva, partindo-se da afirmação que o controle social e ordenação da vida social, sob influxos da industrialização e revoluções tecnológicas, passaram a exercidas pelos sistemas parciais, que devem exercer uma determinada função, adotando-se como teoria de base a teoria sistêmica de Luhmann, o artigo assume o desafio de demonstrar, humildemente, que o primado da diferenciação não se dá nos países pobres ou em desenvolvimento, ou seja, na modernidade periférica, local em que prolifera a exclusão social. Também será destacado que na região há bloqueios na atuação dos subsistemas parciais, que comprometem a sua funcionalidade, culminado na exclusão das pessoas do âmbito de atuação das ações de ditos sistemas. Por fim, no que é mais dramático, o sistema penal é utilizado como forma de uma inclusão às avessas, na medida em que somente confere visibilidade a certas categorias sociais para exortar a sua responsabilidade penal, excluindo-as. O fenômeno ocorre com a punição das classes pobres e com a flexibilização do sistema de garantias, que subverte o direito em instrumento de luta ou combate, informado pela razão política estatal.

O artigo possui a presente estrutura: em um primeiro momento (ii) será analisado o processo evolutivo da sociedade rumo a consolidação da sociedade moderna e a sua diferenciação funcional. No segundo setor (iii) o estudo se centra no cotejo do estado de bem-estar e suas políticas de inclusão, reportando-se ao problema da exclusão. A corrupção sistêmica ou *alopoiese* como a perda da autonomia dos sistemas parciais e sua desfuncionalidade na modernidade periférica vem retratada no terceiro ponto (iv), chegando ao seu final com a conclusão (v). Anota-se que a escolha da teoria sistêmica deve ao fator que permite uma correta descrição/observação da sociedade moderna, possibilitando, desde uma perspectiva sociológica, sua interpelação e cotejo do problema fundamental da exclusão.

2. A sociedade moderna e a diferenciação funcional: da transição da sociedade antiga à sociedade atual

A sociedade contemporânea – cunhada como moderna – adota o entendimento de que a modernidade é um processo inconcluso, um *projeto inacabado,* não havendo que se falar em seu fechamento ou sua abertura para uma nova fase[1-2], como pretendem os partidários da semântica da *pós-modernidade*[3-4]*,* experimenta um vertiginoso aumento de sua complexidade, que decorre do gigantismo do mercado global (envolvendo o consumo de mercadorias, padrões culturais e trocas de informações: comunicação global: cultura de massas)[5], bem como do

1. Conforme HABERMAS, Jüergen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2000. Habermas refuta a existência de uma dissociação entre a modernidade e a pós-modernidade. Para ele, a modernidade encarna-se na ideia de subjetividade, que explica o individualismo e autonomia de agir (liberdade de reflexão), fisionomias dos tempos modernos. Logo, a vida religiosa, o Estado e a sociedade, bem como a ciência, a moral, a arte transformam-se em encarnações do princípio da subjetividade. Também informa, ao lado do princípio da subjetividade, o surgimento de sistemas funcionais como o dinheiro e o aparato burocrático do estado, que são os motores da modernização social, que necessitam de um controle pelo *medium* do direito.
2. Também importa a leitura de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade I. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 44-63.
3. HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 1983.
4. HARVEY, David. *Condição pós-moderna.* 18. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008. p. 45-109.
5. BECK, Ulrich. *O que é globalização:* equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Também, do mesmo autor, *La sociedad*

protagonismo inédito dos *mass mídia*[6], consolidando-se – enfim – como uma sociedade mundial, agora globalizada pelos riscos. Tal processo evolutivo da sociedade corresponde também sociologicamente ao conceito de diferenciação social[7]: aquisições evolutivas que distinguem as sociedades atuais das predecessoras; distinção tal que repousa no desenvolvimento pleno (a completa industrialização operacionalizada nos países centrais). Trata-se de uma nova ordem em que, em face da diferenciação funcional, ausentam-se a *grandes relatos,* tais como a perda do fundamento teológico, a fragmentação dos códigos morais em prol de pequenos jogos de linguagem.

Para Luhmann, em razão da riqueza histórica das sociedades pré-modernas e a diversidade de suas configurações empíricas, todo o intento de classificar a sociedade a partir de afirmação de etapas está fadado ao fracasso. Por tal razão, Luhmann utiliza o conceito de diferenciação sistêmica na busca de uma abertura às possibilidades evolutivas. Para tanto, utiliza o conceito de formas de diferenciação, operando uma distinção que separa os âmbitos sistema/entorno. Logo, pode-se afirmar e comprovar, segundo ele, que em todo o sistema social deve existir uma forma de dominação predominante, que distribui as possibilidades de evolução do sistema e de diferenciações adicionais[8].

Assim, as denominadas sociedades segmentárias ou tribais surgem pelo fato de que a sociedade se articula em sistemas parciais, que são – em princípios – igualitários e se formam reciprocamente; pressupondo, de certa forma, a constituição de famílias, unidade artificial que encobre diferenças naturais de sexo, idade etc. Nesse modelo, a família ou tribo constitui a forma da diferenciação da sociedade, bastando para a constituição do sistema a reprodução demográfica. As unidades se formam em três planos: família, povoados e tribos. Segundo Luhmann, na *diferenciação segmentária,* os indivíduos ocupam uma posição fixa na ordem social,

---

del riesgo: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro et at. Barcelona: Paidós, 2006. p. 71 e ss.

6. Conforme LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mauro Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. Também, do mesmo autor, *A inovação destruidora:* ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
7. LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 2005. Na dicção de LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna.* Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.
8. Conforme LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Nafarrate Torres, México: Herder, 2007. p. 483-484.

que não se altera, não havendo possibilidade de carreira ou ascensão social. Dessa maneira, a tribo se constitui o âmbito que abarca todas as possibilidades de entendimento linguístico[9]. As expectativas normativas, em tal modelo, são contrafáticas; não se amoldam aos eventuais desenganos, senão que persistem, pois, não há ausência de escritura, não há normas de direito e regras de decisão generalizadas. Por outro lado, a inclusão se dá pela comunicação e integração nos grupos sociais (diferença entre o familiar e o desconhecido: inimigo)[10]. No limite, as sociedades tribais, que se formavam dentro de limites estreitamente especificados – um mundo pequeno – a diferenciação funcional repousa na dicotomia entre o familiar (família/tribo) e o desconhecido (inimigo), sendo o controle social exercido por base religiosa, magia e respeito aos deuses[11].

Com o surgimento das desigualdades ou quebra da base de reciprocidade, que provocava exclusão dos indivíduos do grupo social, surgem as denominadas *sociedades estratificadas*. Luhmann – nesse particular – refuta a conclusão no sentido de que a causa do surgimento da estratificação seja somente o aumento da densidade demográfica (crescimento da população) ou volume da sociedade (Aron). Para ele, o fator mais relevante foi a reversão das situações do princípio da igualdade da ordem segmentária, o que teria provocado conflitos e confrontos bélicos ou no interior das próprias tribos ou umas contra as outras[12]. Portanto, a deformação das regras de reciprocidade é que impulsionou a evolução da sociedade a uma nova ordem. Com efeito, com a formação de grandes reinos, nos quais se mesclam as diversas formas de diferenciação baseadas nas desigualdades, surge a diferença *centro periferia* da estratificação, bem como a ideia de um domínio sustentado na burocracia, conferindo-se legitimidade de poder aos dominadores. Forja-se uma nova ordem social organizada em estratos, com um império do aparato burocrático, inclusive com a formação da burocracia dos cargos. Em tal ordem – entretanto – a posição ocupada pelos indivíduos já não é tão fixa como nas ordens segmentárias, havendo uma certa mobilidade, possibilitando-se um certo acesso à educação e à carreira social, embora mantenha-se a propriedade privada das terras pela nobreza[13].

9. Ibidem, p. 502-505.
10. Ibidem, p. 506-511.
11. Ibidem, p. 511-512.
12. Ibidem, p. 521.
13. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Nafarrate Torres, México: Herder, 2007. p. 534-535.

A ordem social baseada na estratificação possibilitou a formação de reinos, podendo-se referir – com Luhmann – que se fala em estratificação quando a quando a sociedade se divide em classes sociais, sendo de notar que a classe superior já não é mais informada por laços de parentesco. Quando o é, não é mais o parentesco que tece a sociedade, senão que uma diferença baseada em riqueza; entretanto, o rompimento com o parentesco é o que permite à sociedade aceitar a ideia de um poder político centralizado e de uma religião administrada por um determinado grupo social, além da concentração da riqueza nas mãos de uma minoria (nobreza). Abandonam-se – assim – as regras rígidas do matrimônio, havendo uma maior flexibilidade para as novas uniões. Enfim, é o tempo de uma ordem feudal e da nobreza, podendo-se falar de uma diferenciação sistêmica interna da sociedade, na medida em que seus sistemas parciais se diferenciam do entorno da sociedade desde o ponto de vista de uma diferença de classes.

Sob o domínio da estratificação, a inclusão dos seres humanos se dá de acordo com sua classe social, a qual fixa as inclusões e exclusões a respeito dos sistemas parciais: só pode pertencer a um estrato social quem é excluído dos outros. Também, sob tal orientação, já há uma certa independência da ordem econômica com relação à ordem doméstica, com a criação de comunidades de provisão e distribuição, com uma diferença sensível entre nobreza e gente comum, isto é, de seres com dignidade e de seres sem dignidade, estabelecendo-se uma relação assimétrica[14].

Já as sociedades funcionalmente diferenciadas ou modernas se estabelecem pelo processo evolutivo da alta complexidade que liquidam os vínculos temporais e sociais do *velho mundo,* cuja integração social é agora mediada por organizações e não mais pelo coletivo das classes sociais. Logo, os indivíduos já não podem mais ser distribuídos por famílias ou classes sociais, pois não é possível colocar um indivíduo dentro de um único sistema parcial, como – por exemplo – direito, política, economia ou sistema político. Por tal motivo, Luhmann afirma que a sociedade não é constituída por indivíduos (são conceituados como o entorno da sociedade), senão por sistemas parciais (ou diferenciação funcional), que possuem uma função e identidade própria (tais como a economia, a política, o direito, a educação, a cultura, a religião, dentre outros), que atuam com autonomia e dependência com relação ao seu entorno e demais sistemas. Nesse sentido, cada sistema de função tem a ver com o entorno da sociedade, diferenciando-se para cumprir uma função específica; podendo-se falar, portanto,

14. Ibidem, p. 545-555.

de uma primazia funcional, que renuncia uma hierarquia vinculante para os demais sistemas[15].

No entendimento do pensamento sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna é extremamente complexa, notadamente pelo fato de que convive com uma crescente diferenciação funcional. Forjam-se – no seu processo evolutivo (considerando-se a sociedade como um sistema total e abarcador) – subsistemas parciais, que possuem a função de reduzir a alta complexidade. Logo, com ajuda da teoria da *autopoiesis social* (ou do fechamento operacional de cada sistema, com o objetivo de adquirir mais informação e condensar conhecimento), os sistemas parciais estão em condições de enfrentar a sua própria complexidade. Assim, ao Direito (e seu código lícito/ilícito) corresponde a função de manter as expectativas normativas contra eventuais desenganos; à economia (oferta/escassez), a função de regular os preços e o próprio mercado; à política (governo/oposição), a função de programar a sociedade e/ou os fins sociais da política governamental. Portanto, a *autopoiesis,* na teoria sistêmica de Luhmann, é um princípio formador de um sistema. Por isso que – para o autor – na dimensão social, a aquisição de maior complexidade é aquela em que se apoia na exclusão operativa dos homens da sociedade, porque os indivíduos já não podem ser colocados socialmente na sociedade; cumpre a cada sistema funcional refletir a inclusão de todos os indivíduos unicamente pelas suas próprias operações[16]. Em suma, os sistemas funcionais observam as suas próprias operações, já que – na economia – pode-se identificar mutuamente, por meio das regras do mercado, os preços que se formam; na política, filtram-se todas as informações veiculadas pela opinião pública; na ciência, pode-se observaras publicações e os artigos. Enfim, os sistemas funcionais são quem estabelecem suas respectivas formas e oportunidades de auto-observação[17].

No limite, a sociedade moderna evolui – primeiramente – de uma *sociedade arcaica* ou *segmentária* (estruturada em famílias, tribos ou grupamentos), tecida por uma solidariedade mecânica e forte consciência moral, a uma sociedade de *classes ou estratificada*, que se formou, segundo Luhmann, da quebra da relação de reciprocidade e pelas desigualdades experimentadas pelas sociedades segmentárias. Na ordem estratificada, a sociedade passou a ser formada por classes sociais, notadamente a nobreza (centro) e classe operária (periferia). Entretanto,

15. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Nafarrate Torres, México: Herder, 2007. p. 586-592.
16. Ibidem, p. 605-606.
17. Ibidem, p. 607-609.

esta – pelos processos de individualização e modernização – também evoluiu para o modelo da *diferenciação funcional, com* a qual se convive em uma situação de dependência, com uma complexa diferenciação social (pessoas assumem os mais variados papéis), não mais se podendo contar com a lealdade do grupo familiar, tribos, ou posição social fixa. Não é por outra razão que o conceito de *diferenciação social* desempenha um papel fundamental à Sociologia para representar o sistema da sociedade[18], que já não pode mais ser descrita a partir de um sentido unitário último[19].

Nesse contexto, os atuais problemas de integração social – em especial a partir da perda dos *grandes relatos* (fundamento religioso, peculiar às sociedades tradicionais) – não podem ser resolvidos, exclusivamente, com base no agir social, na razão humana ou num consenso moral fundamentador[20]. Tais observações explicativas são limitadas ou parciais como, por exemplo, o destaque no individualismo/consumismo moderno como expressão da desintegração social, ou as questões de classe social, ligadas à exploração do sistema capitalista. É verdade que a mudança da estratificação à diferenciação funcional não elimina, de forma alguma, as classes sociais; segundo Luhmann, segue havendo enormes diferenças entre pobres e ricos, provocando efeitos nas formas de vida e acesso às oportunidades sociais. Entretanto, isso não mais representa uma ordem visível da sociedade, pois a estratificação é substituída pelo postulado da igualdade de todos os seres humanos, sendo que as desigualdades devem justificar-se funcionalmente. Logo, a desigualdade social se acentuará – especialmente em países em desenvolvimento, na lente de Luhmann – notadamente pelo fato de que as pessoas dependem de rendimentos econômicos próprios para acessarem os sistemas, sob pena de estarem excluídas das ações prestacionais da sociedade.

Em uma palavra, pode-se dizer que o *primado da diferenciação social,* como forma de diferenciação sistêmica, tornou-se – na lição de Torres Junior, *autoevidente*[21]*–,* de tal maneira que os sistemas sociais estão em condições de dispensar

18. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007. p. 471-634.
19. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 167-168.
20. Ibidem, p. 168.
21. Ver TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 219-248.

qualquer fundamento externo, significando que são os subsistemas sociais que passam a cuidar dos problemas fundamentais da sociedade, que não mais se evidencia por outras formas de diferenciação (segmentária ou estratificada), que passam a contar, segundo Dutra, como *diferenciações secundárias*, deixando em aberto, na teoria sistêmica de Luhmann, o lugar da desigualdade social[22]. Dito de outro modo, a transição para o primado da diferenciação funcional somente se revelou possível quando as estruturas de estratificação concretas são ultrapassadas, o que ocorre com o desenvolvimento dos códigos binários e seus respectivos subsistemas sociais (ter/não ter, governo/oposição, lícito/ilícito, doente/saudável), não mais legitimando outras formas de estruturar a sociedade; que não elimina, entretanto, a estratificação social[23].

Em síntese, por razões estruturais, a sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, é informada pelo surgimento de sistemas parciais autônomos, tais como: a economia, a política, a educação, a religião, a ciência etc., que surgiram para dar conta da complexidade inerente à modernidade, isto é, com a função de selecionar/ordenar a crescente complexidade existente na sociedade, tem que recusar uma regulação uniforme[24]. Não se quer – com isso – renunciar ao conceito de indivíduo; tampouco, o de classe social, senão buscar outro instrumento descritivo para representar a sociedade como um todo, que não mais pode ser observada com padrões fixos como classes sociais ou centro/periferia. Efetivamente, a sociedade moderna é de múltiplas alternativas; portanto, complexa; por isso, os subsistemas – como conquistas evolutivas da sociedade – possuem a missão de ordenar a complexidade, mormente pelo fato de que o controle social, sob as condições da diferenciação social, é confiado, por inteiro, a eles[25]. Dito de outro modo, com a crescente complexidade da sociedade moderna, a diferenciação funcional passa a ser uma imposição, uma vez que somente com ela é possível a estruturação da complexidade, fundamento último da formação de

22. Ibidem, p. 219 e ss.

23. TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 231. Importa leitura, do mesmo autor: O problema da desigualdade social na teoria da sociedade de LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007. p. 547-561.

24. Na lição de TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 57 e ss.

25. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 176-189.

um sistema, rumo ao paradoxo de aumentar a complexidade mediante sua redução[26]. Na lição de Neves, o aumento da complexidade está intimamente relacionado à diferenciação social da sociedade moderna, podendo-se afirmar que a própria evolução da sociedade relaciona-se com a diferenciação funcional, a qual culmina no aumento da complexidade; por fim, à diferenciação funcional, que é a resposta racional a tal processo evolutivo na sociedade moderna[27]. Por outro lado, ainda seguindo os ensinamentos de Neves, a complexidade, para Luhmann, compreende a situação em que há mais possibilidades que podem ser atualizadas ou realizadas, ou seja, há complexidade quando existem mais elementos que podem ser atualizados mediante seleções, as quais – por sua vez – implicam pressão seletiva. Portanto, a questão fundamental não é combater a complexidade, mas sim estruturá-la rumo a sua redução[28].

Assim, o ponto de partida para uma teoria completa da modernidade não se desenvolve com o conhecimento sobre as leis da natureza, sobre a racionalidade ou com fatos; ao contrário, deve se dar com o reconhecimento da diferenciação e formação de sistemas dentro da sociedade, aos quais corresponde a função de selecionar e reduzir a complexidade. A sociedade – desse modo – na dicção de Luhmann, é um sistema *unicompreensivo* ordenador de todas as comunicações possíveis entre os homens. A cada sistema parcial corresponde a função de atualizar a sociedade, desde seu ponto de vista, segundo a correspondente perspectiva particular sistema/entorno[29]. Sobre tal pano de fundo, seguindo o primado da diferenciação funcional, a sociedade moderna adquire um perfil particular, o qual tem o efeito de ampliar enormemente as comunicações altamente especializadas, bem como a efetividade delas em prol da ação humana. Veja-se – sob tal olhar – a verdade demonstrada cientificamente, o dinheiro, o poder organizado pela política, devidamente controlado pelo Direito; em suma, produto da evolução é o desenvolvimento de uma pluralidade de sistemas sociais que combinam *uma alta sensibilidade para determinadas questões com indiferença* às *demais*[30]. Desde o

26. Segundo NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 199-207.
27. Ibidem, p. 200.
28. Ibidem, p. 199-200.
29. LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar.* Madrid: Alianza, 2007. p. 41-42.
30. Ibidem, p. 42.

ponto de vista da evolução sociocultural, a civilização experimenta uma diferenciação das prestações comunicativas, a qual decorre da capacidade limitada de se orientar em um ambiente complexo. Logo, a sociedade não dispõe de um centro capaz de representar a si mesmo. Enfim, trata-se de uma sociedade sem porta-voz porque escapa a um controle social da política, do Direito ou do Estado.[31-32]

Ditos subsistemas são autorreferentes: estabelecem relações consigo mesmos, diferenciando-se com relação ao seu entorno. Assim, cada contato social deve ser apreendido como sistema até alcançar a sociedade como conjunto de contatos sociais possíveis revelando-se fundamental à análise teórico-sistêmica estabelecer a diferença entre sistema e entorno. Consoante Luhmann, por um lado, entorno não é nenhum sistema, pois não dispõe de capacidade de autorreflexão, muito menos capacidade de ação; por outro, cada sistema guarda referência com seu próprio entorno[33]. Sob tal orientação, os seres humanos e seus sistemas psíquicos participam de todos os sistemas; sem, contudo, incorporar-lhes, na medida em que a sociedade, na orientação luhmanniana, não é composta pelos seres humanos, senão de comunicações entre eles; portanto, as distintas individualidades integram o entorno dos sistemas sociais[34].

Todavia, a afirmação de que as pessoas pertencem ao entorno dos sistemas legais não contém nenhuma valoração negativa; ao contrário, somente significa que os sistemas sociais não têm como base o sujeito (filosofia da consciência e sua relação sujeito-objeto), na medida em que somente os subsistemas podem diferenciar-se, algo que não ocorre com o sistema psíquico e suas consciências[35]. Assim, o entorno não deve ser visto como uma categoria marginal, senão como constitutivo dos sistemas, pois do entorno vem a energia e a informação: o fundamento para a conservação do sistema[36]. Dessa forma, o entorno é um *estado de coisas* relativo ao sistema, sendo que cada sistema se delimita em face de seu

31. Ibidem, p. 43-44.
32. Ver LUHMANN, Niklas. *Sociología política.* Trad. Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014. p. 23-44.
33. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 40.
34. Ibid., p. 42.
35. LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión:* autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 101 e ss.
36. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Barcelona: Antrhopos; México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 172-173.

entorno, principalmente pelo fato de que esse é muito mais complexo que o sistema mesmo. Por isso, a diferença sistema/entorno estabiliza a complexidade, pois, com tal diferenciação, o sistema adquire liberdade e autonomia com aumento de sensibilidade para limitar a complexidade e coletivizar a ação[37].

Em uma breve síntese, somente quando o sistema se isola do entorno, diferenciando-se mediante um enlace interno de elementos próprios (produzindo sua *autopoiesis*), ele pode construir a sua própria complexidade; por conseguinte, a distinção da forma *sistema/entorno* possibilita uma observação total da sociedade, consistindo – ela, verdadeiramente – numa forma de olhar e descrever a sociedade. Ora, sistemas *autopoiéticos* são aqueles que, por si mesmos, produzem as estruturas e os elementos constitutivos que surgem da própria complexidade social com a missão de ordená-la, que se finaliza na produção de uma diferença entre sistema e entorno[38]. Os subsistemas sociais surgem como uma necessidade da sociedade moderna em ordenar e reduzir a complexidade, peculiar a uma sociedade que se apresenta como mundial, pois funciona numa rede de comunicações; para reduzir a complexidade, o sistema (com seu correspondente código funcional), ao delimitar a sua esfera de abrangência, diferencia-se de seu entorno via reprodução autopoiética. Sob esse olhar da teoria dos sistemas, a realidade social é composta somente por atos comunicativos; não há – portanto – uma ordem que possa englobar a consciência (sistemas psíquicos) com a sociedade, já que um sistema psicológico não pode se comunicar[39].

Nessa perspectiva, a coordenação social se dá pelo recurso dos sistemas sociais; dependente do efetivo acesso a ditos subsistemas da sociedade[40]. Logo, o Estado de bem-estar (ou Estado Democrático de Direito), que se caracteriza por conferir um rol extenso de direitos fundamentais à população, também – para sua legitimidade e eficácia – necessita da incorporação da população aos distintos sistemas funcionais da sociedade. Entretanto, cumpre individualmente às pessoas, sob o signo da igualdade, habitarem o sistema da religião, da economia,

37. Ibidem, p. 176-190.

38. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México; Herder, 2007. p. 42-45.

39. LOPES JÚNIOR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da poli contexturalidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151-153.

40. LUHMANN, Niklas. *Teoría politica en el estado de bienestar.* Madrid: Alianza, 2007. p. 47-48.

da ciência, da educação, da política; mesmo vivendo fora deles, sua existência ou modo de vida exige recurso a tais sistemas funcionais. Por essa razão, a pretensão de efetivação dos direitos fundamentais é formulada pelo princípio sociológico da *inclusão,* já que a incorporação (ou controle social) da população global aos sistemas sociais passa pela atuação dos diversos sistemas funcionais, e não pela coordenação central do Estado, a qual também se apresenta como um sistema parcial da sociedade (sistema político). Sob esse olhar, a realização do princípio da inclusão pela política estatal, fundamento do Estado de bem-estar, somente pode ocorrer com a crescente incorporação de necessidades e interesses do povo na esfera dos temas políticos realizáveis[41].

3. O Estado de bem-estar e o princípio da inclusão: a sociedade moderna e o problema da exclusão social

A inclusão, na lição de Luhmann, é um princípio *aberto,* pois com o advento do Estado de bem-estar e a consequente positivação dos direitos fundamentais, resta assentado que toda pessoa merece atenção política. Todavia, são se costuma dizer *como,* daí o porquê de a atividade política seguir tematizando e selecionando interesses, seguindo os princípios da compensação das desigualdades ocasionadas pelo processo de modernização, buscando a igualdade e a segurança, enfim, o bem-estar da sociedade. Cumpre à política estatal, pela inclusão, lograr garantir a pretensão jurídica de todos os aspectos da vida ou, como mínimo, dar "claridade" a tais pretensões, procurando, sob condições de alta complexidade social, combinar um avanço na realização política, na produtividade econômica e no progresso científico; enfim, possibilitar desenvolvimento a partir de os repertórios de possibilidades de vida pessoais[42]. Cumpre notar, entretanto, que – em termos sistêmicos – o tema da integração social é substituído pela distinção inclusão/exclusão, na medida em que as condições de inclusão variam de acordo com a diferenciação da sociedade, que já não pode mais ser orientada de forma hierárquica ou linear, tal como o que ocorria nas sociedades tradicionais. Em tempos modernos, as inclusões se tornam mais *individualizadas* (seguindo o princípio da igualdade/liberdade), passando-se a impressão de que a sociedade moderna oferece a possibilidade de inclusão a todos os seres humanos. Como a inclusão não se dá pelo pertencimento a uma classe ou *status* social, em princípio, todas as pessoas possuem acesso aos sistemas funcionais da

41. Ibidem, p. 48-50.

42. Ibidem, p. 50-52.

sociedade. Entretanto, na complexidade moderna, a inclusão depende, segundo Luhmann[43], de oportunidades de comunicação altamente diferenciadas, significando dizer que as desigualdades sociais tendem a aumentar significativamente, podendo-se chegar às formas radicais de exclusão, tais como a invisibilidade social ou negativa de reconhecimento. Ora, a exclusão – na lição de Stichwec – significa, em uma sociedade fundada na comunicação, que um indivíduo não é mais considerado como destinatário de operações comunicativas; ao contrário, na lente do autor se dá em determinadas condições regionais especiais (por exemplo, a América Latina e Brasil), que não desenvolveram suficientemente (com autonomia) os sistemas funcionais parciais[44-45].

Partindo da premissa de que a integração social se dá pela distinção inclusão/exclusão (sem um sentido de unidade, de uma integração forjada no contrato social ou de um consenso moral fundante), Luhmann[46], inspirado no conceito de forma de Spencer Brown, seguindo sua lógica sistêmica, destacando que – nas observações – são indicados um dos dois lados de uma distinção, sempre pressupondo que a indicação de um pressupõe o outro (algo que é excluído), entende que a *inclusão* é o outro lado da forma *exclusão,* definida a partir de uma distinção do observador[47]. Para ele, a inclusão é a *cara interna de uma forma, cuja cara externa é a exclusão*[48]. Logo, somente se pode falar em inclusão se há exclusão (condição relacional da diferença inclusão/exclusão). Por outro lado, a inclusão (e também a exclusão), no pensamento luhmanniano, relaciona-se com o modo ou a maneira de indicar o contexto comunicativo dos seres humanos, relevantes politicamente, referindo-se ao modo em que são tratados como *pessoas.* Por isso, em sociedades diferenciadas, como é o caso da sociedade moderna, a forma

43. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 490-491.

44. STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 51-73.

45. NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 99 e ss.

46. Ver LUHMANN, Niklas. Inclusão/exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

47. LUMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 492.

48. LUHMANN, Niklas. *Complexidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Beriain e de Jose María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 171-172.

inclusão/exclusão se constitui em um super código que orienta – primariamente – toda e qualquer observação da sociedade[49-50].

Em uma breve síntese, se se entende que a sociedade moderna – estruturalmente – experimenta uma diferenciação funcional, tendo, por isso, que renunciar a uma regulação uniforme e central ou a um controle social centralizado no Estado, confia a inclusão (ou reconhecimento) das pessoas na sociedade a seus subsistemas parciais. Assim, a participação no sistema econômico rege-se por meio da renda e propriedade, a formação das famílias fica a cargo das próprias pessoas e seu desejo de se unirem, a relevância política ao exercício da capacidade política ativa – eleitor – ou como passivo do conceito-chave dessa diferenciação funcional em particular. Desse modo, a inclusão já não é mais regulada de maneira socialmente unitária, já que cada sistema funcional individual regula as suas próprias formas de inclusão. A exclusão, que também é multidimensional, não decorre de uma segregação compacta (tais como de negros, pobres, desempregados etc.), mas, ao contrário, é uma realidade cumulativa nas sociedades globais[51], decorrente das diversas formas de não inclusão diante dos variados subsistemas sociais funcionais.

Sob essa ótica, inclusão/exclusão se refere ao modo pelo qual os seres humanos – no contexto comunicativo e no acesso aos subsistemas sociais – adquirem significado ou relevância social, predicando, em suma, a forma em que os seres humanos são tratados como pessoas[52-53]. Por isso, não é por outra razão que, desde os princípios da Idade Moderna, cobra-se, cada vez mais, uma vital importância à política de inclusão, germe do Estado de bem-estar e desenvolvimento dos direitos fundamentais. Ora, a importância da inclusão repousa na resposta que se dá à diferenciação social, entendida como uma resposta racional que busca

49. Ibidem, p. 191.

50. NEVES, Marcelo. La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. *Doxa*, Cadernos de filosofia del derecho, [S.l.], n. 37, p. 180-183, 2014.

51. Conforme STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e a teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 58.

52. LUMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 500-501.

53. Ver GARCÍA BLANCO, José María. La exclusión social em la teoría social de Niklas Luhmann. Século XXI. R*evista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.

reduzir a crescente complexidade da sociedade mundial, podendo se revelar insuficiente, fracassando a diferença ou distinção que se pretendia realizar[54].

Assim, a autonomia dos sistemas funcionais e a consequente diferenciação funcional são indispensáveis para se operacionalizar a inclusão. Logo, a exclusão se impõe na ausência de diferenciação funcional que ocorre nos países que ainda se encontram na fase de modernização ou na *modernidade periférica,* destacadamente na América Latina, continente no qual, conforme Neves, a complexidade da região (destaca-se que a industrialização não foi capaz de superar/minimizar os problemas de distribuição de renda, educação, saneamento básico, segurança, enfim, de completa exclusão de amplos setores da sociedade) não foi seguida pela construção e desenvolvimento de sistemas funcionais autônomos[55]. Sob essa perspectiva, cumpre destacar que – no Brasil – convive-se com uma *complexidade desorganizada* e com sérios problemas *sociais* (por exemplo, a corrupção política e seu *populismo patrimonialista*[56], o tráfico de drogas, aumento da criminalidade e delitos violentos à pessoa e a consequente crise penitenciária rumo à edificação do *Estado paralelo*), verdadeiramente mais complicados do que os enfrentados pelos países de *modernidade central*[57] (imigração, terrorismo, desemprego). Percebe-se uma incapacidade desses sistemas sociais para enfrentar e reduzir adequadamente a complexidade, que não é ordenada racionalmente.

Nesse cenário, a modernidade não se apresenta como uma conquista positiva da sociedade, implicando a superação de uma tradição por sistemas funcionais antônimos. Ao contrário, as relações entre os sistemas são destrutivas e heterodestrutivas, inviabilizando a inclusão social. A modernidade assume um conceito negativo, já que não desenvolve uma diferenciação social, dissolvendo-se, na lição de Neves, em um *moralismo hierárquico*[58]. Em suma, na região haure-se uma

54. Conforme NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 200.

55. Ibidem, p. 201.

56. Sobre o tema do populismo político, ver FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens:* a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29 e ss.

57. NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 201.

58. Ibidem, p. 201.

incapacidade relativa dos sistemas funcionais para estruturar a complexidade, existindo um "desnível" ou um *acoplamento incompleto* entre sistema e ambiente, com o fracasso e a insegurança das expectativas dos membros da sociedade. Por isso, a complexidade (os problemas sociais) desintegra-se no sistema total da sociedade desconectada; sem redundância ou seleção[59].

Não se desconhece o fato de que a sociedade contemporânea – via diferenciação funcional – causa e tolera desigualdades severas na distribuição de bens públicos e privados; suportando, assim, temporalmente, restrições e desigualdades, que podem ser observadas a partir da unidade da diferença entre exclusão/inclusão. O que se revela patológico em tal distinção, no entanto, é que, nos países em via de modernização, há um abismo entre o âmbito da inclusão e da exclusão, que assume a função de uma *diferenciação primária* no sistema da sociedade, o que significa que grande parte da população fica totalmente privada das prestações dos sistemas funcionais, verdadeiros obstáculos ao desenvolvimento da região[60]. Não é por outra razão que o código inclusão/exclusão funciona como um metacódigo[61] regulador da inclusão das pessoas nos demais sistemas sociais. Dito em outros termos, a inclusão somente poderá ocorrer se os indivíduos, a partir de certo reconhecimento e consideração[62], superarem tal *diferenciação primária*; tomando-se, portanto, precauções necessárias para que os indivíduos pertençam como pessoas a algum de seus subsistemas sociais[63]. Sob esse olhar, não escapou da lente de Luhmann, que – em países industrializados como o Brasil, bem como nos EUA e Europa (questão dos imigrantes) – uma parte importante da população vive em condições de exclusão.

A pobreza e a miséria, ainda no pensamento luhmanniano, produzem uma grande indiferença em face do código jurídico (legal/ilegal), a qual tem que ser interpretada como indiferença (*ou complexidade não organizada*) e não como uma

59. Ibidem, p. 202.

60. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 180.

61. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007. p. 501.

62. No trato da teoria do reconhecimento, ver HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

63. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 189.

predileção pela criminalidade[64]. Em tal condição, ainda no pensamento luhmanniano, a exclusão não mais pode ser analisada pelo individualismo moderno, pela dominação de classe, devendo ser descrita como uma diferença localizada no seio da sociedade[65].

Neste sentido é pertinente o questionamento de Luhmann acerca do que significa para o sistema jurídico (e também para a polícia) e para o sistema político que – no âmbito da exclusão (como organizações vinculadas à forma inclusão/exclusão) – tenha havido a perda de sua vinculação aos princípios do Estado de Direito, passando a vivenciar um agir social em desacordo com a lei. Parece, efetivamente, que a literatura sociológica, a filosofia do Direito e, sobretudo, a ciência jurídica, devem prestar atenção ao trato da inclusão e a sua *sombra lógica* que é a exclusão. Afinal, nas sociedades modernas, no âmbito da exclusão, há seres humanos que não são considerados pessoas, senão *corpos*[66]. Logo, sob influxos da exclusão (nesse particular, Luhmann exemplifica a percepção de um observador quando passeia por uma "grande cidade brasileira", certamente referindo-se ao Rio de Janeiro e suas favelas, notadamente quando vislumbra a arquitetura social e a segregação reinante), as pessoas não dispõem de competência social para acessar os subsistemas sociais. A sociabilidade culmina por adquirir outra forma, alterando a própria comunicação, produzindo – no que é mais grave – um *adestramento da percepção* da exclusão, podendo influenciar comportamentos de riscos, violentos, o surgimento de outros valores, bem como certa indiferença no tocante à consideração da vida alheia. Com o bloqueio da comunicação, as coordenações dos sistemas funcionais deixam de ser procedentes, liberando-se forças instintivas primárias[67].

Em uma palavra, a exclusão – na lição de Luhmann – priva as pessoas de acederem aos sistemas funcionais, negando a elas o reconhecimento elementar, reduzindo-as a um mero *corpo,* ou seja, a uma vida sem significação social, introduzindo, com o bloqueio da comunicação, uma nova sociabilidade e outros valores, tais como a violência, a selvageria: instintos pulsionais. Não se pode negar – entretanto – que, para Luhmann, a sociedade moderna e sua diferenciação funcional inclui, sob o princípio da igualdade, todas as pessoas aos sistemas prestacionais da sociedade, não mais se podendo falar em exclusão (pelo menos nos

64. Ibidem, p. 191.

65. Ibidem, p. 190-191.

66. Ibidem, p. 193.

67. Ibidem, p. 194-195.

países centrais). Entretanto, admite que os países industrializados e em desenvolvimento possam contar com uma deficiente autonomia dos sistemas funcionais e, pois, com a exclusão de determinadas pessoas da rede protetora do Estado de bem-estar, podendo essas, a depender da radicalidade da exclusão, serem reduzidas a uma mera existência corporal.

Neves[68], por seu turno, também – partindo da premissa de que o Estado de bem-estar, na sua função compensatória e distributiva – somente pode ser compreendido com base no princípio da inclusão, entende que a inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade; depende da conduta individual. Logo, à medida que o princípio é realizado é que desaparecem os grupos que não participam da vida social. À exclusão corresponderia o estado de participação marginal, que se dá de forma permanente. Por essa razão, Neves trabalha como uma distinção *centro/periferia,* utilizada, por ele, para dar *clareza* ao seu conceito de *modernidade periférica,* que habita nas regiões que ainda não contam com a autonomia dos sistemas funcionais, vivenciando insuficientes e indeterminados acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente, experimentando, assim, uma insegurança de expectativas, na medida em que os sistemas parciais falham na sua função seletiva (no caso brasileiro, das expectativas sociais com relação ao emprego, educação, saúde, segurança, dentre outros). Logo, com o conceito de periferia, Neves, depois de assentar, diga-se com todo o acerto, que a região não implementou a diferença tradição/modernidade (pois, efetivamente, não se desenvolveu), diz que a distinção centro/periferia não pode ser confundida com simplificações grosseiras como algumas variações da teoria da dependência, que não merecem ser rejeitadas, senão complementadas por proposições mais fecundas[69]. Portanto, para o autor, *a modernidade periférica* pode ser entendida como a integração subordinada de um país (ou região) na sociedade mundial, pois "o par antagônico centro/periferia ora empregado remete a uma divisão funcional da sociedade mundial, orientada primariamente pela economia, mas também a uma relação de suprainfraordenação entre sociedades parciais fundadas primariamente na política e no direito"[70].

Sob essa perspectiva, Neves defende que na periferia há grandes disparidades no interior dos sistemas sociais, pois, se o *metacódigo* da inclusão/exclusão mediatiza o acesso aos demais códigos (diferença tal em concorrência na sociedade

68. NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 226-227.

69. Ibidem, p. 99-102.

70. Ibidem, p. 105.

mundial), é inegável que a inclusão (definida como sendo a dependência de acesso aos sistemas parciais da sociedade), esbarra em sérios limites na sociedade mundial, especialmente na modernidade periférica; segundo o autor, experimentam relações de *subintegração* (ou subinclusão) e *sobreintegração* (ou sobreinclusão), que, de comum, acarretam uma insuficiente inclusão, seja por falta de acesso (de integração positiva) ou de dependência (integração negativa)[71]. Assim, para Neves, o problema da marginalidade significa uma *subintegração social,* difusa e instável que acomete grande parte da população nos diferentes sistemas funcionais[72]. Nesse particular, Neves, fazendo referência ao *caso brasileiro,* centrando-se na análise da efetivação do Direito, sustenta, com razão, que o Brasil enfrenta o problema de insuficiente fechamento ou autonomia funcional, na medida em que sofre injunções e/ou sobreposições de outros sistemas (tais como o sistema econômico, o político, dentre outros) por particularismos difusos que ferem sua autonomia. Portanto, os obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade são as relações de subintegração e sobreintegração que, de certa forma, constituem-se em formas parciais de exclusão, na perspectiva do autor[73].

Com efeito, centrado no sistema do direito (e nos problemas da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente/ ou inexistência de cidadania), Neves defende que nas relações de subintegrados generaliza-se a falta de acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal. Portanto, os subcidadãos, que não se encontram inteiramente excluídos, carecem de condições reais para exercerem seus direitos (Direito opaco). Entretanto, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparato punitivo do Estado, ou seja, encontram-se dramaticamente submetidos às suas estruturas punitivas. A integração no sistema jurídico, não raro, dá-se sob a nomenclatura de devedores, indiciados, réus, condenados[74]: a efetivação dos direitos fundamentais restringe-se à atuação nos aparatos punitivos do Estado. Por outro lado, as relações de sobreintegração se ligam aos grupos privilegiados, que – não raro – estão amparados na

71. NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 105-208.

72. Ibidem, p. 108-109.

73. Conforme NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248 e ss. Nesse particular, refere Neves a p. 248, que não se trata de relações alopátricas de exclusão entre grupos humanos no espaço social.

74. Ibidem, p. 248-249.

burocracia estatal na busca de sua impunidade. É o espaço dos sobreintegrados – dos titulares de direitos, dos poderes e do capital social (visibilidade social) –, mas que não se submetem regularmente à atividade punitiva do Estado. De comum, ambas as relações levam à exclusão; essa abarca, portanto, as relações de subinclusão e de sobre exclusão[75].

Nesse particular, Neves entende que – na sociedade mundial supercomplexa – ninguém se encontra absolutamente subintegrado ou sobreintegrado, pois ditas posições já não são mais fixas como nas sociedades pré-modernas, mormente pelo fato de que a generalização de tais relações teria efeitos *alopoiéticos*, implodindo os acoplamentos estruturais, notadamente entre a política e o direito. Enfim, a diferenciação funcional e a autorreferência sistêmica – no seu entender – implicam a inclusão geral da população nos diversos subsistemas da sociedade. Assim, discorda de Luhmann, quando este entendia (no seu pensamento anterior) que a sociedade moderna (global) experimentou um completo processo social de diferenciação funcional, incluindo toda a população no âmbito dos sistemas funcionais. Para Neves, portanto, o problema da exclusão não restou superado, como ocorre nos países centrais, na modernidade periférica (que conta com os problemas da subintegração e/ou sobreintegração), em face da marginalidade social que impera na região. Daí o motivo, segundo Neves, de Luhmann ter revisado, a partir de sua crítica, a questão da inclusão nos países periféricos, teorizando o *metacódigo da inclusão/exclusão* para dar conta da questão, informando que é tal supercódigo quem mediatiza o acesso aos demais sistemas parciais que operam na sociedade. Por isso, Luhmann (ainda na lição de Neves), na sua obra tardia, distinguiu o setor da inclusão (no qual os homens contam como pessoas) de um setor da exclusão (em que, os homens, sem visibilidade social, são recepcionados como meros corpos)[76]. Na formulação de Neves, a subintegração e sobreintegração se constituem em um problema de insuficiente inclusão, não havendo falar em uma superintegração, como queria Luhmann, daqueles que possuem uma existência reduzida a corpos, que inviabiliza o exercício da cidadania[77].

Dito de outro modo – para Neves –, nas sociedades modernas já não cabe mais falar de exclusão social no sentido de que pudesse existir um isolamento total de

75. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 250.

76. Ibidem, p. 251-253.

77. Ibidem, p. 253-254.

comunicações entre grupos sociais da população, bem como de uma diferença entre *pessoas/corpos,* ou seja de uma exclusão radical que prive a pessoa de qualquer reconhecimento social, rompendo de forma absoluta a comunicação. O que há, portanto, para ele, é a generalização das relações de subintegração e sobreintegração, que se apresentam – faticamente – numa integração "por baixo", ou em uma integração "por cima", que, de comum, traduz-se na perda de efetividade da Constituição, muita relacionada com o desmonte ou superação do *welfare state,* com o consequente deslocamento da periferia (pobreza e exclusão) aos países centrais[78]. Com efeito, sob esse olhar, razão assiste a Neves quando anuncia que, com o desmonte do Estado de bem-estar no cenário global, a sociedade se encontra sob o império da *lex mercatória* e do mercado (do sistema econômico), motivo das formas de exclusão, presentes tipicamente nos países periféricos, propagarem-se à modernidade central, em uma espécie de exclusão primária, isto é, na forma de exclusões radicais e disseminadas[79]. No pensamento de Neves, a questão da inclusão nas sociedades modernas – destacadamente na modernidade periférica – apresenta-se, na atualidade, nas relações de sub ou sobreintegração. No polo sobreintegrado, as pessoas possuem direitos, mas não assumem os deveres impostos pelo sistema jurídico, gerando impunidade. Já no polo dos subintegrados, tem-se que esses – ao contrário – não dispõem do acesso efetivo ao sistema

78. Marcelo Neves ao tratar da sociedade mundial atual recorre ao esquema "centro/periferia" e, assim, trata-se de uma modernidade periférica. A divisão da modernidade em "centro e periferia é, primeiramente, uma questão econômica que encontra espaço no âmbito da discussão sobre as condições de surgimento do capitalismo. Mas ela tem implicações para todos os sistemas funcionais da sociedade. Não se deve, contudo, interpretar a distinção como se com ela a multiplicidade da sociedade mundial atrial fosse deixada de lado: a relação 'centro/periferia' reproduz-se entre os países periféricos e tanto no interior das 'nações periféricas' quando das 'nações centrais'. Os diferentes tipos dos contextos internos de interesses de classe e de dominação implicam formas distintas de integração dos países periféricos na sociedade mundial; além disso, as particularidades locais e regionais atuam como fatores do desenvolvimento; ademais, os diferentes sistemas funcionais encontram-se em níveis de desenvolvimento muito diferentes também no plano regional". NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 102-103. Portanto, com essas considerações, usa-se "centro/periferia", que se refere a uma divisão dicotômica e heterárquicas da sociedade, e assim introduzir o conceito de "modernidade periférica" como construção "típico-ideal".

79. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 397.

jurídico e a efetivação dos direitos fundamentais, senão que se submetem a uma intensa responsabilidade penal[80].

4. A corrupção sistêmica ou *alopoiese:* o bloqueio funcional dos sistemas sociais e a exclusão social

A diferenciação social da sociedade moderna requer que os sistemas e seus aparatos organizativos funcionem; sejam capazes de organizar a complexidade existente no seu entorno. Com efeito, somente com a autonomia funcional é que o sistema pode se estruturar para absorver a complexidade existente na sociedade[81]. Ora, é a autorreferência funcional que permite, numa hipótese, o subsistema do direito se diferenciar do subsistema da política (que delimita a legalidade dos fins e objetivos políticos do Estado), do sistema da economia (que se relaciona com oferta/escassez), enfim, dos demais sistemas parciais da sociedade, conferindo-lhe condições para operacionalizar, pela aplicação da Constituição e pela *instituição dos direitos fundamentais*[82] (entendidos como argumentos jurídicos no processo de comunicação), o acoplamento estrutural entre a política e o Direito. Dito de outro modo, pelo acoplamento estrutural o Direito programa a política, ou traz para o ambiente do sistema jurídico os fins políticos (direitos fundamentais e direitos humanos)[83].

Entretanto, no fundamental, um sistema, para cumprir suas funções e estar em condições de exercer interpenetrações, não pode ser invadido por outro, algo que poderia ocorrer quando o sistema jurídico passa a ser colonizado pela economia ou pela política, porque a perda de sua autonomia funcional – por dita invasão – implica a perda de sua própria legalidade. Com efeito, o acoplamento permite o diálogo entre os subsistemas sem que a autonomia destes seja vulnerada. Tal invasão ou colonização correspondente a um estado de *corrupção sistêmica*, que priva o sistema de sua autonomia e que pode estar relacionada com a produção da exclusão, na medida em que – por exemplo – redes de amizades (ou inimizades)

80. NEVES, op. cit., p. 198.

81. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Annhopos, 1998. p. 37 e ss.

82. Conforme LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución; aportación a la sociología politica.* Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2010. p. 99 e ss.

83. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 615-625.

informadas por interesses particulares e setoriais acabam por decidir sobre a inclusão e a exclusão. Ora, em muitas oportunidades, redes de favores mútuos, incapazes de formar instituições próprias, subvertem a ação de sistemas sociais e vai até outros serviços essenciais, favorecendo determinados segmentos; excluindo, por consequência outros[84]. O fenômeno – segundo Luhmann – ocorre, num exemplo seu, na *joint ventures* entre a política e criminalidade. A criminalidade, especialmente nos casos de corrupção política, com uma atenuação do princípio da legalidade, converte-se em um recurso aplicável a muitos fins, especialmente como "bilhete de entrada" a uma organização, a fim de se obter algumas lealdades[85]. Aqui é possível relacionar a corrupção do sistema político brasileiro pelo sistema econômico, que se constitui em uma moeda de troca para arregimentação de obras públicas, com a perda de consideráveis recursos públicos que deixam de ser investidos em políticas públicas indispensáveis à população, tais como saúde, educação, saneamento básico dentre outros serviços essenciais.

Nessa perspectiva, a corrupção do sistema político inviabiliza que o Estado – de forma generalizada – funcionalize suas organizações em prol de uma institucionalização plena da coisa pública, atendendo, enfim, às legítimas expectativas sociais. Ora, as instituições são, especialmente pelo patrimonialismo e sectarismo, utilizadas de forma corrompida, revelando-se incapazes de agir e influir no ambiente social. A *corrupção sistêmica* ocorre, portanto, quando o código primário e os critérios de um sistema se sobrepõem aos códigos de outros sistemas[86], bloqueando sua ação, destruindo sua autonomia, de modo a inviabilizar o exercício de suas funções. Com efeito, segundo Neves, a corrupção emergente das organizações, estruturas dos sistemas sociais que detêm a função de estruturar a complexidade, inviabiliza o *acoplamento estrutural* (troca de energias e informações) entre sistemas autônomos no plano da sociedade[87].

Sob essa ótica, considerando-se que a Constituição fecha o sistema jurídico, (estabelecendo princípios morais que programam a ação estatal, além de

84. No cenário brasileiro, ver FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: a formação do patronato político brasileiro. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1984.

85. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 186.

86. NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 202.

87. Ibidem, p. 202.

consagrar os direitos fundamentais e humanos da pessoa, permitindo o acoplamento estrutural com o sistema político), um sistema político eventualmente corrompido pelo sistema econômico e sua *lex mercatória,* terminando por esvaziar o projeto constitucional no âmbito político e fazendo imperar fundamentos puramente econômicos em detrimento dos direitos dos trabalhadores, do meio ambiente e do estado tributário. O mesmo sucede no sistema jurídico, o qual, sob influxos de uma restritiva "leitura econômica" neoliberal, pode dar às normas constitucionais uma interpretação pragmática, despindo-as de uma efetividade concreta e destruindo a autonomia do direito *e seus fins de proteção social*.

Oportuna, nesse particular, a lição de Luhmann ao enfatizar que o fechamento operativo do sistema é fundamental para a construção de sua autonomia e *autopoiesis* (possibilitando o aprendizado), sustentando que o sistema jurídico exposto – frequentemente – à intromissão de outros sistemas *simula legalidade,* operando em um verdadeiro *estado de corrupção*[88]. Em tal condição, o Direito, que deveria ser orientado somente pela comunicação jurídica do código *conforme ao direito/não conforme ao direito,* ainda que não renunciando à normatividade, é subordinado – oportunisticamente – pelas elites capazes de se impor, chegando-se a *situações-limite* nas quais o Direito *finge* atuar como sistema jurídico, quando – em verdade – é percebido como mero instrumento de poder, não suportando ou regulando as pressões.

Não se nega que a corrupção sistêmica – normalmente – é operativa e normal ao regular funcionamento do sistema; todavia, o problema que se impõe é quando ela se revela generalizada no sistema: quando for além do aspecto setorial, apresentando-se como uma *tendência à generalização* no sistema funcional atingido, colocando em xeque a tese da diferenciação funcional. Com efeito, em tal condição, a autonomia operativa do sistema se apresenta insatisfatória ou inadequada. De acordo com Neves, nesses casos, há fortes indícios de que dita corrupção sistêmica tem sua origem em alguma organização central do sistema, possuindo efeitos *desdiferantes* sobre o sistema da sociedade *(e toda ela)*, já não mais se podendo falar em *fechamento operativo* do sistema e autonomia[89]. Nessa perspectiva – e ainda na observação de Neves –, destaca-se que a América Latina é território em que corrupção

88. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005. p. 137.

89. NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203.

sistêmica não é meramente operativa ou circunstancial; ao contrário, tende à generalização, atingindo, portanto, em estruturas centrais das organizações e afetando a diferenciação funcional. Por conseguinte, nega-se o acesso de amplos setores da população aos subsistemas sociais, generalizando-se a exclusão. Com efeito, na região não existe o primado da diferenciação funcional, mas sim uma "rede difusa de boas relações" e uma estratificação hierárquica, condicionadas pelo sistema econômico, que é quem – enfim – estabelece as pautas de inclusão.

Dito de outro modo, a inclusão se dá via *patrimonialismo,* como benesses do Estado a *amigos* ou *apadrinhados políticos*; não como uma questão de efetivação de direitos fundamentais, degenerando-se, por fim, em relações de sobreinclusão e subinclusão nos sistemas funcionais. Em suma, na região, vale dizer, impera uma *exclusão primária* operacionalizada na aplicação do supercódigo inclusão/exclusão, na medida em que grande parte da população, premida por severas restrições econômicas (vivendo, portanto, bem abaixo da linha da pobreza), ainda não adquiriu o reconhecimento elementar como pessoa, não acedendo – pois – aos sistemas funcionais, *vivendo* numa condição de invisibilidade social.[90] Não é por outro motivo que Neves vaticina que a diferenciação funcional, como uma exigência da sociedade mundial, só se efetiva nos países centrais, não encontrando condições para sua realização na maioria das regiões do globo terrestre[91], principalmente pelo fato de o sistema econômico ser o sistema mais potente e, por isso, orientar o acesso aos demais.

Dita *corrupção sistêmica* guarda proximidades com o conceito de *alopoiese,* cunhado por Neves[92]. Trata-se de um fenômeno ligado ao próprio direito estatal delimitado territorialmente, que não se desenvolve em determinados âmbitos, ou seja, não se constrói efetivamente como um sistema autorreferencial capaz de orientar a sociedade. Assim, em condições de *alopoiese,* falta ao Direito a autonomia operacional, não resistindo à sopreposição de outros códigos comunicativos, notadamente do econômico (ter/não ter) e do poder político (poder/não poder), com o bloqueio generalizado dos componentes sistêmicos do sistema jurídico (ato/norma/procedimento/dogmática jurídica). Logo, a *alopoiese* ou a

90. Consultar HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Trad. Francesc J. Hernández e Benno Herzog. Madri: Trotta, 2011. p. 165 e ss. Também NEGRI, Antonio; COCCO, Giuseppe. *Glo(bal):* biopoder e luta em uma América Latina globalizada. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2005.

91. Ibidem, p. 205.

92. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 145-148.

perda da autonomia funcional do direito positivo estatal, especialmente no que concerne à *exploração do sistema jurídico pela política,* pode desembocar na *constitucionalização simbólica*[93]; portanto, no bloqueio do acoplamento estrutural entre a Constituição (política) e o direito. Ora, se a Constituição (entendida como a instância interna *máxima* do sistema jurídico: o direito constitucional) se apresenta como mecanismo de *interpenetração* e *interferência* com outro sistema social, no caso o político (que, no estabelecimento de seus programas estatais, deve atentar para a Constituição e ao seu sistema de direitos fundamentais e humanos), certamente que uma politização *desdiferenciante* do sistema jurídico inibe o programa da norma constitucional[94].

Nesse aspecto, eventual sobreposição do sistema político (poder/não poder), não conferindo às normas infraconstitucionais a devida relevância constitucional, mesmo com o uso retórico da Constituição, inviabiliza a efetiva aplicação do projeto constitucional. E, no mais grave, por vezes, o poder político sofre *injunções particularistas,* vindas, na maioria das vezes, da *lex mercatória* e de seu projeto neoliberal de supressão dos direitos fundamentais, destacadamente econômicos e sociais, o que torna o sistema político ineficiente para a tomada de decisões vinculativas e representativas de um consenso determinado[95]. Nesse contexto, o direito não consegue *imunizar-se* das pressões dos atores políticos. Tal fenômeno também ocorre – de forma mais intensa – nas injunções indevidas do sistema econômico e suas orientações mercadológicas (ter/não ter) em face do sistema jurídico e político, que não raro, consegue impor interesses econômicos particularistas de grupos econômicos imperialistas em detrimento dos interesses gerais da população[96].

---

93. O fenômeno da *constitucionalização simbólica* foi desenvolvido por Neves, que entende que a legislação simbólica, em apertada síntese, pode ser caracterizada como uma legislação ineficaz, porque lhe falta normatividade (isto é, não se revela apta para regular condutas) e vigência social (assegurar expectativas normativas), podendo ainda, apresentar-se como uma *legislação-álibi* (com efeitos político-ideológicos, descarregando o sistema político de pressões sociais concretas, servindo à exposição simbólica das instituições estatais, na busca de ganhos eleitorais. Ou, ainda, como fórmula de compromisso dilatório, postergando a solução de problemas sociais (o caso das normas constitucionais meramente pragmáticas). Consultar NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 5-54.
94. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 148-149.
95. Ibidem, p. 150-151.
96. Ibidem, p. 151-152.

Assim, sob influxos da corrupção sistêmica ou *alopoiese,* os sistemas sociais são feridos na sua autonomia diferenciada, redundando no bloqueio de suas operações funcionais. Nesse quadro – por exemplo – o sistema político se desprende de interesses coletivos e de uma programação social para atender interesses particulares. Também o sistema do Direito pode ser tentado a invadir o sistema político pelo *ativismo judiciário e/ou governo dos juízes* (extremo da inexorável *judicialização da política)*, terminando por inviabilizar a programação política da sociedade, consolidando aquilo que Neves denomina como *crise de juridificação*[97].

Com isso, a inclusão ou institucionalização constitucional do Estado de bem-estar (efetivação dos direitos humanos fundamentais, ou exigências das massas por maior acesso ou participação nas prestações dos diversos sistemas sociais), é insuficiente, já que o Poder Judiciário revela-se incapaz de atender às exigências de seus ambientes, motivo pelo qual os direitos fundamentais convertem-se em *privilégios* das minorias, enquanto que para a maior parte da população (massa de excluídos), valem apenas no plano retórico. De acordo com Neves, permanecem *quase apenas na retórica político-social dos "direitos humanos", tanto dos "ideólogos do sistema de dominação" quanto de seus críticos. A "inclusão" através do Estado de bem-estar, proclamado no diploma constitucional, é relevante apenas no discurso da realização das normas programáticas em um futuro remoto*[98]. Ainda nas palavras de Neves, a *politização particularista* da administração impede a concretização do projeto constitucional e dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade. Por isso, a corrupção e as fraudes eleitorais, até por responderem a influxos de outros sistemas, destacadamente dos mercados e seus interesses corporativos, colocam em questão a própria legitimação constitucional do sistema político[99], trazendo a interrogação de Friedrich Müller[100] acerca de onde se encontra o poder constituinte do povo.

Nesse olhar, o cenário brasileiro, devastado por uma corrupção endêmica (em tempo de operação *lava a jato),* é por *demais* exemplificativo para retratar

97. Conforme NEVES, p. 166-167. Nessa discussão, Neves destaca a crítica habermasiana à *colonização do mundo da vida,* que se dá quando os subsistemas econômico e da burocracia estatal invadem a esfera espontânea do "mundo da vida" da sociedade, com efeitos desintegradores.

98. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 161.

99. Ibidem, p. 159-160.

100. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.* Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

que a inclusão e o acesso aos sistemas sociais se dão pelo *apadrinhamento político*, pela *troca de favores e concessões* baseadas em amizade, interesses políticos e, também em trocas ilícitas[101] (por exemplo: a fraude em licitações). Portanto, os que se encontram fora de tal *rede de favores patrimonialistas* estão excluídos das ações prestacionais do Estado.

Efetivamente, na lente de Neves, a constitucionalização simbólica e a *alopoiese* do sistema jurídico constituem, primordialmente, um problema da *modernidade periférica,* além da própria sociedade mundial, diagnóstico que vem do fato de que a sociedade moderna está fortemente vinculada a uma intensa desigualdade econômica, que, significativamente, opera a divisão entre a *modernidade central e modernidade periférica;* aquela corresponde a modernidade dos países que conseguiram implementar o estado de bem-estar social e efetivaram os direitos fundamentais; esta ocorre em países periféricos que ainda não experimentam uma adequada diferenciação funcional, nem operaram uma *generalização institucional da cidadania*[102].Em tais regiões periféricas, como o Brasil e a América Latina, pela falta de autonomia dos sistemas sociais, enfraquece-se a inclusão (emergindo relações de *subintegração* e *sobreintegração),* e, consequentemente, aparecem os problemas da *marginalidade e exclusão* nos diversos subsistemas sociais. Segundo Neves, isso ocorre pelo fato de que, na *modernidade periférica*, falta autonomia operacional aos sistemas político e jurídico, os quais são bloqueados externamente por critérios de outros sistemas, notadamente o econômico. Por tal motivo, os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, do sufrágio universal com eleições livres, secretas e universais não são efetivados, porque sofrem inclusões indevidas de outros códigos[103].

Desse modo, uma vez que na modernidade periférica a dominação econômica apresenta-se de forma crua e com tendências generalizantes, o Estado de Direito não se legitima, havendo uma falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional. Lembrando-se, na prática do sobrecidadão, por um lado, as disposições constitucionais são utilizadas ou rejeitadas conforme determinados interesses políticos, legitimando o uso retórico das normas constitucionais; por outro lado, na vivência de *subcidadão,* marcadamente excludentes, a Constituição, apesar de ter uma condensação rígida de princípios, não se apresenta como

101. Segundo NEVES, op. cit., p. 161.

102. Ibidem, p. 170-171.

103. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 172-173.

estrutura constitutiva dos direitos fundamentais[104]. Na retórica do discurso político, a responsabilidade pelos problemas sociais e políticos pode ser atribuída ao *sobrecidadão*, passando-se a ideia de que somente podem ser solucionados por mudanças ou revisões da Carta Política, sendo ocultados os efetivos problemas que inviabilizam a concreção normativa do texto constitucional. E no mais grave, quando se fala nas relações do *subcidadão,* a Constituição é utilizada na *retórica legitimadora dos governantes,* não chegando até os *subgovernados,* os quais, contrariamente ao *sobreintegrados*, não possuem acesso aos direitos nem a remédios jurídicos, não obstante estejam submetidos rigidamente a responsabilidades penais. Para estes, a força normativa da Constituição não se apresenta como um horizonte plausível[105]; porque a lei não funciona como barreira da exclusão, senão que consagra compromissos materiais impostos por grupos dominantes aos dominados.

5. Conclusão: sobre o percurso dos atuais excessos do controle penal na modernidade periférica

A sociedade contemporânea ou moderna, exposta a uma incessante transformação do trabalho social, migrou de uma sociedade arcaica (pouco diferenciada e organizada em torno de famílias, tribos) para outro modelo, que se estruturou em classes sociais (sociedade estratificada). Entretanto, também dita sociedade dividida em classes *evoluiu*, pela diferenciação funcional, a uma sociedade complexa. Nela, as pessoas não mais se vinculam por parentesco ou estrato social; ao contrário, sob influxos da diferenciação funcional e da solidariedade orgânica, há uma subdivisão de subsistemas sociais, que possuem a função de tentar organizar a crescente complexidade que cerca a modernidade. A sociedade passa a ser *organizada* por diversos sistemas sociais autônomos e *autopoiéticos* (na concepção luhmanniana que se adota) – dentre outros, a ciência, a economia, a cultura, o Direito, a religião, o ensino, o amor – que possuem a função de reduzir a complexidade existente no ambiente. Sob tal orientação, a sociedade não dispõe de uma coordenação central (por isso é definida como sendo *acêntrica)*. O controle social e a regulação da vida em sociedade se efetivam pelas realizações e pelo acesso da população às prestações dos sistemas funcionais.

A vida individual e a realização humana dependem, pois, das condições que a sociedade proporciona às pessoas, isto é, das ações prestacionais dos sistemas

104. Ibidem, p. 174-175.

105. Ibidem, p. 175-198.

parciais, na medida em que a inclusão já não mais ocorre, de forma central, por um único sistema, tal como o político (que também depende da ação coordenada de outros sistemas, muito especialmente da economia), ou pelo direito (que também necessita do planejamento político e de recursos providos do sistema econômico e político). Dito resumidamente, as sociedades modernas, diferenciadas e complexas, não podem ser ordenadas hierarquicamente, porque se estruturam em torno de subsistemas comunicativos em vários contextos funcionais. A sociedade já não confere aos indivíduos um determinado *status social* de identidade, senão que os próprios indivíduos – dotados de autonomia e igualdade – é que devem buscar a sua inclusão não na sociedade, mas na dependência de oportunidades sociais. O que torna a questão problemática é que a exclusão da pessoa de determinado sistema parcial, como – por exemplo – na economia (numa situação de desemprego) ou na educação (impossibilidade de estudar, por ausência de recursos e/ou políticas públicas), fatalmente retira da pessoa a possibilidade de se incluir nos demais sistemas, isto é, despe-a de capital social.

Não se nega que, sob o *império* do Estado de Direito, supõem-se que todas as pessoas possam ascender a todos os subsistemas, isto é, ser sujeito de direitos, ter dinheiro para consumir no mercado, ter aptidão para participar da vida política, dispor de um eficaz sistema educacional (ao menos de uma formação básica), ter assistência médica, de poder formar livremente sua família. Isso corresponde à efetiva inclusão nos sistemas sociais[106]. De tal perspectiva partiu o pensamento luhmanniano na sua teorização sobre a inclusão; todavia, o momento atual reclama um aprofundamento teórico do lado externo da forma da inclusão, o lado negativo da exclusão, uma vez que já não se pode mais pensar que, mediante o rol de cidadão, todas as pessoas possuem amplo acesso aos sistemas da sociedade e suas ações prestacionais. Ora, *as condições de vida civilizada* não estão ao alcance da maioria da população, notadamente no Brasil, que convive com altas taxas de desemprego, com uma severa restrição orçamentária das políticas públicas. Propagam-se regiões impregnadas pela pobreza, miséria, marginalidade, enfim carecentes dos serviços básicos do estado, como saneamento, ensino, segurança, expostas, portanto, a toda sorte de violências.

Assim, não obstante a sociedade moderna seja informada pelo processo de diferenciação funcional e sistemas autopoiéticos, soa inegável que há regiões em

106. Ver GARCÍA BLANCO, José María. La exclusión social em la teoría social de Niklas Luhmann. *Século XXI – Revista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.

que a autonomia funcional dos sistemas não se efetivou, talvez pelos efeitos devastadores do sistema econômico (sistema dotado de maior potência na sociedade global!) e dos processos de globalização. Diante dessas constatações, Neves entende que a sociedade moderna se bifurca em modernidade central e modernidade periférica. Esta, a periferia, compõe-se de países que ainda se encontram na fase de industrialização, isto é, regiões que não implementaram o Estado de bem-estar social ou sequer o Estado legal, regiões em que não se efetivou a diferenciação funcional. Já na modernidade central (Europa Ocidental e América do Norte), topa-se com um regime de bem-estar e efetivação dos direitos fundamentais, além da consolidação do processo de industrialização. Entretanto, tal distinção entre centro e periferia não se apresenta, na sociedade global, de forma nítida, pois há sinais de que a Europa e os EUA não resistirão à hipertrofia do código econômico imposto pela globalização, na medida em que já não mais conseguem manter seu regime de bem-estar[107] Ora, há uma expansão *destrutiva* do sistema econômico (código, inegavelmente, mais forte) sobre o sistema político, sobre o sistema do Direito, da ciência, da saúde, da educação, culminando no verdadeiro desmonte do Estado social, podendo-se chegar a uma *periferização paradoxal do centro da sociedade mundial moderna*[108].

A consequência de tal processo de *periferização,* peculiar à modernidade periférica, é que se propague na sociedade mundial a exclusão *primária* (e não uma diferença branda entre *inclusão/exclusão*), que se relaciona à ampla exclusão de setores pobres e marginais da população mundial (retratada pelo caso dos *refugiados e imigrantes,* que se somam aos *fordexcluídos* nacionais: os desempregados ou consumidores falhos), os quais não possuem acesso mínimo aos sistemas funcionais.[109]. Assim, em um estado de uma radical *economização* da sociedade mundial, por um lado, opera-se uma exclusão primária sem precedentes, que relativizada a distinção *centro/periferia;* por outro lado, razão assiste a Neves quando ensina que, embora a diferenciação funcional se apresente como um imperativo da sociedade mundial irradiada da modernidade central, tal fenômeno não ocorreu adequadamente na América Latina e no Brasil. Pelo menos não sem graves restrições, principalmente pela exclusão generalizada. Logo, a diferenciação funcional é referência da modernidade central, a qual não encontra

107. Interrogações de NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 192-193.

108. Ibidem, p. 196.

109. Ibidem, p. 198.

condições sociais para sua realização na maioria das regiões do globo terrestre, não se podendo mais insistir no primado da diferenciação funcional da sociedade mundial[110].

A tese da diferenciação funcional (ou autonomia operativa dos sistemas parciais) como exigência da modernidade central não se sucede – como dito – na modernidade periférica (Brasil e América Latina, dentre outras regiões), pois em tal continente há uma *corrupção sistêmica* generalizada, enfrentando os efeitos destrutivos da supremacia do código econômico, verdadeiro soberano privado que, sob influxos de uma globalização econômica, desmontou o Estado de bem-estar e suas políticas inclusivas, esvaziando o programa constitucional[111]. Efetivamente, a região, além de padecer sob o efeito da *economização* da sociedade mundial, enfrenta uma condição peculiar: *a corrupção sistêmica* bloqueia a autonomia e a funcionalidade dos sistemas sociais, afetando, portanto, a necessária diferenciação funcional. Detecta-se uma ineficácia das organizações, que são corrompidas e ampliam o processo de exclusão social. Sob tal estado, a cidadania é exercida na condição *estrita* de *dependência* do Estado; em termos patrimonialistas[112], mais na busca de concessão de favores, benesses, que na efetivação de direitos de forma igualitária.

Sob os influxos da corrupção sistêmica e consequente falta de autonomia dos sistemas funcionais, o Estado, quando implementa suas políticas públicas, age sob a égide do código da amizade, do poder, dentre outros, não seguindo orientação política ou prescrições normativas. Não é por acaso que, na região, as eleições são cercadas por arroubos populistas e dominadas pelos sistemas corporativos dos mercados e interesses particulares, perdendo a sua vinculação com o povo e os interesses coletivos. Dito de outro modo, na lição de Luhmann, partilhada por Neves, parece que a diferenciação funcional, no nível da sociedade mundial (com o dinamismo da economia, da ciência e dos meios de comunicação de

110. NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 204-205.

111. Ver TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados estatais. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-126.

112. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

massas), não pode se realizar em regiões tais como a América Latina de forma integral global e regional, principalmente pela exclusão primária que ocorre no âmbito do código inclusão/exclusão. No caso do Brasil, a inclusão se dá – positivamente – por uma rede de favores, gratidões, relações corruptas à moda do clientelismo, e – negativamente – mediante a exclusão em amplos setores marginalizados[113], os quais não possuem acesso aos sistemas sociais, sofrendo uma persistente exclusão primária pela falta de trabalho, pela falta de alimentação e educação de qualidade, pela falta de segurança, enfim, pela negação do reconhecimento elementar[114] ou reificação[115].

No limite, na região, a corrupção sistêmica (e a *alopoiese,* especificamente no sistema do direito) se sobrepõe à diferenciação funcional[116]. Com efeito, com a corrupção permanente das organizações, a ordem social começa a funcionar parasitariamente, gerando seu próprio sistema de inclusão/exclusão, capaz de privar pessoas e coletivos do acesso aos sistemas funcionais[117]. A capacidade de influir e de atuar na sociedade já não procede da própria sociedade, pois depende da posição que a pessoa ocupa e de seu *poder* de acessar os sistemas parciais. As organizações funcionam como centros de distribuição de posições; é a rede de amizades ou de influências que – em última análise – decide sobre da inclusão/exclusão[118]. Nesse cenário, a força imunizadora da institucionalização da igualdade dos direitos de cidadania, a qual depende de fatores sociais externos

113. SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

114. NEVES, Marcelo. La constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. Doxa, Cadernos de Filosofia del Derecho, [S.l.], 37, p. 184-185, 2014.

115. HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio em la teoría del reconoscimiento*. Buenos Aires: Karz, 2007. Também, do mesmo autor, HONNETH, Axel. *Patologías de la razón:* historia y actualidad de la teoría crítica. Buenos Aires: Katz, 2009.

116. NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 205.

117. LUHMANN, Niklas. *Complexidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.* Trad. Josetxo Berian e de José María García Blando. Madrid: Trotta, 1998. p. 180. Sob esse olhar, cumpre notar, especialmente no caso do Brasil, que a corrupção política operada pelo sistema econômico e seus imperativos mercadológicos, termina por suprimir recursos indispensáveis às políticas públicas de educação, saneamento, infraestrutura, saúde médica, gerando, como isso, uma exclusão primária.

118. Ibidem, p. 184-188.

como uma abrangente inclusão, torna-se débil contra a atuação de forças políticas ilegítimas. Com efeito, sob domínio de mecanismos de desdiferenciação funcional das diversas esferas sociais, influenciados por uma exclusão primária, a Constituição não se apresenta efetiva no cenário normativo[119]. Não se efetivam os direitos fundamentais, fortificando-se o significado dos favores e do clientelismo, espaço em que não se estrutura a esfera pública dos interesses sociais, com uma dada a tendência de *privatização do Estado*[120].

Com a falta de autonomia dos sistemas parciais, ou com seu agir parasitário, não há possibilidade de se garantir a inclusão, ou seja, de se implementar a semântica dos direitos humanos[121]. Ora, se mediante a institucionalização dos direitos humanos fundamentais a Constituição se aparelha para enfrentar a supercomplexidade que cerca a sociedade, permitindo a comunicação entre diversos níveis diferenciados, obviamente que uma *politização* pode implicar uma *desdiferenciação* do sistema jurídico. Assim, a Constituição corre o risco de se identificar com grupos totalitários, que, ao desprezarem a pluralidade e a contingência, ferem direitos fundamentais. No Brasil, a nova tentativa de criminalizar o aborto decorrente de estupro (denominado aborto *humanitário* ou *sentimental*), movida pela pressão da *bancada religiosa* é um exemplo eloquente disso, consagrando-se uma exclusão incompatível com a efetivação dos direitos fundamentais.[122]. Por outro lado, as injunções políticas operacionalizadas diretamente no sistema do direito ferem de morte sua autonomia. Sob esse aspecto, a orientação que muitos juízes assumem nas suas decisões, conferindo ao direito e não à política e seu sistema educacional como seria correto, a função de moralizar a sociedade, com o estabelecimento de um outro padrão ético, de "lutar contra a corrupção", que são louváveis, consistem em exemplos eloquentes de corrupção sistêmica, porque tais objetivos devem ser implementado pelo sistema do ensino. Por outro lado, a escolha do juiz Sérgio Moro, ícone da operação Lava Jato, pelo atual presidente da república e seu "pacote de medidas de combate à criminalidade" também contextualiza a situação. Em suma, pensa-se que de tais considerações, sobressai a relevância do estudo da teoria dos sistemas à ciência

119. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 78-79.

120. Conforme NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

121. Segundo LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedade*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 499-500.

122. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 74-75 e p. 174-197.

criminal no afã de se preservar a própria autonomia do direito e de seu valioso sistema de garantias como a instância reflexiva do direito.

Por último, não é por acaso – portanto – que na sociedade periférica, os marginalizados são super incluídos *superincluídos* no sistema penal, em uma espécie de exortação de responsabilidades. É mais um caso – e dramático, pela dor e sofrimento que causa – de corrupção sistêmica ou *alopoiesis* do direito. Ora, o sistema jurídico é funcionalizado para dar conta de verdadeiros problemas sociais que permanecem em uma zona invisível, que vão desde a ausência de serviços públicos essenciais de saneamento básico até o que se refere a planejamento urbanístico das cidades e edificação de moradias, educação, lazer e cultura; a ausência desses pode contribuir para a eclosão da violência e criminalidade. Nesse particular, as favelas brasileiras constituem o melhor exemplo da *alopoiesis* do direito penal, porque o Estado, que se isenta de tais responsabilidades sociais *transferidas* aos criminosos, endurece a resposta penal (caso da *guerra* ao tráfico de drogas), *incluindo* as pessoas no âmbito do direito sancionatório, para ao depois, voltar a excluí-las, de forma radical, pela segregação e/ou neutralização[123] da punição, com destaque para a privação de liberdade. Tempos de expansão do controle penal ou atuarismo criminológico, em que o crime deixa de ser visto como um desvio e o criminoso se apresenta como uma fonte de perigo, uma *classe perigosa*[124].

Enfim, vale-se do controle penal, de forma populista, para compensar a total insegurança que decorre da exclusão – que *favorece a liberação* os instintos primitivos e violentos do homem (a animalidade dos corpos) – para enfrentar a explosão de violência e crise de civilidade que ronda a periferia, forjando um mínimo Estado legal-policial (veja-se o caso da intervenção das forças armadas no Rio de Janeiro), para lutar contra o *Estado paralelo* ou *direito da rua* (leis do tráfico, por exemplo), especializando-se, assim, no endurecimento da resposta penal aos pobres. Por tal motivo é que proliferam leis de exceção, que primam por suspender a Constituição e seu sistema de garantias[125], o que culmina por consolidar o pensamento do punitivismo, convertendo o direito em ato de pura força *sem lei*. Daí o acerto de Luhmann quando ensina que – no âmbito da exclusão – os homens não mais são notados como pessoas, senão como meros *corpos,* perdendo

123. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente:* exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

124. Ver, por todos, WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

125. Na lição de AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13 e ss.

a sua visibilidade social[126-127], operacionalizada com a perda da comunicação[128]. Com tal exclusão e não cumprimento das legítimas expectativas sociais, liberam-se a violência física e os instintos primitivos, enfim, a violência[129]. Com efeito, quando se topa com grupos coletivos que não dispõem de qualquer visibilidade social[130] e, por isso não contam nas ações oficiais das organizações por não possuírem influência, pode-se dizer que se tratam de não pessoas[131]; meros corpos, ou *vida nua, um homo sacer,* na lição de Agamben[132].

Em síntese, na esteira de Luhmann, pode-se predicar a urgência da interpelação sobre a exclusão na modernidade submetendo a crítica dita *inclusão excludente,* ou seja, a exortação dos deveres e das responsabilidades que o aparato punitivo tem imposto aos *subcidadãos,* ainda não totalmente excluídos, submetendo-os – de forma radical – às estruturas punitivas do Estado[133]. Ora, a classe excluída somente é integrada, de forma negativa, ao sistema do direito, como suspeitos, indiciados ou réus, na medida em que somente adquirem visibilidade pelo sistema penal[134-135]. Legitima-se, desse modo, a *supressão* da pessoa, conso-

126. Na lição de NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248.

127. CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade', Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-166.

128. LUHMANN, Niklas. *Complexidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Beriain e de José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 193-194.

129. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 501.

130. HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Trad. Francesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011. p. 127-145.

131. Conforme DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia.* Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

132. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 89-94.

133. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248-249.

134. Na lição de GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 181 e ss.

135. Também importa leitura de SIMON, Jonathan. *Governar através del delito.* Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

lidando, segundo Neves, a *animalização do outro* como um indigno de ação e de integração, um *inimigo* que merece ser combatido[136-137].

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad., Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro et at. Barcelona: Paidós, 2006.

BECK, Ulrich. *O que é globalização:* equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo:* el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires-Montevideo: IBDEF, 2006. v. 1-2.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-166.

DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). *Indentidades comunitarias y democracia.* Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: a formação do patronato político brasileiro. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens:* a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCÍA BLANCO, José María. La exclusión social em la teoría social de Niklas Luhmann. Século XXI. R*evista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.

136. NEVES, Marcelo. La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. *Doxa. Cadernos de filosofia del derecho*, [S.l.], n. 37, p. 163-192, 2014.

137. Os contornos atuais acerca do excepcional Direito Penal do inimigo são dados por CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo:* el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires-Montevideo: IBDEF, 2006. v. 1-2.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HABERMAS, Jüergen. *O discurso filosófico da modernidade.* Trad. Ana Maria Bernardo *et al.* 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2000.

HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). *La posmodernidad.* Barcelona: Kairós, 1983.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade I. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna.* 18. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Trad. Francesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. *Patologías de la razón:* historia y actualidad de la teoría crítica. Buenos Aires: Katz, 2009.

HONNETH, Axel. *Reificación*: un estudio em la teoría del reconoscimiento. Buenos Aires: Karz, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos.* Trad. Mauro Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. Também, do mesmo autor, *A inovação destruidora:* ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da poli contexturalidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad:* de la unidad a la diferencia. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. Inclusão/exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Trad. Javier Nafarrate Torres, México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución; aportación a la sociología politica. Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Trad. Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014.

LUHMANN, Niklas. Teoría politica en el estado de bienestar. Madrid: Alianza, 2007.

LUMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

NEGRI, Antonio; COCCO, Giuseppe. *Glo(bal):* biopoder e luta em uma América Latina globalizada. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 105-208.

NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 199-208.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. *Doxa*, Cadernos de filosofia del derecho, [S.l.], n. 37, p. 163-192, 2014.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SIMON, Jonathan. *Governar através del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 51-73.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados estatais. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-126.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

TICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e a teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 219-248.

WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente:* exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a Alopoiesis do direito penal, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 95/239-252 (DTR\2012\2739); e
- A sobrecriminalização ou a tendência de governar pelo crime e a produção de castigos injustos: os excessos do Pharmakon no direito penal da modernidade, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 150/449-480 (DTR\2018\22453).

O estupro na conjugalidade: ditos femininos escondidos

Marital rape: hidden women's speaches

Mariana Fernandes Távora

Mestre em Família e Gênero pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Promotora de Justiça e Coordenadora dos Núcleos de Direitos Humanos (MPDFT).
ORCID: (https://orcid.org/0000-0002-0299-7604)
marianafernandestavora@gmail.com

Bruno Amaral Machado

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas do Uniceub. Doutor em Direito (especialidade Sociologia Jurídico-penal pela Universidade de Barcelona). Pós-doutorado em Sociologia (UnB – Jonh Jay). Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal (Uniceub). Promotor de Justiça (MPDFT).
ORCID: (http://orcid.org/0000-0002-7425-7066)
brunoamachado@hotmail.com

Recebido em: 29.09.2018
Aprovado em: 29.04.2019
Última versão dos autores: 10.06.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Este artigo apresenta estudo exploratório, cuja pergunta de partida é: como o gênero afeta ou produz as narrativas de estupro conjugal das mulheres do Distrito Federal que acessam o sistema de justiça para denunciar a violência doméstica? Os autores, para responderem à questão, utilizaram o gênero como categoria decolonial e fizeram um exame histórico do controle da sexualidade feminina. Em seguida, recorreram ao terreno, por meio de abordagem qualitativa. Combinaram a análise de relatórios de acolhimento individual de mulheres em situação de violência doméstica, produzidos por equipes psicossociais do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios com o inquérito

Abstract: This article explores the following question: how does gender affect or produce the marital rape narratives of women in the Federal District, Brazil, that have recourse to the justice system in order to report domestic violence? The authors, in order to approach the question, considered gender as a decolonial category, and conducted a study of the historical control of female sexuality. Using a qualitative approach, they then proceeded to ground research. The analysis of individual initial reports of women in situations of domestic violence, carried out by psychosocial teams from the Office of the Public Prosecutor of the Federal District and Territories, was combined with the results of questionnaires completed by

por questionário aplicado aos profissionais que elaboraram esses relatórios. Os achados sugerem que o estupro conjugal é uma violência que permanece invisível, sob controle social poderoso e que obsta seu desvelamento pelas mulheres.

Palavras-chave: Estupro conjugal – Invisibilidade – Violência doméstica.

those who carried out these reports. The results point to marital rape as a violence that remains invisible and under powerful social control, preventing its exposure by women.

Keywords: Marital rape – Invisibility – Domestic violence.

Sumário: Introdução. 1. Gênero e raça: matrizes de leituras decoloniais. 2. Controle dos corpos femininos na intimidade: um controle social e histórico que se projeta nas leis brasileiras. 3. O estupro na conjugalidade: uma violência doméstica baseada no gênero e suas dimensões jurídicas e sociais. 4. O estupro conjugal no Distrito Federal: metodologia da pesquisa. 5. Discussão dos dados . 6. Considerações finais. Referências.

Introdução[1]

"Cultura de estupro" foi o título do evento realizado no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), no ano de 2017[2], no qual uma das palestrantes discorreu sobre o tratamento jurídico conferido aos crimes contra a liberdade sexual nas legislações brasileiras, desde o Brasil Império. O relato descrevia peculiar forma de cobertura legal à disponibilidade dos corpos e dos sujeitos femininos e convidava o auditório a pensar as funções manifestas e ocultas do direito. O estupro no espaço das relações de intimidade afetiva não apareceu naquela narrativa, mas foi o lugar onde a pesquisa nos encontrou. A fala nos interpelou, despertando-nos o desejo de compreendermos como se dá esse processo em que corpos e sujeitos femininos são transformados em objeto no perímetro simbólico das relações íntimo-afetivas. Haveria uma intersecção entre cultura, história e direito, a gerar, por exemplo, tão poucos processos criminais nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Distrito Federal por estupros no âmbito da conjugalidade? Ou simplesmente essas práticas não ocorreriam no Distrito Federal e exatamente por isso não existiriam "dados oficiais"? Essa última indagação foi logo confrontada pelos escassos estudos no campo, sugerindo-se a existência de cifra oculta, conforme detalharemos em seguida.

1. Agradecemos os comentários de Camilla de Magalhães Gomes e de Thaís Quezado Magalhães.

2. As informações podem ser consultadas no sítio eletrônico do MPDFT. Disponível em: [http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2017/9092-mes-da-mulher-mpdft-debate-cultura-do-estupro].

Guiados por esse propósito, realizamos pesquisa exploratória nas bases de dados científicas, *Google Acadêmico* e *b-on*[3], a partir das palavras estupro, conjugalidade e relações afetivas, em português e em inglês. No Brasil, identificamos apenas um estudo (DANTAS-BERGER, GIFFIN, 2005). Em Portugal, encontramos dissertação de mestrado (CARDOSO, 2016). Porém, foram os Estados Unidos da América que nos forneceram maior número de estudos sobre o tema (BERMAN, 2004; BENNICE, RESICK, 2003; MAHONEY, WILLIAMS, 1998; RANDALL, VENKATESH, 2015).

Randall e Venkatesh (2015) mencionam que o estupro praticado por parceiro íntimo tem recebido pouca atenção nas pesquisas científicas, nos esforços para reformas legais e na *advocacy* dos direitos humanos. Alertam que mais da metade dos países não criminalizou explicitamente essa espécie de violência sexual, como por exemplo, a República Checa e o Japão. Berman (2004), reportando-se à pesquisa realizada no ano de 1996 por Bergen, indica que apenas 17% dos centros de crise de estupro americanos indagam às vítimas acerca de estupro praticado por um parceiro. Para a autora, uma vez que se presumiu durante muito tempo que o casamento conferia ao marido acesso sexual ilimitado à sua esposa, há mitos legais e culturais que obscurecem o estupro marital como violência, o que, de acordo com Mahoney e Williams (1998), tem impacto nas próprias vítimas, que tendem a não compreender a agressão sexual vivida em contexto de intimidade como estupro. No entanto, os autores estimam, a partir de estudos realizados nos Estados Unidos da América, que entre uma em dez e uma em sete mulheres sofrerão estupro pelo marido. Berman (2004) argumenta que entre um terço e metade de mulheres agredidas já foram vítimas dessa espécie de violência sexual ao menos uma vez. Os achados no campo sugerem que estamos diante de um fenômeno oculto e, exatamente por isso, pouco discutido, e que contribui para o arcaico controle social da mulher (BERMAN, 2004; BENNICE, RESICK, 2003; CARDOSO, 2016; DANTAS-BERGER, GIFFIN, 2005; MAHONEY, WILLIAMS, 1998; RANDALL, VENKATESH, 2015).

A partir dessa hipótese inicial, formulamos a seguinte pergunta: como o gênero afeta ou produz as narrativas de estupro conjugal das mulheres do Distrito Federal que acessam o sistema de justiça para denunciar a violência doméstica? Essa é a questão que nos conduz e que acreditamos que possa nos levar à invisibilidade do estupro conjugal também para as mulheres (CAMPOS et al., 2017), considerando a "força da cultura na produção dos significados de gênero" (AMÂNCIO, 2003, p. 706).

3. Biblioteca do conhecimento *on-line*. Disponível em: [https://www.b-on.pt/].

Dois foram os objetivos estabelecidos para responder à pergunta proposta: (i) o resgate do cenário de invisibilidade do estupro conjugal na história e os seus reflexos no campo legal e social; e (ii) a realização de pesquisa de natureza exploratória, cuja abordagem foi qualitativa e que recorreu a procedimento documental, consistente na análise de documentos jurídicos, no bojo do qual pudessem ser encontrados relatos de estupro conjugal (MARCONI, LAKATOS, 2003; QUIVY, VAN CAMPENHOUDT, 2017). Traçado esse caminho, selecionamos o gênero como categoria de análise decolonial (GOMES, 2018b; PEREIRA, 2015; SEGATO, 2012), o que nos sugeriu que as razões históricas da invisibilidade do estupro conjugal estão atreladas ao controle da sexualidade da mulher como forma de perpetuação do poder masculino (BADINTER, 1986). Procuramos resgatar a condição da sexualidade da mulher no âmbito da colonização brasileira e dos seus reflexos na legislação (CAMPOS et al., 2017). Em seguida, apresentamos como o paradigma da violência doméstica com base no gênero foi manejado para o enquadramento conceitual do estupro na conjugalidade, sob as dimensões jurídicas e sociológicas. Ao final, procuramos evidenciar que as alterações legislativas brasileiras ocorridas entre 2005 e 2009 e que viabilizaram a criminalização do estupro dentro da conjugalidade (CAMPOS et al., 2017) ainda convivem com a invisibilidade social dessa espécie de violência.

A partir desse campo teórico, partimos para o terreno, e em uma primeira etapa, selecionamos dados documentais (QUIVY, VAN CAMPENHOUDT, 2017), consistentes em nove relatórios de acolhimento de mulheres em situação de violência doméstica, produzidos entre os anos de 2014 a 2017, pelo Setor Psicossocial do MPDFT, órgão com a função de subsidiar a atuação dos promotores de justiça e procuradores de justiça desse Ministério Público. Em seguida, partimos para uma observação direta intensiva com o objetivo de confrontar os dados documentais encontrados com a realidade e, dessa forma, usamos o inquérito por questionário pouco estruturado (CARMO, FERREIRA, 2008; MARCONI, LAKATOS, 2003; QUIVY, VAN CAMPENHOUDT, 2017), aplicado a duas profissionais responsáveis pela elaboração dos relatórios resultantes do acolhimento das mulheres em situação de violência doméstica.

Por meio da análise dos referidos documentos e questionários, buscamos identificar se o estupro praticado no âmbito da conjugalidade permanece aprisionado pela ordem de gênero, condicionando ou limitando o discurso das mulheres vítimas da violência.

Por fim, é preciso delimitar uma questão terminológica. Ao longo do texto, as expressões estupro marital e estupro conjugal serão usadas como sinônimas porquanto, na literatura, apareçam associadas ao estupro praticado no âmbito da conjugalidade.

1. Gênero e raça: matrizes de leituras decoloniais

O conceito de gênero surge no discurso das ciências médicas, no ano de 1968, na obra *Sex and Gender*, de Robert Stolle, que trouxe um marcador entre o sexo, de conotação biológica, e o gênero, domínio da cultura ou de uma produção de origem sociológica (AMÂNCIO, 2003). Nos anos de 1970, esse termo foi apropriado pelas ciências sociais, notadamente em razão das mobilizações feministas, que questionaram o discurso de naturalidade da divisão dos papéis sexuais e procuraram evidenciar como as distinções entre o feminino e o masculino eram operadas no âmbito social (AMÂNCIO, 2003; DIAS, 2015, PISCITELLI, 2009).

As questões de gênero foram exploradas pelos feminismos a partir das existentes teorias sociológicas, dentro de uma perspectiva crítica que levasse em conta a experiência humana do ponto de vista das mulheres (DIAS, 2015). Scott (1989) identifica, nessa apropriação, uma forma de manter o feminismo ao largo da política, "pretensamente escandalosa", para, assim, conferir-lhe legitimidade. Autora de um texto icônico para os feminismos contemporâneos (AMÂNCIO, 2003; GOMES, 2018b), Scott propõe o uso do gênero não como conceito, mas como categoria de análise, única com força para interrogar e transformar os paradigmas históricos existentes. A proposta de Scott assenta-se na interpelação da oposição binária entre masculino e feminino a partir da história e da desconstrução dos termos da diferença sexual.

Scott rejeita as proposições feministas anteriores, que buscaram compreender o gênero a partir de diferentes perspectivas, quais sejam, a diferença, a desigualdade, a opressão e a opressão estrutural (DIAS, 2015)[4]. No âmbito deste artigo, não há espaço para desenvolver essas abordagens, mas é suficiente lembrar que em distintas correntes, especificamente nos feminismos assentados na opressão de gênero, o conceito de patriarcado, extraído da antropologia, foi utilizado como categoria para problematizar o sistema de dominação-exploração das mulheres pelos homens (CONNELL, PEARSE, 2015; SAFFIOTI, 2015). Ainda que haja diferenças na apropriação do termo por cada corrente teórica feminista, boa parte da literatura tem criticado o seu uso por tratar, de maneira universal, formas de poder que se alteraram em diferentes períodos históricos e lugares (DIAS, 2015; PISCITELLI, 2009, SCOTT, 1989).

Machado (2000, p. 3-6) reputa que o conceito de gênero não teria vindo para substituir o de patriarcado, tampouco se tratam de opostos, uma vez que encerram

4. A autora agrupa as teorias feministas a partir das diferenças de gênero, desigualdade de gênero, opressão de gênero e opressão estrutural.

dimensões distintas. A autora explica que o patriarcado se constitui num tipo ideal weberiano, cuja aplicação pode ocorrer em diversos momentos históricos com o propósito de identificar modos de organização social no qual há sistemas de opressão de poder. Adverte que o gênero é conceito inserido no campo das transformações sociais, *locus* de potência para a vivência da diversidade, "sem um *a priori* e com toda a flexibilidade para analisar" as mais diversas sociedades e culturas na sua historicidade. Pondera que se trata de categoria que surgiu como alternativa aos conceitos de condições sociais da diferença sexual, de relações sociais de sexo e de relações entre homens e mulheres, a fim de romper com a naturalização das diferenças sexuais. Assim, para a referida autora, é possível pensar em um patriarcado contemporâneo, mas que, se utilizado como categoria de análise, pode empobrecer "os sentidos contraditórios das transformações".

Gomes (2018b) aponta dois riscos na assunção de posições que incorporam a noção de patriarcado/dominação. O primeiro está ligado à aceitação de que a narrativa colonial é a única via que explica as formas de relações, invisibililizando-se outras maneiras de fazer e ter ou não gênero. O segundo se assenta no caráter amplo e estrutural da dominação, que só poderia ser combatido por intervenções externas, em uma lógica quase salvacionista (GOMES, 2018b). Segato (2012) pondera que o problema da dominação patriarcal e da dominação de gênero é que elas buscam transmitir uma bandeira universal, trazida pelos avanços da modernidade, no campo dos direitos para todos os povos, como se o mundo pré-intrusão também estivesse organizado da maneira binária, separando homens e mulheres, esferas pública e privada. A autora relata experiências comunitárias pré-intrusão que faziam circular decisões políticas entre o público e o privado, em um esquema muito menos dicotômico do que nossa maneira atual de organizar o mundo.

Neste artigo não focalizaremos um modo de organização social, mas buscaremos captar percepções de uma realidade social. Assim, distanciamo-nos, ao menos no campo da interpretação, da categoria patriarcado, embora reconheçamos a sua potência por denunciar a persistência de uma dominação masculina na contemporaneidade, e que, no caso brasileiro, parece ainda, não raramente, inscrito na esfera amorosa (MACHADO, 2000). Reputamos que a categoria gênero nos confere maior acesso à questão das diferenças, permitindo identificar o poder de agência das mulheres, bem como as relações assimétricas entre mulheres e entre homens quando envolvidas questões de classe e etnia, ao passo em que abre caminho para discussões sobre o reposicionamento dos sujeitos e revisão de práticas violentas (CAMPOS, 2013;CONNELL, MESSERCHIMDT, 2013; GONÇALVES, 2017). Sugerimos uma leitura do gênero como categoria de análise (SCOTT, 1989) em produção conjunta com a raça, conceito fundamental dos estudos decoloniais (GOMES, 2018b).

A compreensão do gênero como categoria de análise pressupõe, conforme proposta de Scott (1989), a articulação de duas proposições, quais sejam, o gênero como elemento constitutivo das relações baseado nas diferenças percebidas entre os sexos e o gênero como forma primeira de significar as relações de poder. É bem verdade que a primeira proposição rendeu inúmeras críticas a Scott, pois remetia a uma dicotomia sexo/gênero que, alerta Gomes (2018b), não mais se sustenta após os textos publicados pela autora entre 2008 e 2014, nos quais se evidenciou o seu intento: a compreensão do gênero como "desestabilizador de conceitos como mulher, homem, sexo e mesmo corpo", todos, simultaneamente, social, corporal e historicamente inscritos (GOMES, 2018b, p. 68).

Esse gênero desestabilizador parece estar articulado com o conceito proposto por Connell e Pearse (2015), que o tratam como estrutura em si e não como efeito de outra realidade, que, no entanto, tem que ser pensado em termos de contexto, quando interage com outras dinâmicas da vida social, arena produtiva de transformação. Connell e Pearse (2015), por exemplo, alertam que, na América Latina, o gênero não fica encerrado em uma dicotomia, pois o sistema de gênero envolve relações, por exemplo, mulher-mulher, como as que passam pela relação de trabalho doméstico e as que envolvem ciclos de vida. Ainda que encontremos raízes muito antigas nos mitos sobre os sexos, o estudo sobre os processos de construção da diferença entre sexos, tanto históricos, como sociais, tem demonstrado que há outras ordens nas quais as particularidades da categoria feminina, ainda que na distância que a coloca em confronto com o universal como referência, encontra maneiras especialmente eficientes de legitimidade (AMÂNCIO, 2003). Esse poder de agência não pode ser encoberto pelo véu da colonialidade e merece ser considerado como des(construtor) do gênero.

Lembramos que a colonialidade, de acordo com Quijano (2018, p. 73-75), é uma estrutura padrão de poder que impõe uma "classificação racial/étnica da população do mundo", como por exemplo a que está presente no eurocentrismo e remete à ideia de que há uma população do mundo que se diferencia "em inferiores e superiores, irracionais e racionais, primitivos e civilizados, tradicionais e modernos". Um conceito que deriva mas é diverso do colonialismo, em cuja base há uma estrutura de dominação-exploração, dentro de uma jurisdição territorial, na qual uma população determinada exerce o controle de autoridade política, meios de produção, trabalho e domina a população de diferente identidade.

Nessa matriz de leitura do gênero, justifica-se a inserção do signo raça como meio de examinar o que a "colonialidade do gênero apagou, destruiu ou invisibilizou" e de que maneira as modernas noções de gênero que buscamos discutir e combater são construções que utilizam, de forma articulada, a raça e o gênero para completar a oposição entre humanos e não humanos (GOMES, 2018b, p. 77). Os

processos de atribuição de humanidade se movem pela linguagem e se instalam nos corpos por meio de uma "matriz de inteligibilidade cis-hetereconforme e colonial" (GOMES, 2018a, p. 344). Aos corpos fora dessa ordem, resta o esquecimento, a invisibilidade e, ao fim, uma linguagem que não lhes confere humanidade.

Como pesquisadores do sul global, devemos considerar que a construção do humano na colonialidade e na pós-colonialidade silenciou-se em relação às mulheres, aos negros e aos corpos *queer* (PEREIRA, 2015). Embora a modernidade possa sugerir progressiva garantias de direitos e cidadania, o tempo do gênero é lento e parece, muitas vezes, retroceder ao regime de proteção e manutenção de um *status* masculino (SEGATO, 1999). Este estudo, que pretende acessar a vivência do estupro na conjugalidade por mulheres que buscaram o sistema de justiça, só pode partir de uma interpretação que introduza o corpo na teoria, pois só assim é possível perscrutar os corpos alijados do lugar de humanos, ou seja, é viável identificar "os essencialismos e as abstrações universalizantes que reduzem e violentam as tantas corporalidades em nome de padrões normativos e coloniais de gênero e raça" (GOMES, 2018a, p. 345)[5].

2. Controle dos corpos femininos na intimidade: um controle social e histórico que se projeta nas leis brasileiras

A filósofa e historiadora Elisabeth Badinter (1986, p. 95), ao analisar as relações entre homens e mulheres, enfatiza o "controle da sexualidade feminina" como peça fundante da sociedade patriarcal, cuja marca é o poder dominante do pai. A autora nos alerta que o casamento, em cuja origem estaria uma troca entre homens, por meio de mulheres, foi o grande instrumento dessa dominação, com a apropriação do ventre feminino para "a proteção da herança do homem".

Segato (1999) pondera que o acesso sexual à mulher em uma lógica patrimonial foi o contrato que instituiu a sociedade, sendo o estupro a lei de interdição ao incesto e não o assassinato do pai, razão pela qual a experiência do estupro pode ser compreendida pelas evidências históricas e etnográficas como quase universal. Para a autora, na modernidade, esse acesso passou a ser regulado por um

5. A autora utiliza a expressão hermenêutica constitucional de raça e de gênero, com o propósito de introduzir o corpo na teoria e, assim, permitir que o humano entre no jurídico, como forma de tornar visíveis sujeitos apagados pelas questões de gênero e da colonialidade. Neste artigo, apropriamo-nos dessa ideia, embora não estejamos tratando de interpretação constitucional, porque nos parece interessante alastrar esse campo de interpretação para o campo infraconstitucional.

contrato no qual a mulher gozaria das mesmas leis. A partir da década de 1960, a desconstrução do *status* associado ao gênero aparece na agenda feminista. No entanto, o processo de modernização abrupta, com ruptura de laços comunitários, retardou a reflexão sobre o sistema de *status* que rege o gênero, impedindo, por exemplo, a apropriação do corpo feminino como um ato criminoso (SEGATO, 1999). E o estupro, na modernidade, passou a encarnar a metáfora do ato disciplinador e vingador do *status* masculino esgarçado pelo contrato da igualdade de género (SEGATO, 2003). No Brasil, esse regime de *status* próprio da estrutura hierárquica do gênero remonta à colonização. Del Priore (2012, p. 240) argumenta que o processo de colonização se constituiu em uma "cruzada espiritual", cujo objetivo era regulamentar o cotidiano das pessoas pela orientação ética, pela catequese e pela educação espiritual. A autora (2012, p. 240) explica que o campo para o exercício desse poder patriarcal era o da organização familiar e do controle da sexualidade, profundamente utilizados pela igreja católica, que explorou as relações de dominação e conseguiu introjetá-las no âmbito da família, "condenando a esposa a ser uma escrava doméstica exemplarmente obediente e submissa, cuja existência justificava-se para 'cuidar da casa, cozinhar, lavar a roupa e servir ao chefe da família com seu sexo". No Brasil Colônia, só o homem tinha direito ao desejo sexual e às esposas cabiam a submissão e a virtude, jamais podendo ocupar o lugar de amante de seu marido. Nasce aí a noção de *debitum* conjugal, que se torna lei social e consagrou o dever da mulher em praticar sexo com o marido quando requisitada, sob pena de incorrer em pecado (DEL PRIORE, 2012, p. 391).

A prática de docilizar os corpos femininos para as práticas sexuais foi intensificada pelo regime escravocrata, com a sua lógica desumanizadora dos corpos negros, destinados à prestação de bens e serviços, notadamente os sexuais, conforme nos chama a atenção Gonzales (1984). A autora nos recorda da impossibilidade do amor na senzala, no que se interditou o desejo e ficou aberta a estrada para o livre acesso aos corpos negros femininos. Ventura (2018) nos relembra que, durante a escravatura americana, o estupro de uma mulher negra não era concebido como crime e, após a abolição, se o caso envolvesse um homem branco a lei era ignorada.

A ordem religiosa de condenação do desejo, na qual se instaurou a obrigação da mulher em manter relações sexuais com o marido, refletiu-se na legislação criminal brasileira, cujo espaço foi destinado tão-somente à criminalização de estupros fora das relações conjugais. Campos et al. (2017, p. 992) destacam que do Código Penal imperial brasileiro até a promulgação da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha, a tipificação da violência sexual no Brasil "manteve inquestionável o estupro cometido pelo marido contra a mulher, porque esta continuava propriedade daquele". Vejamos como, durante quase dois

séculos, a legislação brasileira deixou o estupro na conjugalidade ao largo da proteção penal, em uma espécie de objetificação do sujeito feminino "esposa".

No Código Penal imperial[6], o estupro, enquadrado no título dos crimes contra a segurança da honra, contemplava tanto o defloramento de menor virgem quanto a relação sexual violenta com mulher honesta. No caso do defloramento, o casamento excluía a punição mesmo se a vítima e o autor tivessem laços de parentesco. A punição só cabia se o parentesco impedisse o casamento. Práticas diversas da cópula carnal ou a sedução de mulher virgem tinham a punibilidade extinta pelo casamento (CAMPOS et al., 2017; MONTENEGRO, 2015).

Na Primeira República brasileira[7], o estupro, além de crime contra a honra, ultimava também a proteção dos seguintes bens jurídicos: honestidade das famílias e ultraje público ao pudor. Foram definidos o atentado violento ao pudor, o defloramento e o estupro. A existência do estupro estava mais ligada à honestidade da ofendida do que à virgindade. No defloramento ou no estupro de mulher honesta, o ofensor tinha que indenizar a família da ofendida, em uma indicação do caráter patrimonial do crime e da objetificação da mulher (CAMPOS et al., 2017). O estupro foi emoldurado como abuso da mulher, virgem ou não, por meio de violência que consistisse em emprego de força física e de meios que impedissem a mulher de resistir e de se defender. Foi mantido o casamento como causa de extinção da punibilidade (CAMPOS et al., 2017).

No ano de 1916, ano em que sobrevém o Código Civil[8], institui-se a possibilidade de anulação do casamento acaso o marido descobrisse que a mulher já havia sido deflorada. Um indicativo a mais da mulher como objeto, situação em que era associada a coisa com defeito (CAMPOS et al., 2017).

A reforma penal de 1940 pouco alterou a condição das mulheres relativamente aos crimes sexuais, uma vez que os manteve dentro do título "Dos crimes contra os costumes", no capítulo de delitos contra a liberdade sexual[9]. Redefiniu-se o estupro

6. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm]. Acesso em: 24.09.2018.
7. Decreto 847, de 11 de outubro de 1889. Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm]. Acesso em: 24.09.2018
8. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm]. Acesso em: 24.09.2018.
9. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm]. Acesso em: 24.09.2018.

como conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça, o atentado violento ao pudor foi mantido e introduziu-se a posse sexual mediante fraude da mulher honesta. Afastou-se a condição de mulher honesta do crime de estupro, que restou conservada no atentado violento ao pudor e na posse sexual mediante fraude. O estupro de mulher pública ou prostituta foi abolido, embora essa distinção tenha se prolongado na jurisprudência (CAMPOS et al., 2017; MONTENEGRO, 2015).

Somente em 2005 foram banidos do Código Penal a expressão mulher honesta, o crime de sedução e o casamento como causas extintivas de punibilidade.[10] Em 2009, o estupro ganha *status* de tipo alargado[11], ou seja, ato que engloba conjunção carnal ou qualquer outro tipo de ato libidinoso contra a vontade da vítima – tanto mulheres quanto homens. Naquele mesmo ano, alterou-se o título dos crimes contra a liberdade sexual, que passou a ser chamado "Dos crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual", sendo também criado o delito de estupro de vulnerável[12-13].

A lei brasileira, ao manter até 2009 a noção de crimes contra os costumes e não contra as pessoas, prolongou a noção pré-moderna de que o estupro é uma agressão que coloca em risco os direitos e as prerrogativas do pai e do marido e que, assim, desprotege o controle da herança e da continuidade da linhagem. Evidencia, de forma contundente, o quão vagaroso é o tempo do gênero, um "cristal quase inerte de suas estruturas" (SEGATO, 1999, p. 7).

No ano de 2006, a Lei Maria da Penha[14] trouxe uma ruptura de paradigma, à medida que alinha a violência na intimidade contra mulheres a um problema público

10. Lei 11.106, de 28 de março de 2005. Altera o Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm]. Acesso em: 24.09.2018.
11. No art. 213 do Código Penal, define-se estupro: "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos".
12. No art. 217-A do Código Penal, define-se estupro de vulnerável: "Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos."
13. Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição e revoga a Lei 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm]. Acesso em: 24.09.2018.
14. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da

e não mais a uma questão individual, tratando-a como grave violação de direitos humanos. Em 2005, o casamento é retirado do *locus* legitimador de violência sexual e, em 2006, a violência doméstica contra a mulher é colocada no paradigma legal, quando se abre a primeira porta para a visibilidade do estupro conjugal.

3. O estupro na conjugalidade: uma violência doméstica baseada no gênero e suas dimensões jurídicas e sociais

O uso da expressão "violência doméstica" apareceu nos anos de 1970, por meio do movimento feminista, para dar visibilidade ao fenômeno da violência na esfera familiar (TAVARES, 2011) e, inicialmente, assentou-se no problema das "mulheres batidas" (KARMEN, 2004, p. 233). O conceito desse tipo de violência se alargou para contemplar a violência contra outros membros da família, como crianças e idosos, daí porque se passou a falar em violência familiar (TAVARES, 2011). Para além desses membros da família, foram redefinidas outras vítimas, como, por exemplo, homens, bem como agressões em relações que não as heterossexuais. Outras espécies de abuso doméstico ganharam espaço nas pesquisas, como os de cariz sexual. Atualmente, adverte Karmen (2004) que a violência doméstica se refere a um grande grupo, no qual se incluem crianças, pais, idosos, irmãos, parentes que habitem no mesmo local, parceiros íntimos que vivem ou não em conjugalidade e ex-parceiros.

Bandeira (2014) destaca que, na sociologia clássica, os primeiros estudos sobre violência voltaram-se para o controle social e o papel do Estado e que, apenas com a emergência do movimento feminista, as ciências sociais passaram a olhar para as violências interpessoais marcadas pela assimetria de poder entre homens e mulheres. Na década de 1980, a correlação entre violência e gênero começou a ser estudada como categoria sociológica, cuja configuração usual passou a ser violência contra a mulher e se caracterizou como a questão central do movimento feminista brasileiro.

Embora apresentem diversos significados, a depender de suas implicações empíricas e teóricas, Bandeira (2014), Saffioti (2015) e Ventura, Ferreira e Magalhães (2013) chamam a atenção para o uso como sinônimo dos termos violência

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm]. Acesso em: 24.09.2018.

doméstica, violência conjugal, violência familiar e violência de gênero. Karmen (2004, p. 233) alerta, contudo, que "a escolha de uma definição pode fazer o escopo do problema parecer muito maior ou muito menor". Para Bandeira (2014, p. 451), quando se faz o uso da categoria violência de gênero, quer-se dizer que se está a tratar de ações violentas produzidas em "contextos e espaços relacionais e, portanto, interpessoais, que têm cenários societais e históricos não uniformes". A autora reputa que existe uma profunda correlação entre as duas violências, a de gênero e a contra as mulheres, em razão dos assimétricos capitais históricos e sociais das mulheres.

Costa (2017, p. 46) explica que a violência contra as mulheres é uma das expressões da violência de gênero. Na mesma linha proposta por Costa (2017), Bloom (2008, p. 14) concebe a violência baseada no gênero como "termo geral manejado para significar a violência que ocorre como resultado das expectativas normativas de papel social associadas a cada gênero, com as relações desiguais de poder entre gênero, no contexto de uma sociedade específica". Bloom (2008) explica que a violência contra mulheres e meninas constitui parte da violência baseada no gênero, que pode também vitimar meninos, trazendo, como exemplo, a discriminação por orientação sexual. Cabe ainda pensar na violência de gênero para além da dicotomia homem/mulher, para não correrrmos o risco de cairmos no binarismo reducionista que os feminismos pós-modernos visam a combater (DIAS, 2015). Logo, ela também alcança os corpos dissidentes, que constroem "uma gramática de gênero e sexualidade que se afasta da heterossexualidade compulsória, reinventando a biologia" (PEREIRA, 2015, p. 426).

Não se deve, no entanto, perder de vista, como afirma Bandeira (2014), que a violência de gênero que nasce na intimidade amorosa é uma forma de manter o controle sobre os corpos, a sexualidade e a mente feminina, mantendo a hierarquia entre homens e mulheres. As violências físicas e sexuais, ancoradas na violência simbólica[15], seriam instrumentos de disseminação da ordem patriarcal, e estariam potencializadas em uma relação de gênero na intimidade, pois, no espaço fechado e íntimo, as categorias de conhecimento do mundo estão mais ligadas ao emocional do que ao cognitivo (ALMEIDA, 2007; BANDEIRA, 2014).

Para Bandeira (2017, p. 29) o estupro conjugal é a situação mais emblemática da violência de gênero contra a mulher eis que "praticado em nome do amor", coloca a satisfação

15. Lembramos que a violência simbólica, de acordo com Segato (2003), é a argamassa de todas as demais violências, e se revela na irrupção de uma fantasia, que é o retorno ao momento anterior ao contrato da igualdade da modernidade, onde a lei do *status* masculino prevalecia.

> "do agressor em detrimento do outro – a agredida". Há uma situação de exclusão, precariedade e marginalização que decorre de controle do parceiro sobre a parceira durante o sexo, de cobrança de que ela seja disponível, numa relação de quase escravidão, cujo argumento gira em torno de: 'se você me ama você faz… me obedece'."

Randall e Venkatesh (2015) explicam, em estudo que dialoga com a escrita de Bandeira, que o estupro marital, bem como o que ocorre em outras formas de relacionamentos íntimos, é uma forma de violência doméstica e um problema social mundial, constituindo-se em grave violação de direitos humanos. A partir do marco proposto, é necessário que se compreenda o estupro na conjugalidade como violência doméstica de natureza sexual baseada no gênero. No Brasil, sob o ponto de vista legal, a partir das diretrizes trazidas pela Lei Maria da Penha, em especial em seus arts. 5º e 7º[16], é possível enquadrar o estupro na conjugalidade como espécie de violência sexual, no âmbito doméstico, em cuja base estaria uma violência de gênero. A referida lei trouxe definição de violência sexual, cujo conceito abrange não só presenciar, manter e participar de relação sexual não desejada, por meio de intimidação, ameaça, coação ou força, como também outras

16. No art. 5º da Lei Maria da Penha, define-se violência doméstica e familiar: "Art. 5º Para os efeitos desta lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

    I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

    II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

    III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação

    Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.".

    Já o art. 7º da referida Lei define as formas de violência doméstica e familiar: "Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...] III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...]".

condutas como, por exemplo, a que impeça o uso de métodos contraceptivos ou que force o casamento.

A criminalização de condutas relacionadas com a violência sexual encontra-se no Código Penal e em legislações esparsas. A definição de estupro, consoante já assinalado no Capítulo 2, consta do Código Penal brasileiro, em seu art. 213 e tem o seguinte teor: constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Logo, juridicamente, a conjugação da Lei Maria da Penha com o Código Penal permite definir o estupro como uma das modalidades de violência sexual na qual estaria a prática por um autor de uma conjunção carnal e de um ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça contra uma mulher.

Conquanto essa definição legal seja inovadora ao alargar o conceito de estupro para além da conjunção carnal, nota-se que restou mantida a necessidade de que o constrangimento seja obtido por violência ou grave ameaça, o que, de fato, acaba por deixar ao largo da proteção legal outras tantas formas de se levar uma mulher à prática sexual forçada, ou seja, sem consentimento. Como bem realçam Campos et al. (2017, p. 994):

> "[...] o constrangimento de um ego (geralmente masculino) contra um alguém conhecido tomado como um alvo; objeto sexual (geralmente mulher) não necessariamente é praticado com violência física que produza lesão, nem mesmo com o que, na cultura jurídica, tende a ser o sentido mais comum dado à ameaça grave: o uso de uma arma."

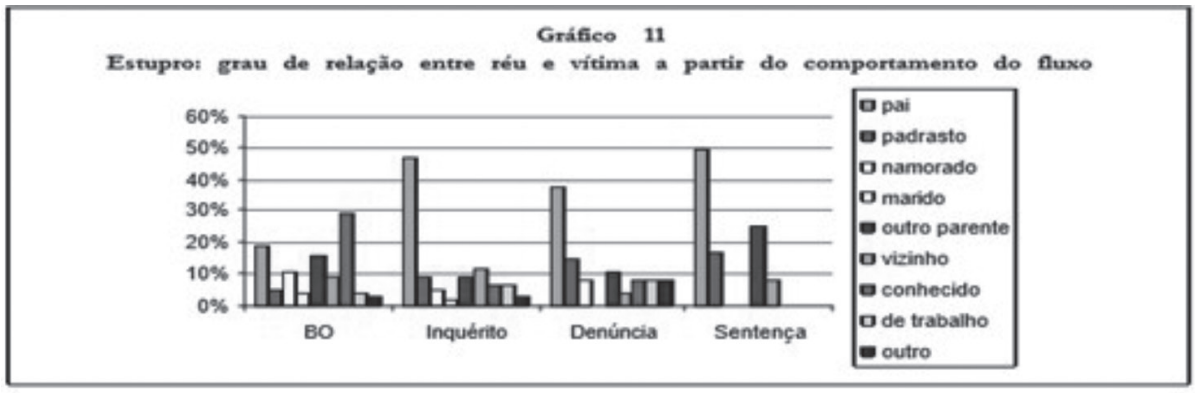
Constrangimento, portanto, é conceito intimamente ligado ao de consentimento. A propósito, Mahoney e Williams (1998) denunciam que, nos Estados Unidos da América, existem também problemas na definição do estupro na conjugalidade, agravados por poucos estudos na área. Os autores chamam a atenção para a necessidade de que o conceito de força leve em consideração o contexto do relacionamento íntimo, uma vez que pesquisas focadas nas experiências de mulheres agredidas indicam que a coerção demanda a inclusão de atos temporalmente distantes ou coerções decorrentes de histórico de violência.

Essa dificuldade relaciona-se ao fato de, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos da América, até 1980, o estupro estar relacionado ao sexo praticado por pessoa com direitos sobre a mulher (CAMPOS et al., 2017). Estudos no campo da vitimologia (KARMEN, 2004, p. 249) sugerem a dificuldade no discernimento entre estupro e *lovemaking*, uma vez que o ideário social, difundido nas práticas jurídicas, é a de um ofensor sexual desconhecido, fortemente armado e que surge na escuridão para atacar uma vítima virtuosa, jovem ou muito idosa, sem experiência

e que deve resistir. No sistema de justiça, explica Andrade (2005), é muito mais fácil etiquetar como estupro aquele ato ocorrido na rua do que aquele praticado por um chefe de família, que não corresponde ao estereótipo de estuprador. Parece mesmo, como bem acentua Ventura (2015, p. 86), que o manejo pela justiça criminal do consentimento feminino nos crimes sexuais "serve sempre ao mesmo fim: o do reforço da autoridade masculina numa sociedade de princípios patriarcais".

No entanto, contrariamente ao senso comum e ao "discurso jurídico penal e criminológico oficial", sabe-se que a violência sexual contra mulheres não parte de uma minoria patológica, mas que, ao revés, são atos recorrentes e praticados, sim, na rua, por estranhos, mas majoritariamente nas relações de parentesco (ANDRADE, 2005). De acordo com estudo realizado no Brasil por Cerqueira e Coelho (2014, p. 9), 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, a sugerir que o espaço doméstico ainda não é um lugar protetivo. O referido estudo indica que a probabilidade de alguém ser vítima de estupro recorrente está associada à relação de dominação do agressor com a vítima. Se o agressor é familiar, essa chance é 3,47 vezes maior do que se ele for apenas conhecido.

Mas se os estudos de vitimação avançam e nos permitem problematizar o *locus* preferencial para as violências sexuais, eles ainda se mostram silentes sobre o estupro no âmbito da conjugalidade. A propósito, o gráfico a seguir, extraído de pesquisa realizada por Vargas (1999), entre os anos de 1993 e 1994, sobre a administração da justiça em crimes sexuais no Brasil, evidencia a inexistência de ações penais e condenações pela prática de crimes de cunho sexual no contexto da conjugalidade.



Fonte: VARGAS, 1999.

Caro leitor, para melhor leitura da imagem recomendamos o acesso através do QR Code ao lado.

Outra pesquisa, realizada entre os anos de 1996 e 1997, cujo objeto de estudo foi o exame de processos judiciais e acórdãos de estupro no Brasil, a partir de uma perspectiva sociojurídica de gênero, conquanto tenha identificado que em 70% dos casos os acusados de estupro e suas vítimas se conheciam anteriormente, não trouxe dentro desse percentual situações onde autor e vítima à época do crime mantinham vínculo de conjugalidade (PIMENTEL, SCHRITZMEYER, PANDJIARJIAN, 1998).

Andrade (2005, p. 96) chama a atenção para o fato de que os estupros no espaço doméstico estão muito mais relacionados a uma situação de violência do que à satisfação sexual ou à paixão sexual, o que os enquadraria em termos etiológicos como "ato sexual a serviços de necessidades não sexuais."Aliás, a correlação entre estupro e sexo é objeto de discussão pelos feminismos nas últimas décadas. Se, nos anos 1970, o estupro estava associado a um ato de poder masculino e não a uma conduta de caráter sexual, em uma tentativa de questionar as teorias psicanalíticas de que a mulher teria o desejo de ser subjugada sexualmente, nos anos 1980, há um rechace do olhar não sexualizado do estupro, que passa a ser compreendido como uma manifestação sexual de poder e domínio (VENTURA, 2018). Já nos anos 1990, sob a influência da desconstrução e do pós-modernismo, o estupro começa a ser compreendido sob o viés da linguagem, sendo definido por decisões políticas que "excluem certas interpretações e perspectivas e privilegiam outras" (VENTURA, 2018, p. 54).

Ato sexual, poder ou linguagem, o estupro na conjugalidade tem, em sua base, uma "questão de reprodução, transmissão de propriedade e encenação de masculinidade" (VENTURA, 2018, p. 69) e, por isso, pode ser entendido, do ponto de vista social e histórico, como espécie de violência sexual invisibilizada por uma ordem, uma estrutura de gênero que naturaliza o acesso sexual do companheiro ao corpo de sua companheira sem o seu consentimento.

No estupro na conjugalidade, há um corpo historicizado, ou seja, que incorporou significados ao longo da história e que se faz concreto por meio de discursos que buscam não lhe reconhecer humanidade e, assim, a proteção jurídica (GOMES, 2018a). Sugerimos assim que, conquanto o estupro na conjugalidade seja passível de ser enquadrado como crime, no âmbito das práticas jurídicas ainda persiste a invisibilidade dessa espécie de violência doméstica. Cenário este que também alcança as vítimas, conforme expomos em seguida, a partir de pesquisa exploratória realizada por meio de recolha de dados documentais e de aplicação de um inquérito por questionário.

4. O estupro conjugal no Distrito Federal: metodologia da pesquisa

A partir do que foi discutido, admitimos a possibilidade jurídica de o estupro na conjugalidade ser enquadrado como crime no quadro jurídico brasileiro, embora não exista ainda um tipo legal específico desse tipo de violência sexual. A previsão legal, no entanto, não impactou as práticas judiciais, conforme realçamos linhas atrás. Estudos no campo vitimológico apontam, também, para a dificuldade de reconhecimento por parte da sociedade do estupro na conjugalidade como violência (KARMEN, 2004). Nesse cenário, partimos para o terreno, a fim de responder à questão que deu mote a este trabalho: como o gênero afeta ou produz as narrativas de estupro conjugal das mulheres do Distrito Federal que acessam o sistema de justiça para denunciar a violência doméstica? Para tanto, recorremos a uma pesquisa exploratória quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, e documental e de observação direta intensiva no que diz respeito ao procedimento técnico (MARCONI, LAKATOS, 2003). Documental porquanto na primeira etapa do terreno buscamos recolher dados documentais, particularmente jurídicos. De observação direta intensiva, uma vez que, na segunda etapa, com o objetivo de confrontar os dados documentais encontrados com a realidade, fizemos uso do inquérito por questionário pouco estruturado (CARMO, FERREIRA, 2008; MARCONI, LAKATOS, 2003; QUIVY, VAN CAMPENHOUDT, 2017).

A análise teve como material empírico nove relatórios de acolhimento individual de mulheres em situação de violência doméstica, produzidos entre os anos de 2014 a 2017, por setores de análise psicossocial que integram o Setor Psicossocial do MPDFT, órgão com a função de subsidiar a atuação dos promotores de justiça e procuradores de justiça do referido Ministério Público[17].

Esses relatórios estão relacionados a procedimentos criminais de Varas de Violência Doméstica e Familiar do Distrito Federal e foram produzidos a partir de requerimentos de promotores/as de justiça com atuação na área da violência doméstica contra a mulher. Quem os confeccionou foram psicólogos/psicólogas ou assistentes sociais integrantes da carreira do MPDFT, lotados/lotadas nos setores de análise psicossocial. Os referidos setores decorrem, nos últimos trezes anos, da atuação multi e/ou interdisciplinar de maneira institucionalizada no MPDFT, que, entre os anos 2011 e 2013, optou pela descentralização da Secretaria-Executiva Psicossocial. No período mencionado, dentro das Coordenadorias

17. As informações podem ser consultadas no sítio eletrônico do MPDFT. Disponível em: [http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/ceps].

das Promotorias de Justiça das Regiões Administrativas do Distrito Federal, foram criados os setores de análise psicossocial. Um dos objetivos da expansão dessas unidades consistiu na adequação de acolhimentos às mulheres em situação de violência doméstica às realidades locais, que, atualmente, são feitos ou de forma individualizada ou de maneira coletiva. Hoje, pode-se reconhecer que as equipes "já possuem formação e falam explicitamente sobre a preocupação de refletir sobre as relações de gênero como fundantes das violências contra mulheres", embora ainda não existam estudos que mapeiem as metodologias utilizadas (REIS, BRASIL, 2015, p. 349).

O acesso aos referidos documentos foi viabilizado por meio de contato com três profissionais das equipes psicossociais por meio de *e-mail*, no qual lhes foi explicado o conteúdo da pesquisa e foram solicitados os relatórios nos quais houvesse descrição de estupro conjugal, sem necessidade de que a narrativa fosse exclusiva dessa espécie de violência sexual. Foram enviados 13 relatórios, também via *e-mail*, produzidos entre os anos de 2014 a 2017, dos quais apenas nove foram selecionados. O critério de escolha foi o seguinte: relatórios nos quais era possível, seja pela leitura, seja pelo acesso ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), identificar qual o crime desencadeou a abertura de procedimento judicial. A justificativa dessa escolha se assentou no fato de que a denúncia formal de uma conduta violenta à polícia indica uma percepção de tal ato como violência.

Os relatórios consultados foram cópias veiculadas nas bases de arquivo do MPDFT, já que os originais integram os autos dos procedimentos criminais a que estão vinculados. Logo, os referidos relatórios são documentos públicos. O preceito constitucional da publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário, cujo reforço encontra-se na publicidade dos atos processuais prevista no Código de Processo Civil, pelo sigilo excepcional regulado pelo Código de Processo Penal e pela definição da Lei de Arquivos, tornam os processos judiciais documentos públicos.[18] De acordo com Vieira (2016), a regra da publicidade, com exceção da

18. O art. 93 da Constituição dispõe que: "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;". Já o art. 155 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que: "Art. 155. Os atos processuais são

classificação de informações sigilosas e de hipóteses legais de segredo, que não consta de nenhum dos relatórios consultados, é também princípio central da Lei de Acesso à Informação.[19]

Não obstante sejam documentos públicos, solicitou-se junto ao MPDFT autorização para que fossem utilizados para fins de pesquisa, que forneceu anuência à sua utilização, com os devidos resguardos éticos.

Após a seleção dos nove relatórios, procedeu-se à elaboração dos dados neles contidos e à sua classificação sistemática, utilizando-se a tabulação (MARCONI, LAKATOS, 2003). Segue abaixo tabela, nominada de tabela 1, construída a partir da leitura dos dados encontrados nos nove relatórios examinados, que utilizou as seguintes categorias: residência, renda, raça, ocupação profissional, estado civil à época do atendimento, tempo de relacionamento com o agressor, número de filhos, crime registrado na ocorrência policial e relato de violência sexual no atendimento. As informações que estão entre aspas na tabela indicam que houve transcrição literal do conteúdo do relatório consultado.

públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite". O Código de Processo Penal, em seu art. 20: "Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade." E a Lei de Arquivos, em seu art. 7º: "Art. 7º Os arquivos públicos são os conjuntos de documentos produzidos e recebidos, no exercício de suas atividades, por órgãos públicos de âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal em decorrência de suas funções administrativas, legislativas e judiciárias."

19. O art. 3º da Lei de Acesso à Informação dispõe que: "Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública."

	Caso 1. Maria	Caso 2. Joana	Caso 3. Márcia	Caso 4. Fabiana	Caso 5. Lúcia	Caso 6. Vera	Caso 7. Juliana	Caso 8. Ana	Caso 9. Valéria
Idade	48	19	16	61	48	28	38	24	58
Residência	Samambaia	Ceilândia	Samambaia	Santa Maria	Santa Maria	Pedregal	Taguatinga	Santa Maria	Santa Maria
Renda (R$)	780	960	450	0	965	2500	2000	900	400
Raça	Morena	Parda	Não foi respondido	O critério raça não foi utilizado	O critério raça não foi utilizado	O critério raça não foi utilizado	O critério raça não foi utilizado	O critério raça não foi utilizado	O critério raça não foi utilizado
Ocupação profissional	Serviços gerais	Operadora de caixa	Diarista	Doméstica	Aposentada por invalidez	Técnica de enfermagem	Contadora	Atendente de restaurante	Informal como cuidadora de crianças
Estado civil à época do atendimento	Separada do agressor há nove anos	Separada do agressor há dois meses do atendimento	Separada do agressor sem tempo especificado	Separada do agressor mas morando no mesmo local	Separada do agressor sem tempo especificado	Separada do autor após o registro da ocorrência policial	Separada de fato há 9 meses	Separada de fato desde o registro da ocorrência policial	Separada há 2 anos
Tempo de relacionamento com o agressor	21 anos	5 anos	Relato de coabitação sem tempo especificado	Não foi especificado	8 meses	8 anos	9 anos	2 anos	27 anos
Número de filhos	4	1	0	4	2	1	3	2	4
Crime registrado na ocorrência policial	Violência verbal consistente em xingamentos	Tentativa de estupro	Não consta expressamente. Consultado o *site* do TJDF: crime de menor potencial ofensivo	Violência patrimonial praticada pelo filho em comum com o agressor sexual	Ameaça e invasão de domicílio de acordo com consulta feita ao *site* do TJDF	Violência verbal (xingamento) e agressão física	Ameaça e violência verbal (xingamento)	Agressão fisica	Ameaça a ela e agressão física ao filho
Relato de violência sexual no atendimento	Relato genérico sem especificar como e quando	Sim. Ver*	Relato genérico de relação sexual sem consentimento e relatos atribuindo gravidade a ameaça de expulsão de casa e a "surras"	Sim, mas sem ser especificada, embora descreva em detalhes agressões físicas, como um empurrão de escada, que ocasionou fratura na perna	Sexo oral que machucou o clitóris e recusa de uso de camisinha	O autor a forçou a manter relações sexuais. Trouxe relato de que ele a ameaçou com arma de fogo	Mencionou tentativas do autor em manter relação sexual sem a sua vontade. Em outra ocasião, o autor a despiu e a agrediu, o que ela nomeou como tortura	O autor tentou manter relações sexuais à força mas não conseguiu em razão dela ter gritado	Relatou que o autor invadiu o quarto, chutou a porta e a constrangeu a realizar atividade sexual por meio de força física, especificando o mês e o ano

* "Disse que queria se manter virgem, mas fora muito pressionada" pelo ofensor "e tivera uma relação sexual forçada com ele cerca de 6 meses de namoro".

* Narrou outro episódio durante uma separação, quando foi acordada com o autor em cima dela, nu. Disse que se recusou a manter relação sexual mas "foi perdendo as forças". Conseguiu se soltar e entrar no banheiro, mas o autor conseguiu entrar e a relação sexual não consentida aconteceu.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Importante frisar que, com o fito de preservar as mulheres ouvidas pelo Setor Psicossocial, foram alterados os seus nomes. Com o propósito de manter o sigilo da identidade das mulheres, não foi especificada a data em que foram ouvidas no Setor Psicossocial, embora tais informações constassem dos relatórios consultados. Importante explicar que os relatórios foram nominados como casos e numerados de 1 a 9 de forma aleatória, ou seja, não foi estabelecido um critério para a numeração.

Para melhor compreensão do conteúdo dos mencionados relatos e aproximação da realidade estudada, optamos também pela escuta da perspectiva de profissionais que realizam acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica e que produzem relatórios derivados desse procedimento. Iniciamos nova etapa da pesquisa, em que recorremos à técnica do inquérito por questionário, aplicado via *e-mail*, com perguntas semiestruturadas, ou seja, com grau de diretividade menor, conferindo assim mais liberdade de resposta aos inquiridos (CARMO, FERREIRA, 2008). Nessa etapa da pesquisa, foram duas as informantes qualificadas selecionadas para entrevista, ambas servidoras do Setor Psicossocial do MPDFT. Os critérios de seleção seguem especificados: (i) profissionais que elaboraram os relatórios utilizados para fins de pesquisa; e (ii) experiência significativa no acolhimento e no atendimento individual a mulheres de violência contra as mulheres. São, portanto, "testemunhas privilegiadas" do objeto que se pretende conhecer, no caso, o estupro na conjugalidade no âmbito do Distrito Federal (QUIVY, VAN CAMPENHOUDT, 2017, p. 71). As pessoas inquiridas foram identificadas como profissional Y e profissional X e se recorreu ao uso das aspas quando mencionadas as respostas por elas dadas no texto.

A pesquisa, então, voltou-se para a amostra "convenientemente selecionada no universo (população) eleito", não sendo representativa, mas "com traços característicos numa proporção relativa ao total do universo" (MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 163). No próximo ítem, passaremos à interpretação e à discussão dos dados sistematizados na tabela acima, devidamente confrontados com as respostas obtidas nos questionários aplicados.

5. Discussão dos dados

Nesta fase de discussão de dados, procuramos utilizar das técnicas de análise categorial e da análise de expressão (QUIVY, VAN CAMPENHOUDT, 2017), em que pesem as limitações deste estudo, realizado com restrições que serão explicitadas em seguida.

Na categoria "crime registrado na ocorrência policial" em apenas 1 dos 9 casos o estupro conjugal foi o que motivou o registro criminal. Nos outros 8 casos, a entrada no sistema de justiça deu-se por outras violências que não a sexual, como a física (casos 6 e 9), a verbal (xingamentos e ameaças – casos 1, 5, 6, 7 e 9) e a patrimonial (casos 4 e 5). Contudo, na categoria "relato da violência sexual no atendimento", somente em 5 casos surge a narrativa de estupro conjugal (casos 3, 6, 7, 8 e 9), em que pese não nomeada como estupro e/ou violência, mas, sim, como relação sexual forçada ou constrangida. A não identificação do sexo forçado/constrangido como estupro ou violência parece ser uma narrativa recorrente nos atendimentos psicossociais, como explicam as informantes da pesquisa:

> "As mulheres parecem ter dificuldade de expressar os atos sexuais ocorridos a partir da expressão violência. (Profissional Y).
>
> As mulheres não verbalizam diretamente; elas descrevem as situações e demonstram descontentamento e tristeza. (Profissional X)."

Podemos cogitar, como ponderam Bennice e Resick (2003, p. 241), que a "existência de um estereótipo cultural de que o estupro marital não é um estupro real" leva as mulheres "a questionarem suas experiências pessoais", impedindo-as de compreenderem o estupro conjugal vivido como violência. Randall e Venkatesh (2015, p. 159), ao discutirem a questão da criminalização do estupro marital, mencionam a existência de pesquisa australiana na qual "a violência sexual só foi identificada por 12 por cento dos inquiridos" e só depois de pressionados sobre outras formas de violência doméstica.

No entanto, como em 5 dos 9 casos as mulheres relataram experiências de "relação sexual forçada" no bojo de um atendimento voltado para a violência doméstica, é viável também inferir a existência de um primeiro passo na desnaturalização do estupro conjugal. É provável que a possibilidade de falar sobre experiências do privado em espaços institucionais de cariz inter e/ou interdisciplinar contribua para borrar a lógica binária da modernidade, cuja estratégia de poder é retirar o político do privado (SEGATO, 2012). Pode-se pensar na existência de corpos e sujeitos que acabam por se movimentar em outro sentido, desapegando-se da lógica colonial (PEREIRA, 2015). Essa interpretação encontra ressonância nos achados advindos dos questionários aplicados, nos quais o acolhimento individual ou coletivo de mulheres apareceu como espaço de redefinição de representações sociais sobre a violência. Como pondera a profissional X, "a violação da dignidade sexual e dos direitos sexuais e reprodutivos parece ser reconhecida por elas somente após os atendimentos e as reflexões proporcionadas individual ou coletivamente". Y complementa também

que "durante o acolhimento é possível problematizar esses acontecimentos e muitas vezes as mulheres se espantam ao perceber que mesmo na relação sexual é possível acontecer".

Outro dado relevante é que, no caso 2, o único em que a violência sexual recebeu protagonismo da vítima, ou seja, foi a causa do registro criminal, houve na categoria "relato da violência sexual no atendimento" descrição de duas violências anteriores que poderiam ser enquadradas como estupros consumados, mas que não foram notificadas perante o sistema de justiça. Nesse particular, é possível que a variável reiteração possa exercer alguma influência no processo de saída do estupro conjugal do *locus* de débito conjugal para o campo da violência. De outro lado, a quebra do silêncio somente no terceiro episódio evidencia dificuldade da retirada da violência doméstica sexual do espaço privado (BANDEIRA, 2014), a revelar controle social poderoso, que funciona como um panóptico de Foucault (1995)[20], ou seja, uma vigilância introjetada nos corpos femininos, treinados para serem dóceis e obedientes ao marido (SAFFIOTI, 2015)[21]. Essa resistência no ato de publicizar o estupro na conjugalidade é descrita pela profissional X, que reputa que "a pressão social e familiar muitas vezes restringe as possibilidades de mudança dessa realidade".

No caso 4, salientamos que o relato de violência sexual praticada pelo ex-companheiro aparece quando do registro da ocorrência de violência patrimonial atribuída ao filho e sem qualquer descrição do tipo de agressão sexual experimentada. Chama à atenção que o caso 4, no âmbito da categoria "idade", corresponde a mulher mais velha da amostra, ou seja, com 61 anos. Nos demais casos, as idades ficam entre 16 e 58 anos de idade e os registros na polícia se deram por violência perpetrada pelo ex-companheiro. O caso 4 sugere que a idade pode favorecer crenças de que a experiência de estupro conjugal não seja uma violência, dificultando o seu desvelamento ao sistema de justiça. Por isso, não podemos pensar no estupro conjugal como experiência vivida de forma única sob o risco de incorrermos em uma análise que contemple a mulher como universal (GOMES, 2018b). Não há também como dissociar a idade e o capital histórico a ela inerente, que, no caso em comento, remete para uma mulher que viveu boa parte de sua juventude na ditadura brasileira, com severos impactos na publicização de violências. É uma história de vida, marcada pelo político, que se encena no

20. O autor utilizou a imagem do panóptico para se referir à vigilância que a arquitetura das prisões garante aos presos, mesmo com a existência de apenas um guarda.

21. A autora utiliza-se do esquema panóptico para se referir à vigilância exercida sobre as mulheres, os/as trabalhadores/as e as pessoas negras.

terreno do gênero (SCOTT, 1989). Produz-se, dessa forma, uma gramática de revelação que, para ser compreendida, precisa contemplar o sujeito e a sua história.

A categoria "estado civil à época do atendimento" revela que todas as mulheres quando ouvidas pelo profissional do Setor Psicossocial do MPDFT estavam separadas do autor da violência sexual, dado que pode ser entendido como uma dificuldade de revelação de um estupro conjugal quando ainda em curso uma relação afetiva. Lembramos que a colonialidade brasileira intensificou o abismo entre o público e o privado (SEGATO, 2012), confinando a mulher ao lugar doméstico, de não humano (GOMES, 2018b), que se constitui em uma barreira para reflexão da violência vivida como violenta. Machado (2001, p. 2) descreve que "sujeitos e corpos são controlados para repetir infinitamente a mesma rede e um mesmo formato de relações sociais que se quer", no que voltamos à nossa herança colonial de indissolubilidade do casamento, no qual o sistema de gênero pressupunha a reinscrição da mulher em um esquema de hierarquia e obediência (DEL PRIORE, 2012). Machado (2000) relembra que, em seus trabalhos de pesquisa no Distrito Federal com sujeitos envolvidos em violência doméstica, a construção da ideia do feminino na modernidade parece se afastar da noção de sujeito submetido, no plano da sociabilidade, mas na dimensão amorosa ainda tem espaço para contratos conjugais pouco negociados.

Em nenhum caso apareceu a expressão "estupro" ou o verbo "estuprar". Como já mencionado, em 5 dos 9 casos, foram utilizadas as expressões relação sexual forçada ou constrangida. Essa parece ser mesmo a gramática utilizada pelas mulheres em conformidade com o que nos expos uma dos profissionais inquiridas:

> "Estupro não me parece uma palavra comum para os relatos de violência sexual na conjugalidade. A palavra violência também parece pouco utilizada pelas mulheres. É mais comum relato de episódios concretos (como 'ele jogava pano na minha cara e dizia que eu era feia, eu não servia nem para aquilo'). A palavra estupro parece ser mais utilizada nas situações em que o agressor é desconhecido (Profissional Y)".

É bem verdade que a pesquisa apresenta um limitador, pois o relatório se apresenta formalmente como uma paráfrase dos relatos das vítimas. Por óbvio, seria recomendável recorrer a entrevistas em profundidade com as próprias mulheres, a fim de explorar com mais cuidado as suas representações acerca da violência sexual que experimentaram. Mas o fato de violências físicas, verbais e patrimoniais terem desencadeado registro criminal como já mencionado, sugere, também, que essas violências são mais encaradas como tal que o estupro na conjugalidade. Recordamos que somente uma situação levou a mulher à delegacia de polícia e, ainda

assim, somente na terceira violência sexual sofrida. Nesse ponto, a construção do erotismo ocidental, profundamente marcada pela passividade feminina e pela agressividade masculina, borra a linha que divide o ato sexual do ato do estupro e coloca o corpo feminino como sacrificial (MACHADO, 2001). Cogita-se essa obliteração do estupro como resultado de um mandato de gênero que pesa sobre as representações femininas e que mostra a sobrevivência das facetas perversas da colonialidade, em que "a apropriação do corpo feminino, dentro de determinadas condições não constitui necessariamente crime" (SEGATO, 1999, p. 10). Bennice e Resick (2003, p. 230) ponderam que a crença cultural generalizada de que o estupro conjugal não é "estupro real" acaba por invalidar as experiências traumáticas das vítimas e limita a identificação desses crimes e a procura de ajuda.

Nos Estados Unidos da América, Mahoney e Williams (1998) identificaram relutância das mulheres em rotular a experiência de estupro conjugal como tal, sendo recorrente a evasão de palavras como "estupro", "agressão sexual" quando discutem sexo forçado por marido ou por parceiro íntimo. Os autores mencionam caso emblemático no qual a mulher foi forçada a fazer sexo quatro vezes na frente do filho, contudo, quando o entrevistador perguntou-lhe se teria sido estuprada ela teria dito que não. Destacam que as mulheres que definiam o estupro conjugal como violência somente o faziam quando a agressão guarnecesse alguma semelhança com o estupro clássico, como, por exemplo, quando relacionado a um sequestro pelo próprio marido. Nesse caso, cotejando nossa pesquisa com os achados americanos, cogitamos que a "base material do patriarcado" não foi destruída", existindo um pacto masculino para a manutenção da opressão das mulheres (SAFFIOTI, 2015, p. 112). Preferimos, no entanto, conduzir-nos por interpretações que dialoguem com nossas realidades e história, uma vez que, os dados encontrados na nossa pesquisa, ainda que apontem a dificuldade de nomeação de estupro conjugal como estupro, indicam, por outro lado, avanço na entrada no espaço institucional de falas normalmente escondidas nas arquiteturas do cotidiano doméstico, a sugerir particularidades nas relações de gênero do Distrito Federal, que encontram algumas saídas eficientes de legitimidade (CONNELL, PEARSE, 2015; AMÂNCIO, 2003; SEGATO, 2012). De fato, os dados indicam que a relação estabelecida nos acolhimentos promovidos pelas equipes psicossociais do Distrito Federal conferem às mulheres o poder de optar por outros caminhos interpretativos, nomeadamente os que deslocam o tema da violência sexual para o âmbito público (Aparecida MORAES, 2007) e o problematizam como crime de estupro.

No Brasil, Dantas-Berger e Giffin (2005) chegaram a resultado semelhante aos aqui reportados em pesquisa realizada com 9 mulheres, entre 25 a 51 anos

de idade, perante centro integrado de apoio a vítimas de violência doméstica. Essas mulheres teriam recorrido a esse centro para denunciarem violência conjugal e, nos registros por elas realizados, a violência sexual não constava da primeira ficha de atendimento, mas aparecia nos subsequentes. Nas entrevistas, os pesquisadores puderam notar que o "sexo cedido ou sob resistência foi recorrente, mas pouco nomeado como violência" (DANTAS-BERGER, GIFFIN, 2005, p. 422). Também o sexo vaginal forçado no casamento não foi identificado como violência, a sugerir uma introjeção do arcaico e patriarcal "débito conjugal". De outro lado, alguns dos relatos das mulheres, como os que mencionam "nojo da relação", "necessidade de se lavarem imediatamente" ou "pouco desejo sexual" sugerem ambivalência de sentimentos e se aproximam das reações verificadas usualmente no estupro cruento, que é aquele praticado por sujeito desconhecido (DANTAS-BERGER, GIFFIN, 2005) e "no qual a persuasão joga o papel menor, sendo a força ou a ameaça de uso de força o meio pelo qual o ato é realizado" (SEGATO, 1999, p. 1).

Embora a pesquisa de Dantas-Berger e Giffin (2005) seja anterior às alterações legislativas brasileiras que mudaram o cenário jurídico brasileiro no que diz respeito à possibilidade de enquadramento do estupro conjugal dentro do crime de estupro, os resultados encontrados a partir dos relatórios confeccionados no Setor Psicossocial do MPDFT apontam que as práticas sociais nem sempre acompanham os avanços legais, a sugerir a necessidade de políticas públicas voltadas a essa espécie de violência, bem como de campanhas educativas que alterem a visão privatista e familista do estupro conjugal.

Ressaltamos não ter sido possível no presente estudo examinarmos se a invisibilidade do estupro conjugal se rege com maior rigor na matriz racial. Isso porque, dos nove relatórios selecionados, apenas três continham, no campo de caracterização das vítimas, um espaço para o preenchimento da raça, cuja observância somente se deu nos casos 1 e 2, com a utilização das expressões, respectivamente, "morena" e "parda". As próprias profissionais inquiridas reconheceram a dificuldade no manejo da categoria sociológica raça. Para a profissional Y, existe um entrave, que também se estende a "outras categorias profissionais das áreas sociojurídicas". A profissional Y apontou que atualmente consegue fazer conexões nos relatos de estupro conjugal com a questão racial, mas que "esta não é uma afirmação que possa ser feita sobre todo" o seu "caminhar profissional". Y lembrou-se de um caso em que a mulher relatava que "o marido, bem como a família dele, diziam a ela que ele poderia ter conseguido uma mulher mais branquinha" e ponderou que hoje, após se aprofundar em estudos sobre o feminismo negro, a criminologia crítica e a criminologia feminista, está mais sensível

a observar a raça como estrutural nos atendimentos, sem que haja necessidade de relatos que denunciem de forma expressa essa questão.

A profissional X assevera que "o contato com a temática foi a partir do acolhimento das mulheres em situação de violência doméstica". Pondera, no entanto, "como autocrítica, que essa categoria deveria ter maior representação, principalmente nos relatórios encaminhados aos promotores de justiça, pois mesmo que seja possível observar empiricamente acho que merece uma melhor problematização". X alerta que "quando se trata de mulheres brancas as respostas à violência são diferentes, principalmente, com relação à rede social de apoio, pois dispõem de mais recursos para enfrentar a questão". Argumenta X que:

> "O recorte étnico-racial é imprescindível, pois permite dar visibilidade às mulheres atendidas e problematizar abordagens mais genéricas que, por vezes, escondem uma problemática secular no Brasil, que é o racismo e a posição que a mulher negra (maioria dos atendimentos) ocupa na sociedade."

O cruzamento dos dados encontrados nos relatórios com aqueles fornecidos a partir do questionário aplicado aponta para um "quase esquecimento" das questões raciais nos atendimentos psicossociais. Usamos aqui o "quase" em razão de as entrevistas evidenciarem um despertar do tema, ainda frágil, pois, da leitura dos relatórios psicossociais, em especial nas suas considerações finais, não se pode extrair correlações entre a categoria raça e a violência sexual. Logo, sugere-se, na atuação do MPDFT, particularmente no âmbito pesquisado, de uma gramática racial que atua como obstáculo epistemológico que invisibiliza a dominação, colocando a raça como categoria fixa, não relacional e somente pertencente ao Outro (PRANDO, 2017), numa lógica que remete à proposta de Beauvoir (1987) para o campo do gênero, que é a de construção, ao longo da história de uma alteridade pura, ou seja, de um homem que é o Um e que define o Outro e que assujeita esse Outro para que não se transforme em Um.

6. Considerações finais

O percurso realizado neste trabalho confirmou a hipótese sustentada para a pergunta que nos moveu, ao trazer, nos nove relatórios psicossociais consultados, uma linguagem que denuncia ora invisibilidade, ora obscurecimento do estupro conjugal para as mulheres do Distrito Federal. Com efeito, referida violência de cariz sexual só recebeu protagonismo em uma ocorrência policial. Nas demais, o relato apareceu no bojo da descrição de outras violências e, ainda assim, sem que fosse utilizada a expressão estupro. As próprias profissionais

inquiridas confirmaram a não utilização dessa expressão nas narrativas de violência sexual. Para além disso, quando do desvelamento da agressão sexual para os/as profissionais do Setor Psicossocial do MPDFT, as mulheres já estavam separadas de seus companheiros, em uma indicação de que a conjugalidade é um véu que a encobre.

Parece ainda rondar o cotidiano das brasilienses ouvidas pelo Setor Psicossocial do MPDFT a obsoleta noção de *debitum* conjugal (DEL PRIORE, 2012, p. 391). Noção que também parece povoar as concepções masculinas, conforme pesquisa citada por Mahoney e Williams (1998), no qual há área cinzenta entre sexo consensual e estupro, uma vez que a maior parte dos homens que assistiu a cenas de estupro na intimidade não as nominaram como violência. Machado (2001) nos alerta para a construção cultural de uma analogia entre ato sexual imposto e ato sexual que resulta do desejo dos parceiros. E sem interdição, no interior da qual há um sim e um não (SAFFIOTI, 2015), instaura-se no imaginário social a permissividade do estupro na conjugalidade, encarado como "não estupro". De outro lado, o relato das mulheres aos/às profissionais que integram o Setor Psicossocial já se constitui em um movimento de esgarçamento entre o binarismo colonial, ou seja, há aí uma cena de politização do doméstico, a permitir "transições nas percepções e formas de representação" do estupro no âmbito da conjugalidade (MORAES, 2007, p. 55), que merece atenção do sistema de justiça.

De fato, esse é um espaço que merece maior investimento. Por exemplo, processos de acompanhamentos psicossociais coletivos de mulheres, que inclusive já acontecem no âmbito de algumas unidades administrativas dos setores de análise psicossocial (REIS, BRASIL, 2015), podem se constituir, como pondera Segato (2012), em formas de fertilizar cidadanias comunitárias, promovendo discussões sobre o controle dos corpos femininos, sem riscos de transversalidade de políticas, que, no geral, tendem a invisibilizar certas categorias de mulheres, como, por exemplo, as negras, as idosas, etc. No entanto, é preciso que esses espaços articulem melhor o recorte racial com o gênero, porquanto, conforme os dados coletados, o Setor Psicossocial do MPDFT ainda é tímido nesse campo interseccional, não tendo incorporado de maneira mais contundente que "a experiência de violação das mulheres negras é diferente, inclusive em relação a como serão reconhecidas como vítimas pelo seletivo sistema penal" (ANDRADE, 2018, p. 2).

A previsão de punição do autor pelo crime de estupro conjugal no Brasil tem seus percalços, notadamente no que diz respeito ao que se compreende por constrangimento e consentimento. Nesse aspecto, é necessário fomentar debates que

repensem a lógica jurídica de que "somente lesões visíveis e ameaças com arma intimidam; de que ameaças verbais não intimidam e não constrangem" (CAMPOS et al., 2017, p. 998). A inclusão dessa espécie de violência no paradigma de gênero trazido pela Lei Maria da Penha é um contributo para a visibilização do tema, embora o centramento de estudos e pesquisas nessa área ainda estejam no campo de outras agressões. Alertam Dantas-Berger e Giffin (2005, p. 2005) que grande parte dos dados estatísticos brasileiros se refere a violências físicas, seguidas pelas violências psicológicas, estando a "violência sexual praticada por parceiro íntimo no âmbito privado pouco evidenciada ou inexistente nas estatísticas disponíveis."

No âmbito do MPDFT, essencial que que sejam articuladas iniciativas setoriais, a fim, por exemplo, de discutir como a interseccionalidade entre colonialidade, raça e gênero pode ser incorporada nos atendimentos individuais e coletivos nos casos de violência sexual. Importante que essas discussões também alcancem os processos interpretativos no campo jurídico, que precisa ser energizado, a fim de subverter a teoria jurídica com narrativas silenciadas ou apagadas (GOMES, 2018b). É fundamental também a implementação de ações intersetoriais, com ampliação de serviços de saúde e jurídico especializados e campanhas públicas que permitam nomear o estupro marital, a fim de tirá-lo do confinamento do espaço doméstico. Conforme alertam Mahoney e Williams (1998), a mulher que é estuprada por seu parceiro mora com o seu estuprador.

Referências

ALMEIDA, Suely Souza. Essa violência mal-dita. In: ALMEIDA, Suely Souza (org). *Violência de gênero e políticas públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

AMÂNCIO, Ligia. O género no discurso das ciências sociais. *Análise Social*, Lisboa, v. XXXVIII, n. 168, p. 687-714, 2003.

ANDRADE, Mailô. Perspectivas feministas em criminologia: a interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 146, ago. 2018. Disponível em: [https://www.academia.edu/37321906/Perspectivas_feministas_em_criminologia_a_interseccionalidade_entre_g%C3%AAnero_ra%C3%A7a_e_classe_na_an%C3%A1lise_do_estupro]. Acesso em: 19.09.2018.

ANDRADE, Vera. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 26, n. 50, p. 71-102, 2005.

BADINTER, Elisabeth. *Um é o outro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, 2014.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência, gênero e poder: múltiplas faces. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA et al. (org.). *Mulheres e violências*: interseccionalidades. Brasília: Technopolitik, 2017.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Trad. Sérgio Milliet. Lisboa: Difusão Europeia do Livro, 1987.

BENNICE, Jennifer; RESICK, Patricia. Marital rape: history, research, and practice. *Trauma, Violence & Abuse*, v. 4, n. 3, p. 228-246, 2003.

BERMAN, Judith. Domestic sexual assault: a new opportunity for court response. *Juvenile and Family Court Journal*, v. 55, n. 3, p. 23-34, 2004.

BLOOM, Shelah. Violence against women and girls: a compendium of monitoring and evaluation indicators. Estados Unidos da América: USAID, 2008. Disponível em: [https://www.measureevaluation.org/resources/publications/ms-08-30]. Acesso em: 24.09.2018.

CAMPOS, Carmen. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s) estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Curso de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

CAMPOS, Carmen et al. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? *Revista Direito GV*, v. 14, n. 3, p. 981-1006, 2017.

CARDOSO, Sara. *Violação em contexto conjugal*: vozes e perspetivas de vítimas. Dissertação (Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Minho, 2016.

CARMO, Hermano; FERREIRA, Manuela. *Metodologia da investigação*: guia para auto-aprendizagem. 2. ed. Lisboa: Universidade Aberta, 2008.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo. *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da saúde (versão preliminar). Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/03/IPEA_estupronobrasil_dadosdasaude_marco2014.pdf]. Acesso em: 24.09.2018.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero*: uma perspectiva global. São Paulo: Versos, 2015.

CONNELL, Robert; MESSERSCHMIDT, James; FERNANDES, Felipe. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Estudos feministas*, v. 21, n. 1, Florianópolis, p. 241-282, 2013.

COSTA, Dália. Violência de género, igualdade e direitos humanos. In: NEVES, Sofia; COSTA, Dália (ed.). *Violências de género*. Lisboa: ISCSP, 2017.

DANTAS-BERGER, Sônia Maria; GIFFIN, Karen. A violência nas relações de conjugalidade: invisibilidade e banalização da violência sexual? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 417-425, 2005.

DEL PRIORE, Mary. *História do amor no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

DIAS, Isabel. *Sociologia da família e do género*. Lisboa: Pactor, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Petrópolis: Vozes, 2005.

GOMES, Camilla. Constituição e feminismo: entre gênero, raça e direito: das possibilidades de uma hermenêutica constitucional antiessencialista e decolonial. *História: Debates e Tendências*, v. 18, n. 3, p. 343-365, set.-dez. 2018a.

GOMES, Camilla. Gênero como categoria de análise decolonial. *Civitas: Revista de Ciências Sociais,* v. 18, n. 1, p. 65-82, 2018b. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.28209]. Acesso em: 24.09.2018.

GONÇALVES, João Paulo. As contribuições da noção de interseccionalidade e dos estudos feministas pós-coloniais para o campo das intervenções com homens autores de violência doméstica contra a mulheres. In*:* BEIRAS, Adriano; NASCIMENTO, Marcos (org.). *Homens e violência contra mulheres*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Ciências Sociais Hoje*, v. 2, n. 1, p. 223-244, 1984.

KARMEN, Andrew. *Crime victims*: an introduction to Victimology. Canada: Thomson Wadsworth, 2004.

MACHADO, Lia. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? *Série Antropológica*, n. 284, Brasília, p. 2-19, 2000.

MACHADO, Lia. Masculinidades e violências: gênero e mal-estar na sociedade contemporânea. *Série Antropológica*, n. 290, Brasília, 2001.

MAHONEY, Patricia; WILLIAMS, Linda. M. Sexual assault in marriage: prevalence, consequences, and treatment of wife rape. In*:* JASINSKI, Jana; WILLIAMS, Linda (ed.). *Partner violence*: a comprehensive review of 20 years of research. Thousand Oaks: Sage: 1998.

MARCONI, Marina; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTENEGRO, Marilia. *Lei Maria da Penha*: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORAES, Aparecida. Violência sexual, atendimento na saúde e repercussões nas identidades das vítimas. In*:* ALMEIDA, Suely. *Violência de gênero e políticas públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

PEREIRA, Pedro Paulo. Queer decolonial: quando as teorias viajam. *Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, v. 5, n. 2, p. 411, 2015.

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

PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In*:* ALMEIDA, Heloísa; SZWAKO, Jose. *Diferenças, igualdade*. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009.

PRANDO, Camilla. A criminologia crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do sul*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

QUIVY, Raymond; VAN CAMPENHOUDT, Luc. *Manual de investigação em ciências sociais*. 7. ed. Lisboa: Gradiva, 2017.

RANDALL, Melanie; VENKATESH, Vasanthi. The right to no: the crime of marital rape, women's human rights, and international law. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 41, n. 1, p. 153-202, 2015.

REIS, Izis; BRASIL, Cristina. Acolhimentos de mulheres em situação de violência doméstica no MPDFT: uma perspectiva psicossocial. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 9, p. 317-372, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero patriarcado violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Trad. Christiane Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. *Educação e Realidade*, v. 15, n. 2, p. 5-22, 1989.

SEGATO, Rita. *Las estructuras elementares de la violencia*: ensayos sobre género entre la antropologia, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SEGATO, Rita. A estrutura de gênero e a injunção do estupro. In: SUAREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (org.). *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: Paralelo 15, 1999.

SEGATO, Rita. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico decolonial. *E-cadernos CES*, v. 18, 2012.

TAVARES, Manuela. *Feminismos: percursos e desafios*. Lisboa: Texto, 2011.

VARGAS, Joana. Familiares ou desconhecidos? A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do sistema de justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 40, p. 63-82, 1999.

VENTURA, Isabel. Um corpo que seja seu: podem as mulheres [não] consentir? *Ex aequo*, v. 31, p. 75-89, 2015.

VENTURA, Isabel. *Medusa no Palácio da Justiça*: uma história da violação sexual. Lisboa: Tinta da China, 2018.

VENTURA, Maria Clara; FERREIRA, Maria Manuela; MAGALHÃES, Maria José. Violencia en las relaciones de intimidad: creencias y actitudes de estudiantes de la enseñanza secundaria. *Revista de Enfermagem Referência*, v. III, n. 11, p. 95-103, 2013. Disponível em: [https://dx.doi.org/10.12707/RIII12120]. Acesso em: 26.09.2018.

VIEIRA, Sinara. *Lei Maria da Penha e gestão normalizadora da família*: um estudo sobre a violência doméstica judicializada no Distrito Federal entre 2006 e 2012. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista, de Elaine Pimentel e Soraia Mendes – *RBCCrim* 146/305-328 (DTR\2018\18283); e
- Perspectivas feministas em criminologia: a interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro, de Mailô de Menezes Vieira Andrade – *RBCCrim* 146/435-455 (DTR\2018\18287).

A cultura do estupro como obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais das mulheres

Rape culture as an obstacle to the exercise of women's fundamental rights

Monica Sapucaia Machado

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas. Professora Permanente do Programa de Mestrado Profissional do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Advogada.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1473-1042
msapucaia@yahoo.com

Ana Paula Cristina Oliveira Freitas

Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC. Pós-graduada em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Instituto *Ius Gentium* Conimbrigae (ICG) Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017). Bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (2016). Advogada.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6703-5713
apfreitas838@gmail.com

Recebido em: 15.02.2019
Aprovado em: 11.09.2019
Última versão das autoras: 14.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O objetivo deste artigo é debater sobre a cultura do estupro como fator limitador à liberdade da mulher. Para tanto, partiu-se da conceituação de machismo e de patriarcado. Em seguida, foram feitas análises sobre o percurso jurídico do estupro na história da legislação brasileira e sobre os atuais dados estatísticos. Observou-se ainda como a cultura do estupro está enraizada na sociedade brasileira e como tem sido uma das ferramentas para manter as desigualdades entre os sexos.

Abstract: The purpose of this paper is to debate the culture of rape as a limiting factor to women's freedom. To this end, it started from the conceptualization of machismo and patriarchy. Subsequently, analyze the course of rape legislation in the history of Brazilian law and current statistical data. The paper also observed how the culture of rape is rooted in Brazilian society and how it has been one of the tools to maintain gender inequalities.

Machado, Monica Sapucaia; Freitas, Ana Paula Cristina Oliveira. A cultura do estupro como obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais das mulheres. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 343-374. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

Palavras-chave: Liberdade – Mulher – Estupro – Cultura – Sexualidade.

Keywords: Freedom – Woman – Rape – Culture – Sexuality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Machismo e patriarcado: conceitos. 3. O crime de estupro na legislação brasileira: uma abordagem histórica. 4. Sujeitos do crime de estupro: quem pode ser vítima. 5. O tratamento da sociedade com a questão do estupro. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo[1] pretende analisar a cultura do estupro a partir do direito das mulheres brasileiras à liberdade, especialmente no que se refere à possibilidade de decidir sobre o próprio corpo. Vale ressaltar que nos detemos a debater e analisar o estupro contra mulheres praticado por homens, sem incluir os estupros contra os homens ou mesmo os estupros contra mulheres praticado por mulheres. Nosso recorte se dá por questões metodológicas e de espaço. Nos detemos a analisar a prática de estupro sob o ângulo do patriarcado e a histórica opressão que as mulheres estão submetidas.

Para a análise, conceituamos, a partir de definições utilizadas por organismos internacionais e por autores academicamente reconhecidos, cultura de estupro, machismo, patriarcado e dominação e abordamos as imposições derivadas desses conceitos.

Cultura é uma palavra que pode significar muitas coisas. No dicionário encontramos definições relativas à agronomia, biologia e antropologia[2], referindo-se desde o modo de cultivo até a aplicação do espírito de alguma coisa, como a cultura da ciência. No senso comum, a cultura muitas vezes é utilizada como sinônimo de artes, folclore, como referência de conhecimentos acadêmicos e refinados e mesmo como referência de educação. Contudo, sociologicamente, Cultura pode ser entendida como o código de identificação de um grupo social, como explica Da Matta: "Cultura é, em Antropologia Social e Sociologia, um

1. Artigo científico apresentado ao "Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCRIM) e ao Instituto *Ius Gentium* Conimbrigae (IGC) Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, como requisito final para obtenção do título de Pós-graduação em Direitos Fundamentais.
2. DICIO. *Dicionário Online de Português*. Porto: 7Graus, 2019. Disponível em [https://www.dicio.com.br/cultura/]. Acesso em: 01.10.2019.

mapa, um receituário, um código através do qual as pessoas de um dado grupo pensam, classificam, estudam e modificam o mundo e a si mesmas."[3] José Luiz dos Santos, por sua vez, explica que Cultura é um conceito que dialoga tanto com o universal como com o particular:

> "É uma preocupação em entender os muitos caminhos que conduziram os grupos humanos às suas relações presentes e suas perspectivas de futuro. O desenvolvimento da humanidade está marcado por contatos e conflitos entre modos diferentes de organizar a vida social, de se apropriar dos recursos naturais e transformá-los, de conceber a realidade e expressá-la."[4]

Dessa forma quando se analisa a cultura de algo se observa o código de linguagem daquela ação, daquele momento histórico, daquela região.

Quando pensamos em cultura de estupro estamos nos debruçando sobre a forma com que o ato do estupro é pensado, classificado, estudado na sociedade atual e quais são os efeitos dessa cultura na vida das pessoas. Segundo as Nações Unidas, cultura de estupro é: "termo usado para abordar as maneiras em que a sociedade culpa as vítimas de assédio sexual e normaliza o comportamento sexual violento dos homens"[5], isto é: constante reafirmação de que a vítima produziu, ou no mínimo incentivou o ato criminoso com as suas condutas e por isso é responsável pelo sofrimento que viveu, eximindo o agressor da responsabilidade de suas ações.

Buchwald, Fletcher e Roth, no livro *Transforming a Rape Culture*, definiram a cultura do estupro como "um conjunto complexo de crenças que incentiva a agressão sexual masculina e apoia a violência contra as mulheres"[6] (tradução livre), e explicam que em uma sociedade que viva a cultura do estupro tolera o terrorismo físico e emocional contra as mulheres como norma, alimentando diuturnamente a manutenção dessa prática criminosa.

No Brasil, a positivação constitucional de trato igualitário entre mulheres e homens passou a ser garantida apenas com a Constituição Federal de 1988.

3. MATTA, Roberto da. Você tem cultura? *Jornal da Embratel*, Rio de Janeiro, 1981. Disponível em: [http://www.aems.com.br/download/arquivos/30961/voce_tem_cultura.pdf]. Acesso em: 13.02.2019.
4. SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 6. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p.07
5. Movimento ElesPorElas (HeForShe) de Solidariedade da ONU Mulheres pela Igualdade de Gênero. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/]. Acesso em: 07.02.2019.
6. BUCHWALD, Emilie; FLETCHER, Pamela; ROTH, Martha (ed.). *Transforming a Rape Culture*. Minneapolis: Milkweed Editions, 1993. 492 p 08

Todavia, igualdade e liberdade – direitos fundamentais e humanos – ainda não estão inseridos na nossa cultura de forma universal. O acesso a esses direitos tende, a depender do gênero de quem os pleiteia. Como os homens, historicamente, têm sido considerados os naturais detentores do poder – tanto na esfera pública quanto na privada –, as mulheres acabam vivenciando esses direitos de forma restrita. Essas restrições, muitas vezes, dialogam com as práticas violentas que negam as mulheres direito aos seus corpos, as suas escolhas e a sua sexualidade.

Ao longo da história da legislação brasileira, é possível encontrar algumas especificidades na determinação do crime de estupro, principalmente no que concerne às vítimas. É também a partir das regulações legais que a dominação masculina ao corpo feminino, pode ser notada.

A cultura do estupro não é exclusiva do Brasil. Conforme será abordado no artigo, a relação entre a dominação do corpo da mulher e o estupro está presente em praticamente todas as sociedades contemporâneas, desenvolvidas ou em desenvolvimento econômico, democráticas ou em sistemas autoritários. Vide que entre os dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável nas Nações Unidas encontra-se a igualdade de gênero e entre os tópicos deste objetivo está "Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos".[7]

Para a elaboração deste artigo, partiu-se da hipótese de que o estupro é tributário do patriarcado. Para sustentá-la, foram feitas pesquisas bibliográficas e análise de dados de institutos responsáveis por levantamentos relativos à criminalidade no Brasil. Ao fim, propõe-se retomar a hipótese inicial a partir dos dados selecionados e do recorte histórico das legislações brasileiras.

2. Machismo e patriarcado: conceitos

O machismo é uma conceptualização ideológica de que o homem é superior à mulher. Uma relação de dominação, na qual o homem detém o domínio da vida pública e privada da mulher. Borin[8] afirma que a história da mulher é cercada de sublimação e de dominação impostas por homens; primeiro o pai e, após

7. BELGICA. Centro Regional De Informação Das Nações Unidas. *Objetivo 5* – Igualdade de género. Disponível em: [https://www.unric.org/pt/ods-link-menu/31974-objetivo-5-igualdade-de-genero]. Acesso em: 08.10.2019

8. BORIN, Thaisa Belloue. *Violência doméstica contra a mulher*: percepções sobre violência em mulheres agredidas. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2007. p. 19.

o casamento, o marido: "o homem sempre foi tido como superior e cabia a ele, portanto, exercer a autoridade; assim o fundamento escolhido para justificar a repressão a mulher era a superioridade masculina"[9].

Drumont[10] coloca o machismo em termos de representação simbólica, como um ideal que deve ser atingido pelo homem, e acatado e invejado pela mulher. Trata-se de uma relação dual e de dominação – o macho dominante e a fêmea dominada: "Em termos da colocação, o machismo é definido como um sistema de *representaç*ões *simbólica*s, que mistifica as relações de exploração de dominação, de sujeição entre o homem e a mulher"[11]. Dessa forma, a mulher é minimizada ao papel de um objeto para uso do homem. Ela deveria sempre acatar suas ordens e venerar suas ações. O que nos leva a pensar que o machismo é um comportamento cultural próprio do patriarcado.

> "Machismo é uma forma particular de patriarcado que tem muito a ver com as relações públicas entre homens assim como entre homens e mulheres. O código do machismo requer que o indivíduo homem faça demonstração de poder físico e dominação social e desdenhe quaisquer traços femininos ou supostamente femininos"[12].

Assim, podemos entender que o machismo é um comportamento cultural próprio do patriarcado. Esse vocábulo é formado pelas palavras gregas *pater* (pai) e *arkhe* (origem e comando). Ainda sobre patriarcado, Delphy[13] aponta a noção de autoridade, mas não articulada à filiação biológica. Logo, o patriarcado pode ser entendido como a autoridade exercida pelo pai, sendo que, por pai, entende-se o responsável pelo domínio da estrutura familiar. Toledo[14] entende que o patriarcado sofre significativos abalos a partir da consolidação do capitalismo, já

9. MURARO, 1975 apud BORIN, Thaisa Belloue, op. cit., p. 19..
10. DRUMONT, Mary Pimentel. Elementos para uma análise do machismo. *Perspectivas – Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 3, p. 82, 1980. Disponível em: [http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/1696/1377]. Acesso em: 25.10.2017.
11. Ibidem, p. 81 (grifos nossos).
12. LEINER, 1994 apud QUITSCHAL, Patrícia Maia. *Os diários de vampira*: a sexualidade livre e dominadora das vampiras e o tratamento dado pela vítima. Dissertação de mestrado, Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 20.
13. DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). *Dicionário Crítico do feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 174.
14. TOLEDO, Cecília. *Gênero e classe*. São Paulo: Editora Sudermann, 2017. p. 94-95.

que o sistema econômico implica mudanças nas configurações familiar e de poder. No capitalismo, o pai perde influência para o mercado. Trata-se, portanto, de uma transferência de poder.

Outro abalo do patriarcado advém do crescimento dos movimentos feministas, a partir da década de 1970. Dado que uma das mais importantes pautas das feministas do final do século XX foi o combate à dominação masculina – traço do machismo[15], que o considera como um sistema de representação e dominação ligado à intimidade sexual. O machismo pode ser colocado como um comportamento coerente com a estrutura do patriarcado. Um mecanismo de controle, portanto, que submete as mulheres e está estritamente relacionado à dominação sexual.

> "No estupro, teríamos, então, um método de destruição do sujeito através da subalternização de seu corpo ao domínio e ao poder de um outro, geralmente, de um homem. Este método, no melhor sentindo foucaultiano, seria um método de controle dos corpos femininos ou dos homens mais frágeis e dos homossexuais, sujeitando-os à égide do modelo social patriarcal. Nessa sujeição, esses corpos estariam em relação, dominada por Foucault como uma relação de 'domicilidade-utilidade'. Concordamos com Foucault quanto à dominação, mas não consideramos que *in causu*, sequer há uma relação, pois um dos pressupostos para que mesma ocorra é que ela se dê entre dois sujeitos"[16].

Contudo, apesar dos abalos sofridos pelo patriarcado nos últimos cem anos, pode-se constatar que ainda vivemos em um mundo dominado pelos homens. Ainda são eles os mais ricos, os mais poderosos, os que definem as guerras, os orçamentos e as leis.

O patriarcado, como sistema que rege a vida social, relega os corpos femininos à posição de dominados, tanto na vida íntima como na pública. E, dessa forma, ele determina o andamento da vida das mulheres e estabelece quem pode ser vítima do crime de estupro. Essa violação do corpo de outrem é uma marca cruel do controle do homem sob a mulher.

---

15. DRUMONT, Mary Pimentel, op. cit., p. 84.

16. CAMPOS, Andrea Almeida. A cultura do estupro como método perverso de controle nas sociedades patriarcais. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 16, n. 183, ago. 2016, p. 10. Disponível em: [http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/32937]. Acesso em: 30.10.2017.

3. O crime de estupro na legislação brasileira: uma abordagem histórica

A palavra estupro tem origem no termo em latim *stuprum*, que significa manter relações culpáveis. Não se trata de um crime moderno, os Códigos Penais da Roma Antiga já tratavam do assunto, mesmo sem se aprofundarem no tema, Canela[17], em sua tese de doutorado, aponta as dificuldades de encontrar uma definição jurídica para o crime de estupro no Direito da Roma Antiga. A autora localizou informações relativas a *lex Iulia de adulteriis,* que regulava os crimes de adultério e de estupro, lei válida apenas para pessoas livres.

Nela, o estupro é tipificado pela conjunção carnal ou pelo coito anal. Curiosamente, o adultério era caracterizado nessa mesma lei. Outras especificidades desse Código eram as duas possibilidades do crime de estupro, o *voluntarium stuprum* e o *stuprum violentum*, ambos poderiam ser praticados por homens livres contra mulheres ou homens livres. Como os escravos não tinham direitos, eles também não poderiam ser pacientes de um crime e, caso fossem autores, o julgamento não seguiria a legislação.

No Brasil, notamos que o crime de estupro está tipificado desde as Ordenações Filipinas[18] que no título XVIII, trazia a seguinte definição: "do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela ou a leva per sua vontade". O capítulo era iniciado com a especificação de quem poderia ser vítima de estupro, pois, se o crime fosse praticado contra uma mulher que ganhava dinheiro com o

17. CANELA, Kelly Cristina. *O "stuprum per vim" no direito romano*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 54.

18. Ordenações Filipinas: As *Ordenações Filipinas* foram uma compilação jurídica, resultante da reforma do código manuelino, ainda sob o reinado de Felipe II, da Espanha e que continuou em voga no Império Português no reinado de Don João IV. No Brasil, até o Código Civil de 1916 era o ordenamento jurídico que regulação os direitos civis. Souza, Brito e Barp apontam que "Tais ordenamentos jurídicos eram compostos, cada um deles, por um conjunto detalhado de normas que buscavam definir não apenas as relações dos indivíduos para com a Coroa portuguesa, como também normatizavam as relações privadas. Nesse sentido, regulavam comportamentos e atribuíam punições para as transgressões relativas à vida moral, à convivência doméstica e às relações conjugais." SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; BRITO, Daniel Chaves de; BARP, Wilson José. Violência doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil. *Teoria e Pesquisa: Revista de Ciência Política*, v. 18, n. 01, 2009. Disponível em: [http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/161/137]. Acesso em: 06.02.2019.

próprio corpo ou contra uma escrava, o agressor não receberia pena de execução, a qual era aplicada para casos de estupro contra mulheres livres e que não exerciam atividades de prostituição.

As escravas merecem uma atenção particular, porque a violação de seus corpos era prática comum. Elas eram submetidas a todo o tipo de violência, pois eram sócio e juridicamente consideradas coisas, propriedades, logo não acarretava punição aos senhores quando violavam e violentavam-nas.

Teles[19] aborda a realidade das escravas durante o período de colonização, destacando as duas funções exercidas por elas; instrumento de prazer sexual para os senhores e mão de obra nas lavouras, e não era incomum que as mulheres desempenhassem os dois papéis. No contexto, receber a atenção do senhor chegava a garantir algum tipo de distinção, essas escravas poderiam ser consideradas favorecidas e até serem invejadas.

Angela Davis, em 1971, em seu texto sobre o papel da mulher negra escravizada aponta que o estupro das mulheres escravizadas pelos seus senhores era mais do que uma violência contra a vítima, mas também o exercício de humilhação e poder sobre os homens escravizados, reafirmando o lugar de propriedade da mulher:

> "O estupro da mulher negra não foi um ataque apenas a ela. Indiretamente, o objetivo também era a comunidade escrava como um todo. Ao iniciar a guerra sexual contra a mulher, o Senhor não apenas afirmava sua soberania sobre uma figura criticamente importante da comunidade escrava, ele também tinha como objetivo um golpe contra o homem negro" (tradução livre)[20]

A objetificação da mulher negra ficou enraizada na sociedade brasileira, posição que a relega ao papel de quem satisfaz o homem sexualmente. Esse estereótipo pode ser encontrado em músicas, poesias e livros[21], que limitam a

19. TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991. p.21.

20. DAVIS, Angela. *The Black Woman's Role in the Community of Slaves*. Somerville: New England Free Press, 1971. (THE BLACK SCHOLAR). p. 12.

21. Um exemplo de representação da mulher negra como fonte de desejo sexual é *O Cortiço* (1890), de Aluísio de Azevedo. O narrador descreve Rita Baiana como o estereótipo de mulher brasileira: sensual, objeto de desejo e fogosa. A personagem é diferenciada da mulher branca burguesa, Piedade, que não esbanja sensualidade e não é objeto de desejo nem mesmo de seu marido, que a troca pelas graças da mulher negra, cheia de vida.

representação da figura feminina a uma fonte de desejo sexual. Por vezes, a associação entre mulheres e desejo é tamanha que o que é colocado em questão é a impossibilidade do homem de controlar seus impulsos:

> "Ô, mulata assanhada,
> Que passa com graça
> Fazendo pirraça
> Fingindo inocente
> Tirando o sossego da gente!
> Ah! Mulata se eu pudesse
> E se meu dinheiro desse
> Eu te dava sem pensam
> Esta terra, este céu, este mar
> E ela finge que não sabe
> Que tem feitiço no olhar!
> Ai, meu Deus, que bom seria
> Se voltasse a escravidão
> Eu pegava a escurinha
> E prendia no meu coração!...
> E depois a pretoria
> Resolvia a questão!"[22]

No Código Penal do Império (1830), o estupro passou a configurar entre as infrações que atentavam contra a segurança e contra a honra. De acordo com o art. 219, o crime consistia em: "Deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos". A pena para o agressor incluía a expulsão da comarca de residência da vítima. Todavia, se houvesse o casamento, a punição era considerada desnecessária. No art. 222 do mesmo Código, o uso de violência é discriminado: "Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta". A pena consistia em reclusão de três a doze anos e em restituição determinada à ofendida. Se o crime fosse praticado contra uma prostituta, a punição seria de um mês a dois anos de prisão.

Ainda, o Código previa como infração atos libidinosos e a sedução da mulher honesta menor de dezessete anos. No art. 225, era decretado que não haveria

22. AVES, Astolfo. Mulata assanhada.

pena para aqueles que se casassem com as vítimas dos crimes previstos nos três artigos antecedentes (cópula carnal sob violência ou ameaça, ato libidinoso e a sedução). Vejamos, agora, como o estupro foi tratado no primeiro Código Penal da República (1890):

> "Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:
>
> Pena – de prisão cellular por um a seis annos.
>
> Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.
>
> Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:
>
> Pena – de prisão cellular por um a quatro annos.
>
> Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:
>
> Pena – de prisão cellular por um a seis annos.
>
> § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:
>
> Pena – de prisão cellular por seis mezes a dous annos.
>
> § 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.
>
> Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.
>
> Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos."

Nesse documento, o crime de violência carnal é segmentado em três modalidades diferentes: atentado ao pudor, defloramento e o estupro. Vieira[23] esclarece que, entre 1890 e 1940, os crimes sexuais mais comuns, notificados à justiça, eram o defloramento e o estupro. Essas duas infrações merecem uma abordagem pormenorizada em razão de suas especificidades. Primeiro, vale esclarecer que

23. VIERIA, Miriam Steffen. Concepções de violência sexual e direitos das mulheres: do "defloramento" ao "estupro". *Revista do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal de Pelotas*, Pelotas, v. IV, n. 7/8, p. 106, ago.-dez 2007. Disponível em: [https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/lepaarq/article/view/1195/989>. Acesso em: 20.08.2017.

defloramento consiste no desvirginamento de uma mulher, e, para a referida lei, a vítima precisava ser menor de idade, sendo 21 anos o limite. Também, para a caracterização do crime era necessário o emprego da sedução, engano ou fraude. Ainda sobre crime de defloramento, presumia-se que havia consentimento e um prévio relacionamento entre o sedutor e a jovem.

Como maneiras de enganos e fraudes, era comum que os homens usassem o casamento como moeda de troca para receber relações sexuais. Tornava-se um infrator quem não cumprisse tais promessas. Ainda sobre o defloramento, Miriam Steffen Viera destaca a falta de clareza da definição da conduta criminosa.

> "A própria definição de 'defloramento' não era bem delimitada. Designava as relações sexuais com a perda da 'virgindade', entendida como o rompimento da 'membrana hímen', aliada a outros fatores físicos como 'flacidez do corpo e dos órgãos sexuais', 'narrativas de dor e sangue durante a relação sexual', entre outro. No entanto, a comprovação da 'virgindade física' foi complementada pela ideia de 'virgindade moral'" [24].

Nota-se que o comportamento da mulher era um requisito para a definição de consentimento, o que, por sua vez, teria impacto na determinação da conduta potencialmente criminosa do homem.

Em relação ao estupro, de acordo com esse Código, o emprego da violência era determinante para que a violação fosse entendida como tal, como registrado no art. 269. Nesse caso, independia se a mulher fosse virgem ou não. Ainda assim, o que era entendido como honestidade tinha impacto na determinação da punição. No caso de uma prostituta ser vítima de um estupro, por exemplo, a pena do agressor seria menor do que a de alguém que cometesse o mesmo crime contra uma mulher tida como honesta.

Mesmo que o Código não fizesse distinção entre mulheres virgens e não virgens nos casos de estupro, Vieira[25] afirma que o debate costumava ser limitado à virgindade da vítima. A autora ainda coloca que não havia narrativas de violência nos processos e era comum que o consentimento fosse enfatizado. Uma mudança do Código Penal da República foi relativa à extinção da pena para aqueles que se casassem com a vítima. Antes, entendia-se que a honra da mulher estaria restabelecida se a vítima se casasse com seu agressor, como se o matrimônio fosse um remédio para a sua desonestidade sexual.

24. Ibidem, p.108.
25. Ibidem, p.107.

Apenas com o Código Penal de 1940 as características da vida sexual da vítima deixaram de estar em questão. O crime de estupro passa, então, a incluir condutas como "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça". Todavia, nesse documento, a infração passa a ser entendida como parte de crimes contra os costumes. Também o atentado violento ao pudor e o atentado ao pudor mediante fraude eram considerados como crimes contra os costumes.

Entre 1940 e 2009, o Código Penal não sofreu alterações, contudo novas Constituições Federais foram promulgadas. Em 1946, a Constituição em nada alterou o caráter dos crimes contra os costumes, e, conforme Santos[26], as mulheres foram excluídas desses documentos.

Na Constituição de 1967 promulgada pelo regime militar também não fez nenhuma referência aos crimes contra os costumes ou mesmo a diferença legal entre homens e mulheres. A palavra mulher só apareceu na referia Constituição quatro vezes: três delas relativas a direitos como a aposentadoria aos 30 anos de contribuição, a dispensa do serviço militar obrigatório e uma vez no tocante à proibição do trabalho noturno.[27]

A verdadeira mudança ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988. Além dos direitos sociais, Santos considera que essa Constituição colocou fim às discriminações as quais mulheres eram submetidas.

> "Também trouxe dispositivos de grande importância para o fim da discriminação sofrida pelas mulheres, ao garanti-lhes, expressamente, o direito à

26. SANTOS, Tânia Maria dos. A mulher nas constituições brasileiras. *II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em debate*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2009. p. 10.

27. Constituição Federal de 1967: "Art. 93. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei. Parágrafo único – As mulheres e os eclesiásticos, bem como aqueles que forem dispensados, ficam isentos do serviço militar, mas a lei poderá atribuir-lhes outros encargos"; "Art. 100. O funcionário será aposentado: § 1º No caso do n. III, o prazo é reduzido a trinta anos, para as mulheres"; "Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] X – proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; XX – aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm]. Acesso em: 07.02.2019.

> igualdade, nos termos do art. 5, inciso I, e ao assegurar a titularidade da plena cidadania, deflagrando, desse modo, uma verdadeira revolução no que tange a inserção feminina nos espaços sociais. Até 1988, ainda existiam os óbices legais dos artigos dos artigos 233 e 380 do Código Civil, que estabeleciam a representação legal da família cabia ao marido, ao pai o exercício do pátrio poder e, no caso de divórcio, prevalecia a vontade do marido; e a mulher se não concordasse, deveria buscar o judiciário"[28].

A Constituição de 1988 consagrou a abertura para a participação efetiva dos brasileiros na política, o que permitiu às mulheres mais oportunidades de se tornarem legisladoras e com isso propor mudanças legislativas capazes de modificar a visão sexista do direito penal. Exemplo disso é que, em 2001, foi aprovada a lei, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi, que acrescentou o art. 216-A ao Código Penal, estabelecendo o assédio sexual como crime.

Em 2009, o Código Penal foi reformado no que se refere aos crimes de cunho sexual, sendo afastada a ideia de que o estupro era uma agressão contra a família – que acarretou na constituição da ideia de uma vítima ideal – e passou a tratar com crime contra a liberdade sexual, sendo instituído o título denominado "crimes contra a dignidade sexual".

> "Infelizmente, o nome dado ao Título VI da Parte Especial do Código Penal permanece 'Dos crimes contra os costumes', tratando, indistintamente, do tráfico de pessoas e da liberdade sexual sob mesma rubrica, quando as condutas ali tipificadas em nada se relacionam com os costumes, mas com liberdade, segurança e incolumidade física no âmbito da sexualidade humana. Não se trata mais da eleição arbitrária de um modelo de moralidade, em prejuízo de outros igualmente possíveis. Trata-se, isso sim, de preservar uma concepção pluralista de organização social, com respeito recíproco como padrão de convivência dialética e de tolerância entre as diferenças."[29]

A reforma afastou a possibilidade legal de o Judiciário julgar a vítima, não havendo comportamento capaz de "autorizar" o estupro. O título sobre dignidade é dividido em sete capítulos, são eles: crimes contra a liberdade sexual; exposição da intimidade sexual; crimes sexuais contra vulnerável; disposições gerais;

28. SANTOS, Tânia Maria dos. A mulher nas constituições brasileiras. *II seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em debate*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2009. p. 13.

29. Diferenças de gênero: liberdade e igualdade. *Boletim IBCCrim*, n. 149, abr. 2005.

lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; ultraje público ao puder; e disposições gerais.

O presente estudo se debruça no primeiro capítulo, crimes contra a dignidade sexual. No entanto, cabe destacar uma questão que influencia diretamente na cultura do estupro.

A última reforma legislativa no que concerne à liberdade sexual ocorreu em 2018, com a promulgação da Lei 13.718/2018, que tratou de constituir o tipo penal de importunação sexual e a divulgação de cenas de estupro. A tipificação ocorre após diversos casos de importunação em transportes públicos, sendo que antes da reforma os autores eram processados apenas por contravenção penal, sem pensar na liberdade sexual como fator nuclear da questão. Com a reforma, a liberdade sexual entra no foco, sendo incluso no título do Código Penal denominado "crimes contra a dignidade sexual".

Atualmente, os crimes contra a liberdade sexual são divididos em quatro artigos, que tratam do estupro, da violência sexual mediante fraude, importunação sexual – instituído pela Lei 13.718/2018 –, e assédio sexual. O capítulo seguinte se refere aos crimes sexuais contra vulneráveis, o qual elenca quatro espécies de violações: o estupro de vulneráveis, corrupção de menores, satisfação da lascívia mediante presença de criança e adolescente e o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Estritamente sobre os crimes contra a liberdade sexual, temos que, após a reforma de 2009, os legisladores excluíram do ordenamento a questão da moral da vítima, ou seja, a honestidade da vítima deixar de contar como elemento para tipificar o crime de estupro. Uma vez que ele é suprimido, a proteção passa a abarcar todas as mulheres, independentemente de sua vida sexual pregressa, de sua profissão, ou de qualquer coisa que para alguns possa ser moralmente questionável.

> "Se, por um lado, condutas devem ser criminalizadas quando a sociedade exigir proteção mais eficaz a determinado bem jurídico, deve essa mesma sociedade, paralelamente, descriminalizar, quando o direito se confundir com a moral no momento da tipificação, ou quando a ação perder a capacidade de prejudicar. Direito e moral não se confundem."[30]

Dessa forma, para tipificação do crime de estupro, é necessária a comprovação do sexo sem consentimento. Nota-se que a violência ou grave ameaça não

30. Ibidem.

são requisitos primordiais, já que existe a delimitação do estupro de vulnerável, que não se limita a crianças, pois o § 1º do art. 217 do Código Penal determina que pessoas que não possuem discernimento para o ato também podem ser vítimas. Seja em razão de enfermidade, seja em razão de doença mental, enquadra-se como vulnerável toda pessoa que, por alguma razão, não consiga oferecer resistência. Ou seja, mesmo sem aplicar violência ou ameaça, qualquer forma de impedir a manifestação da vítima deve ser entendida como estupro de vulnerável.

Processualmente, o crime de estupro tem suas especificidades, a principal delas é que a apuração só ocorre se a vítima expressar sua vontade. Via de regra, os crimes, tipificados no Código Penal de 1940, têm a chamada ação penal de iniciativa pública incondicionada, ou seja, sem qualquer condição, inclusive a vontade da vítima. O art. 100 desse Código Penal preconiza que crimes só serão condicionados quando a lei expressamente previr. A jurisprudência da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal[31] determina que a ação será pública incondicionada no caso de estupros praticados mediante violência real e quando a vítima for criança ou adolescentes com idade inferior a quatorze anos. E o art. 225 do Código Penal é taxativo, por prever que ações, para os crimes dos Capítulos I e II do Título IV, sejam mediante ação penal pública condicionada à representação. Nesse sentindo, é necessária a vontade da vítima em iniciar o inquérito policial para apuração dos fatos narrados, e posteriormente o Ministério Público oferecer denúncia para alcançar a condenação penal. A mulher que decidir denunciar o crime deve ir até uma delegacia para relatar os fatos. A partir do que for narrado pela vítima, o Delegado tem de encaminhá-la para realizar o exame de corpo de delito. Segundo Coulouris[32], o exame de corpo de delito tem como objetivo elucidar algumas perguntas, são elas:

> "Houve conjunção carnal? Qual a data provável desta conjunção? Era virgem a paciente? Houve violência para esta pratica? Qual o meio para esta violência? Da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias; ou perigo de vida; ou debilidade permanente de membro, sentindo ou função; ou aceleração de parto; ou incapacidade permanente para o trabalho; ou enfermidade incurável; ou deformidade permanente; ou

31. Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é publica incondicionada".

32. COULOURIS, Daniella Georges. *A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentindo da punição em processos judiciais de estupro*. Tese de Doutorado, Faculdade de Sociologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010 p. 16.

> aborto? É a vítima alienada ou débil mental? Houve qualquer causa que tivesse impossibilitado a vítima de resistir?"[33]

Essas questões são respondidas pelo médico perito, e o objetivo é comprovar se houve ato sexual, se houve violência e, se sim, qual o tipo. Este é o início da persecução penal do processo e, para melhor atendimento às vítimas, deve ser realizado em uma delegacia especializada em atendimento à mulher. A vítima também deverá relatar todos os fatos para o Promotor de Justiça, para o Magistrado e para o advogado do réu. Dessa maneira, ela acaba revivendo várias vezes o ato do qual foi vítima. Ainda, é questionada várias vezes sobre cada detalhe, e poderá ser indagada sobre a veracidade de seu depoimento, até a prolação da sentença.

Um último assunto importante a ser abordado sobre legislação do estupro é o caráter hediondo do crime. A Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072, de 1990, é taxativa em seu *artigo primeiro, ao elencar as infrações consideradas hediondas. O art. 1º, inciso V, traz* o crime de estupro e o inciso VI, o estupro de vulnerável. A Lei de Crimes Hediondos impõe maior rigidez no tratamento legislativo, isso ocorre por se tratar de delitos com maior reprovação social. Eles são insuscetíveis de anistia ou graça, e tornam necessários o regime inicial fechado e a progressão de regime após 2/5 de cumprimento da pena – caso sentenciado seja primário e 3/5, se for reincidente.

Por fim, podemos retomar o crime de estupro como o constrangimento de alguém à conjunção carnal, ou ato libidinoso, mediante grave ameaça, ou outros meios que impeçam a vítima de se defender. O crime tem caráter hediondo e tem modalidades qualificadas. A infração ainda tem ação condicionada a representação da vítima, salvo as com menos de 18 anos, e que impõe ao agressor uma pena de até 12 anos de prisão (na modalidade simples), em regime inicial fechado.

4. Sujeitos do crime de estupro: quem pode ser vítima

Como foi analisado, a legislação brasileira, antes de 1940, era seletiva quanto aos sujeitos do crime de estupro, principalmente na escolha de quem poderia ser o sujeito passivo, a vítima. Nota-se que, no primeiro Código Penal da República, para a caracterização do crime de estupro, a vítima deveria ser virgem e honesta – primordialmente honesta. A presença dessas características era imprescindível para a aplicação da lei penal, visto que a pena poderia ser alterada com base na vítima.

33. Idem.

No art. 268, o Código determinava que o estupro de mulher virgem, ou não – desde que fosse honesta – implicaria condenação de um a seis anos, enquanto o estupro de mulher pública ou prostituta tinha como punição a pena de seis meses a dois anos. Dessa forma, a conduta moral da mulher era base para a quantificação da pena do culpado pelo crime de estupro.

A prática de definir a mulher de acordo com a sua moral sexual não é recente. Na Roma Antiga, por exemplo, a mulher tinha que desempenhar seus papéis com perfeição: ser mãe, filha, esposa, sempre com honestidade e fidelidade. Essas virtudes deveriam ser levadas em conta independente das circunstâncias.

> "Seguindo o exemplo de Lucrécia, podemos concluir que uma *materfamilias* ideal era aquela esposa discreta na fala e nos seus comportamentos, dedicada totalmente ao marido, aos filhos e ao seu lar. Ela seria, fundamentalmente, uma mulher capaz de sacrificar a própria vida para manter a sua honra e a honra de sua família."[34]

O comportamento de *Lucrécia*[35] era considerado ideal para as mulheres da Roma Antiga. O modelo de mulher honesta incluía também o extremo de ceifar a própria vida para não causar mais vergonha para a família, após ser vítima de estupro.

De acordo com Teles, no período de colonização do Brasil o sistema patriarcal impunha à mulher da classe dominante (branca, esposa de donos de terras e de escravos) ser esposa e mãe dos filhos legítimos do Senhor. A centralidade do que era entendido como honestidade feminina foi determinante na construção da tipificação do crime de estupro nas legislações brasileiras. Nesse sentido, Vieira comenta a relação entre a definição de mulher honesta e a adequação a papéis socialmente estabelecidos:

> "Na perspectiva dessa breve contextualização, destaco a conformidade do enquadramento dos crimes sexuais no Código Penal de 1890 como 'crimes

34. CANELA, Kelly Cristina, op. cit., p.18.

35. Lucrécia é a personagem principal do poema de Shakespeare, de 1594. *A priori* o poema foi publicado como *Lucrécia*, posteriormente em 1616 recebeu o título de *O Rapto de Lucrécia.* A obra também foi a base para a pintura de *Lucretia,* de 1621, da pintora italiana Artemísia Gentileschi. A obra de Shakespeare retrata a esposa de Collatins, a casta Lucrécia, que comete suicídio após ser estuprada pelo filho do rei de Roma, Sexus Tarquinios. Lucrécia comete suicídio em razão da vergonha que sentia, e, com a intenção, de não causar mais consequências para sua família e a sua reputação.

> contra a honra e honestidade das famílias' em relação a esta representação que relaciona a construção da nação a um ideal de família, onde cabe à mulher uma função civilizatória em correspondência ao seu papel de mãe e esposa"[36].

Esse ideal de família tem seus alicerces no patriarcado e no machismo, e é com base nesse sistema que a legislação penal tipificava quem poderia ser vítima. Pois, se a mulher não se adequasse à conduta sexual tida como honrada, ela não poderia reivindicar proteção ou justiça, visto que teria sido o seu comportamento que levou o agressor a praticar o abuso. De outra forma, a mulher não considerada honesta seria a responsável pelo ato praticado contra ela mesma. Só a casta e virgem, tida como alguém incapaz de provocar sexualmente um homem, poderia ser a verdadeira vítima. As prostitutas e as desonradas eram propulsoras da violência, e, assim, as penas, para quem praticasse o estupro contra mulheres com essas características, eram menores.

Inicialmente, portanto, havia uma imagem determinada de qual mulher poderia ser vítima. Com a evolução das legislações, essas características deixaram de contar no ordenamento, ou seja, não consta de forma taxativa quem pode ser a vítima. Todavia, o art. 59 do Código Penal[37], o qual se refere à aplicação da pena, traz a questão da vítima novamente.

Legalmente, o comportamento moral da vítima deixou de ser uma questão, não se deve analisar essa característica para determinar se houve ou não o crime de estupro. Para a atual jurisprudência[38], a palavra da vítima é elemento probatório suficiente para a condenação do agressor. Ela se firma no fator elementar de que o crime de estupro, geralmente, ocorre de forma obscura, na clandestinidade e em locais ermos. Mesmo assim, seguindo o ordenamento, o juiz deve analisar a conduta da vítima no momento de aplicar pena ao sentenciado. Dessa forma, as características da vítima ainda são consideráveis.

---

36. VIERIA, Miriam Steffen, op. cit., p. 110.

37. "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, *bem como ao comportamento da vítima*, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (grifos nossos).

38. Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima é de suma importância para o esclarecimento dos fatos, considerando a maneira como tais delitos são cometidos, ou seja, de forma obscura e na clandestinidade." (AgRg no AREsp 652.144/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015).

E o que seria o comportamento da vítima em casos de estupro? O ordenamento traz a possibilidade de julgar o modo de agir da vítima, pois suas atitudes poderiam levar à realização do crime. É importante salientar que não se trata de uma causa de excludente; o comportamento da vítima entra em questão na aplicação da pena, para aquele que já foi considerado culpado do delito, e não para determinar se houve ou não o crime.

Como já vimos, a prática do crime de estupro contra prostitutas não tinha a mesma pena que os crimes praticados contra mulheres tidas como honestas. Atualmente, a legislação não prevê essa distinção. Todavia, não se trata apenas do que a legislação prevê, mas também de quem a sociedade considera apto a ser chamado de vítima. Claramente, qualquer pessoa pode ser vítima do crime de estupro, como descrito no art. 213 do Código Penal. No entanto, as prostitutas, no exercício de sua respectiva profissão, acabam sendo vítimas de outra forma de estupro: o estupro mediante fraude, como previsto no art. 215 do Código Penal[39].

Ainda sobre estupro e prostituição, deve-se levar em conta o crime de estupro de vulnerável. Nos casos de prisões em flagrante, por exemplo, de homens com crianças e adolescentes em situação de meretrício, é comum que a defesa do acusado se dê com base na profissão daquelas que são, justamente, as vítimas. Sendo que a determinação do crime de estupro de vulnerável objetiva também o combate da prostituição infantil, como estabelece o Informativo 0568 do Superior Tribunal de Justiça[40]. Esse documento explica todas as possibilidades que poderiam coibir o crime de estupro de vulnerável, como a extinção da prostituição infantil e a criminalização das relações com menores de 14 anos, mesmo em casos com eventuais consentimentos. Configura-se, então, estupro de vulnerável a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menores de até 14 anos (art. 217-A Código Penal). Para a configuração do crime, a vida sexual da criança ou adolescente não deve ser considerada. Ainda será uma infração, mesmo se a vítima for prostituta, independente do uso de violência ou grave ameaça.

O abuso sexual dentro de um laço de matrimônio também configura crime. Anteriormente, a mulher tinha o dever de atender os anseios sexuais do marido,

39. A prostituta (ou prostituto), no exercício de sua atividade de comércio carnal, pode ser vítima do crime em análise. A proteção sexual é conferida no ordenamento jurídico a todas as pessoas, inclusive a quem exerce a prostituição, como corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa (art. 1º, III, da CF).

40. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Informativo 0568*. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=estupro+contra+prostituta&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO].

e ele poderia cobrar quando achasse adequado. Defendia-se, então, que a mulher só poderia negar o ato sexual com uma justa causa. Hoje, o chamado débito conjugal não autoriza que o homem tenha o direito de estuprar sua esposa.

> "A sorte é que a lei não impõe débito conjugal. O casamento estabelece comunhão plena de vida (CC 1.511) e faz surgir deveres de fidelidade vida em comum, mútua assistência, respeito e consideração (CC 1.566). Nenhuma dessas expressões é uma maneira pudica de impor a prática sexual. Nem o dever de fidelidade permite acreditar que existe o encargo da prática sexual. Mas serve para gerar a presunção de paternidade dos filhos (CC 1.597), se tanto"[41].

Assim, inexiste, atualmente, a obrigação de a mulher praticar o ato no caso de não haver, por parte dela, livre vontade. E inexiste também o direito do homem de forçar a relação sexual. A negativa, por parte da esposa, não legaliza o abuso sexual contra esta. O chamado "débito conjugal" é de esfera civil, o qual concede ao homem o direito de pleitear o divórcio.

Retomando; atualmente, a conduta sexual e a reputação da vítima não influenciam a tipificação do crime de estupro. Basta a falta de consentimento para que haja delito, ou, idade inferior a 14 anos, que qualifica estupro de vulnerável.

5. O tratamento da sociedade com a questão do estupro

Apesar da evolução das reivindicações feministas, parte da sociedade continua julgando o comportamento da vítima ao se deparar com o crime de estupro, antes mesmo de analisar a conduta do agente do delito. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)[42], em 2013, 35,3% dos entrevistados entenderam que, se a mulher soubesse se comportar, haveria menos estupros no Brasil.

> "Mais uma vez, tem-se um mecanismo de controle do comportamento e do corpo das mulheres da maneira mais violenta que possa existir. Muitas autoras defendem que vivemos no Brasil uma "cultura do estupro", na qual se tolera e muitas vezes se incentiva a violência sexual contra as mulheres, com a vítima culpabilizada pelo ocorrido, por causa do ambiente frequentado, da roupa que usava, ou do seu comportamento."[43]

41. DIAS, Maria Berenice. *Débito ou crédito conjugal?* Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_545)debito_ou_credito_conjugal.pdf].
42. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Ipea/SIPS, abr. 2014. p. 23.
43. Idem.

A mesma pesquisa revelou que 13,2% dos entrevistados acreditam que mulheres que usam roupas que mostram o corpo merecem ser atacadas[44]. Dessa forma parcela da sociedade entende que, se a mulher souber se *comportar* e não usar roupas curtas, ela não será estuprada. Todavia, se o comportamento dessa mulher for inadequado, ela estará instigando o agressor e por isso deve ser responsável pelo crime que sofreu. A pesquisa realizada em agosto de 2016[45], pelo Datafolha a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelou que 42% dos homens e 32% das mulheres concordam que as mulheres que se dão ao respeito não são estupradas. Com relação às estatísticas sobre das características das vítimas, os números de levantamento realizado em 2019 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019) apontam que entre 2017-2018, 81,8% das vítimas de estupro eram mulheres, 63,8% eram vulneráveis e que 50,9% eram negras.[46]

> "A manipulação e a exposição do corpo feminino como objeto, e também como território, não são processos que ocorrem por uma única via e dentro de uma única lógica. Ao passo que determinados corpos de meninas e mulheres brancas são esteticamente cristalizados como objeto contemplativo de desejo, o corpo das mulheres negras é agenciado de outras formas, elas são constantemente hipersexualizadas."[47]

Essa hipersexualização da mulher negra, enraizada na sociedade, pode ser uma das respostas para o número de mulheres negras vítimas de estupro. Outros fatores que contribuem para a hipótese de que as negras são mais vulneráveis a esse crime estão relacionados às circunstâncias comuns da prática desse delito; locais ermos e pouco frequentados em determinados horários, características presentes nas regiões periféricas, onde a população preponderante é negra. Na

44. Idem.

45. Percepção sobre violência e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policias. *Fórum de Segurança Pública*, set. 2016. p. 8.

46. FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (São Paulo). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. 13. ed. São Paulo: Fórum Nacional de Segurança Pública, 2019. p. 1. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/13-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 05.10.2019.

47. SOUZA, 2008, p. 12 apud ENGEL, Cintia Liara. *As atualizações e a persistência da cultura do estupro no Brasil*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Brasília/Rio de Janeiro: IPEA, 1990.

pesquisa realizada por Cerqueira e Coelho[48], foi constatado que 70% dos estupros são contra crianças e adolescentes.

> "Tal dado é absolutamente alarmante, uma vez que as consequências, em termos psicológicos, para esses garotos e garotas são devastadoras, uma vez que o processo de formação da autoestima - que se dá exatamente nessa fase - estará comprometido, ocasionando inúmeras vicissitudes nos relacionamentos sociais desses indivíduos"[49].

Os autores do crime de estupro são homens e de forma geral, homens próximos a essas mulheres. Segundo o Anuário de 2019, as mulheres correspondem a 1,9% das autorias e 75,9% dos agressores eram conhecidos da vítima.[50] Sobre o uso de violência, de acordo com a pesquisa do IPEA, força corporal e ameaças são empregadas na maioria dos casos.

> "Em ambos os casos, sendo o agressor conhecido ou não, a ameaça e a força corporal/espancamento estão fortemente presentes e aumentam com a faixa etária da vítima. A prevalência do uso de objetos contundentes ou perfurocortantes também aumenta com a faixa etária e é sempre maior quando o perpetrador é desconhecido. As maiores diferenças no tipo do instrumento utilizado se dão em relação ao uso das armas de fogo, presentes em quase 24% dos crimes quando a vítima é adulta e desconhece o estuprador"[51].

Assim, temos que a violência empregada varia de acordo com o tipo do agressor, se ele é conhecido ou não. Entre 2017-2018 apenas 6,8%[52] dos casos registrados são cometidos por dois ou mais agressores. Apesar das repercussões dos

48. CERQUEIRA, D.; COELHO, D. S. C. *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da Saúde. Brasília: Ipea, 2014. (Nota Técnica, n. 11). p. 7.
49. Idem.
50. FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (São Paulo). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. 13. ed. São Paulo: Fórum Nacional de Segurança Pública, 2019. p. 119. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/13-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 05.10.2019.
51. CERQUEIRA, D.; COELHO, D. S. C. *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da Saúde. Brasília: Ipea, 2014. (Nota Técnica, n. 11). p. 11.
52. FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (São Paulo). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. 13. ed. São Paulo: Fórum Nacional de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/13-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 05.10.2019. p. 118.

chamados estupros coletivos, os dados do Anuário apontam que ainda é um crime praticado de forma individual: "Apesar dos casos conhecidos como estupros coletivos atraírem maior atenção midiática, em sua maioria os estupros são cometidos por um único autor (92,5%), havendo 7,5% de casos cometidos por múltiplos autores."[53]

Com relação ao local de ocorrência, a pesquisa do IPEA usou as vítimas como variáveis, ou seja, se eram crianças, adolescentes ou adultos, abusados por conhecidos ou não. Os dados encontrados foram os seguintes: os abusos contra crianças por conhecidos ocorreram dentro de suas respectivas casas em 79% dos casos; os abusos contra adolescentes, nessas circunstâncias, somaram 67%; e 65% dos casos de vítimas adultas.

Já as estatísticas dos crimes de estupros praticados por desconhecidos revelaram o seguinte: vítimas crianças e no interior do ambiente doméstico representam 31,3% dos casos, 29% em vias públicas e 16,9% em outros lugares não descritos na pesquisa; vítimas adolescente e no interior do ambiente domésticos, 21,7%, em vias públicas, 39,5% e locais não informados, 21,7%; vítimas adultas e no interior do ambiente doméstico, 21,5%, em vias públicas, 49,6% e em locais não informados, 15,2%.

No levantamento de dados do Anuário 2019 impressiona a estatística da idade da vítima. 72% dos estupros de mulheres são contra meninas de até 17 anos; 29% deles contra meninas de 10 a 13 anos.[54] Essas informações nos mostram uma tristíssima realidade: no Brasil crianças são estupradas dentro de casa.

A cultura do estupro está presente nas respostas e nos dados apresentados. As violências contra mulheres e crianças foram naturalizadas, inclusive pelas vítimas, ao ponto de termos números alarmantes de casos não registrados. Conforme aponta a pesquisa de vitimização realizada em 2013 pela Secretaria Nacional de Segurança Pública-SENASP a pesquisa, apenas 7,5% das vítimas de ofensas sexuais informam à polícia.[55]

Em 2018, foram registrados 66.041 mil casos de estupro no Brasil. O Anuário de 2019 informa que é o maior número de casos já registrados, e um aumento de

53. Idem.

54. Ibidem, p. 119.

55. SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA-SENASP. *Pesquisa nacional de vitimização*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf]. Acesso em: 07.10.2019.

4,1% em relação ao ano anterior. Segundo o documento, 53.726 desses registros são de vítimas mulheres, um aumento de 5,4% em relação ao ano anterior. O crime de estupro, apesar de ter ganho notoriedade midiática na segunda década do século XXI, continua sendo uma conduta recorrente e quase aceita na sociedade brasileira, como comenta Campos:

> "Essa publicização remete-nos ao que foi dito no início desse breve ensaio: que há um mínimo de culpa, que quiçá, ausência de culpa quanto à prática do estupro em uma sociedade de modelo francamente patriarcal e machista como a sociedade brasileira. Mesmo que o crime seja tipificado, mesmo que se trate de uma perversão daqueles que o cometem, há uma tolerância silenciosa em torno de sua prática, com a postura de vaidade naqueles que a cometem, já que a mesma tão somente endossa os valores machistas patriarcais dessa sociedade"[56].

Vale ressaltar que o estupro não é o único crime contra as mulheres que cresce de forma significativa. Segundo o Atlas da Violência 2019[57], durante o período de 2007-2017, os homicídios de mulheres aumentaram 30,7% e apesar de os homens serem as maiores vítimas de assassinatos, o escalonamento das violências contra as mulheres que culminam na morte delas é estarrecedor.

Nos casos de feminicídio, isto é, quando as mulheres são mortas por sua condição de mulher, o autor tem ou teve uma relação sexual/amorosa com a vítima: "observa-se que 88,8% das vítimas foram assassinadas pelos próprios companheiros ou ex-companheiros."[58] Esse dado reafirma a posição das mulheres na cultura patriarcal, relegando-as ao eterno lugar de propriedade sexual de um homem, em que quando ela não mais serve ou não mais cede às demandas, o autor se sente autorizado a forçar relações sexuais ou até mesmo a matá-la.

Contudo, é preciso levar uma questão sobre os dados aqui apresentados. O aumento dos registros de estupro não, necessariamente, significa o aumento dos

56. CAMPOS, Andrea Almeida,. Op. cit., p.11.

57. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA Pública (org.). *Atlas da violência 2019*. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf]. Acesso em: 08.10.2019.

58. FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (São Paulo). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. 13. ed. São Paulo: Fórum Nacional de Segurança Pública, 2019. p. 110. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/13-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 05.10.2019.

estupros de fato. Diferente dos casos de feminicídio, que antes da inclusão da qualificadora no Código Penal, eram enquadrados como homicídio, mas, na maioria das vezes, eram notificados à polícia ou outro órgão estatal, os estupros sempre foram invisibilizados, impossibilitando inclusive que se soubesse do ocorrido.

Isto posto, desde o final do século XX os organismos internacionais, as universidades e principalmente os movimentos feministas e de direitos humanos no mundo e consequentemente no Brasil, passaram a levantar a cortina das violências sexuais, que o estupro é um dos modelos mais perversos. Desde a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres[59], em 1979 que consolidou a violência contra as mulheres como crime contra a humanidade, avançando para a 4ª Conferência Mundial da ONU Sobre as Mulheres, em Pequim, na China que ampliou o escopo do que se entende como violência contra a mulher e por diversos outros tratados e acordos internacionais, intercontinentais, regionais, a comunidade internacional tem debatido sobre os direitos das mulheres e sobre como garantir a todas o gozo desses respectivos direitos, especialmente de viver uma vida livre de violência.

A crescente pulverização do tema produziu o efeito desejável: colocou luz na realidade das mulheres no mundo e ajudou a diminuir o silêncio institucional e social imposto pela lógica de criminalização da vítima. No Brasil, a partir da igualdade de direitos e obrigações positivada na Constituição de 1988, mais tarde com o advento da criação de um órgão federal para promoção da igualdade entre homens e mulheres e a erradicação da violência contra a mulher,[60] e logo depois a aprovação da Lei Maria Penha, foi possível que a luta pelo fim da violência contra as mulheres entrasse na pauta oficial dos governos, desdobrasse-se em política pública e impulsionasse a sociedade, os espaços de mídia, as escolas, universidades a falar sobre o tema e incentivar que as vítimas não tenham culpa ou vergonha, que busquem ajuda, que denunciem, logo não é possível sabermos se aumentou o número de estupros ou se aumentou o número de registros porque as mulheres passaram a ter mais instrumentos e apoio para denunciar a violência que sofrem

Entretanto, outra hipótese do aumento dos registros de estupro está relacionada também com a pulverização social do assunto, mas nesse caso com resultados perversos: em uma sociedade opressora, quando os oprimidos se revoltam em razão de uma determinada conduta os opressores reafirmam o poderio reforçando

59. Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres.

60. Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM).

a conduta. Para Campos[61], os números de estupros aumentaram em decorrência de uma ameaça à estrutura da manutenção da cultura do estupro, a saber, o crescimento de denúncias e do debate público. Segundo a autora, quando uma estrutura é ameaçada, os mecanismos de reincidência são logo acionados: "a repetição da prática do crime seria um desses mecanismos. Pode parecer esdrúxulo, mas está de acordo com a perversidade que integra essa cultura"[62].

6. Conclusão

A análise da evolução histórica da legislação relativa ao crime revela que a cultura do estupro está enraizada na sociedade. Desde a primeira legislação que tratou sobre o crime, é possível perceber que, *a priori*, o que estava em questão era a legitimidade da vítima, tanto na esfera particular quanto na privada.

Apenas em 1940, com o Código Penal, a honestidade da vítima e a distinção entre mulher honesta e de vida pública foram retiradas da legislação, de maneira que a conduta da vítima perdeu a relevância para determinação do crime. No entanto, o crime ainda era visto como violação aos costumes. Apenas em 1988, a mulher alcança a positivação da igualdade perante a lei, pela primeira vez saímos do neutro-masculino, em que todos são iguais perante a lei, sem nos nomear, para "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações", nos equiparando, inclusive textualmente. Além disso, todos os brasileiros, homens e mulheres conquistaram proteção à dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer fator social, ético ou moral. No que se refere ao estupro, finalmente, em 2009, o crime passou a ser tratado como violação da liberdade e da dignidade sexual e não mais uma afronta aos costumes.

A definição de honestidade da vítima, exigida desde as ordenações Filipinas até o final da primeira década do século XXI, baseava-se na sociedade machista e patriarcal, na qual a mulher era propriedade do homem e a valorização do crime estava diretamente relacionada ao seu valor de bem, quanto mais pura mais o ato de estupro rebaixava o *status* da mulher e do homem que a controlava, fosse pai, irmão ou marido, logo maior a conduta criminosa. O papel da mulher se limitava aos cuidados da casa e dos filhos, sua individualidade como detentora de direitos estava restrita aos papéis sociais. Atualmente, a situação é diferente: as mulheres não são legalmente submetidas aos homens, mas possuidoras plenas

61. CAMPOS, Andrea Almeida. Op. cit., p. 12.

62. Idem.

de direitos pela sua condição de pessoa, de caráter individual e desvinculado da conduta moral.

Isso não significa que o patriarcado deixou de reger a vida das mulheres, ou que a cultura do estupro tenha acabado. Ainda se mantêm preceitos morais que determinam a importância social e até institucional que a vítima de estupro receberá, pois tudo que fugir dos padrões, tende a não receber a devida proteção. Não existe forma legal de eximir o Estado de proteger uma mulher, porque essa conduta violaria diversos preceitos constitucionais, fundamentais e humanos, princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Mesmo assim, a realidade nos demonstra que quem foge das regras comportamentais valorizadas pela sociedade tende a correr mais riscos, de caso violentada, não receber a proteção que lhe é direito. Ainda resiste na sociedade brasileira o discurso de que determinadas mulheres "mereceriam ser estupradas", porque o modo como participam da sociedade, a maneira como exercem sua sexualidade, as opções de vestimenta ou mesmo a ocupação dos espaços públicos seriam motivos relevantes para atenuar ou mesmo perdoar o agressor, tendo em vista que ele estaria reagindo a uma "autorização da vítima para ser violentada".

Os números apresentados demonstram a forte presença da imposição social à vítima da culpa do crime sofrido, questionando, em primeiro plano, o seu comportamento, e, somente em segundo, o comportamento do agressor. A conduta criminosa só entrará em questão se a honestidade da vítima conseguir ser comprovada.

Vale relembrar que o crime de estupro está ligado ao poder e à dominação, e não ao descontrole sexual, o que se observa quando percebemos que, na maioria das ocorrências, existe coação por meio do emprego de força física. Não necessariamente o uso de armas de fogo, que prevalece nos casos de violência sexual praticada por estranhos, mas quando o agressor é um parente ou um conhecido, o uso da força corporal é predominante.

Além do patriarcado, é possível constatar que o recorte racial se reflete nos crimes de estupro. As diversas pesquisas aqui citadas apontam que são as mulheres negras as maiores vítimas nos registros de estupro, seja pela opressão secular que estão submetidas seja por serem, por questões socioeconômicas, usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS), o que faz com que a violência sofrida por elas tenha registro, enquanto as mulheres brancas, de classe mais alta, procuram serviços médicos particulares e não notificam o ocorrido para as autoridades.

No entanto independente da etnia, cor, classe social, a questão central é que a maioria das mulheres brasileiras vítimas de estupro não notificam as autoridades.

A subnotificação reforça a compreensão de que as mulheres têm medo e/ou vergonha do que aconteceu, e, para não serem expostas, não realizam denúncias. Essas situações também demonstram a presença do patriarcado, pois o medo de serem vítimas novamente, muitas vezes, impede registro formal. Fazer uma denúncia implica responder questionamentos acerca dos detalhes da violência sofrida, além de perguntas relativas a supostos fatores que teriam motivado a violação; como o aspecto das roupas, as circunstâncias do local, e até inferências sobre a conduta moral e eventual postura de conivência, no caso do agressor ser um conhecido ou do crime ter sido praticado por mais de um abusador.

Na segunda década do século XXI ainda a moral e a "honestidade sexual" da vítima são ponderadas, insinuando que a mulher poderia evitar o crime, desde que se comportasse com respeito. Quando avaliamos que as vítimas são principalmente meninas, menores de 17 anos, percebemos como a cultura do estupro está vinculada com a imposição, o exercício violento do poder e não com sexo em si. As meninas, mais do que as mulheres adultas, vivenciam a relação de posse do patriarcado em duas frentes: ser mulher e ser legalmente menor, duplamente submetida ao poderio dos homens que as cercam.

A cultura do estupro, é uma das formas de sustentação do sistema patriarcal, uma ferramenta do patriarcado para dominar a vida e o corpo das mulheres. A intimidação e o medo fazem com que as mulheres sejam, muitas vezes, privadas de suas liberdades e a igualdade de gênero não se materialize. A normatização da violência faz com que as novas gerações de homens e mulheres demorem para entender a situação dilacerante a que são submetidas as mulheres brasileiras.

A limitação do direito das mulheres de gerirem seus próprios corpos demonstra como a nossa sociedade consegue controlá-las e mantê-las dominadas com regras alheias a elas mesmas. A cultura do estupro, portanto, continua sendo meio de controle, pelo qual se exerce poder de dominação das vidas pública e particular das mulheres e retardam a igualdade de gênero.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Neuma. Patriarcado, sociedade e patrimonialismo. *Soc. estado.* [online], 2000, v. 15, n. 2, p. 303-330. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102=69922000000200006-&lng=en&tlng-em]. Acesso em: 26.10.2017.

BELGICA. Centro Regional De Informação Das Nações Unidas. *Objetivo 5* – Igualdade de género. Disponível em: [https://www.unric.org/pt/ods-link-menu/31974-objetivo-5-igualdade-de-genero]. Acesso em: 08.10.2019.

BORIN, Thaisa Belloue. *Violência doméstica contra a mulher*: percepções sobre violência em mulheres agredidas. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2007.

BUCHWALD, Emilie; FLETCHER, Pamela; ROTH, Martha (ed.). *Transforming a Rape Culture*. Minneapolis: Milkweed Editions, 1993.

CAMPOS, Andrea Almeida. A cultura do estupro como método perverso de controle nas sociedades patriarcais. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 16, n. 183, ago. 2016. Disponível em: [http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/32937]. Acesso em: 30.10.2017.

CAMPOS, Andrea Almeida. A cultura do estupro como método perverso de controle nas sociedades patriarcais. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 16, n. 183, ago. 2016. Disponível em: [http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/32937]. Acesso em: 30.10.2017.

CANELA, Kelly Cristina. *O "stuprum per vim" no direito romano*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

CERQUEIRA, D.; COELHO, D. S. C. *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da Saúde. Brasília: Ipea, 2014. (Nota Técnica, n. 11).

COULOURIS, Daniella Georges. *A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentindo da punição em processos judiciais de estupro*. Tese de Doutorado, Faculdade de Sociologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

DAVIS, Angela. *The Black Woman's Role in the Community of Slaves*. Somerville: New England Free Press, 1971. (THE BLACK SCHOLAR).

DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). *Dicionário Crítico do feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Débito ou crédito conjugal?* Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_545)debito_ou_credito_conjugal.pdf].

DICIO. *Dicionário Online de Português*. Porto: 7Graus, 2019. Disponível em [https://www.dicio.com.br/cultura/]. Acesso em: 01.10.2019.

DRUMONT, Mary Pimentel. Elementos para uma análise do machismo. *Perspectivas – Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 3, p. 81-85, 1980. Disponível em: [http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/1696/1377]. Acesso em: 25.10.2017.

ENGEL, Cintia Liara. *As atualizações e a persistência da cultura do estupro no Brasil*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Brasília/Rio de Janeiro: IPEA, 1990.

FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (São Paulo). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. 13. ed. São Paulo: Fórum Nacional de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/13-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 05.10.2019.

HIRATA. Helena (org.). *Dicionário crítico do feminismo*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA Pública (org.). *Atlas da violência 2019*. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf]. Acesso em: 08.10.2019.

LUCENA, Mariana Barrêto Nóbrega de. Os debates do movimento feminista: do movimento sufragista ao feminino multicultural. *17º Encontro Nacional da Rede Feminina Norte e Nordeste de Estudo e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. Paraíba: Universidade Federal da Paraíba. 2012. Disponível em: [http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/100]. Acesso em: 20.11.2017.

MARCH, Kety Carla de. Corpos subjugados: como problemática histórica. *Oficina do historiador*, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 10, n. 1, jan.-jun. 2017. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/oficinadohistoriador/article/view/26768/15676]. Acesso em: 01.08.2017.

MARCH, Kety Carla de. Estupro: construção de masculinidades no acesso sexual ao corpo feminino no Paraná dos anos 1950. *VII Congresso Internacional de História, XXXV Encuentro de Geohistoria Regial, XX Semana de História*. Paraná. *Anais*... Paraná: Universidade do Centro-Oeste – UNICENTRO, 2015.

MATTA, Roberto da. Você tem cultura? *Jornal da Embratel*, Rio de Janeiro, 1981. Disponível em: [http://www.aems.com.br/download/arquivos/30961/voce_tem_cultura.pdf]. Acesso em: 13.02.2019.

MOREIRA, Adilson José. Cidadania sexual: postulado imperativo da igualdade. *Direito, Estado e Sociedade – Revista eletrônica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 48, jan.-jun. 2016. Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=321&sid=30]. Acesso em: 29.07.2017.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Maria José de. *"El Hombre-Machado" e a Hombria* – variações em torno do conceito de machismo. Caligrama: Revista de Estudos Românicos. Disponível em: [http://www.periodicos.letras.ufmg.bre/index.php/caligrama/article/view/133]. Acesso em: 25.10.2017.

QUITSCHAL, Patrícia Maia. *Os diários de vampira*: a sexualidade livre e dominadora das vampiras e o tratamento dado pela vítima. Dissertação de mestrado, Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 6. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

SANTOS, Tânia Maria dos. A mulher nas constituições brasileiras. *II seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em debate*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2009.

SCHMIDT, Joessane de Freitas. As mulheres na revolução francesa. *Revista Thema*, v. 9, n. 2, nov. 2012. Disponível em: [http://revistathema.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/view/147/67]. Acesso em: 03.11.2017.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA-SENASP. *Pesquisa nacional de vitimização*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV--Senasp_final.pdf]. Acesso em: 07.10.2019.

SILVA, Sergio Gomes da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. *Revista Psicologia*: ciência e profissão, Brasília, v. 30, n. 3, set. 2010. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932010000300009&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt]. Acesso em: 03.11.2017.

SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; BRITO, Daniel Chaves de; BARP, Wilson José. Violência doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil. *Teoria e Pesquisa: Revista de Ciência Política*, v. 18, n. 01, 2009. Disponível em: [http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/161/137]. Acesso em: 06.02.2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Informativo 0568*. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=estupro+contra+prostituta&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO].

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

TOLEDO, Cecília. *Gênero e classe*. São Paulo: Editora Sudermann, 2017.

VIEIRA, Miriam de Paiva. Lucrécia, Lucretia e Artemísia: a (des)honra de viver. *Em Tese*, v. 18, 2º2, p. 113-126, ago. 2012. Disponível em: [http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/emtese/article/view/3811/3757]. Acesso em: 08.10.2017

VIERIA, Miriam Steffen. Concepções de violência sexual e direitos das mulheres: do "defloramento" ao "estupro". *Revista do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal de Pelotas*, Pelotas, v. IV, n. 7/8, ago.-dez 2007. Disponível em: [https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/lepaarq/article/view/1195/989>. Acesso em: 20.08.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência, de Ana Lucia Sabadell e Lívia de Meira Lima Paiva – *RBCCrim* 153/173-206 (DTR\2019\23904);
- Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Fabiano Porto Francisco – *RT* 999/369-404 (DTR\2018\22792);
- Os estupros nas universidades: uma análise da heteronormalidade e seus mitos, de Clara Maria Roman Borges e Alessandra Prezepiorski Lemos – *RBCCrim* 133/199-218 (DTR\2017\1846); e
- Perspectivas feministas em criminologia: a interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro, de Mailô de Menezes Vieira Andrade – *RBCCrim* 146/435-455 (DTR\2018\18287).

Do trabalho doméstico para o estado de abandono: uma análise sobre a institucionalização de adolescentes trabalhadoras domésticas em Brasília durante a década de 70

From domestic work to abandonment: an analysis about the institutionalization of female adolescent domestic workers in Brasília on the 70's

Priscila Aurora Landim de Castro

Doutoranda em Sociologia pela Universidade de Brasília. Mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília. Bacharel em Sociologia pela Universidade de Brasília.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0273-4425.
landimunb@gmail.com

Recebido em: 08.04.2019
Aprovado em: 22.09.2019
Última versão da autora: 18.10.2019

Áreas do Direito: Infância e Juventude; Trabalho; Direitos Humanos; Penal

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir a realidade das adolescentes trabalhadoras domésticas como fenômeno representativo da distinção sexual das estratégias de institucionalização de menores. O artigo se baseia em três estudos de caso que compuseram um processo judicial de 1971. A respeito da condição das trabalhadoras domésticas, foram identificados dois diferentes fluxos na estrutura do sistema socioeducativo brasiliense. O fluxo que constitui objeto deste artigo diz respeito às adolescentes que migraram para Brasília para trabalhar como domésticas e que foram internadas como abandonadas após a perda do vínculo empregatício.

Palavras-chave: Sistema socioeducativo – Gestão de menoridade – Trabalhadoras domésticas – Adolescentes – Brasília.

Abstract: The aim of this paper is to discuss the reality of female adolescent domestic workers as a phenomenon that represents the sexual distinction on the strategies of minor´s institutionalisation. The article is based on three case studies described in a 1971 court case. Two different flows related to the condition of domestic workers were identified in the structure of the Brasilia´s socio-educational system. This paper is related to the analysis of one of them which is representative of the adolescents who migrated to Brasilia to work as domestic workers and who were interned as abandoned after the loss of employment.

Keywords: Youth justice – Socio-educative measures – Domestic worker – Adolescents – Brasília; Brazil.

Castro, Priscila Aurora Landim de. Do trabalho doméstico para o estado de abandono: uma análise sobre a institucionalização de adolescentes trabalhadoras domésticas em Brasília durante a década de 70. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 375-412. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Panorama do sistema socioeducativo de Brasília na década de 70. 4. Meninas abandonadas para "casas de família". 5. Meninas trabalhadoras domésticas do Distrito Federal. 5.1. Joana, 16 anos – Origem: Pernambuco. 5.2. Ana, 14 anos – Origem: Minas Gerais. 5.3. Catarina, 13 anos – Origem: Bahia. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

"Consoante ao tipo de casuística é quase comum em Brasília os casos dessa natureza. Normalmente, pelas dificuldades financeiras, a menor é induzida a vir para Brasília com novas aspirações e perspectivas de melhores dias futuros. Entretanto, se não satisfaz aos anseios é marginalizada à própria sorte ou transferem a responsabilidade à autoridade competente" (Trecho extraído de relatório produzido por assistente social que atuava no sistema socioeducativo em referência ao caso de uma ex-trabalhadora doméstica que havia sido internada em estado de abandono. Brasília 01.11.1971)

1. Introdução

O objetivo deste artigo é discutir a situação das adolescentes trabalhadoras domésticas no contexto da gestão da menoridade, em Brasília[1], tendo como recorte histórico a década de 70. O artigo se baseia em três estudos de caso, descritos em um processo judicial de 1971, de adolescentes trabalhadoras domésticas, com idades de 13, 14 e 16 anos[2], que migraram dos seus Estados de origem (Bahia, Minas Gerais e Pernambuco) para trabalhar em "casa de família" na nova capital.

1. É importante distinguir os nomes utilizados para designar a capital e a jurisdição do tribunal cujos processos analisados compõem o escopo deste artigo. O Distrito Federal (DF) é uma das 27 unidades federativas nacionais e abriga a capital do Brasil, a cidade de Brasília. O Distrito Federal é dividido em regiões administrativas, popularmente conhecidas como cidades-satélites. Por sua vez, a jurisdição do Tribunal do Distrito Federal e Territórios contempla todas as cidades satélites. Tendo em vista o Distrito Federal compreender a região de Brasília, o texto ora faz referência à Brasília, ora ao Distrito Federal.
2. É inconclusiva a idade real das adolescentes, sendo possível encontrar divergência de um ano em relação à idade apresentada em diferentes documentos que compõem o processo judicial. No ofício de encaminhamento ao Delegado de Menores, o assistente social descreve as garotas como tendo 13, 13 e 15 anos de idade. Já nos relatórios, assinados pelo mesmo assistente social que produziu o mencionado ofício, existem os seguintes registros: "data de nascimento: 14.05.1956" (caso 5.1, Joana); "data de nascimento: 14 anos" (caso 5.2, Ana) e "data de nascimento: 13 anos" (Catarina, caso 5.3). A informação da data de nascimento em termos de idade ao invés de dia, mês e ano acontece mesmo em casos nos quais é afirmado que adolescente possui registro

Castro, Priscila Aurora Landim de. Do trabalho doméstico para o estado de abandono: uma análise sobre a institucionalização de adolescentes trabalhadoras domésticas em Brasília durante a década de 70. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 375-412. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

O objetivo do artigo é, a partir da história dessas três adolescentes, problematizar como as políticas socioeducativas são marcadas pela intersecção das políticas de classe, gênero, raça, sociabilidade e afetividade. Para tanto, serão utilizadas como categorias chaves os conceitos de "trabalho reprodutivo", formulado por Shellee Colen (1995), e "ambiguidade afetiva", desenvolvido por Donna Goldstein (2003).

Entre os critérios utilizados para a seleção desses casos, figura o fato de o processo disponibilizar cópia dos relatórios produzidos pelo assistente social que atuava na instituição onde as garotas foram internadas. Relatórios dessa natureza não são facilmente encontrados na composição dos processos judiciais da década de 70 e constituem uma excelente fonte de informação sobre o cumprimento das medidas socioeducativas.

As adolescentes que compõem os estudos de caso migraram para Brasília, na década de 70, mediante promessa de trabalho. Desacompanhadas dos pais e sem vínculos familiares na capital, elas culminaram no Juizado de Menores e foram declaradas abandonadas após enfrentarem inúmeros percalços nas casas onde trabalhavam. Nesse cenário, as meninas experimentaram agressões e desqualificações diversas praticadas pelos empregadores que as consideraram inaptas para o desempenho das atividades domésticas. A história das adolescentes que dão vida a esse artigo coincide com a de tantas outras meninas que ocupam as páginas dos processos da Vara da Infância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT e cujas trajetórias estão marcadas pela migração para a nova capital em busca de oportunidades.

Foram constatados dois fluxos relacionados às trabalhadoras domésticas no interior do sistema socioeducativo da nova capital.

O primeiro fluxo se refere às adolescentes que migraram para Brasília mediante proposta de trabalho e que, em razão do desemprego, foram encaminhadas para o Juizado de Menores. Normalmente, as adolescentes eram encaminhadas pelos próprios empregadores mediante a alegação de impossibilidade de permanência destas nas casas onde trabalhavam e incapacidade de regresso das jovens para as cidades de origem. Além disso, há casos em que elas eram simplesmente dispensadas das atividades e entregues à própria sorte. O estado de abandono e a internação eram determinados pelo juiz de menores em razão da inexistência de familiares na cidade.

---

de nascimento. Diante da ambiguidade presente nos diferentes documentos que compõem o processo, *optou-se por considerar a idade descrita nos relatórios*.

O segundo fluxo diz respeito às adolescentes que vieram para Brasília por motivos diversos (não necessariamente mediante promessa de emprego), tendo ingressado no sistema socioeducativo por serem consideradas abandonadas. Após internadas e independente de terem experiência como domésticas, as garotas eram encaminhadas para "casas de família" onde passariam a trabalhar.

Portanto, os dois fluxos correspondem ao ciclo de (1) adolescentes domésticas internadas em razão do estado de abandono e (2) garotas abandonadas que após internadas eram transformadas em domésticas. A despeito da existência desses dois fluxos, *o foco do artigo incorrerá sobre o primeiro*.

Tendo em vista o período estudado, trata-se de um debate situado na doutrina da situação irregular, a qual é característica da fase anterior à reforma produzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA[3]. O Código de Menores de 1979[4] adota expressamente a doutrina da situação irregular, todavia o termo já era utilizado para caracterizar a gestão de menores durante a vigência do Código de Menores de 1927[5]. Segundo o Código de Menores de 1979, um menor seria declarado em situação irregular em caso de privação das condições essenciais à subsistência, saúde e instrução; por ser considerado vítima de maus tratos; por ser exposto a perigo moral; caso fosse encontrado desempenhando atividades contrárias aos bons costumes; em casos de omissão dos pais ou responsáveis; por privação de representação legal; por desvio de conduta ou autoria de infração penal (PILOTTI; RIZZINI, 1995, p. 81).

A solução oferecida para o enfrentamento do problema dos menores estava fundada numa política de internação que prescindia uma classificação que distinguisse menoridade, infância e adolescência. A menoridade não é simplesmente uma variável demográfica determinada por faixas etárias, trata-se de uma categoria jurídica onde o menor é caracterizado como um sujeito em formação, detentor de direitos, mas cujos atos precisam ser tutelados por um responsável. No âmbito da assistência social, o menor ganha contornos ainda mais específicos, pois nessa esfera a categoria jurídica passa a ser transversalizada por critérios de classe segundo os quais os sujeitos que constituem o objeto da lei e da ação do juízo de menores são prioritariamente carentes. Trata-se, portanto, de uma atuação sobre a infância desvalida.

3. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.
4. Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979.
5. Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

No que diz respeito às terminologias utilizadas, a escolha pela utilização do termo menor está em consonância com os conceitos utilizados no período cujo artigo faz referência. O conceito menor não será explorado por não ser o foco deste artigo, todavia esta pesquisa considera que o termo menor não pode ser simplificado como uma mera categoria demográfica, a partir da qual uma população é dividida em faixas etárias. Ao contrário disso, a pesquisa pressupõe que o menor constitui uma representação social específica da infância e da adolescência, cujos sujeitos seriam constituídos por traços de personalidade, moralidade e origem social.

As reflexões apresentadas resultam das análises preliminares da pesquisa de doutorado[6] que vem sendo conduzida desde 2017, e cujo trabalho de campo nos arquivos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) foi iniciado em setembro de 2018.

O artigo foi construído em seis seções. A primeira diz respeito à introdução. A segunda tem por objetivo apresentar o contexto metodológico de realização da pesquisa. A terceira seção estabelece um panorama do sistema socioeducativo em Brasília. A quarta diz respeito a uma revisão bibliográfica sobre o encaminhamento de meninas, em geral classificadas como abandonadas, para "casas de família". A quinta seção discorre sobre os três estudos de caso das meninas trabalhadoras domésticas de Brasília e, por isso, divide-se em três tópicos, dedicados à análise pormenorizada de cada um dos casos, tendo como fonte principal os relatórios produzidos pelo assistente social que atuava na instituição onde as garotas foram internadas. A sexta e última seção corresponde à conclusão.

2. Metodologia

Como dito anteriormente, esse artigo é resultado das conclusões parciais de investigação em andamento a qual tem por objetivo investigar a política de gestão das crianças e dos adolescentes abandonados e delinquentes na cidade de Brasília, no período de 1960 a 1989. Portanto, a investigação não está restrita às adolescentes trabalhadoras domésticas que, na verdade, constituem uma parte do universo de casos encontrados na pesquisa empírica.

Os três casos que fundamentam o debate são datados de 1971 e compõem o quadro de 113 processos selecionados como representativos da década de 70[7]. A

6. Doutoranda em Sociologia pela Universidade de Brasília e pesquisadora visitante na Cardiff University, Reino Unido.

7. Esse número (113) corresponde à quantidade de processos da década de 70 digitalizados. O total da amostra consultada está estimada em 1.087 processos judiciais da extinta Vara de Família, Menores, Órfãos e Sucessões, relativos às décadas de 70 e 80.

amostra foi organizada observando a representatividade de no mínimo 10 (dez) processos de cada um dos anos que compuseram a década de 70[8].

Uma particularidade das fontes que fundamentaram a pesquisa decorre da recente eliminação dos processos que pertenciam ao acervo da Vara da Infância do TJDFT e cuja destruição dos originais abrangeu os processos de 1970 a 2014. O ato de eliminação foi objeto do Edital de Ciência de Eliminação[9] 63/2018, datado de 04 de outubro de 2018. A destruição dos processos não foi condicionada à digitalização dos originais e, portanto, trata-se da perda definitiva dessa base de dados[10].

A política de gestão documental do Tribunal de Justiça do Distrito Federal se fundamenta na teoria das três fases arquivísticas, segundo a qual os documentos são classificados como correntes, intermediários ou permanentes. A classificação de um documento como permanente se desdobra na necessidade de preservação desse conteúdo em vista do reconhecimento do seu caráter histórico, testemunhal, probatório ou como fonte de pesquisa. Se reconhecida essa relevância documental, os processos são mantidos no arquivo permanente; caso contrário, são passíveis de eliminação. Assim, os órgãos públicos não precisam manter como permanentes todos os documentos que produzem e a eliminação obedece a tabela de temporalidade do órgão, a qual é responsável por designar o ciclo de guarda documental.

Segundo a atual tabela de temporalidade do TJDFT, os processos judiciais infracionais destituídos de valor secundário (que é caracterizado pelas suas características históricas ou informativas) podem ser eliminados três anos após o seu encaminhamento para o arquivo central. Dessa forma, a maioria dos processos cuja eliminação foi autorizada em 2018 já tinha ultrapassado o período de três anos no arquivo central. Segundo informação prestada pelos servidores, a eliminação não pôde acontecer antes devido a uma incompatibilidade envolvendo a

8. Foi observada a anualidade dos processos que compuseram a amostra. Assim, foram selecionados ao menos dez casos de cada um dos anos de 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978 e 1979.

9. Edital de ciência de eliminação de documentos 63/2018. Brasília, 04.10.2018. Disponível em: [https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/editais-de-eliminacao-de-documentos-da-area-fim/2018/edital-de-ciencia-de-eliminacao-de-documentos-63-2018]. Acesso em: 13.03.2019.

10. Segundo informação prestada pelos servidores do Arquivo, foi preservado o correspondente a 1% do acervo de cada década. Trata-se de percentual mínimo que será mantido como parte do acervo histórico.

interface do sistema de controle processual utilizado pela Vara da Infância e o sistema de gestão arquivística. Solucionado o problema, foi elaborada uma força-tarefa para a eliminação daquele conjunto de documentos.

Conforme mencionado anteriormente, os processos não estavam indexados e isso significa dizer que não estavam organizados segundo critérios que antecipassem o conteúdo da documentação. A classificação dos processos teria auxiliado muitíssimo a realização do trabalho de campo visto oferecer critérios para a seleção dos casos, tais como a natureza e ano dos processos, gênero, idade dos socioeducandos, entre outros. Como a organização do acervo não distinguia sequer os processos infracionais dos não infracionais, o trabalho de campo implicou a seleção de casos dentro de um universo amplo de conteúdos que envolvia todos os temas da Vara da Infância. Por todos os motivos apresentados, torna-se improvável determinar o número exato de processos lidos isso porque a pesquisa envolveu a abertura de dezenas de caixas cuja primeira tarefa era identificar o conteúdo que compunha cada uma delas, tendo como último ato a análise de conteúdo dos processos infracionais[11].

3. Panorama do sistema socioeducativo de Brasília na década de 70

A capital federal, antes sediada na cidade da Guanabara, foi transferida para Brasília em 21 de abril de 1960. A organização do aparato burocrático e a transferência das instituições públicas que atuariam na recém-criada cidade ocorreram gradualmente, não sendo possível imaginar que já em 1960 todas as instituições estivessem perfeitamente ajustadas às necessidades de uma capital da república.

A Lei 4.545, de 10 de dezembro de 1964, é uma das normas responsáveis por dispor sobre a estrutura administrativa do Distrito Federal na sua primeira década de existência. O art. 1º da mencionada Lei prevê a existência de nove secretarias na estrutura da administração básica do Distrito Federal, as quais seriam: a Secretaria do Governo (SEG); a Secretaria de Administração (SEA); a Secretaria de Finanças (SEF); a Secretaria de Educação e Cultura (SEC); a Secretaria da Saúde (SES); a Secretaria de Serviços Sociais (SSS); a Secretaria de Viação e Obras

11. A análise do acervo da década de 60 foi realizada em contexto absolutamente diverso suscitado pela inexistência da emergência que caracterizou a primeira fase do trabalho de campo no TJDFT. Nessa segunda etapa, foi possível contabilizar a amostra constituída por 1.575 processos judiciais de um acervo composto por aproximadamente 5.290 processos judiciais. Portanto, foi consultado mais de 30% do acervo da década de 60, tendo sido digitalizados 67 processos.

(SVO); a Secretaria de Serviços Públicos (SSP) e a Secretaria de Agricultura e Produção (SAP).

As competências das secretarias são anunciadas no art. 4º da Lei 4.545 e a estratégia utilizada pelo legislador foi descrever as competências das secretarias a partir de uma divisão temática, fundamentando-se nos "assuntos compreendidos na competência de cada uma das secretarias"[12]. A escolha por tal abordagem suscitou uma ausência de especificidade quanto às funções institucionais de cada órgão, especialmente no que diz respeito aos temas que transversalizavam diferentes secretarias, como é o caso da pauta socioeducativa.

A ausência de previsões normativas capazes de estabelecer com um mínimo de especificidade as atribuições de cada instituição somou ao contexto de instabilidade que caracterizou os primeiros anos da organização burocrática de Brasília. Desdobramentos dessa abstenção da norma caracterizaram a rotina processual do antigo juizado de menores do Distrito Federal, especialmente no que se refere às competências dos atos administrativos que deveriam compor os processos socioeducativos, tais como as análises psicológica, médica, familiar, as visitas às famílias e a produção de laudos diversos.

A definição dessas responsabilidades variou ao longo das décadas de 60, 70 e 80 e, não necessariamente, foi precedida de uma formalização legal. Na maior parte das vezes a designação dessas competências era pactuada pelas próprias instituições que, às vezes, formalizavam convênio, outras vezes não. Isso suscitou um trânsito de competências no que diz respeito à instrução dos processos infracionais e a execução das medidas socioeducativas cujas atividades ora eram concentradas no juizado de menores, ora eram partilhadas com a Fundação do Serviço Social (FSS) e a rede de instituições sociais particulares conveniadas.

Entre as conclusões parciais da pesquisa em andamento, figura o fato do juizado de menores de Brasília ter acumulado durante mais de duas décadas competências que extrapolavam a mera atuação judiciária. O juizado de menores da nova capital desempenhou funções do Poder Executivo ao executar políticas públicas relativas à execução das medidas socioeducativas e essa configuração foi alterada progressivamente a partir da segunda metade da década de 70 mediante a migração de competências do juizado de menores para a Fundação de Serviço Social (FSS), tendo sido a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM responsável pela mediação desse novo formato.

12. *Caput* do art. 4º da Lei 4.545, de 10 de dezembro de 1964.

Um convênio[13] firmado entre a FUNABEM e o Juízo de Menores, em 1983, é um exemplo da atuação do juízo de menores como responsável pela administração do Centro de Observação e Tratamento de Menores – CETRAM. Nesse convênio o juiz de menores figura como parte e gestor de recursos. O convênio prevê o atendimento a 240 menores, de ambos os sexos, que tivessem desempenhado conduta antissocial. O convênio é estipulado em Cr$ 53.505.246,00 de cruzeiros. Nesse mesmo processo consta outro convênio, assinado em 03 de agosto de 1983, cujo montante é de Cr$ 75.310.054,00 de cruzeiros.

O formato ampliado de atuação do Juizado de Menores em Brasília tem precedentes no histórico da justiça brasileira, trata-se do "juizado-executivo que atua em jurisdição ampliada, fornecendo subsídios às famílias pobres, distribuindo bolsas de estudo, enfim, agindo em áreas que deveriam estar sujeitas à iniciativa do poder executivo" (PILOTTI; RIZZINI, 1995, p. 146). A acumulação de competências assistenciais como pertencentes ao rol de responsabilidades da justiça de menores foi objeto de muitas críticas que reivindicavam que a magistratura se ocupasse das demandas "judiciárias puras"[14].

Diante da ampliação e da complexificação da assistência aos menores, tornou-se absolutamente necessária a descentralização das atividades assistenciais. Entre as tentativas de coordenação de uma política nacional, destaca-se o papel desempenhado pelo Serviço de Assistência ao Menor – SAM[15], criado em 1941 no governo de Getúlio Vargas, e a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, criada em 1964.

Por hora, não foi possível estabelecer se a atuação ampliada do juízo de menores na década de 70 foi uma característica exclusiva do contexto de formação de Brasília ou se práticas equivalentes compunham a rotina da justiça de menores em outros estados.

13. Trata-se de convênio que compõem processo confidencial, cujo acesso foi autorizado exclusivamente para fins de pesquisa e, por isso, não foi incluída a referência do documento.

14. Referência ao termo utilizado por Marcelo Gantus Jasim segundo o qual a perspectiva "judiciária pura" seria determinada pelo predomínio do "juizado judicial" (PILOTTI; RIZZINI, 1995, p. 146).

15. O Serviço de Assistência ao Menor – SAM foi criado pelo Decreto-lei 3.799, de 05 de novembro de 1941. A despeito do SAM ser descrito como responsável por coordenar as políticas de menores em todo território nacional, na prática a sua atuação ficou muito restrita à capital federal.

4. Meninas abandonadas para "casas de família"

A colocação familiar figurava entre os possíveis encaminhamentos institucionais aplicáveis aos casos de crianças e adolescentes abandonados durante a década de 70. O atual Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA[16] persiste fazendo referência à colocação familiar, todavia, existem significativas diferenças entre a colocação familiar atualmente praticada e o modelo experimentado na primeira metade do século XX. Nesse sentido, a intenção deste tópico é apresentar um breve levantamento bibliográfico a respeito do instituto da colocação familiar.

Vianna (1999)[17] e Bernal (2004) conduziram duas importantes pesquisas historiográficas a respeito da gestão da menoridade. Apesar de os trabalhos não terem como foco o debate sobre as adolescentes trabalhadoras domésticas, ambas as autoras encontraram como padrão o encaminhamento de meninas para o desempenho de atividades domésticas nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro.

Antes da criação do primeiro Juízo de Menores na década de 20, cabia às autoridades policiais realizar a gestão das crianças e dos adolescentes abandonados e delinquentes. Vianna (1999) encontra algumas destinações atribuídas aos menores por parte da autoridade policial, entre as quais figura a tutela privada dos menores para realização de serviços domésticos. Cabia aos policiais a avaliação dos menores e a decisão sobre o destino destes (a incluir o local onde iriam trabalhar), sendo que frequentemente as menores eram encaminhadas para as casas de policiais e militares. O encaminhamento de crianças e adolescentes para o desempenho de atividades domésticas compôs a rotina policial até a década de 20 e foi assimilada pelo juízo de menores, após a criação do Código de Menores de 1927.

Vianna (1999) defende a tese de que a importância do legado policial na gestão dos menores teria impactado significativamente o Código de Menores de 1927[18], cuja norma não foi capaz de superar a lógica de classificação policial existente. Por esse motivo a autora relativiza o papel do Código de Menores enquanto

16. Lei 8.069, de 13 de julho de 1999. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

17. O trabalho conduzido por Vianna (1999) tem como fonte principal a documentação policial do estado do Rio de Janeiro produzida nas duas primeiras décadas do século XX. A autora define o objetivo da pesquisa como sendo produzir "uma investigação acerca do processo de construção de um personagem social, o menor, através das atividades policiais de recolhimento e classificação de um conjunto de indivíduos legalmente em situação de menoridade".

18. Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

produto exclusivo ou majoritário do campo jurídico e instrumento capaz de criar uma representação inovadora do menor. No sentido contrário aos trabalhos que exaltam as inovações que o Código teria suscitado na gestão dos menores, Vianna sinaliza para o fato de que o Código de Menores teria promovido um "avanço dos profissionais do direito sobre um território cuja administração era primordialmente policial" (VIANNA, 1999, p. 53).

A institucionalização privada de menores em lares tem como característica tornar essas casas uma extensão da vigilância policial. Além disso, "o que ligava o menor à pessoa que se tornava então responsável por ele era um laço de trabalho" (VIANNA, 1999, p. 83). Nesse sentido, vê-se que o encaminhamento de menores para os lares suscitava a transposição e a imprecisão de muitas fronteiras características dos mundos público e privado, em especial, no que concerne à administração do poder parental, às regras trabalhistas e ao exercício do controle estatal.

O trabalho conduzido por Bernal (2004) assume como período cronológico os anos de 1938 a 1960 e debate a gestão da menoridade no Estado de São Paulo. O objetivo do livro é discutir as estratégias de resistência desenvolvidas pelos menores confinados em relação ao processo de disciplinamento. O livro também comporta uma descrição das rotinas administrativa e judicial do Serviço Social de Menores (SSM).

A análise dos prontuários formulada por Bernal indica que os procedimentos de colocação dos menores em postos de trabalho apresentavam padrões organizados pelo critério de gênero. Os meninos eram frequentemente encaminhados para escritórios, oficinas e fábricas, enquanto as meninas tinham como destino "casas de família", onde desempenhavam trabalhos domésticos.

A colocação das meninas em postos de trabalho doméstico ocorria mediante o pagamento de uma pequena remuneração e, por esse motivo, era conhecida como colocação sob soldada. As famílias recebiam as garotas mediante termo de responsabilidade e frequentemente a relação era marcada por conflitos envolvendo as menores e os empregadores. Esses conflitos se desdobravam em fugas e a negativa das adolescentes em permanecer nas casas. Nesses casos, os empregadores devolviam as garotas para o Serviço Social de Menores, mediante acusação de inadaptação, indolência e maus hábitos. A autora indica que a "devolução" das garotas problemáticas ocorria com certa facilidade, o que permite associar a ausência de uma verdadeira formação educacional e profissional dos menores às posições de baixa qualificação que assumiam quando egressos.

A institucionalização privada de menores mediante a colocação familiar é reforçada em 1949, por meio da criação da Lei Estadual 560, de 27 de dezembro de 1949. Trata-se de lei da comarca de São Paulo cujo objetivo era proporcionar

uma alternativa à internação de menores por meio da colocação destes em lares substitutos. Assim, o instituto jurídico da colocação familiar atuaria na alocação de menores de 0 a 14 anos que não possuíssem lar ou que nele não pudessem permanecer[19] e as famílias responsáveis por receber os menores poderiam fazê-lo de maneira voluntária ou mediante remuneração, a qual ficaria a cargo do Estado.

Fávero (1999) e Colmán (2004) apontam uma relação direta entre a criação do serviço de colocação familiar no Estado de São Paulo e a introdução formal do serviço social no Juizado de Menores. A I Semana de Estudos do Problema de Menores, datada de 1948, sediou a problematização da internação de menores como principal estratégia para o enfrentamento da situação dos menores abandonados e delinquentes. Fávero (1999, p. 38-39) afirma que os debates promovidos nesse evento foram cruciais para as ações que seriam tomadas posteriormente, especialmente àquelas relativas ao desenvolvimento de alternativas à internação. Entre os desdobramentos da I e II Semana de Estudos do Problema de Menores, ocorridas em 1948 e 1949, figura a elaboração do projeto da Lei de Colocação Familiar por uma comissão formada durante a realização da II Semana de Estudos[20].

O modelo de colocação familiar adotado no Estado de São Paulo teve como inspiração as experiências inglesas e norte-americanas ("*Foster Home Care*") e a experiência francesa ("*Placement en Foyers Nourriciers*"). A especial influência americana é justificada pelo intercâmbio envolvendo bolsistas brasileiros da Escola de Serviço Social e o governo dos Estados Unidos. As experiências inglesa, americana, francesa e brasileira foram orientadas pelo postulado de que o lar substituto seria uma alternativa à internação cabendo aos responsáveis o cuidado do menor em proporcionar-lhe abrigo, alimentação nutritiva, vestuário, hábitos saudáveis, aprendizado moral e religioso (COLMÁN, 2004).

A colocação familiar também compõe uma das diretrizes da Lei de Criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)[21], a qual prevê, em

19. Nos termos do art. 2º da Lei 560, de 27 de dezembro de 1949 "são colocados em casas de famílias, a título gratuito ou remunerado, menores de 0 (zero) a 14 (catorze) anos que, por força de fatores individuais ou ambientais, não tenham lar ou nele não possam permanecer".

20. A comissão era formada pela assistente social Helena Iracy Junqueira, pelo deputado estadual Monsenhor J. B. de Carvalho e pelo Procurador Geral do Estado João Batista de Arruda Sampaio (COLMÁN, 2004).

21. Lei 4.513, de 1º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências.

seu art. 6º, inciso I, que a política nacional de assistência deveria "assegurar *prioridade* aos programas que visem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da *colocação familiar* em lares substitutos"[22].

A colocação familiar igualmente está descrita no rol de previsões do Código de Menores de 1979[23]. O art. 14 do Código estabelece a colocação familiar como sendo uma medida aplicável pela autoridade judiciária. Por sua vez, o art. 17 descreve cinco modalidades de colocação familiar: delegação do pátrio poder, guarda, tutela, adoção simples e adoção plena.

Por último, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA[24], que constituiu a última grande reforma jurídica no âmbito das disposições relativas às crianças e aos adolescentes, também incorporou a colocação familiar[25] entre as suas previsões. O Estatuto dispõe sobre a colocação em família substituta como opção à prática de institucionalização prolongada, tendo estabelecido como estratégias ações como a guarda, a tutela, a adoção e a manutenção de programas de apadrinhamento afetivo.

Ao longo do trabalho de campo realizado em Brasília, foram encontrados inúmeros casos de encaminhamento de crianças e adolescentes para lares substitutos, mediante o pagamento das famílias que acolhiam os menores. Tratava-se de prática mais frequente nos casos de menores abandonados. Paralelamente vigorava a prática de encaminhamento de adolescentes do sexo feminino para "colocação familiar com vínculo empregatício em trabalho doméstico"[26].

---

22. Lei 4.513, de 1º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências.
23. Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores.
24. Lei 8.069, de 13 de julho de 1999. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
25. "Que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia" (Lei 8.069, de 13 de julho de 1999, art. 28, § 6º, II).
26. Trecho do parecer produzido por assistente social, em 05 de abril de 1972, a respeito do caso de uma adolescente órfã, de 13 anos, natural de Minas Gerais, que estava sob os cuidados da madrinha, morando em uma fazenda, após a morte do pai. A adolescente alegou ter fugido para Brasília por não mais suportar os maus tratos, tendo sido encontrada por um comissário de menores no mesmo dia que desembarcou em Brasília. Consta no relato que a menina havia manifestado desejo de trabalhar como doméstica, sendo este o encaminhamento dado pelo assistente social que evidencia a necessidade de "contudo, ter condições de continuar com os estudos".

5. Meninas trabalhadoras domésticas do Distrito Federal

Antes de iniciar a descrição dos casos, é necessário realizar uma nota metodológica a respeito das estratégias criadas para descrever os documentos que serão mencionados. O detalhamento das fontes é uma estratégia cuja necessidade fica ainda mais evidente em vista da destruição dos documentos originais. Além disso, soma-se o fato de o processo em questão nunca ter sido de natureza pública e cuja preservação do sigilo constituir requisito para a realização da pesquisa. A combinação desses fatores torna improvável o acesso às informações apresentadas e, por isso, é ainda mais relevante compartilhar o passo a passo da análise dos documentos. Portanto, ainda que alguns considerem tal descritividade uma tarefa excessiva, ela é a única forma que disponho para integrar o leitor ao objeto analisado. Naturalmente, serão preservados os nomes originais, os quais serão substituídos por nomes fictícios.

O processo analisado tramitou na Vara da Infância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no ano de 1971. O ofício que iniciou os autos é datado de 21 de novembro de 1971 e o arquivamento ocorreu em 03 de dezembro de 1971, mediante solicitação do próprio Juiz de Menores. A combinação das datas implica em um brevíssimo ciclo de tramitação em doze (12) dias.

Semelhante ao narrador que orienta a cena do jogo para aqueles que escutam a descrição de uma partida de futebol, descrevendo-lhes o passe da bola, os jogadores envolvidos e a reação da plateia, também assim o faz o pesquisador ao eleger os pontos a partir dos quais elabora a sua narrativa. Isso porque a atividade de pesquisa envolve a seleção e a combinação de diferentes documentos ou trechos de documentos, os quais ascendem como marcos da história apresentada. Nesse sentido, o prazo de tramitação do processo em 12 dias é o primeiro elemento que é apresentado, visto caracterizar os marcos temporais de "início e fim" da situação que suscitou a abertura do processo. Naturalmente, a institucionalização das adolescentes foi precedida e sucedida por outros atos judiciais que constituíram as suas trajetórias, todavia o arquivamento deste processo demarca o prazo de encerramento da situação apresentada, ao menos no que diz respeito à jurisdição do Juiz de Menores de Brasília.

No que diz respeito à estrutura do processo, ele é composto por 19 páginas (contando com a capa) e cujo primeiro documento é constituído por um ofício de autoria do coordenador da Fundação do Serviço Social do Distrito Federal (FSSDF) o qual tem por finalidade comunicar ao Juiz de Menores a transferência das três adolescentes que estavam sob a tutela da Fundação. Portanto, a transferência das adolescentes para a delegacia de menores foi decidida

monocraticamente pelo Coordenador da Fundação de Serviço Social, que informou ao magistrado:

> "Meritíssimo Juiz,
>
> Vimos pelo presente, comunicar a V. Excia. que nesta data encaminhamos à Delegacia de Menores, S.Q.S 104/105, as menores Joana, Ana, Catarina[27] acompanhadas de lista de ocorrências. Tal encaminhamento foi feito em virtude da total incompatibilidade de conduta das referidas menores com a natureza e objetivos desta unidade da F.S.S.D.F, atitudes que tem posto em contínuo risco a integridade física e moral, tanto dos outros menores aqui alojados, como também dos funcionários das casas-lar e suas chefes.
>
> Para melhor informação de V. Excia. passamos a anexar relatório de caso, bem como relato de ocorrências referentes às supracitadas menores.
>
> Sendo o que se apresenta para o momento, rogamos a V. Excia., que aceite as nossas melhores saudações" (Brasília, 24 de novembro de 1971) (sic)[28].

O segundo documento, é um ofício, também datado de 24 de novembro de 1971, por meio do qual o mesmo coordenador da Fundação se dirige ao Delegado de Menores apresentando as três adolescentes:

> "Senhor Delegado,
>
> Pelo presente estamos encaminhando a V. Sª as menores Joana, Ana, Catarina.
>
> O presente encaminhamento se faz em virtude da impraticabilidade da permanência das referidas menores neste Centro de Recepção Provisória, por motivos de total indisciplina, atos de agressividade, inclusive à mão armada, tanto contra outros menores aqui alojados, como também contra as domésticas e chefes de lar, o que põe em contínuo risco as integridades física e moral dos assistidos e das funcionárias.

27. Nomes fictícios.

28. Trecho de ofício que compõe o processo de natureza sigilosa. Documento datado de 24 de novembro de 1971, Brasília-DF. Autoria: Coordenador da Fundação de Serviço Social do Distrito Federal – FSSDF. Destinatário: Juiz de Menores. A respeito da composição desse primeiro documento, o cabeçalho do ofício dispõe das seguintes informações: "(1) Governo do Distrito Federal; (2) Secretaria de Serviços Sociais; (3) Fundação do Serviço Social do Distrito Federal". O remetente se identifica valendo-se de três informações: o nome, a formação (assistente social) e o cargo (coordenador). O título de coordenador não é seguido da identificação do órgão ou área que coordena, essa lacuna foi suprida pelas informações prestadas no cabeçalho, onde constava referência à Fundação, desdobrando disso o entendimento de que ele, possivelmente, coordenasse toda a Fundação do Serviço Social do Distrito Federal – FSSDF.

> Esclarecemos ainda que nesta data estamos encaminhando os relatórios casuísticos das referidas menores ao M.M. Juiz de Menores bem como comunicação do presente encaminhamento"[29].

O ofício dirigido ao delegado de menores é sucedido dos relatórios e as fichas de ocorrências das adolescentes, que serão descritos individualmente nos tópicos 5.1, 5.2 e 5.3. Além disso, compõem a estrutura do processo dois ofícios por meio dos quais o delegado de menores se dirige ao juiz de menores e outros dois ofícios nos quais o juiz de menores do Distrito Federal encaminha uma adolescente para os cuidados do juiz de menores de Vitória da Conquista (BA) e outra para os cuidados do juiz de menores de Belo Jardim (PE). Além desses documentos, existem diversos despachos administrativos do juiz de menores, redigidos à caneta no corpo dos ofícios já mencionados, os quais têm por intenção tramitar o processo entre as áreas da própria Vara da Infância ou expedir comunicações para outras instituições, em especial, a delegacia de menores. Além do mais, esses atos redigidos a caneta visavam igualmente certificar informações apresentadas, concluir os autos e solicitar o arquivamento do processo. O caráter manuscrito das anotações constitui uma característica da rotina administrativa das décadas de 70 e 80.

São quatro os atores institucionais que participam do processo: o assistente social que assina como coordenador da Fundação, o assistente social responsável pela elaboração dos relatórios das garotas, o juiz e o delegado de menores. Não há menção à participação de advogado de defesa atuando em nome das adolescentes, tampouco curador de menores. As adolescentes não se manifestam no processo em momento algum, sequer mediante representação, e essa é uma característica dos processos de menores do TJDFT na década de 70.

Os dois assistentes sociais que atuam no processo o fazem na condição de representantes da Fundação de Serviço Social. O primeiro ocupa o cargo de coordenador da Fundação e, por isso, promove as tratativas com o juiz e o delegado de menores. O segundo produz os relatórios das adolescentes e assina como assistente social executor[30].

Contrariando a ideia segundo a qual o Juiz ou o Ministério Público seriam permanentemente os atores principais na produção da verdade jurídica, nesse

29. Trecho de ofício que compõe o processo de natureza sigilosa. Documento datado de 24 de novembro de 1971, Brasília-DF. Autoria: Coordenador da Fundação de Serviço Social do Distrito Federal – FSSDF. Destinatário: Delegado de Menores.

30. Supõe-se que o termo "executor", no contexto utilizado, faça referência à responsabilidade de acompanhar a execução das medidas socioeducativas

processo os assistentes sociais figuraram como peças chaves na narrativa apresentada. Isto porque foi o ato dos assistentes sociais que iniciou a transferência das meninas mediante a acusação de que elas não poderiam mais estar sob os cuidados da Fundação e foram também os assistentes sociais que atuaram como peritos na descrição do histórico e da personalidade das adolescentes.

De modo geral, os assistentes sociais atuaram como importantes peritos no processo de formulação da verdade jurídica sobre os menores. Sobre a produção dos discursos, Foucault (1999) propõe a existência de regras que desnivelam o seu processo de formulação, especialmente observáveis nos preceitos que limitam poderes e definem quais seriam os sujeitos considerados na elaboração da verdade. Eis o caso dos menores, que até o estabelecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente sequer tinham direito ao contraditório e que mesmo diante da previsão de representação via curador persistiam sub representados nos processos nos quais eram constituídos como objeto, mas não como sujeitos ativos. No processo judicial objeto desse artigo, não há menção à manifestação das adolescentes em relação aos fatos que lhes foram imputados e isso ganha mais evidência diante do prazo de resolução do caso (12 dias).

No que diz respeito à participação do Serviço Social como área do conhecimento integrante da produção da verdade jurídica, Fávero (2013) expõe que a história do Serviço Social no Brasil está muito ligada ao poder judiciário, além da igreja católica, e para isso a autora apresenta como marcos históricos a criação da Escola de Serviço Social, em 1936, localizada na cidade de São Paulo, e a criação do serviço de colocação familiar por parte do Juízo de Menores de São Paulo, em 1949. Isso implica dizer que o Serviço Social brasileiro está constituído há 83 anos, dos quais 70 estão relacionados ao Poder Judiciário e, mais especificadamente, à gestão da menoridade no âmbito judicial.

Considerando a relação envolvendo o Serviço Social e a gestão da menoridade no âmbito do judiciário, cabe analisar a atuação dos assistentes sociais enquanto peritos sociais, cuja rotina profissional comporta descrever os sujeitos atendidos, relatar fatos, promover visitas, apresentar posicionamentos a respeito das situações apresentadas, ou seja, realizar um diagnóstico individual e social. Nesse sentido, Fávero (2013, p. 513) pontua:

> "O assistente social foi e é chamado pelo Estado a fazer parte do Poder Judiciário para contribuir com a aplicação da lei. O estudo que realizava e que realiza, o parecer social que elabora com base nesse estudo, e que é registrado em um relatório ou laudo, tem contribuído para flexibilizar ou para manter inflexível a lei? A lei tem um poder formal de gerir e de ordenar a vida, implicando em direitos e deveres [...] Assim, o estudo que o assistente social realizava e realiza

> contribui para desvendar a realidade em sua construção histórica e social, ou para ocultar – ou justificar – essa construção?"

Ainda sobre o contexto de produção dos relatórios produzidos pelos assistentes sociais no âmbito do judiciário paulista, Fávero cita o depoimento de uma assistente social que atuava no poder judiciário do estado de São Paulo[31] e que afirma:

> "Nós tínhamos o direito, eu digo, de vida ou morte. Se você pegar os processos daquela época vai ver que eram relatórios grandes, até meio chatos para ler. Não chatos, porque eram muito bem-feitos, mas eram relatórios grandes, bons [...]. De jeito nenhum o assistente social alterava relatórios por exigência do juiz. Às vezes ele podia não concordar [...]. É um direito que lhe cabia, como juiz [...]. Ficava o nosso relatório, documentado, e o juiz colocava o parecer dele. Mas isso era raríssimo acontecer. [...] dava um medo danado. O medo era uma das discussões que a gente vivia tendo: gente, veja a responsabilidade que a gente está tendo, porque o juiz vê o que se escreve no final e põe 'de acordo'. Então, os casos não iam imediatamente para o juiz, eram muito bem estudados pela chefia e refeitos se algum aspecto não estivesse muito bem claro para justificar a medida final" (FÁVERO, 2013).

No caso em apreço, é crucial o papel dos assistentes sociais que atuam no processo, a título de determinar a destinação das adolescentes. O encaminhamento das meninas tem como fundamento básico o diagnóstico de que as garotas seriam "menores com problemas de conduta" e que, por isso, deveriam ficar sob os cuidados de uma unidade especializada em reeducação. A sugestão de encaminhamento para uma instituição de reeducação somente aparece nos relatórios produzidos pelo assistente social executor e isso suscita dúvidas sobre o que estaria comportado na expressão "reeducação". O imperativo da socioeducação é que todas as instituições que atuem na guarda dos menores igualmente comportem uma perspectiva de educação ou reeducação. A diferenciação, localização e historicização dessas categorias também é um dos objetivos desta pesquisa. Todo modo, no contexto utilizado, tomando como referência a descrição que evidencia o caráter violento e perigoso das adolescentes, entende-se que o profissional estava fazendo referência a uma instituição especializada no trato

31. Não existe uma delimitação clara sobre o período histórico ao qual a assistente social refere-se, todavia existe uma nota da autora que classifica o depoimento como tendo sido produzido em 1994, além de fazer referência ao início do Serviço Social no Judiciário paulista.

de adolescentes em conflito com a lei, anteriormente conhecidos como infratores. Disso se desdobram dois problemas: o primeiro, as adolescentes não foram internadas por serem infratoras, elas foram internadas por estarem em estado de abandono, pois as adolescentes vieram para Brasília sozinhas, não contando com nenhum vínculo familiar na capital; o segundo, naquele momento, o Distrito Federal não dispunha de instituição de reeducação para menores em conflito com a lei.

Isso suscitou um impasse quanto ao destino das adolescentes que estavam desterradas institucionalmente, pois não possuíam um lugar para ficar ou um órgão que efetivamente assumisse os seus cuidados. A realidade era que a Fundação se recusava a permanecer com elas mediante a acusação de mau comportamento; a delegacia de menores não era um lugar para a permanência das adolescentes; elas não voltariam para a casa dos empregadores porque esse foi o motivo que as levou à internação e, por último, elas não possuíam vínculos familiares em Brasília. Nesse sentido, a dúvida que persistia era: para onde eles iriam?

Esse é um, entre os vários casos encontrados durante a pesquisa, envolvendo impasses a respeito da destinação dos menores cuja guarda estava atribuída à Fundação do Serviço Social do DF. Na década de 70, o Distrito Federal desfrutava de instituições para o acolhimento dos menores abandonados, a maior parte delas eram instituições religiosas ou de assistência social privada com as quais o governo mantinha convênio, porém não existia instituição que lidasse especificamente com os casos de delinquência e má conduta. O processo encerra sem responder com exatidão o destino de todas as garotas e essa também é uma característica da instrução processual da época: muitas vezes os processos são arquivados sem terem esgotado a matéria. Outra característica é que as comunicações e as decisões são formuladas oralmente, sem que houvesse uma minuciosa descrição destas nos autos. Sabe-se da existência das tratativas orais porque existem documentos que fazem menção a elas. A despeito das conversas serem citadas, o conteúdo do que foi tratado não é reportado nos autos. Exemplo disso está presente no processo analisado quando, por meio de um ofício, o delegado de menores se dirige ao juiz afirmando: "cumprindo *solicitação verbal* de Vossa Excelência determinei ao chefe da SIDI desta especializada a localização da senhora X".

A senhora X era a empregadora da adolescente natural de Pernambuco. O juiz determinou a compra de passagem para retorno da menor ao estado de origem sem, contudo, ser partilhado o conteúdo do depoimento da empregadora. Assim, o magistrado se restringe a declarar "ouvi a notificada. Providenciem a passagem para a menor". O ofício de apresentação da menina ao juiz de Pernambuco é datado do dia posterior à oitiva da empregadora.

A adolescente de 13 anos, natural da Bahia, é também encaminhada para os cuidados do juiz de menores de Vitória da Conquista. Despachos dessa natureza, solicitando a compra de passagens para transferência ou "devolução" dos menores para seus Estados eram rotineiros na Vara de Menores do Distrito Federal.

O processo é arquivado sem fazer referência à destinação da terceira garota, de 14 anos, natural de Minas Gerais. Por isso não é possível determinar o que aconteceu com ela após o encaminhamento para a Delegacia de Menores.

Para além da decisão de encaminhar as garotas para os seus estados, mostra-se crucial a análise do conteúdo dos relatórios produzidos pela Fundação, os quais servem como parâmetro para conhecer os procedimentos e os critérios da época. Portanto, o tópico subsequente terá como objetivo apresentar uma descrição individual dos três relatórios que compuseram a estrutura do processo, observando que serão atribuídos nomes fictícios às garotas a fim de preservar-lhes as identidades.

Os relatórios foram formulados pelo mesmo assistente social executor e são organizados segundo a mesma estrutura composta por 10 (dez) tópicos: 1 – identificação da menor; 2 – identificação do grupo familiar; 3 – procedência da menor; 4 – situação familiar; 5 – situação econômica; 6 – situação habitacional; 7 – situação de saúde; 8 – histórico do caso; 9 – diagnóstico do caso; e 10 – conclusão.

5.1. Joana, 16 anos – Origem: Pernambuco

Tamanho do relatório: três páginas datilografadas e uma página a título de anexo contendo os registros das ocorrências.
Identificação do grupo familiar: a mãe da adolescente é viúva e vivia maritalmente com o pai da menor. Idade da mãe: 48 anos. Profissão: comerciante. Não referência a existência de irmãos.
Menor com registro de nascimento[32].
Escolaridade: 5ª série – primário.
Tempo em Brasília: menos de 3 meses. Veio para Brasília em 29.08.1971.
Tempo trabalhando na casa: menos de 3 meses. Veio para Brasília no dia 29.08.1971 e saiu do emprego no dia 14.11.1971.
Remuneração: 100 Cr$.
Data de entrada na Fundação: 16.11.1971.
Data de encaminhamento da adolescente ao delegado de menores sob acusação de mau comportamento: 24.11.1971.

Transcrição de todas *as ocorrências anexadas ao relatório*[33]*:*
16.11.1971: Entrada no Centro de Recepção Provisória da Fundação do Serviço Social.
17.11.1971: Entrevista preliminar.
18.11.1971: "Foi retirar a roupa do Centro Espírita Sebastião o Mártir – Albergue do Núcleo Bandeirante"[34].
19.11.1971: "Acompanhada do assistente social fez-se presente no trabalho de uns conhecidos para verificar as possibilidades de ir para a sua casa, foi rejeitada a proposta, tendo em vista a menor namorar um dos irmãos e, por isso, não a concederem ao pretendido".
20.11.1971: "às 19h30 do dia 20, deu crise nervosa no dormitório do pavilhão A, deixando o CRP descalça e despenteada dizendo suicidar-se. Outro menor, João[35], tentou dissuadi-la, retornando ambos às 21h. Do comportamento da menor, gerou forte conflito entre os internos não tendo as chefes do lar condições de contê-los, visto o pavor de que foram tomados".
X.11.1971 (dia ilegível): "saiu do CRP com outra menor às 19h retornando às 23h30".
X.11.1971 (dia ilegível): "em 20/11 atingiu o menor João com um pontapé nos testículos tendo o menor se submetido a pequena cirurgia no Hospital Distrital – 1 HDB – Urologia".

A narrativa apresentada a seguir diz respeito aos fatos descritos no relatório da adolescente, o qual é composto por três páginas, sendo identificado como tendo sido produzido pelo Centro de Recepção Provisória da Fundação do Serviço Social do Distrito Federal. O documento é assinado em 24 de novembro de 1971, data que coincide com o ofício de encaminhamento das garotas para a delegacia de menores.

32. Essa é uma categoria a ser considerada, visto o número significativo de crianças que não possuíam registros de nascimento na década de 70. A inexistência do registro de nascimento suscitava atos administrativos de reconhecimento da filiação e levantamento da idade da criança. Nesses casos, era comum que o registro de nascimento ocorresse como um desdobramento do processo.
33. As ocorrências estão transcritas na exata ordem e formato em que aparecem no relatório.
34. Transcrição exata do conteúdo do relatório, sem exclusão de nenhuma parte, e cuja redação está originalmente formulada em termos ambíguos.
35. Nome fictício, assim como todos os outros mencionados no artigo.

A adolescente foi demitida após uma sucessão novelesca de episódios que envolviam ser acusada de ter mudado o próprio nome, ter mentido sobre a data do seu aniversário e a morte da mãe para conquistar atenção dos vizinhos, além de outros desentendimentos. A descrição feita pelo assistente social conta com rigor de detalhes, incluindo as datas dos fatos alegados, referência a cópia de um bilhete em que a garota teria pedido ajuda ao marido da patroa[36], porém não há referência explícita à fonte dessas informações. A partir da natureza dos relatos, que especialmente acusam a garota, e do requinte dos detalhes, subentende-se terem sido informações prestadas pela empregadora, sempre retratada como a pessoa responsável por desvelar as mentiras criadas pela adolescente. Não há nenhuma menção a um possível contraditório em relação aos fatos alegados.

Joana foi demitida após três meses de trabalho, antes de se mudar para Brasília a menina morava na cidade de Belo Jardim, Pernambuco, tendo sido contratada pela mãe da empregadora[37].

A menina veio para Brasília sozinha, de ônibus, e a primeira mentira da qual a garota foi acusada se referia ao fato de ter se apresentado com outro nome no emprego[38]. A adolescente foi contratada mediante a garantia de saber cozinhar e dominar todos os outros afazeres domésticos, porém a patroa constatou a sua inexperiência e, por isso, reduziu o salário de Cr$180,00 para 100,00.

Dias após a sua chegada, a menina brigou com a empregada da vizinha e esse foi o primeiro de muitos desentendimentos envolvendo, inclusive, um empregado do mercado que a acusou de ter jogado propositalmente um ferro no chão, tendo exigido que ela arcasse com os custos do produto.

Em outro momento, a garota disse à patroa que teria sido convidada para ser freira e que o convite teria sido feito pela madre superior de um colégio. Posteriormente, a mulher soube que a menina teria criado o contexto da visita para relatar à madre os espancamentos que estaria sofrendo no emprego.

Noutra oportunidade, entregou um bilhete ao marido da patroa pedindo que ele a levasse para a casa de uma prima da adolescente (cujo endereço ela não

36. O termo "patroa" é usado em consonância à descrição presente no relatório da menor e à terminologia utilizada pelas próprias adolescentes ao descreverem a empregadora.

37. "A progenitora da Dona X, residente em Belo Jardim/PE, atendendo à solicitação de sua filha, depois de entendimentos com os familiares da menor em apreço, encaminhou-a a esta Capital, de ônibus, sob os cuidados do motorista" (trecho extraído do relatório de Joana).

38. Ela, adolescente, apresentou-se como Fátima.

dispunha) e que, após ler o recado, rasgasse o bilhete e não relatasse o fato à esposa. Aparentemente, a mulher não só descobriu como guardou o bilhete e o apresentou à Fundação como prova do comportamento da menina[39].

Além disso, a menina teria usado a celebração do aniversário da patroa como ensejo para dizer que também aniversariaria naquele mês, motivo pelo qual foi presenteada com um par de sapatos. Posteriormente, a mulher descobriu que o aniversário teria ocorrido meses antes.

A menina também teria mentido sobre o falecimento da própria mãe durante o período de pós-parto da empregadora. Inclusive, o relatório menciona que a menina "dramatizou a cena de tal maneira que despertou a atenção da vizinhança"[40]. Por sua vez, a mulher disse ter sofrido desdobramentos no seu quadro de saúde durante o pós-parto e que isso teria sido motivado pela mentira da adolescente. A mulher descobriu se tratar de uma invenção ao entrar em contato com a mãe de Joana, que teria respondido a carta da empregadora dizendo que a adolescente era "mentirosa e ter se perdido com um homem ao qual dava dinheiro"[41].

A menção feita pela mãe da menor ao tal homem ratificava as suspeitas da patroa que já havia encontrado uma carta que faria referência ao possível amante: "O contexto de uma carta que encontrou nos pertences da menor, dizendo, entre outras coisas, que o amante aceitasse os 20,00 Cr$ e que embora não gostasse dela lhe mandaria mais dinheiro de Brasília"[42].

A decisão pela dispensa da menor teve como situação limítrofe o fato de a menina ter pernoitado fora de casa. Dizendo que iria à festa de aniversário do irmão do namorado, Joana acabou sendo encontrada pela empregadora "dormindo num barraco, república de 5 operários de uma construção próxima àa sua casa"[43].

Desta feita, ela foi dispensada, tendo-lhe sido pago Cr$ 50,00, referentes à primeira quinzena de novembro, período em que trabalhou. A menina, entregue à própria sorte, tomou um táxi buscando abrigo na casa do namorado. Todavia, não encontrou o rapaz em casa e, sem ter onde dormir, pediu abrigo no albergue de um centro espírita. E foi pelo encaminhamento do centro espírita que Joana chegou ao Centro de Recepção Provisória da Fundação do Serviço Social do DF.

39. Não existe cópia do bilhete nos autos, porém o assistente social faz menção a ele como compondo anexo.
40. Transcrição extraída do relatório de Joana.
41. Transcrição extraída do relatório de Joana.
42. Transcrição extraída do relatório de Joana.
43. Transcrição extraída do relatório de Joana.

Durante a internação, a menina foi acusada de se conduzir de "forma irregular, trazendo sérias consequências para a boa norma dos internos"[44]. A garota é também descrita como responsável pela "sedução de um menor para colóquios amorosos"[45] e de ter promovido tentativas de fuga, além de possuir "mania de suicídio"[46].

O relatório é encerrado com o diagnóstico de que Joana se encontrava "em processo de prostituição, com problemas de conduta, além de mitomania e ideia de autodestruição"[47]. Por fim, o assistente social conclui que "em vista do exposto, é impraticável a permanência da menor em qualquer instituição de caráter assistencial. Outrossim, recomendamos seu encaminhamento para estabelecimento especializado em reeducação"[48]. Importante observar que a entrada da adolescente na Fundação é datada do dia 16.11.1971 e o encaminhamento para a delegacia de menores ocorre no dia 24.11.1971, portanto 8 (oito) dias depois. Desse modo, todos os episódios dos quais a adolescente foi acusada teriam acontecido na primeira semana da sua internação.

Conforme dito anteriormente, todas as informações produzidas sobre a adolescente parecem ter sido narradas a partir da perspectiva da empregadora e, em nenhum momento, a descrição parece interessada em propiciar uma representação da adolescente sobre si mesma. Comparando o conteúdo dos relatórios dos casos 5.1 e 5.2, é possível notar distinções quanto às pessoas que informam os fatos descritos no relatório. Em nenhum dos outros dois relatórios o histórico do caso é marcado por citações diretas.

O caso de Joana é significativamente marcado pela produção de informações que designam a adolescente mediante características negativas e violentas. A forma como os relatos são produzidos e a narrativa marcada pelo paradigma da patroa *versus* a empregada, permitem inferir que o perfil da adolescente foi traçado a partir do que foi dito sobre ela, não parecendo ter-lhe sido oferecida idêntica oportunidade de manifestação a respeito das queixas que lhe foram atribuídas.

Após o encaminhamento para a delegacia de menores, o juiz intimou a empregadora e fez menção ao comparecimento da mulher sem, no entanto, reproduzir

44. Transcrição extraída do relatório de Joana.
45. Transcrição extraída do relatório de Joana.
46. Transcrição extraída do relatório de Joana.
47. Transcrição extraída do relatório de Joana.
48. Transcrição extraída do relatório de Joana.

nos autos o conteúdo da audiência. A informação produzida pelo magistrado se restringe a: "ouvi a notificada. Providenciem a passagem para a menor"[49].

Na sequência, foi integrado ao processo um ofício de apresentação da menina ao juiz de menores do estado de Pernambuco. O documento é datado de 27.11.1971 e dele se apreende que a garota foi enviada para o estado de origem. No entanto, não se sabe se ela efetivamente retornou para os cuidados da família.

5.2. Ana, 14 anos – Origem: Minas Gerais[50]

Tamanho do relatório: duas páginas datilografadas e uma página a título de anexo contendo os registros das ocorrências.
Identificação do grupo familiar: filha de mãe viúva. Não consta idade da mãe. Não possui irmãos.
Registro de nascimento: não consta essa informação.
Escolaridade: não é informada no relatório.
Tempo em Brasília: 11 meses.
Tempo trabalhando na casa: 10 meses.
Remuneração: recebeu apenas roupas e calçados em troca dos trabalhos domésticos.
Data de entrada na Fundação: 08.11.1971.
Data de encaminhamento da adolescente ao delegado de menores sob acusação de mau comportamento: 24.11.1971.
Transcrição de todas as ocorrências anexadas ao relatório[51]*:*
08.11.1971: Entrada no Centro de Recepção Provisória da Fundação do Serviço Social.
09.11.1971: Entrevista preliminar
14.11.1971: "Bastante agitada – correndo, gritando, cantarolando e rindo continuamente durante toda a manhã. A observação foi feita das 9 às 13h30 horas".

49. Trecho do processo que tramitou na Vara da Infância.
50. A adolescente é natural de Goiás, mas morava em Minas Gerais antes de se mudar para Brasília.
51. As ocorrências estão transcritas na exata ordem e formato em que aparecem no relatório.

19.11.1971: "Tentou agredir a auxiliar X armada de faca de cozinha, acompanhada da companheira Z, não fosse a interferência da chefe do lar poderia ocorrer uma cena de sangue. O enfoque do problema são as menores porfiarem a maledicência entre a referida auxiliar e a chefe do lar".
19.11.1971: "Agredida pela menor B tentou evadir-se por 2 vezes sendo interferida por menores internos e o vigia".
20.11.1971: "3ª advertência pelo problema de conduta e os conflitos que tem gerado no CRP".

Os fatos que compõem a descrição têm como referência o relatório produzido pelo assistente social executor da medida. O relatório de Ana é composto por duas páginas e, por isso, é comparativamente menor que o relatório de Joana (caso 5.1). A extensão do relatório implicou também numa menor descrição dos fatos que precederam a internação.

Assim como os outros dois relatórios, o documento é identificado como tendo sido produzido pelo Centro de Recepção Provisória da Fundação do Serviço Social do Distrito Federal, sendo datado de 21 de novembro de 1971, portanto, três dias antes do ofício de encaminhamento das garotas para a delegacia de menores. Assim como os outros dois relatórios, não são mencionadas expressamente quem são as pessoas responsáveis pelas informações prestadas, tampouco o contexto em que as informações foram coletadas. Todavia, isso pode ser inferido pela natureza das informações e pelas estratégias de construção da narrativa. No caso em questão, é possível inferir que a própria adolescente fosse a informante e isso ficou disposto em trechos como uma passagem por meio da qual é feita referência às circunstâncias em que vivia a garota na casa onde trabalhava sendo afirmado que "inclusive, relatou que ia tudo bem enquanto não chegou outra empregada, com a qual teve vários conflitos". Noutra passagem, redigida mediante o uso de aspas, infere-se que as aspas utilizadas servissem ao propósito de esclarecer de que se tratava de fala promovida pela própria adolescente: "não fosse a interferência da esposa ele me matava". Por último, há outra passagem também construída na primeira pessoa do singular: "o Sr. X levou-me ao posto do INPS da Av. W3 dizendo à médica que eu estava muito nervosa".

Dito isso, passemos aos fatos apresentados. Ana estava em Brasília há 10 meses quando foi encaminhada ao Juizado de Menores pelo próprio empregador, o qual também foi o responsável por trazê-la para a capital, mediante o consentimento da mãe da menina.

Consta no relatório, que entre as condições para a vinda da adolescente figurava a promessa, por parte do empregador, de que a adolescente daria continuidade aos estudos, além assegurar o pagamento de salário, cujo valor negociado não é mencionado no relatório. Contudo, ambas as promessas não foram cumpridas, a menina não continuou os estudos como também não recebia qualquer remuneração. Na verdade, o relatório traz duas informações ambíguas a respeito dessa questão remuneratória. No campo referente à situação econômica é dito que "o que a menor percebia no emprego, revertia-se na compra de objetos de uso pessoal"[52]. O texto, tal qual formulado, permite a compreensão de que a garota recebia salário, porém comprometia todo ele na aquisição de bens. Posteriormente é dito que "não lhe foi pago nenhum vencimento, recebendo apenas roupa e calçados em troca dos trabalhos domésticos"[53].

O empregador justificou a entrega da adolescente aos cuidados do Juizado de Menores, dizendo que Ana não desejava permanecer na sua casa. Por sua vez, a entrega da menina para a mãe não foi possível visto que ela (a mãe) havia mudado para a cidade de São Paulo.

A adolescente confirmou não ter recebido qualquer remuneração e ter sofrido agressões praticadas pelo empregador e pela outra empregada da casa. A menina relatou ter sido espancada pela empregada diversas vezes com cabo de vassoura e que por duas vezes o patrão bateu nela às bofetadas, "não fosse a interferência da esposa ele me matava"[54].

A última agressão praticada pelo patrão suscitou o encaminhamento da menina a um posto médico para "tratar dos nervos", ao que lhe foi prescrito um medicamento chamado *Valium*[55]. A medicação foi mantida durante o período de internação na Fundação. Ele mesmo, o patrão, acompanhou a adolescente um

52. Transcrição extraída do relatório de Ana.

53. Transcrição extraída do relatório de Ana.

54. Transcrição extraída do relatório de Ana.

55. "*Quando chegou ao CRP estava medicada com Valium, 2 mg, tomando 1 comprimido de 6/6 horas*" (anotação contida no relatório). Valium teria sido o nome utilizado para o medicamento atualmente conhecido como Diazepam. O remédio produz efeito calmante. Segundo descrição contemporânea, "o diazepam é indicado para alívio sintomático da ansiedade, tensão e outras queixas somáticas ou psicológicas associadas com a síndrome da ansiedade. Pode também ser útil como coadjuvante no tratamento da ansiedade ou agitação associada a desordens psiquiátricas". Trecho extraído do site da Anvisa. Disponível em: [http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=8824822015&pIdAnexo=2882018]. Acesso: 07.04.2019.

dia após a experiência de violência e, nas palavras retratadas no relatório, o "Sr. X levou-me ao posto do INPS da Av. W3 dizendo à médica que eu estava muito nervosa".

Na conclusão do caso o assistente social descreve que:

> "Consoante ao tipo de casuística é quase comum em Brasília os casos dessa natureza. Normalmente, pelas dificuldades financeiras, a menor é induzida a vir para Brasília com novas aspirações e perspectivas de melhores dias futuros. Entretanto, se não satisfaz aos anseios é marginalizada à própria sorte ou transferem a responsabilidade à autoridade competente [...] consoante ao comportamento da menor, o CRP não satisfaz às exigências para atender o tipo de caso que chamamos de menor com problema de conduta. Por isso, antes de agravar a situação, achamos viável o seu encaminhamento ao Juizado de Menores, a fim de que o ex-patrão tome as devidas providências para devolvê-la à mãe (BRASÍLIA, 21.11.1971)."

O caso de Ana é marcado por uma narrativa que permite inferir que a menor foi minimamente ouvida pelos profissionais que a acolheram. Isso não fica claro no caso de Joana (caso 5.1), no qual toda a informação parece ter sido elaborada cautelosamente pela empregadora e pensada a partir de critérios como a data dos fatos e a constituição das provas. Assim, a narrativa parece estar fundamentada na exposição dos motivos que suscitaram a demissão da adolescente. Por outro lado, o caso 5.2 não apresenta uma narrativa orientada exclusivamente pela escuta do empregador. Se por um lado a menina é descrita como violenta, por outro ela atribui ter sido vítima de violência praticada pela outra empregada e pelo patrão. Mas mesmo relatando a violência experimentada, inexiste qualquer referência a uma eventual investigação e responsabilização dos empregadores o que também é uma característica de vários processos envolvendo adolescentes domésticas. Há casos em que as adolescentes eram acusadas de furto contra os empregadores e após apreendidas elas confessam ao Delegado de Menores terem realmente se apropriado de bens em razão do não pagamento dos salários que lhes eram devidos. Em todos os casos lidos não encontrei nenhuma menção a uma possível sanção aos empregadores. Normalmente os casos de furto eram resolvidos com a mediação do Delegado de Menores que requisitava o pagamento dos salários e a consequente devolução dos objetos por parte das menores.

Ana ingressou no Centro de Recepção Provisória no dia 08.11.1971. No dia 14 de novembro é registrada a primeira ocorrência, por meio da qual a menina é descrita como "bastante agitada – correndo, gritando, cantarolando e rindo continuamente durante toda a manhã. A observação foi feita das 9 às 13h30 horas".

No dia 19 de novembro são registradas duas ocorrências de agressão, uma contra uma funcionária da Fundação e outra praticada contra um menor, sobre isso os registros de ocorrências descrevem:

> "19.11.1971: 'Tentou agredir a auxiliar X armada de faca de cozinha, acompanhada da companheira Z, não fosse a interferência da chefe do lar poderia ocorrer uma cena de sangue. O enfoque do problema são as menores porfiarem a maledicência entre a referida auxiliar e a chefe do lar'.
>
> 19/11/1971: 'Agredida pela menor B tentou evadir-se por 2 vezes sendo interferida por menores internos e o vigia'"[56].

O registro de ocorrências menciona que a garota foi advertida pela terceira vez no dia subsequente às agressões (ou seja, no dia 20 de novembro) e no dia 24 de novembro foi transferida para a delegacia de menores, tendo permanecido 16 dias internada.

O processo encerra sem fazer menção à solução que foi designada para o caso de Ana após a sua transferência para a delegacia de menores. Diferentemente, a transferência das outras duas adolescentes para os Estados de origem foi retratada no processo.

5.3. Catarina, 13 anos – Origem: Bahia

Tamanho do relatório: duas páginas datilografadas e uma página a título de anexo contendo os registros das ocorrências.
Identificação do grupo familiar: pais casados civilmente. Idade da mãe: 22 anos; profissão: lavadeira. Idade do pai: 32 anos; profissão: comerciante. 4 irmãos
Menor com registro de nascimento: Sim
Escolaridade: sem escolaridade.
Tempo em Brasília: 8 meses.
Tempo trabalhando na casa: 8 meses
Remuneração: "a menor trabalhava como doméstica em troca de alimentação e vestuário".

56. Transcrição extraída das ocorrências atribuídas a Ana, as quais compõem o relatório da adolescente.

Data em que fugiu da casa onde trabalhava: 07.11.1971.
Data de entrada na Fundação: 16.11.1971.
Data de encaminhamento da adolescente ao delegado de menores sob acusação de mau comportamento: 16.11.1971.
Transcrição de todas as ocorrências anexadas ao relatório (os dias estão ilegíveis)[57]*:*
X.11.1971: "1ª entrada no Centro de Recepção Provisória da Fundação do Serviço Social".
X.11.1971: Entrevista preliminar.
X.11.1971: Entrevista inicial.
X.11.1971: "Agrediu um menor a bofetadas".
X.11.1971: "Na noite de 19 para 20/11 agrediu a menor Rosa a bofetadas, desrespeitando a chefe do lar, mesmo com a sua interferência. Daí desencadeou um sério conflito transtornando o ambiente do CRP".
X.11.1971: "Acompanhada da menor Joana (caso 5.1) evadiram-se do CRP às 19h do dia 23/11 retornando às 23h30".

O relatório da adolescente é composto por duas páginas e, assim como o caso de Ana (caso 5.2), não dispõe de um maior detalhamento a respeito do histórico da menina. O documento também é identificado como tendo sido produzido pelo Centro de Recepção Provisória da Fundação do Serviço Social do Distrito Federal. A autoria pertence ao mesmo assistente social responsável pelo caso das outras duas adolescentes. O documento é assinado em 21 de novembro de 1971, no mesmo dia da produção do relatório do caso 5.2, e três dias antes do ofício de encaminhamento das garotas para a delegacia de menores. Catarina, assim como Joana, permaneceu oito dias internada antes de ser declarada a impossibilidade da sua permanência.

Catarina residia com uma tia materna em Vitória da Conquista, Bahia, tendo vindo para Brasília na companhia da patroa. Não foi descrito como a empregadora conheceu a família da adolescente, tampouco a natureza das tratativas firmadas. Todavia, consta informação de que a menina trabalhava em troca de alimentação e vestuário.

57. As ocorrências estão transcritas na exata ordem e formato em que aparecem no relatório.

Consta que a adolescente fugiu da casa onde trabalhava, no dia 07.11.1971, após oito meses de trabalho, a fuga foi motivada pelos maus tratos e espancamentos excessivos praticados pela patroa. A adolescente teria passado a mendigar após abandonar a casa onde trabalhava e teria contado com a companhia de uma pessoa identificada como "companheira". Subentende-se de um trecho posterior que a tal companheira seria uma amiga cuja mãe foi responsável pelo encaminhamento de Catarina à delegacia de menores.

A menina não soube informar o endereço da casa onde trabalhava e isso dificultou a sindicância policial. O assistente social se posicionou, prioritariamente, pelo encaminhamento da garota à Vitória da Conquista/BA, cidade onde morava com a tia quando foi contratada para trabalhar em Brasília tendo como segunda opção, a cidade de Itabuna/BA, onde moravam os pais da adolescente.

As anotações no relatório encerram concluindo que:

> "Somos de parecer retornar a menor para cidade de origem [...] do contrário para a companhia dos pais [...] outrossim, visto esta unidade não ter condições de manter a menor até a solução do caso pelo problema de conduta, que esta tem trazido conflito entre os internos pela alta agressividade, transtornando o ambiente".

Quanto ao problema de conduta mencionado, são descritas três ocorrências praticadas pela garota, duas referentes a conflitos envolvendo dois menores e que culminaram em "bofetadas"[58], sendo que em uma das situações a adolescente teria desrespeitando a chefe-do-lar que tentou aplacar a briga. A terceira e última ocorrência foi caracterizada por uma evasão praticada por Catarina e Joana (caso 5.1), que juntas saíram do Centro de Recepção Provisória às 19h retornando às 23h30. A evasão, datada do dia anterior ao ato que as baniu da instituição, culminou no encaminhamento das garotas para os cuidados da delegacia de menores, no dia 24.11.1971.

O retorno da adolescente para Bahia é designado em ofício datado de 29.11.1971, por meio do qual o juiz de menores do Distrito Federal apresenta a adolescente ao juiz de menores de Vitória da Conquista.

6. Considerações finais

A partir da apresentação dos três estudos de caso, buscou-se contribuir para a elaboração de um panorama do sistema socioeducativo do Distrito Federal

58. Bofetadas é o termo utilizado para descrever a natureza das agressões.

durante a década de 70. A Fundação do Serviço Social do Distrito Federal – FSS-DF começava a se destacar como instituição responsável pelo cuidado dos menores abandonados, porém carecia de estrutura institucional adequada para o acolhimento dos casos de delinquência e mau comportamento.

Persiste a necessidade de avançar em relação a vários elementos dos três relatórios cujas características não foram exauridas neste artigo. Exemplo disso é a ausência das adolescentes na produção das narrativas das quais elas são objeto e os indícios de relativa "autonomia" na gestão administrativa dos casos que estavam sobre a tutela Fundação do Serviço Social (essa característica pode ser observada na natureza do ato que comunicou ao Juiz de Menores a decisão dos assistentes sociais de transferência das adolescentes para a Delegacia de Menores).

Semelhante ao papel desempenhado pelo louco desde a alta Idade Média, persiste sendo projetada a figura do menor, tratado como um sujeito "cujo discurso não pode circular como o dos outros: pode ocorrer que sua palavra seja considerada nula e não seja acolhida, não tendo verdade nem importância, não podendo testemunhar na justiça" (FOUCAULT, 1999. p. 10).

Este artigo parte do pressuposto de que as políticas socioeducativas – no caso do momento histórico desse artigo, as políticas de gestão dos menores – são marcadas pela intersecção das políticas de classe, gênero, raça, sociabilidade e afetividade. As medidas socioeducativas nada mais são do que a reprodução em um microcosmo dos valores sociais e das estratégias de poder que regulam a vida para além dos muros das instituições. Nesse sentido, as alternativas socioeducativas constituem estratégias de disciplina e ajustamento social, cujo objetivo é "com-formar" sujeitos tanto numa perspectiva criminológica, quanto numa perspectiva de classe.

Segundo Foucault, as disciplinas poderiam ser descritas como "métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade" (FOUCAULT, 1980, p. 139). A disciplina é analisada por Foucault como sendo uma técnica de internalização das normas por meio da geração de ambientes propícios à sujeição (do francês *assujettissement*) que seria formulada a partir das práticas de redução da resistência, especialmente política, e aumento das noções de eficiência e utilidade.

Nesse sentido, o encaminhamento de meninas para o desempenho de trabalhos domésticos pode ser analisado como uma estratégia que cumpre o papel de disciplinar e simultaneamente reproduzir a estratificação social.

A natureza das instituições de internação de menores está materializada no regulamento da Escola Quinze de Novembro[59], datado de 1903, no qual consta:

> "Sendo a escola destinada a *gente desclassificada*, a instrução ministrada na mesma *não ultrapassará o indispensável* à integração do internato na vida social. Dar-se-lhe-á, pois o cultivo necessário ao exercício profissional." (grifo nosso)

Gente "desclassificada", que recebe uma educação igualmente "desclassificada" para ocupar um destino "desclassificado", parece ser o esboço do sistema cuja natureza é híbrida, composta por uma estrutura de gestão criminal e social de reprodução da desigualdade.

O trabalho desempenhado pelas meninas trabalhadoras domésticas é caracterizado pelo o que Shellee Colen definiu como "trabalho reprodutivo". Trata-se do trabalho "físico, mental e emocional necessário para a geração, criação e socialização de crianças, assim como a manutenção de casas e pessoas (da infância até a velhice)" (COLEN, 1995 apud BRITES, 2007). Segundo Colen, as tarefas reprodutivas são hierarquizadas e distribuídas segundo critérios de classe, gênero, raça e etnias. A estratificação das tarefas reprodutivas teria suscitado um processo de mercantilização (*commodification*) do trabalho reprodutivo.

O relacionamento entre "empregado" e "empregador" é caracterizado não só pela oferta de mão de obra e recebimento de salário, sendo também constituído pela esfera simbólica do afeto, cuja natureza dos serviços domésticos tende a evidenciar, especialmente nas relações de cuidado com as crianças. Para retratar o componente afetivo das relações de trabalho doméstico, Goldstein (2003) formulou o conceito de "ambiguidade afetiva":

> "Apesar das relações de poder evidentemente desiguais que, sem dúvida, caracterizam este relacionamento (entre empregada e patroa), é a ambiguidade afetiva da relação que exige mais análise. É na troca afetiva entre aquelas que podem pagar pela ajuda doméstica e as (mulheres) pobres que oferecem seus serviços que as relações de classe são praticadas e reproduzidas" (GOLDSTEIN, 2003).

59. A Escola Correcional Quinze de Novembro foi criada pelo Decreto 4.780, de 02 de março de 1903. No mencionado Decreto consta como objetivo da Escola "velar sobre menores que pelo abandono ou miséria dos pais, vivem às soltas e expostos à prática e transgressões próprias de sua idade".

A natureza afetiva do trabalho doméstico fica mais evidente no caso das meninas domésticas que sem laços familiares fazem das relações de trabalho a experiência da própria família. A natureza dessa relação é complexificada pelos outros componentes que caracterizam a condição das meninas, entre os quais, a pouca idade, a baixa ou nenhuma experiência profissional, a alta vulnerabilidade decorrente da condição de migrante, pobreza e ausência de vínculos familiares na cidade.

O local de trabalho é também o local de moradia dessas meninas. Uma moradia que se distingue do lar. Uma moradia pensada arquitetonicamente e representada no quarto e no banheiro da empregada que tão bem constituem a estrutura dos apartamentos do Plano Piloto[60].

Os patrões são também os "responsáveis" pelas menores. O "responsável" é uma categoria habitada tanto pela ideia do cuidado como componente da intimidade, quanto pelas protocolares responsabilidades jurídicas desconstituídas de afeto. E, assim, em meio à dualidade da cumplicidade e do antagonismo, da intimidade e da exterioridade, forma-se um quase-membro da família que é "como se fosse da família", mas de fato é a empregada da casa.

A não responsabilização dos empregadores em relação ao destino das menores, é uma característica do tratamento institucional conferido pelo Juizado de Menores, até mesmo nos casos em que os empregadores teriam sido os responsáveis pela vinda das adolescentes para Brasília. No conjunto de processos analisado, não foi encontrado nenhuma informação que levasse a crer que as queixas das adolescentes, frequentemente associadas ao não recebimento dos salários e violência no ambiente de trabalho, fosse objeto de investigação ou responsabilização dos empregadores. Queixas dessa natureza constituíam a rotina da justiça de menores e, a despeito disso, pareciam não serem reconhecidas como um problema da justiça de menores.

Foram encontrados nos processos infracionais de Brasília casos de encaminhamento de adolescentes para uma Escola Profissional Doméstica, localizada em Taguatinga[61]. A natureza da instituição persiste sendo objeto de dúvidas, porém as referências à Diretora, retratada como "Irmã", permite deduzir se tratar de uma escola administrada por uma ordem religiosa. Respeitadas as devidas

60. O Plano-Piloto compõe a estrutura urbanística de Brasília projetada por Lúcio Costa em dois eixos que se cruzam.

61. Os encaminhamentos para a Escola Profissional Doméstica, levantados até o momento, passam a acontecer a partir de 1967.

proporções, a concepção de uma escola devotada ao ensino doméstico e coordenada por uma ordem religiosa remete às estruturas dos antigos asilos de formação de meninas para o trabalho doméstico. Nos asilos as meninas eram "enclausuradas em instituições regidas por religiosas, onde recebiam educação doméstica com o fim de se tornarem boas esposas, domésticas ou até religiosas" (RIZZINI, 1993 apud RIZZINI, 1995, p. 58).

A respeito da condição das meninas internadas no antigo Serviço de Assistência ao Menor – SAM, o ex-diretor do Serviço, Paulo Nogueira Filho, narrou a particularidade da condição feminina em meio aos abusos praticados pelos funcionários[62]. Segundo o ex-diretor, a condição das meninas era ainda mais penosa que a dos meninos, pois as garotas eram exploradas em práticas de prostituição e trabalho doméstico (NOGUEIRA FILHO, 1956 apud PILOTTI; RIZZINI, 1995, p. 282).

Valores morais e sexistas serviam, inclusive, para determinar a aceitação ou não de meninas nas instituições de internação. A respeito disso, Nogueira Filho denunciou instituições que, mesmo subvencionadas pelo governo, recusavam-se a receber meninas "desvirginadas e as rebeldes não infratoras" (PILOTTI; RIZZINI, 1995, p. 283). As meninas rebeldes e as sexualizadas constituíam uma zona cinzenta entre o abandono e a delinquência cuja sentença do Juiz de Menores do TJDFT materializa o espírito da época: "o primeiro congresso carnal constitui – via de regra – a porta aberta para o descaminho da prostituição ostensiva ou disfarçada"[63].

Nos processos judiciais de Brasília e do Rio de Janeiro[64], foram encontrados casos[65] nos quais a desinternação das meninas foi solicitada pelos pais mediante a justificativa de que elas deveriam assumir os serviços domésticos e a criação dos irmãos. A responsabilização precoce das meninas suscitava a transformação destas em "donas-de-casa".

62. Paulo Nogueira Filho dirigiu o Serviço de Atendimento ao Menor – SAM e, em 1956, publicou o livro "Sangue, Corrupção e Vergonha" no qual denuncia uma gama de irregularidades e práticas de corrupção no SAM. O SAM é criado em 1941, sendo a sua estrutura assimilada como parte da FUNABEM, em 1964.

63. Sentença proferida em um caso de sedução, datado de 1974.

64. A pesquisa que deu origem a esse artigo foi constituída de trabalho de campo realizado no Distrito Federal, São Paulo e Rio de Janeiro. No Rio de Janeiro, foram analisados processos infracionais da Vara da Infância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, além de parte do acervo da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

65. Referência ao conjunto de casos que compuseram a pesquisa empírica da qual esse artigo é um desdobramento.

No estudo sobre a composição da população de "meninos de rua" na América Latina, Rizzini (1995) justifica a baixa incidência de meninas nas ruas (10 a 30%) como sendo resultado da divisão sexual do trabalho doméstico segundo a qual:

> "A família tenta de todas as formas reter a menina em casa, pois elas constituem parte da estratégia familiar de sobrevivência, à medida em que funcionam como donas-de-casa no período em que suas mães se ausentam para o trabalho" (LUSK; RIZZINI, 1994 apud RIZZINI, 1995, p. 49).

Não corroboro a hipótese de que a divisão sexual do trabalho seja o único, tampouco o principal, motivo para a menor incidência de meninas nas ruas, todavia trata-se, sim, de um critério de organização dos espaços e das relações casa/rua.

Ainda reconhecendo as inúmeras diferenças entre o contexto social atual e aquele verificado na década de 50, momento da publicação do livro de Nogueira Filho, persistem sendo comuns a vulnerabilidade sexual experimentada pelas meninas. Em um estudo dedicado às meninas em cumprimento de medida socioeducativa de internação em Brasília, Débora Diniz (2017) narra que "todas as envolvidas no tráfico já negociaram o corpo para a sobrevivência ou como mercado, seja em confrontos com outros traficantes, com a polícia, para evitar um flagrante, ou para roubar dinheiro de gado" (DINIZ, 2017, p. 25).

O lugar subalterno da mulher na sociedade se faz representar, inclusive, no fenômeno da criminalidade e, naturalmente, compõe o fenômeno do abandono e da conflitualidade juvenil. Esse padrão de distinção também é reproduzido na esfera da criminalidade, constituído como espaço de poder do qual as mulheres são afastadas dos papéis de liderança.

Referências bibliográficas

ALVAREZ, Marcos César. *A emergência do Código de Menores de 1927*: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Departamento de Sociologia. Dissertação (Mestrado), São Paulo, 1989.

BERNAL, Elaine Marina Bueno. *Arquivos do abandono*: experiências de crianças e adolescentes internados em instituições do Serviço Social de Menores de São Paulo, 1938-1960. São Paulo: Cortez, 2004.

BORGES, Viviane; SALLA, Fernando. A gestão da menoridade sob o Serviço Social de Assistência e Proteção aos Menores de São Paulo (1930-1940): encruzilhada de saberes. *Saúde Soc.*, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 326-337, 2018.

BRITES, Jurema Brites. Afeto e desigualdade: gênero, geração e classe entre empregadas domésticas e seus empregadores. *Cadernos Pagu* (29), jul.-dez. 2007.

COLEN, Shellee. Like a mother to them: stratified reproduction and West Indian Childcare workers and employers in New York. In: GINSBURG, F. e RAPP, R. *Conceiving the new world order*: the global politics at reproduction. Berkley: University California Press, 1995.

COLMÁN, Silvia Alapanian. *A formação do serviço social no Poder Judiciário*. Reflexões sobre o direito, o Poder Judiciário e a intervenção do serviço social no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1948-1988). Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

DINIZ, Debora. *Meninas fora da lei*: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Brasília: Letras Livres, 2017.

FÁVERO, Eunice Terezinha. *A ordem do discurso*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

FÁVERO, Eunice Terezinha. O serviço social no Judiciário: construções e desafios com base na realidade paulista. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 115, p. 508-526, set. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282013000300006]. Acesso em: 08.04.2019.

FÁVERO, Eunice Terezinha. *Serviço social, práticas judiciárias, poder*: implantação e implementação do serviço social no Juizado de Menores de São Paulo. São Paulo: Veras Editora, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 1980.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo, Edições Loyola, 1999.

GOLDSTEIN, Donna. The Aesthtics of Domination: Class, Culture, and the Lives of Domestic Workers. *Laughter out of place*: Race, Class and Sexuality in a Rio Shanytown. Berkeley: University of California Press, 2003.

NOGUEIRA FILHO, Paulo. Sangue, corrupção e vergonha. *S. A. M*: sangue da mocidade, lama da corrupção e vergonha da incúria recaem sôbre a sociedade brasileira, enquanto perdura a tragédia dos menores abandonados. São Paulo: Ed. RT, 1956.

PILOTTI; Francisco; RIZZINI, Irene (org.). *A arte de governar crianças*: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño: Editora Universitária Santa Úrsula, 1995.

RIZZINI, Irene. Os deserdados da Sociedade: os meninos de rua da América Latina. Rio de Janeiro: USU, 1995.

RIZZINI, Irene. *O século perdido*: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2008.

SALLA, Fernando. Plural. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 25.1, p. 161-168, 2017.

VIANNA, Adriana de Resende B. *O mal que se advinha*: polícia e menoridade no Rio de Janeiro, 1910-1920. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1999.

VIANA, Bruna da Silveira. *Um lugar para os ditos anormais*: assistência psiquiátrica a crianças e jovens na primeira dedada do Hospital Colônia Sant'Ana (1941-1951). Dissertação (Mestrado em História) – Universidade do Estado de Santa Catarina, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Justiça juvenil restaurativa e famílias: mapeando práticas e resultados nas regiões norte e nordeste, de Jéssica Silva da Paixão e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima – *RBCCrim* 158/263-285 (DTR\2019\35716); e
- O sexo e o direito: a história de uma relação muito íntima (parte 2), de Rodrigo Bernardes Dias – *RT* 964/21-102 (DTR\2016\224).

A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro

Forensic genetics as a tool to aid the forensic science: the experience of a Brazilian State

Deborah Alcantara de Araújo

Mestre em Perícias Forenses pele Universidade de Pernambuco (UPE). Especialista em Genética e Biologia Molecular Humana pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
ORCID: 0000-0002-5392-5205
dalcantara.araujo@gmail.com

Carlos Antônio de Souza

Mestre em Perícias Forenses pela Universidade de Pernambuco (UPE). Especialista em Perícia Criminal pela Universidade de Pernambuco (UPE), em Genética Forense pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e em Odontologia Legal pela Associação Caruaruense de Ensino Superior (ASCES). Perito Criminal da Polícia Científica de Pernambuco (PE). Gestor do Instituto de Genética Forense Eduardo Campos (PE).
ORCID: 0000-0002-4741-314X
carlos.souza@sds.pe.gov.br

Reginaldo Inojosa Carneiro Campello

Doutor e Mestre em Odontologia pela Universidade de Pernambuco (UPE). Professor-associado da UPE e Coordenador do Mestrado de Perícias Forenses da Faculdade de Odontologia de Pernambuco (FOP-UPE). Médico legista do Instituto Médico-Legal Antônio Persivo Cunha (PE) (Aposentado em abril de 2013) com ênfase em Medicina Legal e Deontologia. Especialista em Medicina Legal e Perícia Médica pela Associação Médica Brasileira. Presidente da Associação de Medicina legal e Perícias Médicas seccional de Pernambuco (ABMLPM-PE). Auditor perito da Odontologia do IRH/SASSEPE.
ORCID: 0000-0001-6947-9329
reginaldo.campello@upe.br

Marcus Vitor Diniz de Carvalho

Doutor em Ciências da Saúde pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Patologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Radiologia e em Medicina do Trabalho pela UFPE. Professor-associado da Universidade de Pernambuco (UPE). Vice-Coordenador do Mestrado em Perícias Forenses da Faculdade de Odontologia de Pernambuco (FOP-UPE). Médico Legista do Instituto Médico-Legal Antônio Persivo Cunha (PE).
ORCID: 0000-0003-1270-2352
marcus.carvalho@upe.br

Araújo, Deborah Alcantara de ; Souza, Carlos Antônio de; Campello, Reginaldo Inojosa Carneiro; Carvalho, Marcus Vitor Diniz de ; Soriano, Evelyne Pessoa ; Bushatsky, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 413-442. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

Evelyne Pessoa Soriano

Pós-doutorado em Antropologia Forense pela Universidade de Coimbra/UC. Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade de Pernambuco (UPE). Professora Associada da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Mestrado em Perícias Forenses da Faculdade de Odontologia de Pernambuco (FOP-UPE). Perita Odonto-Legal do Núcleo de Medicina e Odontologia Legal de João Pessoa (NUMOL-JP). Presidente da Associação Brasileira de Antropologia Forense (ABRAF).
ORCID: 0000-0001-8337-0194
evelyne.soriano@upe.br

Magaly Bushatsky

Doutora e Mestre em Saúde da Criança e do Adolescente pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Docente da Faculdade de Enfermagem Nossa Senhora das Graças (Fensg) da Universidade de Pernambuco (UPE). Coordenadora do Programa de Residência de Enfermagem do Hospital Universitário Oswaldo Cruz (HUOC/FENSG-UPE). Coordenadora do Comitê de Ética em Pesquisa do HUOC/Pronto-Socorro Cardiológico de Pernambuco (PROCAPE) da UPE. Docente do Mestrado em perícias Forenses da Faculdade de Odontologia de Pernambuco (FOP-UPE). Membro da Escola Superior de Ética Médica e da Câmara Técnica de Bioética do CREMEPE.
ORCID: 0000-0002-0795-6469
magaly.bush@gmail.com

Recebido em: 27.05.2019
Aprovado em: 28.10.2019
Última versão dos autorer: 09.11.2019

Áreas do Direito: Penal; Digital

Resumo: Considerando a crescente influência do DNA como ferramenta de investigação, o presente trabalho analisou relatórios periciais emitidos pelo Instituto de Genética Forense Eduardo Campos, Brasil, com o intuito de ressaltar a importância da utilização do DNA e de banco de dados de perfis genéticos. Para tal, foram disponibilizados 276 relatórios policiais com laudos genéticos emitidos ao longo do ano de 2017 de vários tipos de crimes que ocorreram no Estado. Os resultados quantitativos foram analisados por meio da frequência dos eventos ocorridos e apresentados por intermédio de gráficos. Os dados foram organizados primeiramente em planilha e os percentuais realizados pelo *software* Microsoft® Excel® 2016. Do total de casos registrados e liberados pelo laboratório, 64,13% (177) foram caracterizados como determinação de identidade; 16,67% (46) crime sexual;

Abstract: Considering the growing influence of DNA as a research tool, the objective of this study was to evaluate the expert reports released by Instituto de Genética Forense Eduardo Campos, Brazil, with the purpose of emphasizing the importance of the use of DNA and database of genetic profiles. From 276 police reports were made available with genetic reports issued during the year 2017 for different types of crimes that occurred in the State. The quantitative results were analyzed through the frequency of occurrences and presented through graphs. The data were organized first in spreadsheet and the percentages made by software Microsoft® Excel® 2016. Of the total number of cases reported by the laboratory, 64.13% (177) involved corpse identification, 16.67% (46) involved sexual crimes, and 19.20% (53) involved trace analysis. Considering the overall results of genetic analyzes performed,

Araújo, Deborah Alcantara de ; Souza, Carlos Antônio de; Campello, Reginaldo Inojosa Carneiro; Carvalho, Marcus Vitor Diniz de ; Soriano, Evelyne Pessoa ; Bushatsky, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164. ano 28. p. 413-442. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020.

e 19,20% (53) relacionados a confronto de vestígios. Considerando-se o total geral de resultados de análises genéticas realizadas, sem levar em conta a natureza do fato e a origem do material, em 84,98% destes, obteve-se perfis moleculares passíveis para confronto genético. Assim, foi possível concluir que, tomando como exemplo os dados apresentados pelo laboratório, o exame de DNA se trata de uma rede efetiva em seu propósito de auxílio à perícia, aos órgãos policiais e à Justiça.

Palavras-chave: Genética forense – Banco de dados de DNA – Identificação humana – Ciências Forenses – Apuração criminal.

without taking into account the nature of the fact and the origin of the material, in 84.98% of them, it was possible to obtain molecular profiles capable of genetic confrontation. Thus, it was possible to conclude that, taking as an example the data presented by the laboratory, the DNA exam is an effective network in its purpose of assisting the criminal expertise, the police and the Justice.

Keywords: Forensic genetics – DNA Database – Human identification – Forensic Science – Criminal investigation.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Utilização do DNA na rotina pericial. 1.2. Amostras biológicas destinadas a exames de DNA. 1.3. Banco de dados genético criminal. 1.4. Instituto de Genética Forense Eduardo Campos. 2. Metodologia. 2.1. Instituto de Genética Forense Eduardo Campos. 2.2. Amostras e Coleta de Dados. 2.3. Análise de dados. 2.4. Aspectos éticos. 3. Resultados e discussão. 3.1. Identificação humana de cadáver identidade ignorada. 3.2. Crime sexual. 3.3. Confronto de vestígios. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

A identificação humana é o processo de determinação da identidade de um indivíduo (VANRELL, 2009) vivo ou morto, ou ainda os restos cadavéricos, assim como os atos que permitem estabelecer essa individualização (FIGINI et al., 2003). Do ponto de vista legal toda pessoa deve ser submetida a processos de identificação, seja por questões de natureza civil ou por motivos jurídicos em casos criminais (SWEET, 2001).

Dentre as diversas técnicas científicas empregadas para tais fins, na esfera criminal destaca-se a utilização do DNA (Ácido Desoxirribonucleico), isso porque o DNA é uma estrutura biológica única de cada indivíduo, com exceção dos gêmeos monozigóticos, constituindo um instrumento para a individualização humana (WEBER-LEHMANN et al., 2014).

Uma outra grande vantagem dessa técnica é o fato de que nos locais de crime comumente são encontrados materiais biológicos de natureza diversa, na maioria das vezes em quantidades pequenas, misturados, degradados, contaminados, entre outras situações, e ainda assim podem ser utilizados como fonte de DNA (ZIETKIEWICZ et al., 2012). Por este motivo se tornou prova material

contundente revolucionando as investigações criminais, aplicado não somente na acusação de criminosos, mas também para inocentar pessoas acusadas injustamente (FRUMKIN, 2009).

No Brasil, o histórico da genética forense teve início a partir de meados da década de 90 com a inauguração do Laboratório de DNA Criminal da Polícia Civil do Distrito Federal. Esse laboratório foi o responsável pelos primeiros treinamentos para peritos criminais de diversos Estados da Federação (SILVA et al., 2013). Hoje, a maioria dos Estados brasileiros dispõe de unidades laboratoriais de Genética Forense (RIBPG, 2019)

Contudo, o perfil genético elaborado a partir de material biológico coletado em local de crime ou vítima, só possui valor investigativo quando confrontado com o perfil genético de um suspeito. Desta forma, o Governo brasileiro deu um importante passo em termos legislativos com a promulgação da Lei Federal 12.654, de 28 de maio de 2012, que passou a possibilitar a coleta de material genético do civilmente identificado e do condenado (por crime hediondo ou por crime doloso com grave violência contra a pessoa), como forma de identificação criminal. A referida norma deixou consignada que a identificação do perfil genético será armazenada em um banco de dados sigiloso, conforme regulamentado pelo Decreto 7.950, de 12 de março de 2013, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), apresentando como um dos objetivos o de compartilhar e comparar as informações constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Assim, os perfis adquiridos de vestígios de crimes podem ser confrontados com o perfil genético de um suspeito ou com perfis armazenados no banco de dados, a fim de ajudar na apuração criminal e/ou na instrução processual. O uso dessas informações configura com um importante agente de mudança no panorama de impunidade, em se tratando de crimes violentos no Brasil, e sua eficácia é dependente do número de perfis genéticos elaborados e armazenados, pois, quanto maior for a sua alimentação, mais facilmente será a identificação dos autores dos delitos criminais (BOND, 2007; WALLACE, 2006).

É nesse panorama que no início do ano de 2019 foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Anticrime, da lavra do Ministro da Justiça e Segurança Pública, que propõe a obrigatoriedade da coleta de material genético de condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado (BRASIL, 2019). Essa inciativa visa ampliar o cadastro de registros biológicos no BNPG, bem como conferir maior celeridade na elucidação de crimes. Ademais, o projeto prevê o fortalecimento da RIBPG com a previsão de conclusão de análise de todas as amostras pendentes, tanto de vestígios biológicos quanto de condenados, para

até o ano de 2022, com seus respectivos perfis genéticos inseridos no banco de dados nacional. Para tal, destaca-se a importância da adesão dos Estados por meio de acordo de cooperação técnica com o Ministério da Justiça e a padronização de técnicas de coleta, análise, inclusão e manutenção das informações genéticas nos bancos de dados estaduais e nacional.

No Estado de Pernambuco, foi implantado em 2012 o laboratório de genética forense, atualmente denominado de Instituto de Genética Forense Eduardo Campos (IGFEC). No mesmo ano, a Portaria GAB/SDS 1440/2012 estabeleceu procedimentos para coleta, preservação, manuseio e exame de materiais biológicos para identificação humana pela análise do DNA relacionados a ilícitos penais e outras providências (Pernambuco, Secretaria de Defesa Social de Pernambuco. Portaria GAB/SDS 1440/2012, 2012). Atualmente, o Banco de Perfis Genéticos (BPG) de Pernambuco se destaca por apresentar o laboratório com maior inserção de perfis genéticos na categoria de condenados criminalmente (N=3.978), em cumprimento à Lei 12.654, contribuindo para o crescimento do BNPG (RIBPG, 2019).

Observa-se que uma crescente influência exercida pelo DNA nas investigações criminais no Brasil e um esforço contínuo para que essa ferramenta possa auxiliar na identificação de criminosos e consequentemente a solução de crimes. Para esse fim, a legislação estabelece para as unidades de perícia criminal oficial e aos peritos criminais oficiais a atribuição de utilização, alimentação e gerenciamento dos bancos de dados de perfis genéticos. Com base no exposto, o presente trabalho teve como escopo destacar a importância da genética forense nas ciências criminais, tomando como exemplo a experiência no Estado de Pernambuco, para tal, foram avaliados os relatórios periciais emitidos pelo Instituto de Genética Forense Eduardo Campos no ano de 2017.

1.1. Utilização do DNA na rotina pericial

A identificação humana é necessária para caracterizar o início e o fim da personalidade civil. Também se constitui como uma questão de importância jurídica em casos criminais, que demandam necessidade de investigação (SILVA et al., 2013). Qualquer método de identificação deve obedecer a determinados critérios, como*: Imutabilidade:* as características não podem variar com o decorrer dos anos; *Perenidade:* capacidade da caraterística em resistir a ação do tempo; *Unicidade:* os elementos selecionados para a identificação devem permitir a distinção clara e precisa entre o identificado e os demais; *Classificabilidade:* deve permitir a comparação entre os dados de forma sistemática e precisa (ARAÚJO et al., 2013; DEL-CAMPO, 2006).

A identificação humana mediante o uso do DNA, segundo Pena (2005), pode ser utilizada para provar ou inocentar o suspeito de um crime, determinar a identidade de vítimas, em exames de paternidade e, também, na identificação de pessoas mortas há anos, extraindo-se amostras genéticas de ossos e dentes (BORÉM; FERRAZ; SANTOS, 2001). O exame por si só, não representa uma prova infalível para a condenação de um indivíduo, mas um instrumento para a individualização (RASKIN, 1997).

Um dos fatores que contribuem para o seu sucesso é fato que materiais biológicos de natureza diversa, podem ser usados como fonte de DNA. Nos locais de crime, a busca por materiais biológicos é amplamente utilizada e apresenta alto grau de sucesso, visto que o DNA apresenta alto potencial discriminatório, alta sensibilidade e resistência a fatores ambientais (WEEDN; SWARNEN, 1998; ZIETKIEWICZ et al., 2012).

O conteúdo presente na molécula que difere uma pessoa da outra representa cerca de menos de 0,1% dos pares de bases e é nesta diferença que se baseiam as técnicas de identificação, pois apenas gêmeos idênticos possuem a mesma sequência (SILVA; PASSOS, 2002). A partir da análise dessas regiões, ocorre a elaboração de perfis genéticos que traduzem as informações contidas no DNA em algarismos alfanuméricos (LIMA, 2007). Essas regiões não são codificantes e o perfil genético de um indivíduo é baseado na combinação de diversos marcadores herdados dos progenitores (ROEWER, 2013).

Nos últimos anos, inúmeras técnicas de tipagem de DNA foram desenvolvidas e introduzidas nas ciências forenses, tornando a utilização de marcadores moleculares indispensáveis (GERSHAW et al., 2011). O primeiro método de utilização foi desenvolvido por Alec Jeffreys em 1985, instituindo o que ficou conhecido como DNA *fingerprinting* após a descoberta de sequências repetidas no genoma humano, as quais foram batizadas de VNTR (Repetições de Número Variável em Tandem) ou minissatélites. A técnica utilizada para a identificação foi denominada de RFLP (Polimorfismo de Tamanho de Fragmento de Restrição) (JEFFREYS et al., 1985). Os VNTR são regiões não codificantes do genoma, altamente polimórficas e hipervariáveis (BENNET, 2000).

Apesar de se estabelecer como um bom marcador molecular com grande poder de discriminação, para que os VNTRs sejam empregados é necessário DNA de alto peso molecular, preservado e em grande quantidade. Por esse motivo seu uso não é considerado adequado para uso forense, cujas amostras biológicas muitas vezes encontram-se degradadas ou em quantidades reduzidas (VELHO; COSTA; DAMASCENO, 2013).

As principais regiões polimórficas utilizadas para identificação são os microssatélites ou STRs (Repetições Pequenas em Tandem) presentes nos cromossomos autossômicos. A análise de STRs é feita por meio da amplificação com o uso da técnica de PCR (Reação em Cadeia da Polimerase) do material genético extraído das amostras de interesse, com o uso de iniciadores (*primers*) específicos (BONACCORSO, 2005).

O uso da PCR permite um resultado extremamente eficiente mesmo quando a quantidade de DNA seja exígua ou degradada. Na técnica ocorre uma reação bioquímica que permite à amplificação de regiões específicas do DNA a partir de quantidades muito pequenas. O resultado da amplificação é analisado por sequenciador automático, mediante uma eletroforese capilar, que separa os diferentes alelos estabelecendo assim o perfil genético (GARRIDO, 2014).

O *FBI* (*Federal Bureau of Investigation*) adota e recomenda uma série padrão de marcadores STRs que são seguidos pelos laboratórios de genética forense em vários países (BUTLER; HILL 2012). São recomendados o uso de no mínimo 20 marcadores (HARES, 2012). Quanto maior o número de marcadores e quanto mais conhecidas suas frequências alélicas em uma população, maiores serão as chances de sucesso na identificação (BUTLER, 2006).

Os laboratórios de genética forense no Brasil estão se adaptando ao uso de kits multiplex de amplificação de 24 regiões. São 21 regiões autossômicas mais as regiões de determinação do sexo. É importante a adequação das orientações impostas pelo *FBI* quanto ao uso dos marcadores, por favorecer a utilização do *software* CODIS (*Combined DNA Index System*), o banco de dados de DNA adotado no âmbito brasileiro (HOFFMAN; FENGER, 2010; SILVA et al. 2013).

1.2. Amostras biológicas destinadas a exames de DNA

O DNA está presente nas células do corpo seja no núcleo (DNA genômico) ou no citoplasma, correspondendo às mitocôndrias (DNA mitocondrial) em humanos, contendo toda a informação genética e seu conjunto é denominado de genoma. Qualquer tipo de amostra biológica pode ser usado como fonte de material genético e, portanto, submetida às técnicas de identificação sendo aceitos como prova legal em casos judiciais (MICHELIN et al., 2013), tais como: sangue, saliva, sêmen, tecido, dente, urina ou qualquer outro fluido biológico (BONACCORSO, 2004).

A quantidade e a qualidade do material a ser analisado são dependentes do tempo decorrido entre o evento e o tempo de coleta da amostra, das condições do ambiente e do manuseio e armazenamento (MICHELIN et al., 2013).

Utilizando-se amostras degradadas e/ou em pequenas quantidades, no laboratório as técnicas empregadas visam à otimização que possibilite a obtenção máxima do DNA e sucesso nos resultados. Todavia, fatores como alta temperatura, contaminação, degradação por microrganismos, entre outros, podem prejudicar a qualidade do DNA (VIRKLER; LEDNEY, 2009).

No âmbito pericial as amostras são classificadas em *amostras de referência*, correspondendo aquelas de origem conhecida, oriundas de vítimas, suspeitos, acusados, réus ou de seus parentes diretos; e *amostras questionadas*, referindo-se a vestígios derivados do local de crime, de objetos relacionas ao crime, ou pessoas cujas origem pretende-se investigar por não ser conhecido (Pernambuco, Secretaria de Defesa Social de Pernambuco. Portaria GAB/SDS 1440/2012, 2012).

Na etapa de confronto de genético, o perfil genético da amostra questionada é comparado com o perfil da amostra de referência. Quando os perfis não são idênticos estabelece-se uma "exclusão". Por outro lado, se idênticos calcula-se a probabilidade ou a frequência da ocorrência de genótipo observado na população da qual o indivíduo faz parte, onde são utilizadas as frequências alélicas para cada um dos marcadores moleculares utilizados (VELHO; GEISER; ESPÍNDULA, 2013).

1.3. Banco de dados genético criminal

A utilização dos perfis genéticos necessita sempre de um elemento comparativo para que tenha valor investigativo (BOND, 2007; WALLACE, 2006). Portanto, destaca-se a necessidade da criação dos bancos de dados genéticos, pois, as informações individuais baseadas em marcadores moleculares geram uma grande quantidade de dados que precisam estar disponíveis para uma possível consulta e comparação com análises de amostras biológicas provenientes das vítimas, ou do local de crime.

As nações pioneiras a implantarem banco de dados com perfis genéticos forenses foram o Reino Unido e os Estados Unidos da América (EUA). No Reino Unido, o banco é denominado de *UK National DNA Database* (NDNAD) (WALLACE, 2006). Nos Estados Unidos foi estabelecido pelo *FBI* o *National DNA Index System* (NDIS) e em 1998 foi lançado o programa *Combined DNA Index System* (CODIS), o mais importante banco de dados genéticos mundial, permitindo assim, o intercâmbio e comparação de provas forenses provenientes de DNA em investigação de crimes violentos, sendo essa a sua missão (FBI, 2019).

O CODIS é disponibilizado gratuitamente aos governos dos países interessados em utilizar na área de segurança pública. Nos Estados Unidos, mais de 190 laboratórios fazem uso do *software* e mais de 90 laboratórios também o utilizam em

outros 50 países para suas próprias iniciativas de banco de dados (FBI, 2019). O governo Americano chama a atenção para o fato que depois da criação do CODIS e do seu uso nas investigações forenses, juntamente com outros avanços proporcionados pelo governo, tem-se registrado quedas nos índices de criminalidade, principalmente os sexuais e homicídios (NIJ, 2017).

De acordo com a INTERPOL 84 países-membros possuem bancos nacionais de perfis genéticos. Denominado de DNA *Gateway,* a base de dados da INTERPOL foi criada em 2002 e até novembro de 2019 continha mais de 180 mil perfis de DNA, sendo utilizados pelos países participantes como instrumento nas suas investigações criminais (INTERPOL, 2019). Contudo, a legislação acerca da inserção dos perfis genéticos e das comparações nos bancos de dados apresentam diferenças entre diferentes países. Em alguns destes, apenas criminosos condenados têm seu perfil genético armazenado no banco de dados, e em outros, apenas condenados por crimes específicos (INTERPOL, 2008).

No Brasil, a implantação de banco de dados de DNA iniciou-se a partir de um acordo entre o governo brasileiro e o *FBI* em maio de 2010 para utilização do *software* CODIS, a princípio, com os mesmos padrões do banco norte-americano (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012). Essa iniciativa se deu pelo Ministério da Justiça por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP/MJ).

O processo iniciou com investimento da SENASP com a formação, qualificação e capacitação de peritos criminais de todo país, depois na implementação física e logística dos laboratórios de DNA Criminal (SENASP, 2004). No ano de 2004 existia no país apenas seis laboratórios de DNA oficiais (FAGUNDES, 2010). Com os investimentos do governo federal, atualmente somam-se 20 laboratórios oficiais de genética forense (RIBPG, 2019).

Contudo, no início uma grande dificuldade de operacionalidade em relação ao banco de dados brasileiro era devido à falta de uma legislação de regulamentação. À vista disso, em 28 de maio de 2012, foi aprovado pelo Congresso Nacional a Lei 12.654, precedida pelas aprovações do Projeto de Lei do Senado 93/2011 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal e do Projeto de lei 2.458/2011 pela Câmara dos Deputados (LACERDA, 2012). A referida norma "Altera as Leis 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências".

Desta forma, fica consignado que à identificação criminal do civilmente identificado poderá ocorrer mediante análise genética, quando considerado essencial às investigações policiais, condicionada à decisão judiciária competente, de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou

da Defesa (Lei 12.654/2012 e Lei 12.037/2009). Nesse caso, significa que a coleta pode acontecer independentemente do tipo de delito sob investigação.

Ao passo que à Lei de Identificação Criminal trabalha com a possibilidade da coleta de material biológico, a Lei de Execução Penal oportuniza o legislador de ir mais a fundo ao dispor da obrigatoriedade de identificação a partir dos perfis genéticos para os condenados por crime hediondo, previstos no art. 1º da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, ou por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa (Lei 12.654/2012). Neste caso, é explícito que a coleta será realizada independente de autorização judicial. Também é estabelecida a confidencialidade das informações constantes no banco de dados, sendo que a autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados (Lei 12.654/2012).

O Decreto 7.950, de 12 de março de 2013, por sua vez, institui e regulamenta no âmbito do Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). O BNPG traz como objetivo o de armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes. A RIBPG, por sua vez, coordena a implantação de bancos de dados estaduais conectados ao banco de dados nacional por meio do programa CODIS, tendo como um dos objetivos o de compartilhar e comparar as informações constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal (Decreto 7.950/2013).

Desta forma, a adesão dos Estados e do Distrito Federal à rede se confirma mediante convênio de cooperação técnica entre o Ministério da Justiça e as unidades da federação (Decreto 7.950/2013). Cada Estado com laboratório de genética forense apresenta seu próprio banco de dados e é responsável por alimentar o banco nacional com os perfis genéticos, conforme os casos tipificados em lei.

O decreto também determina o tempo para o armazenamento dos dados, além de especificar normas administrativas. Assim, o perfil genético do indivíduo identificado criminalmente será eliminado transcorrido prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial. Estabelece ainda a criação de um comitê Gestor, para promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e integrar os dados nos seus respectivos âmbitos, composto por representantes titulares e suplentes (Decreto 7.950/2013).

Não obstante, são designadas competências do comitê gestor, dentre os quais, destacam-se o de definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais de todos os procedimentos, desde a coleta ao armazenamento das informações genéticas; e definir medidas de segurança para garantia

de confiabilidade e sigilo das informações (Decreto 7.950/2013). Nessa linha o governo brasileiro demonstra uma preocupação com os direitos e liberdades dos indivíduos que tem/terão seus perfis genéticos armazenados no banco de dados (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012).

Outra atribuição primordial do BNPG é identificar pessoas desaparecidas, neste caso, os perfis genéticos serão doados voluntariamente pelos parentes consanguíneos e utilizados exclusivamente para essa finalidade (Decreto 7.950/2013; RIBPG, 2019).

Atualmente, o "projeto anticrime", em tramitação na Câmara Federal e no Senado, propõe mudanças significativas na Lei de Execução Penal, no que diz respeito a atual disciplina do BNPG. Os dispositivos apresentados pelo projeto do governo, elaborado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, estabelece que todos os condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado, serão compulsoriamente submetidos à identificação do perfil genético mediante a extração de DNA. Também adiciona que os que já se encontram no estabelecimento prisional, poderão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena, constituindo a recusa como falta grave. De acordo com o projeto, a exclusão dos perfis genéticos dos bancos deverá ocorrer em duas situações, no caso da absolvição do acusado ou, mediante requerimento passados 20 anos após o cumprimento da pena (BRASIL, 2019). Logo, percebe-se que as alterações propostas visam ampliar o uso da técnica em questão, englobando um número muito maior de crimes, a fim de aprimorar o trabalho investigativo.

De modo geral, o funcionamento de um banco de dados de DNA criminal é simples. Existem na verdade dois bancos de dados: um de perfis genéticos obtidos de amostras biológicas coletadas em locais de crimes, de vítimas ou de cadáveres de identidade desconhecida, entre outros; e outro banco com perfis de referência de condenados (LIMA, 2007). Os perfis podem ser confrontados a qualquer tempo, mesmo que por outro tipo de crime e em qualquer Estado da federação, aumentando a chance de identificação do agressor. Também é possível realizar o cruzamento de dados com perfis obtidos de outras vítimas e de outros locais de crime, podendo assim estabelecer uma relação entre diversos crimes cometidos pelo mesmo indivíduo (JACQUES; MINERVINO, 2007).

No momento atual, 18 laboratórios estaduais, um laboratório distrital e um laboratório da Polícia Federal estão efetivamente cadastrados e compartilham perfis genéticos no âmbito da RIBPG. Até o dia 28 de maio de 2019, totalizaram-se 27.184 perfis genéticos oriundos de amostras relacionadas a casos criminais, sendo apresentado ao poder público 926 coincidências confirmadas, das quais, 780 estão relacionados a coincidência entre vestígios e, 146 entre vestígio e indivíduo

cadastrado. O BNPG já auxiliou em 852 investigações, significando que as informações prestadas pelo banco de dados genéticos adicionaram valor ao processo investigativo (RIBPG, 2019). Essas informações servem para compreender o impacto gerado pelos resultados obtidos com o uso de bancos de perfis de DNA.

Em relação a categoria de amostras de DNA de condenados, apesar de a coleta ser constante em alguns estados, há pouco mais de 17.000 indivíduos cadastrados em todo país (RIBPG, 2019). A estimativa era que 70.000 condenados, que poderiam estar respondendo pelos tipos penais previstos na lei em tela, já deveriam ter seus perfis genéticos armazenados no banco nacional (RIBPG, 2016).

1.4. Instituto de Genética Forense Eduardo Campos

A Polícia Científica de Pernambuco foi criada por meio da Lei Estadual 6.657, de 07 de janeiro de 1974. O laboratório de genética forense de Pernambuco, criado em 2012, faz parte da Polícia Científica e apresenta como objetivo o de fornecer à justiça prova material baseada em análises periciais do DNA, oferecendo subsídios a investigação policial com elementos que contribuam para a determinação da autoria, além de auxiliar os Institutos de Medicina Legal (IMLs) na identificação de cadáveres.

No mesmo ano de sua implementação a Portaria GAB/SDS Nº 1440/2012 estabeleceu procedimentos para coleta, preservação, manuseio e exame de materiais biológicos para identificação humana pela análise do DNA relacionados a ilícitos penais e outras providências (Pernambuco, Secretaria de Defesa Social de Pernambuco. Portaria GAB/SDS 1440/2012). Para as amostras biológicas coletadas em vivo, recomenda-se, preferencialmente, amostras da mucosa bucal, procedimento "não invasivo" com a utilização de *swabs*, em conforme com a Lei Federal 12.654. A coleta de material biológico "de referência" em pessoas vivas só poderá ser realizada em locais apropriados e com o expresso consentimento destas, mediante assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) (Pernambuco, Secretaria de Defesa Social de Pernambuco. Portaria GAB/SDS 1440/2012).

A Secretaria de Defesa Social (SDS) de Pernambuco inaugurou em 2018, o Instituto de Genética Forense Eduardo Campos (IGFEC), permitindo, além das atividades já realizadas, a adição de outros serviços incluindo uma central de custódia de material biológico relacionado a crimes.

No relatório apresentado pela RIBPG ao poder público com dados compilados até maio de 2019, a contribuição do Estado ao banco de DNA nacional foi o equivalente a 4.214 perfis genéticos, dos quais, 3.978 referem-se a categoria de

condenados, estando os demais alocados nas categorias de vestígios de crime, pessoa de identidade desconhecida e restos mortais não identificados e referência direta e indireta de pessoa desaparecida (RIBPG, 2019).

2. Metodologia

2.1. Instituto de Genética Forense Eduardo Campos

O Instituto de Genética Forense Eduardo Campos (IGFEC) encontra-se situado na Cidade de Jaboatão dos Guararapes, Região Metropolitana do Recife, Pernambuco. O fluxo de trabalho do IGFEC inclui a extração de DNA a partir das amostras encaminhadas, obtenção de perfis moleculares para a realização dos confrontos genéticos e posterior emissão de laudos. Também é responsável pelo gerenciamento do banco de dados de perfis genéticos estadual.

2.2. Amostras e Coleta de Dados

Para o presente estudo, o IGFEC disponibilizou de 284 relatórios policiais com laudos genéticos emitidos ao longo do ano de 2017 (12 meses), dos quais, oito deles correspondiam a solicitações de outras instituições em outros Estados e, por isso, não foram considerados no presente estudo. Dessa forma, totalizaram-se 276 laudos criminais expedidos de vários tipos de crimes que ocorreram no Estado. Vale ressaltar, que alguns laudos genéticos apresentavam mais de uma vítima e/ou mais de uma amostra para confronto genético; assim, somam-se 293 resultados.

As amostras biológicas recebidas para análise genética no IGFEC são assim classificadas:

a) *Amostra de referência:* Corresponde as amostras que apresentam origem conhecida, da vítima e/ou suspeito, ou de seus parentes.

b) *Amostra questionada:* Correspondem as amostras na qual não se sabe a quem pertence e que se pretende descobrir. São aquelas oriundas de locais de crime, do corpo da vítima (que pode pertence a própria vítima ou ao agressor), ou de pessoas cujas identidades são desconhecidas ou necessita de confirmação.

Os perfis genéticos obtidos são armazenados em banco de dados do laboratório para eventual nova perícia. São vários os tipos de amostras biológicas recebidos para a análise de DNA, contudo, as perícias realizadas pelo laboratório são assim classificadas:

a) *Identificação Humana de Cadáver de Identidade Ignorada:* Consiste em exame realizado em amostra cadavérica com o intuito de determinação de identidade. Para tal, é realizada análise comparativa com o perfil genético gerado por

amostra doada pelo suposto familiar. Nesta categoria também foi incluso teste de paternidade em situação de abandono de recém-nascido.

b) *Crime Sexual:* Os casos de crimes sexo-relacionados podem assim ser subdivididos: 1) Confronto genético: A comparação entre os perfis genéticos é realizada entre a amostra da vítima (de referência), a amostra questionada, a amostra do suspeito, e se houver, do parceiro da vítima (material de exclusão); 2) Teste de paternidade: Exame realizado com amostras de vítima de estupro, da criança e do suspeito; 3) Futuros confrontos: Neste caso é obtido o perfil genético do suspeito, posteriormente armazenado em banco de dados aguardando material de referência para comparação.

c) *Confronto de Vestígios:* Realizado entre a amostra questionada, geralmente coletada em local de crime, e amostra de referência do suspeito e/ou vítima.

As análises de confronto genéticos são realizadas entre os perfis genéticos obtidos das amostras de referência e aqueles provenientes das amostras questionadas. Os resultados provindos dessa etapa podem ser assim classificados:

a) *Conclusivo:* Quando se obtêm o perfil genético da amostra biológica.

b) *Conclusivo com inclusão:* Quando os perfis comparados entre as amostras são idênticos é calculado a probabilidade da frequência de ocorrência do genótipo na população em questão. Neste caso, diz-se que houve inclusão do perfil molecular, ou seja, existe uma probabilidade muito alta de pertencerem à mesma pessoa do que a outro indivíduo aleatoriamente escolhido na população.

c) *Conclusivo com exclusão:* Quando os perfis genéticos não são idênticos e, por isso, é estabelecido uma exclusão de perfil molecular, significando que não pertencem ao mesmo indivíduo.

d) *Futuro confronto:* Corresponde aos perfis genéticos obtidos de amostras questionadas em casos onde não é encaminhado amostra de referência para confronto, e, portanto, permanecem armazenados no banco do IGFEC para a eventualidade de nova perícia.

e) *Inconclusivo:* Quando não é possível a obtenção de perfis moleculares das amostras analisadas, podendo está associada a diversos motivos, entre eles, a degradação do material biológico, ausência de DNA na amostra ou, DNA presente, mas em baixa qualidade e quantidade.

2.3. Análise de dados

A análise quantitativa foi realizada por intermédio de um cálculo de frequência dos eventos ocorridos e apresentada por meio de gráficos. Os dados foram organizados primeiramente em planilha e os percentuais realizados pelo *software* Microsoft® Excel® 2016.

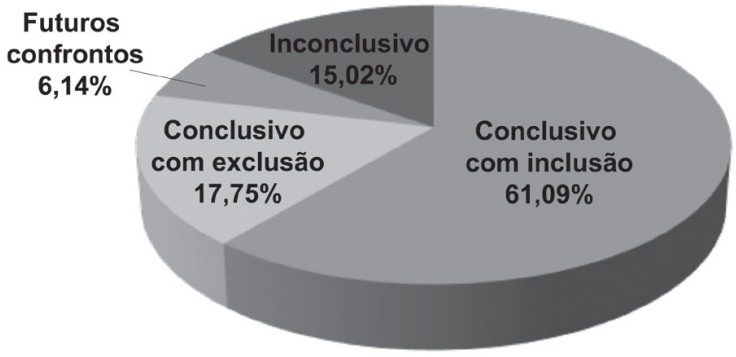
2.4. Aspectos éticos

A pesquisa foi submetida e aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa do Hospital Universitário Oswaldo Cruz (HUOC)/Pronto Socorro Cardiológico de Pernambuco (HUOC/PROCAPE), da Universidade de Pernambuco (UPE), por intermédio da Plataforma Brasil (CAAE 79590717.0.0000.5192), estando de acordo com a Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde. Conta com a anuência concedida pela GGAJ/SDS – PE (Gerência Geral de Assuntos Jurídicos/ Secretária de Defesa Social), por intermédio do Despacho 008/2016 – GACE/SDS (Gerência de Análise Criminais e Estatística), seguindo todos os requisitos da Portaria GAB 213/2010.

3. Resultados e discussão

Dos casos registrados e liberados pelo laboratório, 177 (64,13%) foram caracterizados como identificação humana; 46 (16,67%) correspondiam a crimes de violência sexual; e 53 (19,20%) relacionados a confronto de vestígios, totalizando 276 casos. Considerando-se o total de casos analisados, sem levar em conta a natureza do fato e a origem do material, obteve-se um resultado de inclusão em 61,09% destes, colaborando com a atribuição de autoria na investigação policial (Figura 1). Ressalva-se que como em alguns casos é relatado a presença de mais de uma vítima e/ou suspeito, foi atingido um total de 293 resultados de análises genéticas.

Figura 1 – Percentual dos resultados obtidos nas análises genéticas realizadas pelo IGFEC em 2017



Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

Caro leitor, para melhor leitura da imagem recomendamos o acesso através do QR Code ao lado.

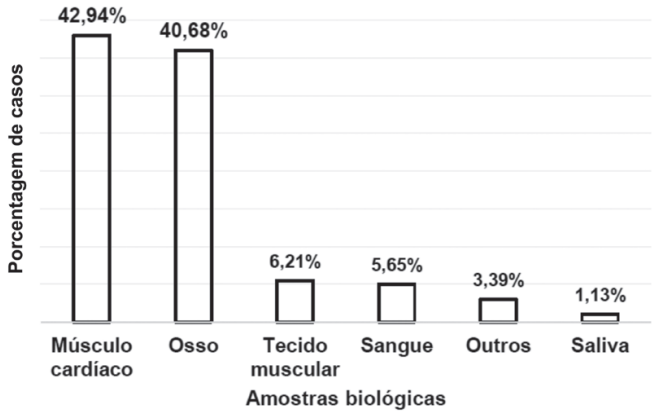
Vale ressaltar que nem todas as situações criminais ocorreram de fato no ano de emissão do laudo, visto que o perfil genético é armazenado em banco de dados do laboratório, pois a autoridade policial ou poder judiciário podem, por exemplo, solicitar confronto genético em um momento futuro, com evidências que deram entrada em anos anteriores.

3.1. Identificação humana de cadáver identidade ignorada

A identificação de cadáveres de identidade desconhecida pode ser feita por meio da existência de características presente no cadáver em comparação com essas mesmas informações coletadas anteriores a morte (*ante-mortem*), como impressões digitais e dados odontológicos (MALAVER; YUNIS, 2003). Entretanto, em algumas situações esses procedimentos não podem ser efetuados por falta dos registros prévios, ou quando o cadáver se encontra em avançado estado de decomposição ou esqueletizado, impossibilitando as devidas comparações. Nesses casos, são necessárias as análises de DNA com a amostra de referência pertencendo a suposto familiar (PRIMORAC; SCHANFIELD, 2000).

Dos laudos emitidos para identificação humana foram recebidas as seguintes amostras biológicas para obtenção dos perfis genéticos: músculo cardíaco, tecidos musculares variados, fragmentos de ossos, sangue e saliva, além de outros tipos de matérias menos frequentes como tecido cartilaginoso, fragmento de mucosa, medula e até mesmo partes do corpo (Figura 2).

Figura 2 – Percentual de amostras biológicas utilizadas para análise genética nos casos de identificação humana



Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

Para a coleta de amostras *post-mortem* é recomendada, quando possível, a retirada de sangue por punção sanguínea ou diretamente da cavidade cardíaca, pois amostras sanguíneas podem sofrer problemas como contaminação e degradação. Em cadáver recente, na qual não é evidente os fenômenos de putrefação, selecionam-se fragmentos de tecido muscular. Já para os que se encontram em

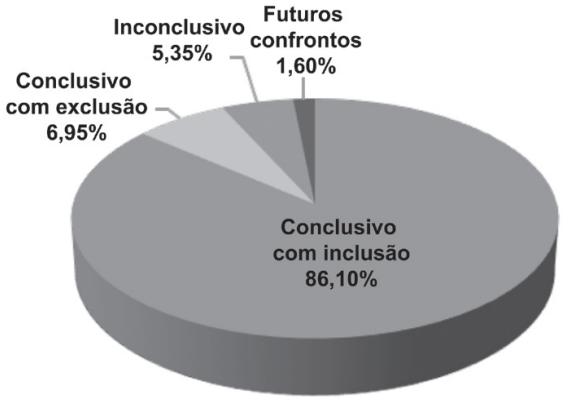
estágio de putrefação, ou até esqueletizado, poderão ser utilizados como amostra fragmentos de tecidos duros (ossos ou dentes) (BONACCORSO, 2005).

Os procedimentos para extração de DNA de tecido ósseo, apesar de bem estabelecidos, tendem a ser trabalhosos e demorados. A presença de uma matriz mineral de proteção dificulta o acesso às células existentes. Em amostras antigas, inumados ou não, a ação de fatores ambientais dificulta a obtenção de DNA em boa quantidade e qualidade para a determinação de perfil genético (YE et al., 2004). Dos casos em que o tecido ósseo foi o material eleito para obtenção de DNA, 40,18% pertenciam a ossadas, 16,67% a corpos em estado de putrefação e 31,94% a corpos carbonizados. Para os demais casos, não foi informado o estado do corpo. Destes, apenas 5,56% dos resultados foram inconclusivos, por falta de DNA em quantidade e qualidade suficiente.

Do total de casos recebidos de identificação humana, 103 deles correspondiam a cadáveres mais recentes, e por isso, continham amostras de tecido muscular, sangue, entre outros, facilitando a análise de DNA. Dois dos laudos emitidos se referiam a exame de paternidade para o crime de abandono de recém nascido, por isso o método de coleta escolhido foi obtenção de DNA de células da mucosa bucal, considerando que a vítima se encontrava viva. Nesse caso, a comparação entre os perfis foi realizada com os supostos pais, e também suspeitos, e a criança.

De modo geral, os resultados obtidos para identificação humana alcançaram um percentual satisfatório de sucesso, sendo possível estabelecer a existência ou inexistência de vínculo genético familiar. Em algumas situaçãos, por falta de doadores para amostra de referência, o perfil genético do cadáver foi armazenado em banco de dados para futuros confrontos (Figura 3). Os resultados inconclusivos se deram ou por falta de DNA em quantidade e qualidade suficiente (todos oriundos de amostras ósseas já discutidos), ou pela necessidade de parentes mais próximos para o estabelecimento de vínculo genético.

Figura 3 – Percentual dos resultados obtidos nas análises genéticas de identificação humana



Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

Vale ressaltar que para os exames de vínculo de parentesco genético é analisado as características genéticas que são próprias e exclusivas para cada indivíduo, herdadas dos pais biológicos (50% é herdado do pai e 50% é herdado da mãe). Para tal, é necessária amostra de parentes diretos (pai, mãe, irmãos e filhos). Os resultados para pai/mãe – filho/filha deverá apresentar metade dos seus alelos iguais; irmãos/irmãs terão em média metade das bandas similares, e para avó/avó-neto/neta a semelhança será de 25% (BONACCORSO, 2005).

O motivo de solicitação do exame genético pela perícia se deu em virtude de o cadáver ou se encontrar irreconhecível, impossibilitando a identificação de características fisionômicas realizada por parentes, ou pelo fato de mesmo reconhecível, o cadáver encontrava-se sem documento de identificação, sendo necessário a confirmação da identidade. Outras situações encontradas se referiam a suspeita de validade de documento, abandono de recém-nascido ou certidão de óbito com dados incompletos (Figura 4).

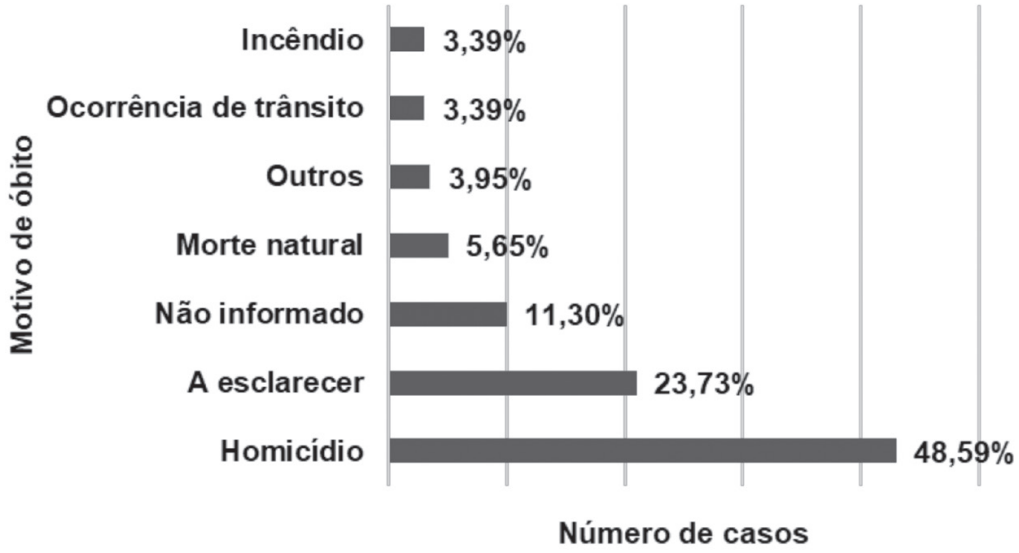
Figura 4 – Percentual do motivo de solicitação da análise genética pela perícia nos casos de identificação humana



Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

Referindo-se ao motivo de óbito é discrepante o número de casos relatados como homicídio (Figura 5), na qual, 97,68% se tratam de vítimas do sexo masculino. Apenas um desses casos de homicídio ocorreu em 2015, os demais se deram entre os anos de 2016 e 2017. Contudo, o percentual significativo de situações criminais em aberto ("não informado" somado aos "a esclarecer"), poderiam significar um aumento nessa taxa. Ekzert et al. (2016) realizaram um levantamento estatístico com base em laudos emitidos pelo IGFEC de vários tipos de crimes que ocorreram entre 2012 e 2014, destacando o homicídio como o tipo de crime que mais ocorre no Estado, tanto em região metropolitana como no interior.

Figura 5 – Frequência de motivo de óbito dos casos de identificação humana analisados



Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

Salienta-se que a identificação humana é importante para caracterizar o início e o fim da personalidade civil. Em casos criminais, sua confirmação é necessária para o andamento da investigação (SILVA et al., 2013). Se não houver material genético de suposto familiar para comparação genética, os perfis de DNA do cadáver são armazenados em banco de dados. Nesses casos, em 70,05% dos laudos analisados pertenciam a ocorrências do ano de 2017, e os demais, 29,95%, de casos datados de anos anteriores, mas que permaneciam em aberto esperando material de referência para comparação, sendo possível realizar a inclusão ou exclusão do vínculo genético familiar nos casos conclusivos.

3.2. Crime sexual

Os IMLs do Estado, além de encaminharem amostras para identificação de cadáveres, também são responsáveis pela coleta de material biológico em vítimas de violência sexual, geralmente por meio de *swabs* e lâminas durante a perícia sexológica correspondente. Também é encaminhado ao laboratório amostras biológicas coletadas no local de crime, por perito criminal, podendo ter sido produzido pela vítima e/ou criminoso, a exemplo de sangue, sêmen e saliva, presente em diversos suportes como: roupas, calçados, preservativos, entre outros. Nesses casos, qualquer sinal de amostra biológica pode oferecer a prova material necessária para a identificação do agressor, seja secreções, pelos sobre a vítima e restos de peles sob as unhas (VUICHARD et al., 2011).

A violência sexual atinge todas as classes sociais, etnias, religiões e culturas. Apesar de afetar tanto mulheres quanto homens, as estatísticas apontam que as principais vítimas são mulheres jovens e crianças, e os homens sãos os principais agressores (CERQUEIRA; CRUZ, 2014). A luta contra esse tipo de crime é complexa e contínua. Por isso, há a necessidade de produção de prova material consistente, destacando-se a utilização do DNA, por intermédio da coleta e o tratamento adequado de vestígios produzidos em local de crime, sua correta manutenção, transporte, cadeia de custódia, assim como o armazenamento de perfis em banco de dados para futuros confrontos (MICHELIN et al., 2013).

Do mesmo modo que na análise de vínculo genético é necessário a coleta de amostras biológicas de referência, tanto da vítima quanto do suspeito, e se caso houver, do parceiro sexual da vítima (amostra de exclusão). Tal medida é necessária porque nessas situações há uma mistura de material biológico/genético da vítima com o do agressor, salientando outra grande vantagem do DNA, que reside na possibilidade de separar o DNA da célula espermática de qualquer outro DNA celular.

Para esses casos é utilizado marcadores genéticos do cromossomo Y (presente apenas no sexo masculino). Considerando que as amostras biológicas recebidas nesse tipo de crime, muitas vezes, encontram-se insuficientes ou de baixa qualidade, as informações genéticas obtidas de marcadores dos demais cromossomos podem apresentar resultados não satisfatórios, tendo em vista que existe uma pequena quantidade de DNA masculino misturado com grandes quantidades de DNA feminino (TURI; KING; JOBLING, 2009). A análise do cromossomo Y é bastante útil para identificação do estuprador, podendo decidir o rumo das investigações.

Nesse ponto, destaca-se a relevância da manutenção de um banco de dados genético criminal, pois, de nada serve a coleta e identificação do material genético do agressor, sem um perfil de referência para comparação. A ampliação do BNPG, por exemplo, propiciaria a investigação de casos de crimes de estupro ainda não resolvidos, sem suspeitos, crimes em série, e até mesmo crimes interestaduais e internacionais.

Dos laudos analisados, 46 destes se referiam a confrontos genéticos relacionados a crimes sexuais, das quais, em três situações apresentaram mais de uma vítima, em dois casos foram apresentados dois suspeitos, e em um caso havia três suspeitos para comparação genética. Destaca-se que quando o resultado de confronto genético entre amostra questionada e amostra de referência do suspeito é de exclusão, o perfil genético obtido da amostra questionada

permanece armazenado em banco de dados do laboratório à espera de novo material para comparação, podendo ser submetido para confronto em vários laudos diferentes.

Quase que a totalidade das amostras de referência das vítimas pertenciam ao sexo feminino (Tabela 1). No total, 42 foi o número de amostras de suspeitos encaminhados para coleta de material biológico e confronto genético (todos homens). Em apenas dois casos foi necessária a coleta de amostra biológica do parceiro sexual das vítimas.

Tabela 1 – Sexo das amostras de referência pertencente as vítimas de crimes de natureza sexual analisadas e confrontadas nos laudos emitidos pelo IGFEC em 2017

Parâmetro	Variável	Distribuição	
		Número	%
Sexo	Masculino	4	8,16
	Feminino	45	91,84
Total		49	100

Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

Em outro laudo, foi coletada amostra biológica de cadáver exumado pertencente à vítima, compondo amostra de referência para comparação com caso em aberto. Em sete situações não houve suspeitos encaminhados para confronto genético. Em cinco desses casos, foi possível a obtenção de perfil genético da vítima e do suspeito passíveis para futuros confrontos. Nos demais, foi exibida mistura de material genético, a qual impossibilitou a realização de confrontos genéticos. Em uma outra situação, não foi encaminhada ao laboratório a amostra de referência da vítima, apenas material coletado durante exame sexológico, contudo, não foi detectado DNA masculino.

Quando presente a amostra de referência dos suspeitos, os casos são considerados fechados; na ausência desses, os casos são ditos em abertos para futuros confrontos. Em 30,77% dos casos fechados houve resultado de inclusão do perfil molecular do suposto autor, e em 26,92% houve exclusão do perfil molecular (Figura 6). Enfatiza-se que, o exame de DNA é um método confiável e contribui nas investigações policiais, tanto para apontar um criminoso, quanto para limitar o número de suspeitos e inocentar uma pessoa acusada por um crime que não cometeu.

Figura 6 – Percentual dos resultados obtidos nas análises genéticas de crime sexual



Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

O número de perícias inconclusivas pode ser explicado tanto pela exiguidade do material encaminhado quanto pela ausência de DNA masculino, ou até mesmo por sua presença, contudo, em quantidade e qualidade não suficientes para estabelecimento de perfis genéticos que possibilitassem o confronto.

Os exames de paternidade também são realizados nessa categoria de exames. Para essa situação, o objetivo é determinar se o suposto pai é o pai biológico da criança, tornando possível identificar o autor do crime de estupro. Houve relatos de dois casos de estupro/incesto, um possuindo o próprio pai como acusado e no outro um irmão. Em ambos os casos as vítimas tiveram filhos de seus agressores, sendo confirmado pelo exame de DNA.

Os materiais biológicos encaminhados das amostras questionadas para análise genética foram bastante diversos, como: Swabs/lâminas com secreção vaginal e/ou anal, preservativo, roupas intimas, material subungueal, fio de cabelo, swabs de objetos, saliva, entre outros.

Uma das principais utilizações dos bancos de perfis de DNA, já discutidos, é o armazenamento de perfis genéticos obtidos de vestígios das vítimas e dos locais de crimes, podendo por exemplo, ser confrontados a qualquer tempo com perfis de suspeitos e/ou criminosos condenados, mesmo que por outro tipo de crime e em qualquer estado da federação. Para os crimes sexuais, do total de laudos analisados, um pouco mais da metade (54,35%) se relacionavam a acontecimentos anteriores a 2017, enfatizando a importância do banco de dados para inclusão ou exclusão de suspeito.

3.3. Confronto de vestígios

Dos 276 laudos emitidos pelo IGFEC em 2017, 53 foram concernentes á analise de vestígios oriundos de locais de crimes (Figura 7), estando grande parte

relacionados a crimes de violência sexual (56,60%). Nesses casos, em 74,20% os resultados foram conclusivos com exclusão para o confronto entre o perfil genético do suspeito e o encontrado no vestígio, e em 16,13% foram apenas conclusivos, significando obtenção do material genético da vítima e do agressor aptos para futuros confrontos. Para os restantes, em 6,45% não foi detectado a presença de DNA da vítima nem do agressor e, em 3,22% não foi encontrado DNA em boa qualidade.

Figura 7 – Percentual dos tipos de crimes nas análises genéticas de confronto de vestígios



Fonte: imagem e pesquisa elaboradas pelos autores.

Para o crime de homicídio, em 20% dos exames genéticos não foi encontrado DNA para comparação com o do suspeito, em 40% dos casos o DNA não apresentou qualidade suficiente, em 30% foi obtido perfil genético apto para futuros confrontos, e em 10% foi conclusivo com inclusão de suspeito.

Para o crime de latrocínio, 25% dos casos foi conclusivo com inclusão de suspeito, 50% conclusivo com exclusão do suspeito, e em 25% os perfis foram armazenados em banco de dados para confronto. Já para os crimes contra o patrimônio, em 100% dos resultados se obteve perfis genéticos passíveis para confronto.

Dos 53 laudos analisados, 79,25% relacionavam-se a demandas anteriores a 2017, destacando a importância do banco de dados, principalmente para os crimes de violência sexual, visto a quantidade de crimes que podem ser evitados com a prisão de um criminoso antes que faça novas vítimas (JACQUES; MINERVINO, 2007).

O percentual de resultados inconclusivos se deve ao fato da exiguidade do material aliado a sua possível degradação, em função principalmente da ação destrutiva do tempo, ou do tempo decorrido entre o crime e a coleta, e até da presença de contaminantes. Destaca-se que o sucesso das análises biológicas de

materiais coletados em locais de crime depende estritamente do isolamento e de sua preservação.

Amostras biológicas podem ser localizadas em objetos ou suporte tocado por suspeito ou vítima, indumentos, manchas de sangue, saliva, esperma, pelos, fibras, impressões digitais, arma de fogo, arma branca, entre outros (NORÉN et al., 2013). Os laudos analisados, envolveram uma variedade de amostras questionadas, tais como indumento, chumaços de algodão, fio de carregador de celular, *swab* de reboco, *swab* de empunhadura e gatilho de arma de fogo, *swab* de fragmento de vidro, *swab* de piso, bota, caixa de relógio, escova dental e muitos outros.

Quando se trata de coleta de vestígios, as primeiras preocupações recaem sobre a preservação e isolamento do local de crime, identificação dos vestígios e coleta. Tais medidas mostram-se fundamentais para que as ações seguintes se tornem céleres e legais.

Preservar um local de crime significa não alterar o estado das coisas, para que as amostras coletadas, que fornecerão os elementos preliminares de uma investigação, não sejam comprometidas.

Peritos criminais e outros profissionais que atuam nesses locais devem se preocupar em adotar procedimentos de modo a evitar contaminação do material. Esses cuidados incluem o correto acondicionamento, transporte e padronização de procedimentos laboratoriais, sempre atentando para a garantia da integridade da amostra e da cadeia de custódia. Além disso, é importante fotografar, catalogar e documentar a evidência. Tais cuidados aumentam a confiabilidades dos resultados, expressos por meio de laudos, assegurando valor probatório ao inquérito policial durante o processo penal.

Segundo a RIBPG (2019), na apuração criminal, os perfis oriundos de vestígios de locais de crimes são confrontados entre si, e com os perfis genéticos de indivíduos cadastrados criminalmente. Partindo desse princípio, algumas metas estratégicas de combate à impunidade foram estabelecidas, o que inclui o aumento do número de coletas de material biológico e inserção nos bancos de perfis genéticos para 50% dos condenados, nos termos da Lei 12.654, para até o fim do ano de 2019 (os últimos dados apontam um aumento de cerca de 24% da meta prevista). Outra meta estabelecida por cada laboratório membro consiste no processamento de amostras de crimes sexuais e inserção nos bancos de perfil de DNA. Desse modo, espera-se para os próximos anos um aumento considerável em número de perfis genéticos de vestígios, o que, aliado ao crescimento do número de perfis de condenados, deve significar uma contribuição considerável nas investigações criminais e na verificação de reincidências (RIBPG, 2019).

4. Considerações finais

O auxílio oferecido pela identificação com o uso do DNA, embora não configure como um meio de prova absoluto, destaca-se por permitir uma correlação, por meio de comparações dos perfis genéticos, entre o suspeito e o local de crime, vítimas ou pessoas envolvidas.

Também faz parte da rotina de um laboratório de genética forense a identificação de cadáveres de identidade desconhecida, o que inclui vítimas de qualquer situação forense (homicídio, acidente de trânsito, incêndio etc.). Para os cadáveres sem identificação, deve-se lembrar que o reconhecimento é um processo subjetivo, portanto, suscetível a falhas. Por essa razão, aplicam-se métodos científicos consagrados, entre os quais, o DNA, principalmente quando há uma carência de informações *ante-mortem*, como impressões digitais e dados odontológicos, ou quando o corpo está em estado de decomposição muito avançado, carbonizado, esqueletizado ou outras situações que impossibilitem a aplicação das outras metodologias.

O uso frequente da análise genética no âmbito forense, associado ao desenvolvimento da bioinformática, impulsionaram um avanço significativo para a genética forense, com a criação de bancos de dados de perfis genéticos. O banco de DNA criminal, por sua vez, além de possuir um lado acusatório, pode comprovar a inocência de um suspeito. Tomando como exemplo os resultados observados no IGFEC para os crimes de violência sexual (N=46), em 26,92% dos casos foi possível estabelecer a inocência dos suspeitos apresentados.

Um aspecto importante para a eficiência dessa ferramenta consiste na quantidade de perfis moleculares processados e inseridos. Por isso, justifica-se que uma das medidas do Pacote Anticrime seja justamente o de ampliar o cadastro de registros biológicos no BNPG. Caso aprovado, todas os criminosos condenados por crimes dolosos teriam seu perfil genético inserido no bando de dados, o que representa quase que a totalidade de pessoas que passam pelo sistema prisional.

Na prática, todo indivíduo apreendido, independentemente do tipo de crime cometido, teria seu DNA coletado e investigado de forma compulsória. A partir deste ponto, mesmo os crimes sem suspeitos são investigados com exames de DNA, uma vez que os bancos de dados possuiriam uma grande quantidade de perfis genéticos armazenado de pessoas tipadas em outras situações. Vale ressaltar que geralmente os crimes sem suspeitos não são analisados de imediato e o processamento dessas amostras forneceria subsídios às autoridades policiais para retomar investigações criminais que foram paralisadas por falta de provas.

À vista disso, a implantação de um banco de dados desse porte visa não somente a realização de exames de DNA de casos que estão fechados (em que há amostra questionada e de referência para confronto molecular), que na prática representem uma pequena parcela dos casos sob investigação, mas, principalmente, de crimes em aberto e crimes antigos.

O fato de qualquer amostra biológica servir como fonte de DNA e que todo crime deixa evidências, aumentam as chances de sucesso nas investigações criminais. Também vale considerar o número de crimes que podem ser evitados com um banco de dados que armazena as informações geradas pelas análises genéticas, criando a oportunidade de deter o criminoso antes que faça novas vítimas (é o caso, por exemplo, de um agressor sexual que geralmente costuma praticar crimes em série).

Por fim, considerando os resultados apresentados pelo presente trabalho, dos 276 laudos genéticos emitidos pelo IGFEC em 84,98% foi possível constatar a obtenção do perfil molecular (conclusivo com inclusão: 61,09%; conclusivo com exclusão: 17,75% e futuro confrontos: 6,14%). Esses dados provam que, observando-se os critérios de qualidade com que uma evidência biológica é analisada, o exame de DNA trata-se de uma rede efetiva em seu propósito de auxílio à perícia, aos órgãos policiais e à Justiça. O benefício social advindo da aplicação dessa técnica científica justifica o investimento dado à genética forense e à criação e manutenção de banco de dados.

5. Referências

ARAÚJO, L. G.; BIANCALANA, R. C.; TERADA, A. S. S. D.; PARANHOS, L. R., MACHADO, C. E. P.; SILVA, R. H. A. A identificação humana de vítimas de desastres em massa: a importância e o papel da Odontologia Legal. *RFO*, v. 18, n. 2, p. 224-229, 2013.

BENNET, P. Microssatélites. *Journal of Molecular Pethology*, v. 53, p. 177-183, 2000.

BONACCORSO, N. S. *Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes*. Dissertação (Mestrado em Medicina Forense) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BONACCORSO, N. S. *Análise Forense de DNA*. Tese (Monografia apresentada em Concurso) – Academia de Polícia de São Paulo. São Paulo, 2004. Disponível em: [http://www.peritocriminal.com.br/dnaforense.htm]. Acesso em: 02.02.2017

BOND, J. W. Valueof DNA Evidence in Detecting Crime. *Journal of Forensic Sciences*, Reino Unido, p. 128-136. jan. 2007.

BORÉM, A.; FERRAZ, D. A.; SANTOS, F. DNA e direito: as análises de DNA estão reduzindo as ambigüidades na identificação de criminosos. *Revista Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento*, Brasília-DF, n. 22, p. 42-44, set.-out. 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto de lei anticrime*. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf/view]. Acesso em: 30.04.2019.

BUTLER, J. M. Genetics and Genomics of Core Short Tandem Repeat Loci Used in Human Identity Testing. *J Forensic Sci*, v. 51, n. 2, 2006.

BUTLER, J. M.; HILL, C. R. Biology and genetics of new autosomal STR loci useful for forensic DNA analysis. *Forensic Sci. Rev*, v. 24, n. 15, 2012.

CERQUEIRA, D.; CRUZ, D. S. C. *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da Saúde. IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014.

DEL-CAMPO, E. R. A. *Medicina legal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EKERT, M. H. F.; OLIVEIRA, N. C. L.; SOUZA, C. A.; SANTOS, S. M.; MARTINS, D. B. G.; FILHO, J. L. L. DNA forense aplicado na identificação de vítimas de crimes em Pernambuco, Brasil. *Revista Brasileira de Criminalística*, v. 5, n. 2, p. 14-17, 2016.

FBI – FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Combined DNA Index System (CODIS)*. 2019. Disponível em: [https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis]. Acesso em: 30.10.2019.

FIGINI, A. R.; SILVA, J. R. L.; JOBIM, L. F.; SILVA, M. *Identificação humana*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

FRUMKIN, D.; WASSERSTROM, A.; DAVIDSON, A.; GRAFIT, A. *Authentication of forensic DNA samples*. Forensic Science International: Genetics, 2009.

FUNABASHI, K. S.; MONTEIRO, A. C.; DE MORAES, D. A.; ROCHA, M. R.; MOREIRA, P. C. F.; IMAMURA, E. S. M. A importância da identificação humana nos desastres de massa naturais, acidentais ou provocados: uma abordagem multidisciplinar. *Saúde, Ética & Justiça*, v. 14, n. 2, p. 54-64, 2009.

GARRIDO, R. G.; RODRIGUES, E. L. *Ciência forense*: da cena do crime ao laboratório de DNA. Rio de Janeiro: Ed. Projeto Cultural, 2014.

GERSHAW, C. J.; SCHWEIGHARDT, A. J.; ROURKE, L. C.; WALLACE, M. M. Forensic utilization of familial searches in DNA databases. *Forensic Sci. Int. Genet.*, v. 5, p. 16-20, 2011.

HARES, D. R. Expanding the CODIS core loci in the United States. *Forensic Sci Int Genet*, v. 6, p. 52-54, 2012.

HOFFMAN, N. H.; FENGER, T. Validation of Half-Reaction Amplification Using Promega PowerPlex_16. *Journal Forensic Sci*, v. 55, p. 1044-1049, 2010.

INTERPOL – INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION. *DNA*. 2017. Disponível em: [https://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Forensics/DNA]. Acesso em: 31.10.2019.

INTERPOL – INTERNATIONAL CRIMINAL POLICE ORGANIZATION. *Global DNA Profiling Survey Results*, 2008. Disponível em: [http://www.dnaresource.com/documents/2008INTERPOLGLOBALDNASURVEYREPORTV2.pdf]. Acesso em: 13.01.2017.

JACQUES, G. S.; MINERVINO, A. C. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. *Perícia Federal*, Brasília, v. 26, p. 17-20, 2007. Disponível em: [www.apcf.org.br]. Acesso em: 04.05.2016.

JEFFREYS, A. J.; WILSON, V.; THEIN, S. L. Hypervariable 'minisatelite' regions in human DNA. *Nature*, v. 314, p. 68-73, 1985.

LACERDA, P. Doação de DNA por criminosos pode ser lei. *Perícia Federal: Local de crime*, Brasília-DF, n. 29, p. 32-35, mar. 2012.

LIMA, H. B. DNA x criminalidade. *Perícia Federal*, Brasília-DF, p. 7-11, mar. 2007.

MICHELIN, K., FREITAS, J. M., KORTMANN, G. L. *Locais de crime:* dos vestígios a dinâmica criminosa. Campinas: Millennium, 2013.

NIJ – NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE. DNA Initiative: Advancing Criminal Justice Through DNA Technology, 2017. Disponível em: [https://nij.gov/topics/forensics/evidence/dna/dna-initiative/Pages/welcome.aspx]. Acesso em: 12.01.2017.

NORÉN, L.; HEDELL, R.; ANSELL, R.; HEDMAN, J. Purification of crime scene DNA extracts using centrifugal filter devices. *Investigative Genetics*, v. 4, n. 8, 2013.

PENA, S. D. J. Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA. *Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de C, T & I*. Parcerias Estratégicas, v. 20, p. 447-460, 2005. RIBPG – REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. *III Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, dados estáticos e resultados relativos a novembro de 2015*. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg]. Acesso em: 20.05.2016.

RIBPG – REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. *X Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, dados estatísticos e resultados* – dez./2018 a maio/2019. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg]. Acesso em: 30.10.2019.

ROEWER, L. DNA fingerprinting in forensics: past, present, future. *Investigative Genetics*, v. 4, n. 22, 2013.

SANTANA, C. M. M.; ABDALLA-FILHO, E. Banco nacional de perfis genético criminal: uma discussão bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 1, n. 4, p. 30-45, p. 37, 2012.

SCHUMM, J. W.; GUTIERREZ-MATEO, C.; TAN, E.; SELDEN, R. A 27-Locus STR Assay to Meet All United States and European Law Enforcement Agency Standards. *J Forensic Sci*, v. 58, n. 6, 2013.

SENASP – SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Programa de ciência e tecnologia aplicada na segurança pública*. Brasil, 2004.

SILVA, E. F. A.; JACQUES, G. S.; CHEMALE, G.; FRANCEZ, P. A. *Genética forense*. Campinas: Millennium, 2013.

SILVA, L. A. F.; PASSOS, N. S. *DNA Forense*: coleta de amostras biológicas em locais de crime para estudo do DNA. Alagoas: Edufal, 2002.

SWEET, D. Why a dentist for identification? *Dent Clin North Am*, v. 45, n. 2, p. 237-251, 2001.

TURI, E.; KING; JOBLING, M. What's in a name? Y chromosomes, surnames and the genetic genealogy revolution. *Trends Genetic*, v. 25, n. 8, p. 351-360, 2009.

VANRELL, J. P. *Odontologia legal & antropologia forense*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009.

VELHO, J. A.; COSTA, K. A.; DAMASCENO, C. T. M. *Locais de crime*: dos vestígios à dinâmica criminosa. Campinas: Millennium, 2013.

VELHO, J. A.; GEISER, G. C.; ESPÍNDULA, A. *Ciências forenses*: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna. Campinas: Millennium, 2013.

VIRKLER, K.; LEDNEV, I. K. Analysis of body fluids for forensic purposes: from laboratory esting to non-destructive rapid confirmatory identification at a crime scene. *Forensic Science International*, v. 188, p. 1-17, 2009.

VUICHARD, S.; BORER, U.; BOTTINELLI, M.; COSSU, C.; MALIK, N.; MEIER, V.;GEHRIG, C.; SULZER, A.; MOREROD, M. L.; CASTELLA, V. Differential DNA extraction of challenging simulated sexual-assault samples: a Swiss

collaborative study. *Investigative Genetics*, v. 2, n. 11, 2011.

WALLACE, H. The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy. *EMBO Reports: Science e Society*, Alemanha, p. 26-30. jul. 2006. Disponível em: [http://www.nature.com/embor/journal/v7/n1s/pdf/7400727.pdf]. Acesso em: 20.05.2016.

WEBER-LEHMANN, J.; SCHILLING, E.; GRADL, G.; RICHTER, D. C.; WIEHLER, J.; ROLF, B. Finding the needle in the haystack: Differentiating "identical" twins in paternity test ingand forensics by ultra-deep next generation sequencing. *Forensic Science International: Genetics*, v. 9, p. 42-46, 2014.

WEEDN, V. W.; SWARNEN, S. L. Exames forenses de identificação por análises do DNA. In: HENRY, J. B. et al. *Diagnósticos clínicos e tratamentos por métodos laboratoriais*. 19. ed. São Paulo: Manole, 1998.

YE, J.; A.; PARRA, E. J.; ZHENG, X.; JIANG, C.; ZHAO, X.; HU, L.; TU, Z. A simple and eficiente method for extracting DNA from old and burned bone. *Jounal Forensic Science*, v. 49, n. 4, p. 1-6, jul. 2014.

ZIETKIEWICZ, E.; WITT, M.; DACA, P.; ZEBRACKA-GALA, J.; GONIEWICZ, M.; JARZĄB, B.; WITT, M. Current genetic methodologies in the identification of disaster victims and in forensic analysis. *J. Appl. Genet.*, v. 53, p. 41-60, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A diversidade genética humana na era dos diagnósticos genéticos: aspectos bioéticos e da proteção de bens jurídico-penais supraindividuais, de Paulo Henrique Burg Conti e Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RBCCrim* 150/77-118 (DTR\2018\22441);
- 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
- Perícia Médica 1, de Elias Farah – *RIASP* 30/371-402 (DTR\2012\451345).