Reflexões sobre o crime sistémico

Reflections on systemic crime

António Avelãs Nunes

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra. Doutor *Honoris Causa* pelas Universidades Federais de Alagoas, do Paraná e da Paraíba. Sigillo d'Oro da Università Degli Studi di Foggia. Doutor *Honoris Causa* pela Universidad de Valladolid.
anunes@fd.uc.pt

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: O artigo analisa a intrínseca relação entre o crime sistémico e o neoliberalismo, sob a perspectiva da Economia Política. Após um breve retrospecto histórico, chega-se ao capitalismo da globalização, alicerçado no crime sistémico. Estudando acontecimentos europeus recentes, torna-se possível definir o conceito de crime sistémico, praticado por aqueles com pouca legitimidade democrática e cuja prática se mostra recompensatória ante a seletividade da criminalização e da punição.

Palavras-chave: Neoliberalismo – Capitalismo – Crime sistémico.

Abstract: This article analyzes the intrinsic relation between systemic crime and neoliberalism, from the Political Economy perspective. By means of a brief historic retrospective, one arrives at the capitalism of globalization, sustained by the systemic crime. Studying recent European events, it becomes possible to define the concept of systemic crime, which is practiced by those with lack of democratic legitimacy and it shows to be rewarding in face of criminalization and punishment selectivity.

Keywords: Neoliberalism – Capitalism – Systemic crime.

Sumário: Referências bibliográficas.

1. – É velha receita que se costuma dar a quem pretende saber qual a origem da 'perdição' de alguns homens: *Chercher la femme*! Foi o que aconteceu agora comigo. Comecei por dizer que não escreveria nenhum artigo para o *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, porque, sendo eu jurista de formação, não leio uma linha sobre Direito Criminal desde outubro de 1962, quando concluí a minha

licenciatura em Direito. Fui professor na Faculdade de Direito de Coimbra durante mais de 40 anos, mas ensinei Economia Política, não com a pretensão de preparar economistas, mas empenhado em ajudar a formar bons juristas.

A minha decisão era a correta. Mas as Dras. Ana Maria Murata e Alice Silveira tiveram artes de me aliciar a escrever um texto à minha maneira, alegando que ele interessaria aos leitores de uma revista especializada em Direito Criminal. E eu caí no laço. Não quero fugir às minhas responsabilidades por me ter deixado convencer, mas a responsabilidade maior (talvez não tipifique um crime…) é delas e do mandante, o meu colega e amigo Jacinto de Miranda Coutinho…

2. – Tenho procurado mostrar que este capitalismo da era da *globalização* é o *capitalismo do crime sistémico*.

Vale a pena regressar aos anos 1970. Por essa altura, as chamadas *crises do petróleo* deram uma preciosa ajuda para a mudança de paradigma do capitalismo à escala mundial. A Administração Nixon foi obrigada a anular os Acordos de Bretton Woods (que estabeleceram o sistema monetário internacional para depois da 2ª Guerra Mundial), pondo fim à convertibilidade do dólar em ouro à paridade de 35 dólares por onça *troy* de ouro. Era o início do sistema de câmbios flutuantes, confiando ao *mercado* (aos *especuladores*) a fixação dos preços das divisas.

Mas essa *crise do capitalismo* trouxe consigo o *paradoxo da estagflação* (assim lhe chamaram os keynesianos), uma espécie de boi-cavalo, que não vinha nos livros, contrariando a realidade conhecida até então: em vez de os preços baixarem nos períodos de depressão e de desemprego, dessa vez, a depressão e o desemprego conviviam com preços altos e taxas de inflação elevadas e crescentes. Em uma economia altamente concentrada, os grandes monopólios conseguiam a proeza de impor preços elevados e crescentes, apesar de não conseguirem escoar toda a produção e de terem mesmo de reduzir a atividade produtiva. Era a morte do mito da *soberania do consumidor*.

A *estagflação* veio pôr em evidência que a 'revolução keynesiana' não tinha conseguido curar as 'doenças' congénitas do capitalismo, ao contrário do que pensaram aqueles que já falavam do *capitalismo sem crises* (*capitalismo post-cíclico*) e proclamavam que a ciência económica keynesiana tinha tornado obsoleto o marxismo, como à frente sublinharei.

Os liberais monetaristas (conhecidos hoje como neoliberais), capitaneados por Friedrich Hayek e por Milton Friedman, aproveitaram a onda e vieram dizer que *a inflação é o caminho para o desemprego* e, parafraseando o título de um célebre opúsculo de Keynes, proclamaram que a inflação e o desemprego são as *consequências económicas de Lord Keynes*, acusando as políticas de inspiração

keynesiana de todos os males do mundo e colocando Keynes no banco dos réus, até que os *monetarists mark II* (os adeptos da *teoria das expectativas racionais*, com Robert Lucas no papel de inquisidor-mor) decretaram a *morte de Keynes*.

Paralelamente, uma enorme operação de propaganda assegurou a vitória do *ideological monetarism*, "sistematicamente difundido – escreve Nicholas Kaldor – a partir do outro lado do Atlântico por um crescente grupo de entusiastas que combinam o fervor dos primeiros cristãos com a delicadeza e a capacidade de um executivo de Madison Avenue."

Pouco depois da publicação de *O Caminho da Servidão* (1944), Hayek foi convidado para uma série de conferências públicas nos EUA. O próprio Hayek reconhece a natureza do seu 'trabalho': "O que eu fiz na América foi uma experiência muito corruptora. [...] Tornamo-nos atores e eu não sabia que tinha essa qualidade em mim. Mas, tendo a oportunidade de jogar com uma audiência, comecei a gostar."

Alguns anos mais tarde (1961), o mesmo espetáculo propagandístico foi montado à volta do livro de Milton Friedman *Capitalism and Freedom*, culminando com uma série de programas que ocuparam o horário nobre nas televisões de todo o mundo capitalista.

Com o apoio dos grandes centros de produção ideológica, de todas as fundações 'protetoras' da atividade científica e até dos responsáveis pelo chamado Prémio Nobel da Economia (atribuído a Milton Friedman em 1976, ano do bicentenário da primeira edição de *Riqueza das Nações*), o *neoliberalismo* consolidou-se como ideologia dominante, a ideologia do *pensamento* único. O *pensamento* único é a negação do *pensamento crítico*, que é a seiva indispensável à vida das sociedades democráticas. O *pensamento* único é uma das faces da *ditadura do grande capital financeiro*. E o *neoliberalismo* não é o produto inventado por uns quantos 'filósofos' que não têm mais nada em que pensar. O neoliberalismo não existe fora do capitalismo, antes corresponde a "uma nova fase na evolução do capitalismo" (G. Duménil/D. Lévy). O neoliberalismo é o reencontro do capitalismo consigo mesmo, depois de limpar os cremes das máscaras que foi construindo para se disfarçar. O neoliberalismo é o capitalismo puro e duro do século XVIII, mais uma vez convencido da sua eternidade, e convencido de que pode permitir ao capital todas as liberdades, incluindo as que matam as liberdades dos que vivem do rendimento do seu trabalho. O neoliberalismo é o capitalismo na sua essência de sistema assente na exploração do trabalho assalariado, na maximização do lucro, no agravamento das desigualdades. O neoliberalismo é a expressão ideológica da hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo, hegemonia construída e consolidada com base na ação do estado capitalista, que é hoje, visivelmente, a *ditadura do grande capital financeiro*.

É o neoliberalismo que informa a *política de globalização neoliberal* (a chamada *globalização* não é a consequência inevitável do desenvolvimento científico e tecnológico!) apostada na imposição de um *mercado único de capitais à escala mundial*, assente na *liberdade absoluta da circulação de capitais*, que conduziu à supremacia do capital financeiro sobre o capital produtivo e à criação de um mercado mundial da força de trabalho, que trouxe consigo um aumento enorme do *exército de reserva de mão de obra*.

O recurso às técnicas mais sofisticadas de manipulação da informação (e até da 'ciência') transformou o neoliberalismo em uma espécie de 'religião', para cuja "única fé verdadeira" se diz que *não há alternativa*. Como escreve Nicholas Wapshott, "as ideias de mercado livre adquiriram uma dimensão quase religiosa que levaria alguns aderentes a parecerem discípulos de uma seita secreta em vez de investigadores da verdade."[1]

3. – As referidas *crises do petróleo* trouxeram ainda à luz do dia outro fenómeno, o da *tendência para a baixa da taxa média de lucro nos setores produtivos*, diagnosticado e estudado em algumas das economias capitalistas mais desenvolvidas. E, perante ele, os 'comandos' do capitalismo à escala mundial foram forçados a adotar uma nova estratégia adequada à luta contra aquela tendência, estratégia que se traduziu em *escolhas políticas* (as *políticas de globalização neoliberal*) diferentes das que tinham sido propostas por Keynes e pelos keynesianos.

O *Consenso Keynesiano* foi o fruto do *compromisso* exigido, depois da derrota do nazi-fascismo, para conseguir o que Wolfgang Streeck chama a "paz democrático-capitalista": o "capitalismo democrático" substituiu o *capitalismo fascista*.

Nas novas condições de finais da década de 1970, os dirigentes do capitalismo mundial entenderam que a correlação de forças permitia que não continuassem a pagar o preço daquele compromisso, ao mesmo tempo em que a salvaguarda das

1. As *experiências corruptoras* como a de Hayek multiplicaram-se ao longo dos anos, graças à ação dos mesmos agentes em representação dos mesmos interesses. Referindo-se à 'conversão' ao novo credo monetarista/neoliberal de muitos economistas universitários que "arrecadaram uma série de Prémios Nobel [...] e receberam recompensas mundanas", escreveu o Prémio Nobel Paul Krugman: "as preferências de mecenas universitários, a disponibilidade de bolsas de estudo e lucrativos contratos de consultoria, etc. devem ter encorajado esses profissionais académicos não só a distraírem-se das ideias keynesianas, mas a esquecerem grande parte daquilo que se aprendeu com as décadas de 1930 e 1940." Foram esses os caminhos que conduziram à elaboração da dogmática neoliberal, caminhos que assentam em uma exibição de "manifestações de ignorância", de "argumentos ignorantes e destrutivos", que levaram à "idade das trevas da macroeconomia."

margens de lucro exigia um reforço da exploração dos trabalhadores, sacrificando os seus rendimentos e os seus direitos.

Nesse contexto, o *Consenso Keynesiano* foi substituído pelo chamado *Consenso de Washington*, que 'codifica' a nova estratégia de clara inspiração neoliberal, que pressupõe e afirma a *supremacia do capital financeiro sobre o capital produtivo* e que talvez possa caraterizar-se deste modo: *liberdade absoluta de circulação de capitais* à escala mundial (a mãe de todas as *liberdades do capital*); 'revelação' do dogma neoliberal da *independência dos bancos centrais*, que arrastou consigo a 'privatização' dos estados, que, como qualquer cidadão, dependem dos mercados financeiros para o financiamento das suas políticas, porque perderam elementos fundamentais da soberania e da independência nacionais: o controle do sistema financeiro (da emissão de moeda, das taxas de juro e das taxas de câmbio), com a consequente perda do controle sobre o destino da poupança nacional; aplicação do *princípio da banca universal*, em nome do qual os bancos podem desenvolver quaisquer operações financeiras, incluindo atividades puramente especulativas nas quais comprometem os depósitos dos seus clientes (a *poupança nacional*); privatização da banca, dos seguros e da generalidade das empresas públicas, por puros preconceitos ideológicos; prioridade no combate à inflação, com o argumento de que a inflação destrói a 'racionalidade' dos mecanismos do mercado e a *estabilidade dos preços* traz consigo o crescimento e o emprego; políticas de *arrocho salarial*, que entregam ao capital os ganhos da produtividade – apesar de esta estar cada vez mais ligada ao homem trabalhador, enquanto produtor, depositário e utilizador do conhecimento – e que promovem a baixa dos salários (o aumento do *trabalho não pago*), para tentar compensar a subida dos custos financeiros (fator que potencia a *baixa tendencial da taxa média de lucro*); ataque às organizações sindicais e à contratação coletiva; sistemas fiscais favoráveis aos titulares de rendimentos do capital e aos titulares de grandes fortunas (na UE, a taxa média de tributação dos lucros baixou de 36% em 1995 para 24% em 2018); asfixia do *estado social*.

Inverteu-se claramente o sentido das políticas públicas em favor do grande capital. Os defensores da chamada *teoria das expectativas racionais* vão mais longe, defendendo que os agentes económicos privados dispõem da mesma informação que as autoridades públicas, pelo que, como *agentes económicos racionais*, são capazes de prever as políticas que estas possam levar a cabo, antecipando os seus resultados e adotando comportamentos que os anulem. É a tese da *neutralidade da política económica*, da *ineficácia da política económica*, que abre caminho à proposta da *morte da política económica*, porque, além de ser *ineficaz*, ela é completamente *inútil*.

Posteriormente, as teorias da *public choice* (a que se encontram associados, como nomes mais marcantes, James Buchanan e Gordon Tullock) vieram defender que as crises são o resultado da *intervenção política* nos mercados motivada por *objetivos sociais*, intervenção (um *excesso de democracia*) que distorce o funcionamento normal dos *mercados livres*, segundo *leis naturais*. Essas são as únicas leis que podem regular a economia e só elas podem assegurar o equilíbrio geral em todos os mercados (incluindo o mercado de trabalho).

É a sequência natural das teses segundo as quais a *economia de mercado livre* impõese não apenas pela superior eficiência económica que lhe é atribuída, mas também por razões de ordem política: "sem o poder difuso e a iniciativa associada a estas instituições [a propriedade privada e o mercado de concorrência], é difícil imaginar uma sociedade em que a liberdade possa ser efetivamente salvaguardada", proclama a famosa Declaração da *Mont-Pélerin Society* (1947), inspirada por Hayek.

E Hayek sustenta que "a civilização é o resultado de um crescimento espontâneo e não de uma vontade." As *políticas públicas* que se propõem intervir na "ordem espontânea" consubstanciada no *mercado* constituem *o caminho para a servidão* (título de um livro de Hayek), pondo em causa a *free society*. A essa luz, o mercado (o capitalismo) é considerado a outra face da democracia, e as *leis naturais* do mercado são consideradas como que a constituição das constituições, como se todos não soubéssemos que o mercado é uma *instituição social*, um *produto histórico* criado pelos homens. O mercado é, como o estado, uma *instituição política* (David Miliband).

Os neoliberais mais 'puros' (ou mais duros) não admitem sequer políticas públicas que visem apenas corrigir injustiças. Porque são *irracionais* as pretensões de direitos sociais e de direitos políticos fora do quadro definido pelas *leis naturais* do mercado. A única justiça real é a justiça do mercado. Regressa-se ao século XVIII: o que é natural é justo; o injusto está fora da natureza (era a tese dos fisiocratas).

O filósofo austríaco fala mesmo da "miragem da justiça social" e defende que a expressão *justiça social* deveria ser abolida da linguagem dos economistas (e de todas as pessoas de bem, por certo…):

> "a expressão 'justiça social' não é, como a maioria das pessoas provavelmente sente – escreve ele –, uma expressão inocente de boa vontade para com os menos afortunados, [...] tendo-se transformado numa insinuação desonesta de que se deve concordar com as exigências de alguns interesses específicos que não oferecem para tanto qualquer razão autêntica."

É uma 'leitura' que assenta no 'dogma' liberal que proclama o mercado como um *mecanismo natural* (regido por leis de validade absoluta e universal), capaz de uma arbitragem 'neutral' dos conflitos de interesses, uma instituição que garante a *distribuição natural* dos rendimentos entre o capital e o trabalho, uma instituição que, segundo Hayek, "não pode ser justa nem injusta, porque os resultados não são planeados nem previstos e dependem de uma multidão de circunstâncias que não são conhecidas, na sua totalidade, por quem quer que seja."

O filósofo-economista pressupõe que os mercados são sempre *mercados de concorrência pura e perfeita* (só assim é possível admitir que as soluções do mercado não sejam o resultado da *ação deliberada de alguma pessoa ou grupo de pessoas*), apesar de todos sabermos que tais mercados nunca existiram e nunca hão-de existir. Raciocina-se com base em modelos que pressupõem parâmetros fixos, indiferentes à História e às diferenças culturais, quando se sabe que tais parâmetros não existem, porque a realidade é socialmente determinada e historicamente flexível.

Vários seguidores de Friedrich Hayek passaram a defender que o capitalismo só pode funcionar (isto é, só pode proporcionar aos donos dos meios de produção as condições para extraírem a maior vantagem possível do seu *poder de mercado*) se a política económica se pautar por *regras rígidas*; se os mercados e os direitos de propriedade tiverem proteção constitucional contra as interferências discricionárias da *política*; se a regulação da economia for separada do estado e confiada a agências reguladoras independentes; se os bancos centrais forem independentes, inteiramente livres das pressões eleitorais (isto é, fora do controle das instâncias políticas democráticas).

A *contrarrevolução monetarista* levou à guerra contra os sindicatos, "o mais grosseiro tipo de socialismo" (Hayek), os "opressivos monopólios do trabalho", "incompatíveis com a economia de livre empresa" (Gottfried Haberler), a tal ponto que Hayek pergunta "até onde se permitirá que os grupos organizados de trabalhadores industriais" atuem no sentido de "forçar uma mudança nas instituições fundamentais em que assenta o nosso sistema económico e social". E responde: há um momento que é preciso pôr termo a essa situação, "sem vacilar perante as consequências que esta atitude possa ter a curto prazo." Foi o que fizeram todos os pinochets que o imperialismo semeou pelo mundo fora.

A Sr.ª Thatcher acusou os sindicatos britânicos de quererem "destruir o estado", erigindo-os, desse modo, em *inimigos internos*, sobre os quais toda a repressão se pretende legitimada. E Milton Friedman incluiu entre os *inimigos internos* "os homens de boas intenções e de boa vontade que desejam reformar a sociedade [...] e obter grandes transformações sociais" por meio de políticas públicas.

Indissociável dessa é a guerra contra a contratação coletiva, contra o sistema público de segurança social, contra o estado social (que, segundo Milton Friedman, é filho de "uma doutrina essencialmente subversiva", à qual atribui o crime de ter provocado o "declínio das atividades privadas de caridade", um 'crime' grave para quem entende que "a caridade privada dirigida para ajudar os menos afortunados" é "o mais desejável" de todos os meios para aliviar a pobreza e é "um exemplo do uso correto da liberdade."

Liberdade de quem? Dos que precisam dos pobres para poder ganhar o céu por meio da caridadezinha para ajudar os pobrezinhos, coitadinhos? Ou da 'liberdade' dos que são condenados a estender a mão à caridade? É preciso lembrar a esses senhores que, nos tempos em que a caridade era "um exemplo do uso correto da liberdade", a mendicidade foi considerada um *crime* punido pelo estado e muitos milhares de 'mendigos' e 'vagabundos' foram mesmo executados por cometerem o *crime* de serem pobres e, por isso, socialmente perigosos.

"Imaginemos, por um momento – escreve Joseph Stiglitz –, como seria o mundo caso houvesse livre mobilidade da força de trabalho, mas nenhuma mobilidade do capital." E a sua resposta é esta: "Os países competiriam para atrair trabalhadores. Prometeriam boas escolas e um bom ambiente, assim como impostos sobre o capital com taxas mais elevadas."

Como o mundo em que vivemos não se apresenta desse jeito, as *políticas de globalização neoliberal* favorecem o grande capital financeiro, porque foram moldadas por um poder político cada vez mais identificado com a *ditadura do grande capital financeiro* (a ditadura do 1% mais rico, como gosta de lembrar Stiglitz). Essas políticas têm acentuado as *desigualdades* e têm condenado à extrema *pobreza* milhões de seres humanos, espalhando, como uma nódoa, a chaga da *exclusão social* (a "nadificação do outro", na expressão terrivelmente certeira do cineasta brasileiro Walter Salles). E os *excluídos* não têm direitos, são como que entidades inexistentes. A sociedade (o estado) só os inclui no âmbito do Direito Penal, e não na qualidade de vítimas, mas na veste de 'criminosos' que, como os "bárbaros" do tempo da *revolução industrial*, ameaçam *invadir a cidade* que dela os exclui.

Os *explorados*, apesar de o serem, estão dentro do 'sistema', porque, por definição, sem *explorados* não podem viver os *exploradores*. Por isso mesmo, em alguma medida, estes não podem ignorar em absoluto a necessidade de sobrevivência daqueles. Ao invés, os *excluídos* não contam para o 'sistema', são como que 'eliminados' da sociedade. De facto, é como se não existissem. Porque eles não estão no mercado, não são trabalhadores e muito menos clientes do sistema produtivo dominante. Poderiam desaparecer da noite para o dia, que nada mudava. Os donos do mundo até ficariam aliviados…

Preocupado com essa situação, o Prémio Nobel americano vem afirmando a sua verdade de *descontente com a globalização*. Em uma linguagem moderada (como que envergonhado por remar contra a corrente), sublinha que essa 'globalização' é uma *política* que corresponde aos interesses das grandes empresas que vivem de rendas (*rent-seeking*), que "condicionaram a máquina política", conseguindo que os estados "definissem as regras da globalização de forma a aumentar o seu poder negocial com os trabalhadores" e a reduzir os impostos pagos por elas. Acompanho-o inteiramente quando conclui que essa "globalização assimétrica" "parece frequentemente substituir as antigas ditaduras das elites nacionais por novas ditaduras das finanças internacionais."

4. – Sobretudo na Europa e nos EUA, os *trinta anos gloriosos* após a 2ª Guerra Mundial (*les trente années glorieuses*, de que fala Jean Fourastié) registaram um bom ritmo de crescimento económico, com baixas taxas de desemprego e taxas aceitáveis de inflação. Houve quem se convencesse de que a boa utilização da chamada *Curva de Phillips* tinha conduzido à "obsolescência dos ciclos económicos" (Arthur Okun) e ao *capitalismo post-cíclico* (*capitalismo sem crises*). Em um ambiente de contagiante 'otimismo teórico', os defensores da *sociedade industrial* (Daniel Bell) acreditaram que o 'novo capitalismo' era uma espécie de paraíso na terra. Daí o florescimento de uma vasta literatura sobre a *sociedade da abundância*.

Os mais otimistas sustentaram que, graças a esses resultados, a ciência económica tinha, finalmente, adquirido direito de cidadania, afirmando a sua 'autoridade' quer como ramo das ciências sociais quer como instrumento capaz de resolver os problemas da sociedade, dando um salto sem paralelo na sua história e sem paralelo em comparação com qualquer outra das ciências sociais. Alguns aproveitaram para concluir que a *revolução keynesiana* tinha tornado obsoleto o marxismo.

O ambiente da época, nos círculos políticos e académicos europeus mais importantes, é bem sintetizado por Tony Judt nestes termos:

> "O estado, era a convicção geral, faria sempre um trabalho melhor do que o mercado sem restrições: não só na aplicação da justiça e na segurança, ou na distribuição de bens e serviços, mas também no planeamento e na aplicação de estratégias para a coesão social, amparo moral e vitalidade cultural. […] A história de sucesso do capitalismo europeu do pós-guerra foi por todo o lado acompanhada por um papel crescente do setor público. […] O estado, então, era uma coisa boa."

Tudo parecia estar a correr tão bem que muitos entenderam que o sistema vigente no Ocidente já não era capitalismo, por ter absorvido *elementos de*

socialismo. Apesar das 'glórias' desses trinta anos, ninguém queria assumir a incomodidade de defender o capitalismo, talvez porque este não tinha bom nome na praça e porque poucos acreditariam que a bonança dos últimos tempos pudesse durar muito. Era mais cómodo sustentar que o capitalismo se tinha transformado em socialismo.

Na sequência de Bernstein, de Kautsky e de Hilferding, desenvolveu-se uma abundante literatura com o objetivo de mostrar que o *estado social* (fruto da "revolução keynesiana") tinha esvaziado de sentido a luta pelo socialismo como alternativa ao capitalismo. Isso porque a *democratização do capital* e a *revolução dos gerentes* já tinham transformado o "capitalismo ocidental" em um *sistema misto*, mais próximo do socialismo do que do capitalismo, reunindo em si o melhor do capitalismo e o melhor do socialismo. Foi esse o papel da chamada *teoria da convergência dos sistemas*, uma constante do discurso ideológico da social-democracia europeia a partir de meados do século XX e até à emergência da *perestroika* ou até ao desaparecimento da comunidade socialista europeia.

Nesse contexto, os ideólogos da "revolução dos gerentes" procuraram convencer-nos de que, graças às modernas sociedades por ações (que fizeram também o 'milagre' de inventar a *democratização do capital* e o *capitalismo popular*, bandeiras da social-democracia que a 'revolucionária' Sr.ª Thatcher fez suas), o poder dos proprietários desapareceu. Esvaziado o *poder da propriedade*, teria emergido, em seu lugar, o *poder sem propriedade* dos gerentes.

E esse *poder dos gerentes* já não estava ao serviço do capital, mas ao serviço do *bem comum*, porque as grandes empresas do "sistema industrial" galbraithiano se comportavam como "empresas dotadas de alma" (Carl Kaysen). Com base no pressuposto de que é o *poder* que conta e não a *propriedade*, conclui-se que capitalismo e socialismo foram superados por um novo modo de produção (a *sociedade dos gerentes*, a *sociedade de tecnostrutura*), para o qual convergiriam aqueles dois.

5. – Mas o mundo mudou. A *convergência dos sistemas* e a *revolução dos gerentes* passaram de moda. Hoje são os próprios *managers* (os administradores profissionais dos grandes grupos económicos) que vêm a público justificar as remunerações, prebendas e pensões milionárias que auferem como compensação dos seus 'méritos' enquanto gestores que cumprem e ultrapassam as metas que lhes são impostas pelos grandes acionistas (que eles servem, como sempre!), *metas* que estão nos antípodas das preocupações com o *bem comum* próprias das tais *empresas dotadas de alma*… e consistem em dar muito dinheiro a ganhar aos grandes acionistas (elevadíssimos ganhos de capital e dividendos chorudos).

A necessidade de obter lucros muito elevados para poder contentar a gula dos acionistas e dos gestores profissionais (que, em regra, são também grandes

acionistas das empresas que dirigem, porque uma parte dos salários e prémios é paga mediante a atribuição de ações das empresas por eles administradas) justifica, segundo a generalidade dos especialistas, a atração por operações de alto risco à margem da economia real, que podem proporcionar elevados ganhos (especulativos) que as 'atividades normais' não permitem.

Neste tempo em que o capital financeiro predomina sobre o capital produtivo e em que o sistema financeiro se especializou nas atividades especulativas (*especulação com a vida de milhões de pessoas*), as novas 'técnicas' de gestão que os 'patrões' de sempre impõem hoje aos seus administradores (já esquecidos dos objetivos 'revolucionários' que os moviam nos anos 70 do século passado) vieram transformar as empresas em instrumentos de pura especulação, meros *ativos* que se 'jogam' na bolsa, na esperança de obter elevados ganhos de capital.

Essa política de *valorização bolsista* é prosseguida por todos os meios, apoiada em arriscados (e por vezes *criminosos*) expedientes de engenharia financeira: aquisição de ações próprias; falsificação da contabilidade (valorizando ou dissimulando dívidas, créditos, vendas e compras); fornecimento de informação opaca ou mesmo viciada; manipulação das cotações, sem qualquer relação com a atividade e com o valor real das empresas.

Em certas condições, as 'metas' fixadas só podem atingir-se com base no recurso sistemático à fraude em grande escala, por meio de práticas criminosas que estiveram na ordem do dia nas últimas décadas, dando origem a enormes escândalos.

6. – Sobretudo após a implosão da URSS, os defensores do capitalismo, para afirmarem a sua vitória e celebrarem a 'certeza' da sua eternidade, fartaram-se de bater no 'inimigo morto', escrevendo e falando, a propósito e a despropósito, dos *crimes do socialismo*. Aqui há uns anos, convidado (uma vez, sem exemplo) para participar num debate na TV, um dos meus interlocutores atirou-me à cara, para me 'arrumar', o *falhanço das experiências socialistas* e os *crimes do socialismo*.

Não vou trazer para aqui o que respondi sobre o *falhanço das experiências socialistas*. Mas, uma vez que me convidaram para falar de crime e eu venho falando do *crime sistémico* (que é um crime do capitalismo), deixarei aqui uma 'transcrição' da resposta que dei ao meu interlocutor sobre os *crimes do capitalismo*, tendo logo adiantado que, nessa contabilidade macabra, o capitalismo ficava a perder e por muito.

Seria absurdo negar que houve erros e fracassos – alguns graves – ao longo dos anos da experiência socialista, tão cheios de obstáculos e dificuldades, algumas internas, muitas outras impostas a partir do exterior. Mas eu vou falar dos *crimes do capitalismo*. Não irei buscar os crimes cometidos durante o longo período

histórico da "acumulação primitiva do capital", os crimes do colonialismo e da escravatura. Nem vou invocar os crimes cometidos contra os trabalhadores e as suas organizações durante os primeiros tempos da Revolução Industrial (muitos autores da época defenderam que os "escravos brancos" das cidades industriais sofreram muito mais do que os escravos negros das Américas). Já me é mais difícil – porque aconteceu há muito menos tempo – deixar de fora dessa contabilidade macabra o genocídio programado e prolongado no tempo das populações índias, sobre o qual se contruiu a nação americana, sem sinais visíveis de qualquer remorso, em um país onde continua a ser moeda corrente a tese de que *o melhor apache* é *o apache morto*.

Basta recordar os *crimes do capitalismo* registados durante o curto período da experiência socialista iniciada com a *Revolução de Outubro*: as duas guerras mundiais ocorridas no século XX e os crimes do nazi-fascismo; o lançamento das bombas atómicas sobre Hiroshima e Nagasaqui; os crimes do *apartheid*; os crimes hediondos cometidos durante a Guerra da Coreia e a Guerra do Vietnam; os criminosos massacres de milhões de cidadãos na Indonésia, após o golpe encomendado, preparado, comandado e acompanhado de perto pelo governo dos EUA; o quase genocídio do povo de Timor-Leste; os crimes de Marcos nas Filipinas, os crimes de Mobutu, os crimes de Somoza, de Stroessner, de Pinochet, de Videla e dos vários regimes militares sanguinários 'semeados' pela CIA em toda a América Latina (e na Europa, com os coronéis gregos, para já não falar dos crimes de Salazar e de Franco); os crimes cometidos contra os povos colonizados que lutavam pela independência; a espoliação dos povos de África e da América Latina; a humilhação de décadas infligida ao povo palestiniano (cujo território está ocupado por Israel há 50 anos, contra variadíssimas decisões da ONU); o bloqueio dos EUA a Cuba, sempre condenado na ONU e em outras instâncias internacionais; a vergonha de Guántanamo (a base e a prisão nela instalada) e de todos os *guántanamos clandestinos* espalhados pelo mundo (inclusive em alguns países da UE), onde há pessoas presas anos seguidos sem o reconhecimento oficial da sua prisão, sem culpa formada, sem acesso a advogado, sem contacto com a família; o bloqueio e a guerra que mataram centenas de milhares de iraquianos e destruíram o Iraque, a pretexto de derrubar um ditador (antigo homem de mão do imperialismo, depois falsamente acusado, pelos seus antigos municiadores, de possuir armas de destruição maciça); o ataque e destruição da Líbia, com o objetivo de 'confiscar' o seu petróleo, como no caso do Iraque; a guerra civil imposta ao povo sírio, com as centenas de milhares de mortos e os milhões de refugiados que provocou e continua a provocar; os crimes do chamado terrorismo internacional, cujas organizações (desde os *taliban*, inventados, educados, armados e treinados para combater a presença soviética no Afeganistão) foram e são

criadas, armadas, treinadas e financiadas pelas chamadas democracias ocidentais e pelos 'democratas' árabes, seus amigos e aliados.

E é claro que não posso esquecer os crimes de última geração, impostos pelas *políticas de austeridade*: políticas que alguém considerou "crimes económicos contra a humanidade" (*El País*, 29.03.2011), políticas que exigem às suas vítimas "sacrifícios humanos em honra de deuses invisíveis" (Paul Krugman); que constituem *pecados contra a dignidade dos povos* (disse-o J.-C. Juncker); que vêm sujeitando os *povos do sul* da Europa a "perdas de soberania e a ofensas à sua dignidade nacional", oferecendo-lhes, como destino incerto (Ulrich Beck), "na melhor das hipóteses, federalismo; na pior das hipóteses, neocolonialismo."

Todos esses – ninguém o pode negar – são *crimes do capitalismo*, um sistema que hoje se apresenta, ostensivamente, como o *capitalismo do crime sistémico*, no qual os donos do "dinheiro organizado" não são apenas *demasiado grandes para falir* (*too big to fail*), são também, segundo *The Economist*, *demasiado grandes para ir para a cadeia* (*too big to jail*).

Quanto aos méritos da experiência socialista, creio que poderei condensar o meu ponto de vista subscrevendo o testemunho de um autor tão comedido como o historiador inglês G. H. Cole (militante no Partido Trabalhista durante dezenas de anos), que faz esta apreciação global da *Revolução de Outubro* (ob. cit., v. VI, p. 391-392):

> "[...] estou seguro de que a revolução russa atuou como uma enorme força de libertação. Se reprimiu a livre expressão e a liberdade política, libertou simultaneamente um maior número de russos da brutal repressão económica e social do antigo regime e criou uma classe de trabalhadores não apenas mais capacitada e qualificada para o uso das máquinas, mas também com oportunidades culturais e intelectuais muito maiores. O facto de estes resultados serem manchados pelo abuso do poder político não lhes tira valor. Há outras tiranias e opressões para além da tirania política e há liberdades diferentes das liberdades democrático-liberais justamente valorizadas nos países ocidentais. Não é fácil conseguir o equilíbrio entre o bem e o mal; mas, em todo o caso, não tenho dúvida nenhuma de que o balanço, a longo prazo, será favorável."

7. – Em 1995, a crise que teve o peso mexicano como protagonista ("a primeira grande crise dos mercados globalizados", segundo o então Diretor-Geral do FMI, Michel Camdessus) fez tremer o sistema financeiro dos EUA e, por reflexo, o sistema financeiro mundial. No rescaldo da crise, Camdessus reconheceu que o mundo é dominado por *um poder político sem controlo*, por uma "classe composta por agentes globais que manipulam divisas e ações e dirigem um fluxo de capital

de investimento livre, fluxo esse que todos os dias se torna mais importante, praticamente ao abrigo de todos os controlos estaduais". E concluiu: "o mundo está nas mãos *destes tipos*". E o Presidente francês Jacques Chirac acrescentou que *estes tipos* (os grandes especuladores institucionais) são a "a *aids* da economia mundial" (grifos do original).

Parecia que o poder político iria combater essa perigosíssima pandemia, que ameaçava a economia e a democracia à escala global, até porque toda a gente sabe que "os estados não podem permitir-se perder o combate que os opõe aos mercados financeiros: a sobrevivência de um sistema mais ou menos civilizado depende disso", como sublinhou James Galbraith. Mas nada se fez para aliviar os perigos dessa espécie de *aids* particularmente perigosa: o 'governo' do mundo por *estes tipos* tornou-se ainda mais violento e mais visível.

8. – Pouco depois da crise que atingiu a chamada *nova economia* (março de 2000), vários desses escândalos rebentaram nos EUA e também na Europa. Entre eles, o da falência de colossos como a *ENRON* (a sétima maior empresa dos EUA) e a *WorldCom* (a maior falência de sempre na história americana), tendo atingido duramente outras 'empresas-modelo', como a Tyco, a Global Crossing, a Qwest, a Adelphia Communications, a Xerox e a Vivendi Universal (todas elas empresas industriais transformadas em *holdings financeiras* dedicadas a atividades especulativas de alto risco). A falência da *ENRON* (que arrastou consigo a falência da 'princesa' das agências de consultadoria, a *Arthur Andersen*, apesar do muito dinheiro que ganhou ao idealizar as operações fraudulentas que afundaram a *ENRON*) é já um exemplo de escola: ela decorreu exclusivamente das suas atividades financeiras, não tendo nada que ver com a atividade da empresa nos setores do gás e da eletricidade, cujos mercados praticamente não sentiram a sua falta, após a falência.

O 'filme' dessas histórias veio desfazer o mito da transparência, da racionalidade e da eficiência dos *mercados financeiros regulados*, pondo a nu a incompetência ou a cumplicidade (ou as duas coisas) das agências reguladoras ditas *independentes* e deixando de rastos a honorabilidade das mais 'distintas' empresas de contabilidade e de consultadoria financeira e das 'sagradas' agências de *rating*, todas elas comprometidas até à medula com as instituições financeiras e com os gestores das grandes empresas nesse jogo de falsidades e de atividades criminosas ao mais alto nível. Nos EUA, o próprio Congresso, alertado para a situação, nada fez para pôr cobro à fraude, porque (J. Crotty) "as indústrias financeiras e de contabilidade estão entre os maiores contribuintes para as campanhas dos políticos de Washington."

O que, verdadeiramente, está em causa é a natureza desse *capitalismo de casino* (Susan Strange), dessa "economia da mentira" e a inconsistência da tão

celebrada *regulação pelo mercado* (ainda que com a 'ajuda' das *agências reguladoras amigas do mercado*), bem como as virtudes da não menos celebrada *corporate governance*.

Acresce que, tanto os dividendos dos grandes acionistas como os honorários (e os prémios de gestão) dos administradores vão, em grande parte, para os *paraísos fiscais*, com o objetivo de fugir aos impostos e de entrar no circuito da especulação financeira. A ideia de assegurar o *autofinanciamento* das empresas com fundos resultantes de lucros não distribuídos cheira a romantismo passadista.

Fala-se por vezes do fim do *capitalismo fordista* (em termos gerais, o que corresponde ao sentido das políticas de inspiração keynesiana) e do início de um novo período do capitalismo, que alguns designam *capitalismo dominado pelos acionistas*. É, a meu ver, o reconhecimento da falácia da chamada *revolução dos managers*: as ditas *empresas dotadas de alma* são agora consideradas *empresas irresponsáveis* (*irresponsible companies*).

Por vezes, os 'jogos de casino' da especulação correm mal… Mas os grandes acionistas (e os seus gestores) sabem que esses 'pecados' contra a tal ética *dos negócios* (de que agora tanto se fala) são sempre cometidos com *boas intenções* (a intenção de lhes dar muito dinheiro a ganhar) e sabem também que, quando as coisas correm mal, se se tratar de grandes interesses financeiros ou de grupos económicos muito poderosos, o estado amigo lá estará para cobrir os prejuízos, em nome do interesse nacional… O *estado garantidor* foi inventado para isso mesmo: para garantir ao grande capital financeiro os lucros desejados, sem risco e sem falências. É o *capitalismo sem risco e sem falências*, que rapidamente se afirmou como *capitalismo do crime sistémico*.

9. – Em 2007/2008, 'rebentou' mais uma crise do capitalismo, de novo intimamente associada às *atividades criminosas* do setor financeiro. Na Europa, a crise atingiu logo, duramente, a Grécia.

No início de 2010 veio a público a notícia de que, no meio do maior segredo (como convém aos negócios…), o banco americano *Goldman Sachs* tinha ajudado, ainda antes da crise, o Governo grego (conservador) a obter crédito no valor de milhares de milhões de euros.

O mesmo banco 'aconselhou' depois o mesmo Governo sobre os 'truques' de engenharia financeira necessários para falsificar as suas contas e enganar as autoridades comunitárias. Por esses sábios conselhos e serviços, aquele banco teria cobrado 300 milhões de euros (pagos pelo povo grego, claro, que não entrou no negócio) e ganhou ainda muito dinheiro com os contratos de seguro de incumprimento da dívida grega, que recomendava aos clientes que convencia a emprestar dinheiro à Grécia a juros convidativos.

O capital financeiro e os seus servidores ganharam muito dinheiro com essas manobras, mas a Grécia endividou-se e o povo grego, vítima da fraude, é agora acusado de ter cometido o 'pecado' de viver acima das suas posses e condenado pelos "mercados" a 'penitências' infernais.

Os chamados "mercados" estão aqui retratados de corpo inteiro. Quando essas manobras vieram a público, a Sr.ª Angela Merkel comentou, com ar 'angelical', que seria "vergonhoso" que "os bancos, que já nos levaram à beira do precipício, tivessem igualmente participado na fabricação das estatísticas orçamentais da Grécia."

A verdade é que participaram, como a Sr.ª Merkel estava farta de saber. A verdade é que burlaram a União Europeia. E tudo isso é *vergonhoso*. Mas nada disso é novo nesse *reino do neoliberalismo*, nesse *mundo sem vergonha*, nesse capitalismo alicerçado no *crime sistémico*.

E o crime compensa. Pelos serviços prestados, o *boss* do *Goldman Sachs* recebeu, nesse ano, um prémio de nove milhões de dólares. E o senhor Mario Draghi, que era o vice-presidente do *Goldman Sachs* para a Europa (e que, nessa qualidade, foi o responsável direto por aqueles 'negócios' com o Governo grego), é hoje o Presidente do Banco Central Europeu, com o indispensável voto favorável da Sr.ª Merkel. Certamente pelos relevantes serviços prestados ao capital financeiro e pelo respeito que demonstrou pela União Europeia, que passou a 'servir', no mais alto nível, com a mesma devoção pelo interesse público e com o mesmo respeito pelas instituições comunitárias…

A presença do grande capital financeiro no 'governo' da *Europa do capital* tornou-se indisfarçável após a nomeação de Lucas Papademus como Primeiro-Ministro da Grécia e de Mario Monti como Primeiro-Ministro da Itália. Nem um nem outro foram eleitos para os parlamentos dos seus países e muito menos foram eleitos pelo povo para exercerem as funções que lhes foram cometidas. Eram ambos *banqueiros*, nomeados em comissão de serviço na vida política.

Mario Monti foi assessor do *Goldman Sachs* quando Mario Dragui era seu Diretor para a Europa, durante o período em que o banco americano orientou (regiamente pago) a 'batota' feita pelo Governo grego. Não deixa de ser simbólico o facto de Mario Monti ostentar também no seu currículo a atividade como *conselheiro da Coca-Cola*.

Tal como Mario Draghi (que foi Diretor Executivo do Banco Mundial entre 1985 e 1990 e Governador do Banco de Itália, depois de, na qualidade de Diretor do *Goldman Sachs*, ter ajudado o Governo grego a ludibriar as autoridades da UE), Lucas Papademus colaborou, como Governador do Banco Central da

Grécia, na falsificação das contas públicas desse país. Tal como Mario Monti, pertence à *Comissão Trilateral*.

É inequívoco que os governos chefiados por Papademus e por Monti foram impostos pelos "mercados", pelos donos do *Goldman Sachs* e pelos senhores da *Comissão Trilateral*, com a colaboração das *troikas* inventadas pela Comissão Europeia. Não sendo *juntas militares*, eles são verdadeiras *juntas civis* (Serge Halimi), constituídas à margem das regras do jogo democrático, traduzindo a menoridade da política e a negação da democracia.

Quem manda nessa *Europa do capital* são os donos do *Goldman Sachs*, são os banqueiros e os senhores da *Comissão Trilateral*. Os 'mercados' têm rosto, como se vê. Esses são alguns dos rostos dos "mercados", alguns dos 'mercadores' que especulam contra o euro atacando os estados-membros mais fracos da Eurozona e que, como 'governantes', dedicam-se às tarefas de combater a crise que eles próprios desencadearam e que alimentam todos os dias. Nos conselhos de administração do restrito clube de bancos, companhias de seguros, fundos de pensões, fundos de investimento e outras instituições financeiras que controlam metade de todo o capital cotado em bolsa à escala mundial sentam-se muitos antigos governantes (primeiros ministros, chanceleres, ministros) de vários países europeus, não apenas conservadores, mas também socialistas, sociais-democratas e trabalhistas. Todos trabalham para os especuladores, para aqueles que são "a aids da economia mundial".[2]

É o reino tentacular dos *conglomerados financeiros*, verdadeiras *holdings* do *crime sistémico* ('jogos de casino', especulação à margem das leis, evasão e fraude fiscais, tráfico de droga, de armas e de mulheres, tudo à sombra desses santuários do capitalismo moderno que são os *paraísos fiscais*). Eles são a *Aids da economia mundial*. Mas são eles que mandam em todos os Chirac, em todas as Merkel, em todos os Sarkozy, em todos os Hollande, em todos os Macron, em todos os Obama e em todos os Trump. São eles os verdadeiros 'ministros' da *igreja neoliberal*, cujos dogmas orientam a política das potências capitalistas dominantes, com particular realce para a UE, manietada pela camisa de forças em que os seus construtores a encerraram.

10. – Quando se procurou indagar quais as causas da crise que começou nos EUA com os 'buracos' do esquema 'criminoso' do crédito *sub-prime*, muita coisa se disse e escreveu, quase sempre para tentar apagar a sua natureza de *crise do capitalismo*.[3] Na reunião de Londres (abril de 2009), o G20 considerou "as grandes falhas no setor financeiro" como as "causas fundamentais da crise."

2. Um retrato mais completo dos rostos dos 'mercados' pode ver-se em G. Geuens, ob. cit.

3. Remeto os leitores interessados para o meu livro *A Crise do Capitalismo*. 6.ed., citado na Bibliografia.

Na Europa, a própria Comissão Europeia (*Comunicação* de 07.10.2010) atribuiu às instituições financeiras "comportamentos particularmente arriscados", em razão dos quais "o setor financeiro é tido por grande responsável pela ocorrência e pela envergadura da crise e seus efeitos negativos nos níveis de endividamento público à escala mundial."

Em fevereiro de 2011, o Parlamento Europeu reconheceu (*Relatório Podimata*) que o comportamento irresponsável da banca "agravou e acelerou a crise orçamental e da dívida" e acarretou "um ónus inesperado dos orçamentos públicos, comprometendo perigosamente a criação de emprego, o financiamento do estado-providência e a concretização dos objetivos climáticos e ambientais", sublinhando, por outro lado, que o sector financeiro está subtributado e não tem dado qualquer contributo para pagar a crise, cujos custos têm sido suportados essencialmente pelos contribuintes.

A Comissão voltou ao tema em 28.09.2011, sustentando que "o setor financeiro desempenhou um papel fundamental no desencadeamento da crise, enquanto os estados e os cidadãos europeus, na retaguarda, arcaram com os custos."

No final de 2011, foi a vez de o todo-poderoso ministro das Finanças alemão reconhecer (*Les* Échos, 16.12.2011) que "a cupidez e a procura de lucros cada vez mais elevados nos mercados de capitais" têm "responsabilidade na crise bancária e económica, e depois na crise de países inteiros, com a qual estamos confrontados desde 2008."

Os dirigentes dos 'países dominantes' sabem muito bem onde nasce o rio das nossas desgraças, porque eles estão entre os que alimentam o caudal desse rio de águas turvas. Por isso não se extrai nenhuma consequência daquele diagnóstico, apesar de a honestidade intelectual e política exigir que se fizesse pagar a crise aos que são responsáveis por ela, defendendo os povos europeus da cupidez dos especuladores.

11. – Em meados de 2012, veio a público que os grandes bancos cujas informações estão na base da fixação das taxas *Libor* e *Euribor* (duas das mais importantes taxas de referência nos mercados financeiros mundiais, em especial de *produtos financeiros derivados*) falsificaram essas taxas, pelo menos desde 2005, para ganhar, fraudulentamente, milhões e milhões de euros.

Em 25.07.2012, a Comissão Europeia dignou-se vir a público falar desse assunto. Alguns Comissários Europeus informaram que as investigações já efetuadas "puseram a nu mais um exemplo de comportamento escandaloso por parte dos bancos"; declararam-se "chocados com o conluio entre bancos que deviam ser concorrentes"; falaram de "dinheiro organizado", e falaram até de *banksters* a propósito dessa elite, perante a qual o pobre Al Capone não passava de menino

do coro… Uma das Vice-Presidentes da Comissão (responsável pela área da Justiça) falou mesmo de "atividades criminosas no setor bancário".

Já em dezembro de 2013, os jornais noticiaram que a Comissão Europeia deliberou aplicar multas a vários grandes bancos culpados de manipular e falsear as taxas de referência *Libor* e *Euribor*.[4] Foram multas moderadas, pois, claro, coisa pouca em comparação com o muito mais que ganharam. E os comentadores de serviço logo apareceram a esclarecer que as multas eram moderadas para não criar dificuldades ao setor financeiro, não sendo prudente ir mais além, porque a falência de um banco por não respeitar as regras da concorrência seria muito prejudicial para a economia… Diz quem sabe: esses *criminosos* têm que ser protegidos, para evitar males maiores. Ingenuamente, talvez, não resisto à pergunta: mas não há o perigo de eles continuarem a cometer os mesmos crimes? É que eles são profissionais dessas 'artes', não sabem fazer mais nada e continuam a dispor das mesmas "armas financeiras de destruição maciça" (a designação é de Warren Buffet).

Para nosso descanso, a Comissão Europeia informou que a UE se propunha a adotar legislação que *proíba inequivocamente* esse tipo de atuação, passando a considerá-la como *atividade criminosa* passível de *sanções penais*. Perante os leitores de uma revista especializada em Direito Criminal, deixo a pergunta (eu, que não sou especialista nessas matérias): então as "atividades criminosas" a que se referiu a Vice-Presidente da Comissão Europeia não eram já passíveis de sanções penais? Eu creio que sim. Mas talvez possa compreender o embaraço da Comissão: quem *abusa do mercado*, quem *manipula o mercado*, quem comete estas *atividades criminosas* é o grande capital financeiro especulador, porque esse é o seu negócio, porque isso está na sua natureza. E não é fácil meter na cadeia o *capital financeiro*…

A Comissão Europeia sabe muito bem que os responsáveis por essas "atividades criminosas" são os senhores do mundo, e que são eles que financiam (e por isso escolhem) os presidentes dos EUA e outros presidentes e primeiros-ministros por esse mundo fora, e os membros da Comissão Europeia, e os governadores do BCE. Os dirigentes dos 'países dominantes' (e os membros da Comissão Europeia, e do BCE, e do FMI…) são amigos deles e convivem com eles nas reuniões sociais e nos encontros de negócios. E com eles decidem (nos G8 e nos G20, e no *Fórum Davos* e na *Comissão Trilateral*…) que os valores supremos a preservar são a plena liberdade de circulação de capitais, a liberdade de criação de 'produtos

4. O 'cartel do crime' era constituído por algumas das instituições que 'governam' o mundo: *Deutsche Bank*, *Goldman Sachs*, *J. P. Morgan*, *Deutsche Bank*, HSBC, *Citigroup*, *Bank of America*, UBS, *Barclays*, *Lloyds Bank*, *Crédit Agricole* e ICAP, além da corretora britânica RP Martin.

financeiros', a independência dos bancos centrais, a intocabilidade dos *paraísos fiscais* (também conhecidos, com inteira justiça, como *estados mafiosos*) e outros 'princípios' e 'valores' que fomentam as ditas "atividades criminosas" e protegem os seus responsáveis (na esfera da finança e na esfera da política). Como pode alguém esperar que se metam na cadeia uns aos outros? O mais 'prudente' é adotar a solução 'realista' imposta pelas 'leis' do grande capital financeiro.

12. – Nos EUA ocorreram igualmente vários casos de *banksterismo*. O banco suíço UBS foi condenado por manipulação das taxas *Libor* e *Euribor* em proveito próprio. Pagou umas multinhas, mas o Departamento de Justiça concordou em não acusar criminalmente nem a UBS nem os seus administradores, invocando o "receio de que tal poderia pôr em perigo a sua estabilidade."

Também nos EUA, o mais antigo dos bancos suíços (o Wegelin & Co), acusado de ajudar cidadãos americanos a esconder ao fisco mais de 1,2 mil milhões de dólares, celebrou um acordo judicial que prevê a restituição de 20 milhões de dólares ao Tesouro dos EUA e o pagamento de duas multas de 40 milhões de dólares. Privilégios da mais antiga nobreza bancária…

Ainda nos EUA, o HSBC (banco inglês considerado o 3º maior do mundo) foi acusado da lavagem de milhares de milhões de dólares dos cartéis de droga colombianos e mexicanos e de outras práticas irregulares. Também nesse caso as autoridades americanas acordaram com o HSBC (o estado negoceia com esses 'criminosos' em pé de igualdade, de potência a potência…) o pagamento de uma multa de dois mil milhões de dólares, com o compromisso de não levarem o banco a tribunal. A explicação para não submeter à justiça o banco e os seus administradores é a do costume: "receio de que [tal] pudesse pôr em perigo um dos maiores bancos mundiais e, em última análise, desestabilizar o sistema financeiro global."

13. – O que é novo nessas 'histórias' – que ilustram práticas criminosas que envolvem o sistema financeiro como um todo, configurando um verdadeiro *crime sistémico* – é o facto de elas terem chegado aos jornais. Porque os governantes, os reguladores e supervisores, tal como as polícias, sabem muito bem o que se passa. Sabem que 80% dos *hedge funds* (que especulam com 'produtos financeiros de alto risco') estão sediados no conforto da *City* de Londres; sabem onde se situam os *paraísos fiscais* (alguns, como a *City* londrina, no coração da *Europa civilizada*); conhecem bem as "armas financeiras de destruição maciça" que eles utilizam nas suas ações de "terrorismo financeiro", nas suas práticas de verdadeiros "crimes económicos contra a humanidade"[5]; sabem até quando e onde se

5. As expressões são de Lourdes Benería e Carmen Sarasúa (*El País*, 29.03.2011).

reúnem os "membros desta elite de Wall Street", os 'padrinhos' das 'famílias dominantes' desse *crime organizado*.[6]

14. – Apesar das 'juras' feitas quando da crise que deflagrou em 2007/2008, nada mudou, a não ser para pior (salvo para esses 'criminosos' muito especiais, too big to jail…): manteve-se e reforçou-se a sacrossanta liberdade de circulação do capital; deram-se milhões de milhões de euros à 'banca criminosa'; decidiu-se que os bancos não podem falir (sobretudo os que são *too big to fail*); atacam-se os salários e os direitos dos trabalhadores; humilham-se povos inteiros.

E nada se fez para fechar o 'casino' em que se transformou o capitalismo dos nossos dias. Um casino muito especial, de resto. Nos casinos propriamente ditos, conhecem-se, de antemão, as regras do jogo e cumprem-se as regras do jogo. Não é assim nesse 'casino mundial' controlado pelo capital financeiro: os donos do casino ditam as regras do jogo, que logo viciam, marcando as cartas, jogando com cartas na manga. Além de especuladores, eles são batoteiros e não hesitam nos meios para alcançar os seus objetivos, incluindo a 'compra' das agências de *rating*, para que estas ajudem nas manobras de manipulação dos "mercados".

É o despudor total e a confissão de que o capitalismo atual é o *capitalismo do crime sistémico*. O grande capital financeiro assenta o seu funcionamento em práticas criminosas. E, para quem acredita nas virtudes do mercado e da livre concorrência, a manipulação dos mercados é um crime grave, um *crime de lesa-mercado*, um *crime de lesa-capitalismo*! Para os fiéis do *deus-mercado*, trata-se de *crime contra a própria divindade*! Mas o poder político, em vez de punir os criminosos que praticam tais crimes, faz acordos com eles e não os leva a tribunal, para não desestabilizar o sistema financeiro global, que vive do *crime sistémico*. E continuará a viver, com o beneplácito do *estado capitalista* (e de todas as instâncias do *poder político* ao serviço do capitalismo) uma vez que as multas pagas são uma pequeníssima parte dos lucros resultantes das atividades criminosas. Essa é uma situação intolerável, de cumplicidade entre o estado e o crime organizado.

Nos acordos celebrados entre a Administração americana e esses *banksters,* justifica-se a decisão de não os perseguir criminalmente com o 'argumento' de que tal poderia pôr em causa a estabilidade do sistema financeiro. E uma abundante literatura conforta os 'comentadores' dos grandes meios de comunicação

6. Basta ler *The New York Times* (11.12.2010, cit. por V. Navarro, J. López e A. Espinosa, ob. cit., p. 70-71): "esta elite de Wall Street reúne-se todas as quartas-feiras de cada mês no Midtown de Manhattan à roda de um objetivo comum: proteger os interesses dos grandes bancos no mercado de derivados, uma das áreas mais lucrativas e mais controvertidas do mundo financeiro, partilhando um segredo comum: os pormenores destes encontros e as suas identidades são estritamente confidenciais."

social, invocando que a estabilidade do sistema financeiro é um *bem público*, um bem precioso, indispensável à proteção dos direitos dos depositantes, indispensável à estabilidade da economia e à manutenção e criação de emprego, indispensável à salvaguarda da soberania e da independência nacionais.

Até posso concordar com esse ponto de vista. Mas dele, concluo eu que os responsáveis por tais práticas deveriam ser impedidos de voltar a exercer a atividade bancária, levados a tribunal e condenados, nos termos da lei, em pena correspondente à gravidade dos crimes cometidos. E os bancos que praticassem tal crime deveriam ser pura e simplesmente nacionalizados, sem direito a qualquer indenização.

Mas é claro que, no seio do 'pensamento dominante', ninguém ousa sequer pensar que, se a estabilidade do sistema financeiro é indispensável à salvaguarda da soberania e da independência nacionais, esse setor (bancos e seguradoras) deveria ser colocado sob o controle do estado, confiando a sua propriedade ao estado e a sua gestão a entidades nomeadas por órgãos do poder político democrático, para retirar do capital financeiro especulador o controle da poupança e do investimento de toda a comunidade, por forma a garantir que a poupança das famílias e das empresas possa ser utilizada para o financiamento da inovação, da criação de emprego e de riqueza, ao serviço da melhoria das condições de vida e de trabalho dos povos.

O 'argumento' é sempre mesmo: o absurdo *argumento TINA* (*There Is No Alternative*) de que *não há alternativa* ao mercado, ao capitalismo e ao neoliberalismo. Esse 'argumento' é uma ofensa à nossa inteligência e à nossa liberdade.

Moral da história: o *estado capitalista*, o seu Direito e os seus Tribunais não existem para isso e as cadeias não foram feitas para gente fina. Um editorial de *The Economist* (15.12.2012) esclarece tudo: os bancos não são apenas *too big to fail*, são também *too big to jail* (demasiado grandes para irem para a cadeia). É isso: não há, no mundo capitalista, cadeias capazes de receber os agentes do *crime sistémico*. As cadeias não se fizeram para 'gente de bem' (os senhores do mundo, os 'padrinhos' *do crime sistémico*, que são os 'donos' das cadeias), mesmo que possa ser acusada de "terrorismo financeiro", da prática de "crimes económicos contra a humanidade." As cadeias são para os miseráveis, para os negros (e há negros de todas as cores), para os imigrantes, para os 'inadaptados' à 'civilização ocidental'. Por essas e por outras razões, venho falando, há tempos, creio que justificadamente, de *capitalismo do crime sistémico*. E o *crime sistémico* não será propriamente um *crime perfeito*, porque é público e notório, mas tem a vantagem de oferecer aos seus autores uma total impunidade.[7]

7. Como os clássicos são sempre refrescantes, não resisto a transcrever aqui um trecho do Padre António Vieira (*Sermão do Bom Ladrão*), nosso contemporâneo: "Não são ladrões

Costuma atribuir-se a Roosevelt a afirmação segundo a qual permitir o domínio da política pelo capital financeiro (o "dinheiro organizado") é mais perigoso do que confiar o governo do mundo ao "crime organizado". Seja quem for o autor desse diagnóstico, ele traduz bem a realidade atual e encontra nela plena confirmação: a coberto da sacrossanta *liberdade de circulação do capital* e da *livre criação de produtos financeiros derivados*, o *dinheiro organizado* vem cometendo toda a espécie de *crimes contra a humanidade*, sabendo que continua a ser-lhe garantida a segurança nos *paraísos fiscais*, verdadeiros 'santuários' utilizados pelo grande capital financeiro para proteger todos os grandes senhores do "crime organizado" (tráfego de drogas, tráfego de armas, tráfego de mulheres, lavagem de dinheiro, fuga ao fisco, gestão danosa de dinheiros públicos, financiamento de atividades ilegais de espionagem e de subversão, corrupção de toda a espécie, financiamento do terrorismo internacional). O capitalismo do nosso tempo assenta no *crime sistémico* e está ao serviço do *crime sistémico*.

15. – Nos anos 1950, Raúl Prebisch (o argentino que foi o primeiro Presidente da CEPAL) compreendeu que, no contexto da América Latina, o liberalismo (imposto pelo FMI aos países com dificuldades financeiras – as famosas *pílulas do Dr. Jacobson*) só poderia ser levado à prática *manu militari* (pela força das armas).

Mas, com a vitória da *contrarrevolução monetarista*, o discurso dominante procurou fazer passar a tese de que o neoliberalismo é *um sistema libertário, que dispensa o estado*.

A experiência dos últimos anos tem desmentido essa tese, sem refutação possível: a vida mostra que o neoliberalismo não só não dispensou o estado, mas, ao contrário, tem exigido a presença ativa de um *estado forte*, um *estado* que se perfila cada vez mais como a *ditadura do grande capital financeiro*.

O *império neoliberal* foi construído, pedra a pedra, por obra do *poder político* (os estados nacionais dos países dominantes e as organizações internacionais dominadas pelo capital financeiro e pelos seus estados). Foi o poder político que impôs a *liberdade absoluta de circulação de capitais*; que desregulou todos os mercados, em especial os mercados financeiros, entregues ao "dinheiro organizado" comandado pelos especuladores; que 'privatizou' os estados nacionais,

apenas os que cortam as bolsas. Os ladrões que mais merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e as legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais, pela manha ou pela força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos; os outros furtam correndo risco, estes furtam sem temor nem perigo. Os outros, se furtam, são enforcados; mas estes furtam e enforcam."

tornando os dependentes dos 'mercados' para o financiamento das políticas públicas (é o que resulta do dogma da *independência dos bancos centrais*); que criou as condições que permitiram dispensar o *compromisso* dos tempos do estado social keynesiano; que criou as estruturas em que assenta o *capitalismo sem risco e sem falências*; que garantiu a impunidade aos agentes do *crime sistémico*, aos bancos e aos banqueiros que não são apenas *too big to fail*, são também *too big to jail*.

Em 1994, em um livro em que analisa a experiência do *thatcherismo*, Andrew Gamble conclui que "a doutrinachave da Nova Direita e do projeto político que ela inspirou é a economia livre e o estado forte", capaz de "restaurar a autoridade a todos os níveis da sociedade" e dar combate aos *inimigos externos* (*enemies without*) e aos *inimigos internos* (*enemies within*). Lembra, irresistivelmente, o *estado total* de Carl Schmitt (o mais destacado jurista nazi alemão dos anos 1930), um estado que assume como *problemas políticos* (problemas do estado) todas as questões económicas e sociais, mas que garante a autonomia dos centros de decisão privados: "um estado forte em uma economia livre". Rejeita o liberalismo político, mas mantém o liberalismo económico.

E, na verdade, só um *estado forte* (incompatível com um estado democrático) poderia ter levado à prática as *políticas neoliberais* inspiradas no *Consenso de Washington*, com o objetivo de transferir para o capital os ganhos da produtividade, políticas cuja *violência* se tem traduzido: na desregulamentação das relações laborais; no esvaziamento da *contratação coletiva* (que mostrou ser, como a OIT evidenciou, um instrumento de redistribuição do rendimento em sentido favorável aos trabalhadores mais eficaz do que as políticas de redistribuição de inspiração keynesiana); no 'confisco' dos direitos económicos, sociais e culturais dos trabalhadores (que muitas constituições consagram como *direitos fundamentais dos trabalhadores*), enfim, no desmantelamento do *estado social*.

Em uma perspetiva mais ampla, Wolfgang Streeck vem estudando o processo em curso de *esvaziamento da democracia* como "uma imunização do mercado a correções democráticas."

O objetivo desse processo é o de conseguir "a consagração de um primado duradouro do mercado sobre a política", que pode conseguir-se de várias formas:

– "eliminando a tensão entre capitalismo e democracia", nomeadamente com base em:

> "reformas das instituições políticoeconómicas, através da transição para uma política económica baseada num conjunto de *regras*, para *bancos centrais independentes* e para uma *política orçamental imune aos resultados eleitorais*; através da transferência das decisões políticoeconómicas para *autoridades reguladoras*

> e para *grupos de 'peritos'*, assim como dos *travões ao endividamento* consagrados nas constituições, aos quais os estados e as suas políticas se devem vincular juridicamente durante décadas, se não *para sempre*" (grifos do original).
>
> – "reestruturando os estados do capitalismo avançado de forma a merecerem duradouramente a confiança dos detentores e dos gestores do capital, garantindo, de forma credível, através de programas políticos consagrados institucionalmente, que não irão intervir na 'economia' – ou, caso intervenham, que só irão fazêlo para impor e defender a *justiça de mercado* na forma de uma remuneração adequada dos investimentos de capitais. Para tal – conclui o autor –, é necessário *neutralizar a democracia*, entendida no sentido da *democracia social* do capitalismo democrático do período pósguerra, assim como levar por diante e concluir a liberalização no sentido da *liberalização hayekiana*, isto é, como *imunização do capitalismo contra intervenções da democracia de massas*" (grifos do original).

Por isso é que – recorda o sociólogo alemão – "já ficou várias vezes demonstrado que o neoliberalismo necessita de um *estado forte* que consiga travar as exigências sociais e, em especial, sindicais de interferência no livre jogo das forças do mercado" (grifos do original). Por isso é que "o neoliberalismo não é compatível com um *estado democrático*, se entendermos por democracia um regime que intervém, em nome dos seus cidadãos e através do poder público, na distribuição dos bens económicos resultantes do funcionamento do mercado" (grifos do original). E vai mais longe: a imunização do mercado a correções democráticas pode ser levada a cabo "através da abolição da democracia segundo o modelo chileno dos anos 1970" [opção que entende não estar disponível atualmente], ou então "através de uma reeducação neoliberal dos cidadãos" [promovida pelo que designa "relações públicas capitalistas", as grandes centrais de produção e difusão da ideologia neoliberal].

Essas reflexões ajudam-nos a perceber o que está em causa quando as vozes 'dominantes' nessa Europa à deriva falam de *reformas estruturais*, de *regras de ouro*, da *independência dos bancos centrais*, da *reforma do estado*, de *finanças sãs*, da necessária reforma do e*stado social*, do papel insubstituível das *agências reguladoras independentes*, dos benefícios da *concertação social*, da *flexibilização* do mercado de trabalho, da necessidade de 'libertar' a ação política (nomeadamente a política financeira) do controle dos tribunais constitucionais.

E obrigam-nos a levar a sério uma questão fundamental: as soluções 'brandas' que vêm sendo adotadas, apesar de 'musculadas' e até violentas, só serão prosseguidas se "o modelo chileno dos anos 1970" não ficar disponível para o grande capital financeiro. Se as condições o permitirem (ou o impuserem…), o estado

capitalista pode vestir-se e armar-se de novo como *estado fascista*, sem máscaras, deixando para trás o *fascismo de mercado*, o *fascismo amigável* de que falavam Paul Samuelson e Bertram Gross já no início da década de 1980.

16. – À escala da União Europeia (UE), a crise que tem abalado o mundo capitalista desde 2007/2008 foi o pretexto para 'justificar' *políticas de austeridade* que empobreceram e 'colonizaram' povos inteiros para salvar bancos que tinham especulado (e continuaram a especular) com a vida desses povos.

Os militantes da chamada "revolução conservadora" procuraram impor essas políticas sem olhar os meios, como se estivessem ao abrigo de uma qualquer *legitimidade revolucionária*, que lhes permitiria governar passando por cima da lei e da Constituição. Em Portugal, o governo da direita viu declaradas inconstitucionais algumas normas (sempre contrárias aos interesses e aos direitos dos trabalhadores) de todas as leis do orçamento que apresentou.

As próprias *políticas de austeridade* foram consideradas, por várias instâncias, contrárias às constituições e a tratados internacionais (nomeadamente a Convenção relativa à OIT e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem), a que a UE e os seus estados-membros se encontram vinculados.

Em junho de 2012, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa manifestou, em resolução, a sua preocupação pelo facto de as políticas de austeridade estarem a afetar negativamente a democracia e os direitos sociais dos países condenados a pô-las em prática.

Nesse mesmo ano, o Comité Europeu dos Direitos Sociais do Conselho da Europa considerou contrários à Carta Social Europeia várias normas adotadas no quadro da 'flexibilização' da legislação laboral, nomeadamente em matéria de despedimentos, do direito à remuneração e do direito efetivo à segurança social (posto em causa pela redução das pensões de reforma e pela sujeição dos aposentados a taxas de solidariedade que mais ninguém paga).

Ainda em 2012, a OIT proclamou que as medidas adotadas nos países submetidos às políticas de austeridade, que vieram permitir a suspensão ou a anulação de convenções coletivas de trabalho e a adoção de procedimentos menos favoráveis aos trabalhadores, violam gravemente os princípios fundamentais da liberdade de negociação coletiva e da inviolabilidade das convenções coletivas.

O próprio Tribunal de Justiça da UE já 'censurou' as medidas tomadas no âmbito do *Mecanismo Europeu de Estabilidade* porque elas escapam ao controle parlamentar e ao controle judiciário, não admitindo sequer recurso para o TJUE.

Já em 2014, foi a vez de o Parlamento Europeu declarar, no Relatório sobre as atividades das *troikas*, que os memorandos 'negociados' entre as *troikas* e os

estados vítimas deles escaparam a qualquer controle sério pelos parlamentos nacionais e pelo Parlamento Europeu e que muitas das decisões tomadas pela Comissão Europeia no âmbito de tais 'memorandos de entendimento' foram tomadas em contradição com as suas obrigações enquanto guardiã dos Tratados.

De vários lados vem a crítica de que aquelas não respeitam os princípios e as normas da *Carta dos Direitos Fundamentais*. Segundo os jornais, o Presidente da Comissão Europeia reconheceu isso mesmo não há muito, confessando simultaneamente o expediente utilizado para evitar o controle jurisdicional daquelas políticas, que *pecam contra a dignidade dos povos* (segundo o mesmo Presidente): nem a *troika* nem o *Mecanismo Europeu de Estabilidade* (que vêm impondo tais políticas em nome da UE) são instituições da UE, pelo que não estão obrigadas a acatar a ordem jurídica comunitária. Todos sabemos que o *grande crime organizado* recorre, sistematicamente, a expedientes desse tipo para fugir às malhas da lei. Agora ficamos a saber que a UE, enquanto órgão do poder político do *capitalismo do crime sistémico*, faz o mesmo.

Em 2015, um grupo de economistas e universitários de todo o mundo, entre os quais James Galbraith, Stephany Grifith Jones e Jacques Sapir, pronunciou-se nestes termos sobre esta "política de ameaça, de ultimato, de obstinação e de chantagem": ela "significa, aos olhos de todos, um fracasso moral, político e económico do projeto europeu." Uma verdade como punhos. Como é verdade que os socialistas europeus continuam beatos fiéis do *culto europeísta*, cujas *regras/dogmas* aceitam como se elas fossem uma *verdade revelada*, fugindo sempre à 'heresia' da crítica. Às vezes, em um rebate de consciência, arriscam assumir que a 'Europa' tem de melhorar; mas, em regra, *melhor Europa* significa, para eles, *mais Europa*, o que, a meu ver, é apenas a certeza de *pior Europa*.

17. – Nos anos mais agudos da *crise do euro*, vários países declarados *devedores* (Irlanda, Grécia, Portugal, Espanha e mesmo a Itália) foram obrigados pelas *troikas* (com o BCE lá dentro) a endividar-se ainda mais para salvar bancos falidos, que, por sua vez, financiavam os próprios estados, com dinheiro recebido do BCE praticamente a custo zero, contra a compra pelo BCE dos títulos de dívida dos estados ditos em bancarrota.

No caso da Irlanda, o BCE exigiu ao governo irlandês que o estado assumisse as dívidas dos bancos falidos. E, pelo menos um desses bancos já nem existia: não havia, por isso, qualquer possibilidade de *risco sistémico* (qualquer possibilidade de ameaça à *estabilidade financeira* da Irlanda); mas os bancos franceses, alemães, holandeses e ingleses, que se tinham servido desse banco para negociatas especulativas, não desistiam de receber o seu dinheiro. O BCE e as 'autoridades' europeias fizeram-lhes a vontade e o povo irlandês (que não tinha nada que ver

com o 'negócio') foi obrigado a pagar a conta, endividando-se para pagar dívidas de outrem. A isso chamo eu o *crime sistémico*, verdadeiro *terrorismo de estado*.

No que toca à Grécia, um representante do FMI (o brasileiro Paolo Batista) disse, com todas as letras, que "a Grécia recebeu somas enormes, mas esse dinheiro destinou-se a libertar os bancos alemães e franceses das dívidas gregas, que ascendiam a 20 e a 17,2 mil milhões de euros, respetivamente."[8] Olivier Blanchard (um alto quadro do FMI) confirma isto mesmo (apud DELAUME; CAYLA): "o financiamento concedido à Grécia serviu para reembolsar bancos estrangeiros" (os mesmos bancos que a Comissão Europeia acusou de *comportamentos escandalosos* e de *atividades criminosas*). Ele mesmo sublinha que as *reformas estruturais* impostas à Grécia foram "prejudiciais ao crescimento e provocaram uma depressão económica."

Yanis Varoufakis, que foi, durante uns meses, Ministro das Finanças da Grécia durante o auge da crise, confessa, com tristeza, a revolta que sentiu quando foi obrigado, pelas 'autoridades europeias', a autorizar "garantias de mais de mais de 50 mil milhões de euros [é, realmente, muito dinheiro!] de dívidas de bancos privados, enquanto o nosso Estado não conseguia juntar umas poucas centenas de milhões de euros para pagar os nossos hospitais públicos, as nossas escolas ou as pensões dos nossos mais velhos."

Recordando as 'negociações' com a União Europeia, Varoufakis reconheceu que o seu Governo tinha "cedido em nove décimos das exigências dos seus interlocutores", na esperança de conseguir "qualquer coisa que se parecesse com um acordo honroso." Só que – diz ele – as "instituições" que representavam os *credores* "tinham apenas um objetivo: humilhar o nosso Governo e fazer-nos capitular", humilhando todo um povo. O Ministro Varoufakis não se conteve: "o que estão a fazer à Grécia tem um nome: terrorismo." Tem inteira razão. Até o *Financial Times* (que não é, propriamente, um agente do *império do mal*…) reconheceu (n. de 27.1.2015) que "o reembolso da dívida implicaria que a Grécia se transformasse numa economia escrava."

Em um simulacro de 'guerra religiosa', muitas vozes dos *virtuosos* calvinistas do norte acusaram os *preguiçosos* e *perdulários* 'povos do sul' de viverem acima das suas posses, de gastarem "em álcool e em mulheres" as 'ajudas' dos 'povos do norte', inventando, desse modo, falsas razões para culpar as vítimas das suas próprias desgraças, merecedoras dos castigos impostos pelos *programas de austeridade*, 'penitências' para expiar 'pecados' que não cometeram.

8. Ver: [www.youtube.com/watch?v=3-kWcvaDh9g].

Simultaneamente, obrigaram-se os estados 'endividados' a endividar-se ainda mais, para que o capital financeiro pudesse receber os seus créditos e pudesse continuar a especular, para ganhar "lucros cada vez mais elevados", à custa dos salários, dos direitos e da dignidade dos trabalhadores e da soberania desses estados-membros da UE. A isso chamo eu *crime sistémico*, verdadeiro *terrorismo de estado*.

18. – Mark Blyth acerta em cheio quando defende que a austeridade é "o preço da salvação dos bancos, [...] é o preço que os bancos querem que alguém pague."

E essa é a opinião generalizada dos melhores especialistas que têm estudado as *políticas de austeridade* e de alguns que trabalharam na sua concepção e execução.

O Professor Philippe Legrain (que foi conselheiro do Presidente da Comissão Europeia Durão Barroso) não tem dúvidas em afirmar (*Público*, 11.05.2014) que as *políticas de austeridade* foram impostas pelo "poder político dos bancos franceses e alemães" e prosseguidas impiedosamente pela Comissão e pelos "Governos que identificam os bancos como campeões nacionais a proteger [...], colocando os interesses dos bancos à frente dos interesses dos cidadãos, [...], uma relação quase corrupta entre bancos e políticos: muitos políticos seniores ou trabalharam em bancos ou esperam trabalhar depois." Quem viveu as coisas por dentro sabe do que fala...

E Joseph Stiglitz confirma o que fica dito:

> "Os resgates da Espanha, da Grécia e de outros países pareciam mais direcionados para salvar o euro e os bancos europeus que tinham financiado esses países [com a cumplicidade da UE, digo eu] do que para restaurar o bem-estar e a saúde da economia dos países afetados."

As *políticas de austeridade* são políticas comandadas por "poderes estranhos e superiores, que chamamos mercados financeiros e/ou Europa" (Felipe González, *Expresso*, 05.01.2013), políticas (escreve Habermas) que não podem deixar de "corroer qualquer credibilidade democrática" das instituições europeias.

Há tempos, o Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Junker, fez esta confissão em público (não seguida do arrependimento e da vontade de não mais voltar a pecar...), referindo-se às *políticas de austeridade* promovidas pela União Europeia: "Pecámos contra a dignidade dos povos." As *políticas de austeridade* são políticas (defende Ulrich Beck) que têm condenado os países devedores ("a nova classe baixa da UE") a sofrer "perdas de soberania e ofensas à sua dignidade nacional." São políticas (é a opinião de Paul Krugman) que exigem às suas vítimas (os pobres dos países mais pobres) "sacrifícios humanos em honra de deuses invisíveis."

Pergunta a minha ignorância: se sairmos do plano religioso e, em vez de falarmos em *pecado*, falarmos em *crime*, que tipo de crime teremos aqui? Certamente um crime grave, porque é um *crime contra a dignidade dos povos*! Ainda por cima um crime premeditado, minuciosamente preparado e impiedosamente executado. Eu arriscarei dizer que se trata de um *crime contra a Humanidade*. Pois, se tal crime não merece essa classificação um *crime contra a dignidade dos povos*, não vejo que outro possa caber nesse tipo de crime.

Durante o período mais dramático da *tragédia grega*, as maiores autoridades da União Europeia proclamaram em alto e bom som que "as eleições não mudam nada", que a UE "não muda de política em função de eleições", que "não pode haver escolhas democráticas contra as regras que constam dos Tratados." É a *ditadura das regras*, das *regras alemãs* plasmadas no Tratado de Maastricht e no Tratado Orçamental, promovidas ao papel de *constituição das constituições*, 'constituição' outorgada pela Sr.ª Merkel quando impôs o Tratado Orçamental (2012): "Precisamos na Europa de algo que nos garanta que, mesmo mudando os governos, as políticas não mudem." Parece um *requiem* pela democracia na Europa… Deixo mais uma pergunta: estão tipificados *crimes contra a democracia*?

Só porque encontrei essa ideia em Stiglitz (afinal não é um qualquer, é um Prémio Nobel respeitado!) é que me autorizo a deixá-la aqui hoje (embora ela me tivesse assaltado várias vezes muito antes de lê-la em Stiglitz): "É claro que muitos dos crimes mais hediondos são cometidos por pessoas que afirmam estar simplesmente a seguir as regras." [ou a cumprir as 'ordens' de Bruxelas, digo eu].

19. – A *Europa das regras* (a *Europa do capital*) é bem caraterizada por Ulrich Beck, quando escreve que ela se define pela "assimetria entre poder e legitimidade. Um grande poder e pouca legitimidade do lado do capital e dos estados, um pequeno poder e uma elevada legitimidade do lado daqueles que protestam." Se a democracia reside no poder do povo soberano, essa 'Europa' não é, a todas as luzes, uma Europa democrática: é uma verdadeira *ditadura do grande capital financeiro*, exercida por quem tem *um grande poder, mas pouca legitimidade*. Os trabalhadores (os 99% explorados) *protestam*, com toda a legitimidade, mas (ainda) com pouco poder.

Perante essa 'Europa', só uma atitude parece legítima: estar do lado daqueles que protestam (do lado da legitimidade, do lado das vítimas), contra o capital e contra os *poderes estranhos* dos *mercados financeiros* (contra o poder sem legitimidade, contra os que os que cometem *crimes contra a dignidade dos povos*).

Referências bibliográficas

AVELÃS NUNES, A. J. *A Constituição Europeia*: a constitucionalização do neoliberalismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2006; São Paulo: Ed. RT, 2007.

AVELÃS NUNES, A. J. *Uma Volta ao Mundo das Ideias Económicas*: será a Economia uma Ciência? Coimbra: Almedina, 2008.

AVELÃS NUNES, A. J. *A Crise do Capitalismo*: *capitalismo, neoliberalismo, globalização*. 6. ed. rev. e ampl. Lisboa: Página a Página, 2013. (há uma edição brasileira, com uma versão anterior a essa: AVELÃS NUNES, A. J. *A Crise Atual do Capitalismo*: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Ed. RT, 2012).

AVELÃS NUNES, A. J. *O Estado Capitalista e as suas Máscaras*. 3. ed. rev. Lisboa: Edições Avante, 2013. (há uma edição brasileira, com uma versão anterior a essa: AVELÃS NUNES, A. J. *O estado capitalista e as suas máscaras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013).

AVELÃS NUNES, A. J. *O euro*: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua. 2. ed. rev. Lisboa: Página a Página, 2015.

AVELÃS NUNES, A. J. *A Europa como ela* é. 2. ed. rev. e aum. Lisboa: Página a Página, 2015.

AVELÃS NUNES, A. J. *O keynesianismo e a contra-revolução monetarista*. 2. ed. Lisboa: Página a Página, 2016.

AVELÃS NUNES, A. J. *Do Capitalismo e do Socialismo*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BECK, Ulrich. *A Europa Alemã:* de Maquiavel a "Merkievel": Estratégias de Poder na Crise do Euro. Trad. port. Lisboa: Edições 70, 2013.

BLYTH, Mark, *Austeridade*: a História de uma Ideia Perigosa. Trad. port. Lisboa: Quetzal, 2013.

COLE, G. D. H. *Historia del Pensamiento Socialista*. Trad. em castelhano. México: Fondo de Cultura Economica, 1957-1963. v. VI.

CROTTY, James. The Neoliberal Paradox: The Impact of Destructive Product Market Competition and Impatient Finance Nonfinancial Corporations in the Neoliberal Era. *Review of Radical Political Economics*, Arlington, v. 35, n. 3, p. 271-279, 2003.

DELAUME, Coralie; CAYLA, David. *La Fin de l'Union Européenne*. Paris: Michalon Éditeur, 2017.

DUMENIL, Gérard; LEVY, Dominique. "Assalariados demasiadamente mimados…". *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), II série, n. 45, jul. 2010.

FRIEDMAN, Milton e Rose. *Liberdade para escolher*. Trad. port. Lisboa: EuropaAmérica, s/d. (1. ed. americana, 1979).

GALBRAITH, James. "Que Europa para controlar os mercados?". *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), p. 18-19, maio 2012.

GAMBLE, Andrew. *The Free Economy and The Strong State:* The Politics of Thatcherism. 2. ed. Londres: Macmillan, 1994.

GEUENS, Geoffrey. "Os mercados financeiros têm rosto". *Le Monde Diplomatique*, (ed. port.), p. 18-19, maio 2012.

HABERLER, Gottfried. Inflación y Desarrollo Económico. Córdoba: *Revista de Economia y Estadistica*, n. 3, p. 81 83, 1958.

HABERLER, Gottfried. Politica de salarios, empleo y estabilidad monetaria. *Información Comercial Española*, Madrid, p. 165-173, ago.-set. 1969.

HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012.

HALIMI, Serge. "O crime compensa". *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), mar. 2010.

HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society. Pittsburgh: *The American Economic Review*, v. XXXV, n. 4, p. 519-530, set. 1945.

HAYEK, Friedrich A. *Inflation:* Causes, Consequences and Cures. IEA Reading 14. Londres: The Institute of Economic Affairs, 1974.

HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty*: The Mirage of Social Justice. Londres: Routledge, 1976. v. II.

HAYEK, Friedrich A. *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1978.

JUDT, Tony. *Pós-Guerra:* História da Europa desde 1945. Trad. port. Lisboa: Edições 70, 2007.

KALDOR, Nicholas. The New Monetarism. *Lloyds Bank Review*, London, n. 99, p. 01-18, jul. 1970.

KAYSEN, Carl. The Social Significance of Modern Corporation. *The American Economic Review*, Nashville, v. 47, n. 2, p. 311-319, maio 1957.

KRUGMAN, Paul. "Quando a austeridade falha". *The New York Times*, 25.05.2011 (publicado em Portugal pelo *Jornal i*).

KRUGMAN, Paul. *Acabem com esta Crise já!* Lisboa: Editorial Presença, 2012.

MILIBAND, David. The New Politics of Economics. In: CROUCH, Colin; MARQUAND, David (Ed.). *Ethics and Markets*: Co-operation and Competition within Capitalist Economics. Oxford: Blakwell, 1993.

NAVARRO, Vicenç; LÓPEZ, Juan Torres; ESPINOSA, Alberto Garzón. *Hay Alternativas*: propuestas para crear empleo y bienestar social en España. Madrid: Ediciones Sequitur, 2011.

PLIHON, Dominique. "Uma reforma bancária que encanta os banqueiros". *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), mar. 2013.

STIGLITZ, Joseph E. *El Malestar en la Globalización*. Trad. em castelhano. Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2002. (Original: *Globalization and its Discontents*. 2002).

STIGLITZ, Joseph E. *O Preço da Desigualdade*. Trad. port. Lisboa: Bertrand, 2013.

STIGLITZ, Joseph E. *O EURO:* como uma moeda única ameaça o futuro da Europa. Trad. port. Lisboa: Bertrand Editora, 2016.

STRANGE, Susan. *Casino Capitalism*. Londres: Basil Blackwell, 1986.

STREECK, Wolfgang. The Crisis in Context: democratic Capitalism and Its Contradictions. *MPIfG Discussion Paper* 11/15, Max-Planck-Institut für Gesellschaftschung, Colónia, p. 01-22, out. 2011. Disponível em: [www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp11-15.pdf].

STREECK, Wolfgang. *Tempo Comprado*: a crise adiada do Capitalismo Democrático. Trad. port. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.

STREECK, Wolfgang. "Uma hegemonia fortuita". *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), ed. 94, maio 2015.

STREECK, Wolfgang. *How will Capitalism End?*: essays on a Failing System. Londres; N. York: Verso, 2016.

STREECK, Wolfgang. Europe under Merkel IV: Balance of Impotence. Boston: *American Affairs*, v. II, n. 2, p.162-192, 2018. Disponível em: [https://americanaffairsjournal.org/author/wolfgang-streeck/].

VAROUFAKIS, Yanis. *Os fracos são os que sofrem mais?*: a crise da Europa e a estabilidade global ameaçada. Trad. port. Lisboa: Marcador, 2016.

WAPSHOTT, Nicholas. *Keynes/Marx*: o confronto que definiu a Economia Moderna. Trad. port. Lisboa: D. Quixote, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A crise atual do capitalismo: crise esperada e quase programada, de António José Avelãs Nunes – *RT* 918/185-222 (DTR\2012\2629);
- Criminologia, neoliberalismo e controle punitivo, de Juan S. Pegoraro – *RBCCrim* 64/338-362 (DTR\2007\901);
- Globalização e neoliberalismo: o direito da concorrência entre empresas nacionais e transnacionais, de Eduardo Teixeira Silveira – *RDCI* 40/68-88 (DTR\2002\302); e
- Intervenção jurídico-penal na sociedade globalizada: aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Helena Costa Rossi – *RBCCrim* 140/71–107 (DTR\2018\7936).

Loucura, direito penal e psiquiatria: programação jurídica entre ruídos e acoplamentos

Madness, criminal law and psychiatry: law programs between noise and coupling

Bruno Amaral Machado

Pós-Doutorado em Sociologia – (UnB – JOHN JAY-NY). Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Pesquisador Associado do Departamento de Sociologia da UnB. Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal (UniCEUB/UnB). Promotor de Justiça (MPDFT).
brunoamachado@hotmail.com

Fernando Luiz de Lacerda Messere

Doutorando do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do UniCEUB. Mestre em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB). Mestre em Direito (UCB). Professor do IBMEC-DF. Membro do Grupo Política Criminal (UniCEUB). Juiz de Direito Titular da Vara de Execuções das Penas em Regime Aberto do TJDFT.
fernandomessere@bol.com.br

Recebido em: 13.07.2018
Aprovado em: 07.01.2019
Última versão dos autores: 01.02.2019

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos; Constitucional

Resumo: A Reforma Psiquiátrica da Lei 10.216/2001 procurou humanizar o tratamento do transtorno mental. O subsistema jurídico-penal reluta em atender ao chamado. Este artigo, sob perspectiva sistêmica, descreve como os direitos instituídos em favor da pessoa acometida de transtorno mental incapacitante se articulam com a disciplina legal da inimputabilidade penal pelo sistema de justiça criminal. Primeiramente, o texto aborda os conceitos relevantes para a análise da função do laudo pericial no acoplamento intersistêmico convocado pela relação crime-loucura. Em seguida, os programas jurídicos

Abstract: The Psychiatric Reform of Law 10.216/2001 sought to humanize the treatment of mental disorder. The legal-penal subsystem is reluctant to respond to the call. This article, from a systemic perspective, describes how the rights instituted in favor of the person suffering from incapacitating mental disorder are articulated with the legal discipline of criminal liability by the criminal justice system. First, the text adresses the relevant concepts for the analysis of the function of the expert report in the intersystemic coupling convened by the crime-madness relationship. Next, the Brazilian legal programs, from

brasileiros, desde o Código Criminal de 1830 até o Código Penal vigente, são analisados quanto à inimputabilidade em face do transtorno mental. Conclui-se que as variações programáticas havidas selecionaram o laudo pericial como o instrumento acoplador necessário e que a Reforma Psiquiátrica agregou complexidade ao impor-lhe natureza multidisciplinar, de modo a guiar o subsistema jurídico-penal rumo à solução terapêutica mais adequada àquele que padece de transtorno mental incapacitante.

Palavras-chave: Reforma psiquiátrica – Crime – Loucura – Acoplamento – Laudo.

the Criminal Code of 1830 to the current Penal Code, are analyzed on the subject of criminal responsibility in face of mental disorder. The article shows that the programmatic variations selected the expert report as the necessary coupling instrument and that the Psychiatric Reform added complexity to the report by imposing a multidisciplinary nature in order to guide the criminal justice system towards the decision that will provide the most appropriate therapeutic solution to those who suffer from disabling mental disorder.

Keywords: Psychiatric reform – Crime – Madness – Coupling – Report

Sumário: 1. Introdução. 2. Crime e loucura: relação intersistêmica complexa. 2.1. Fechamento operacional e abertura cognitiva na relação. Crime-loucura: acoplamento por meio do laudo pericial. 2.2. O transtorno mental: da autorreferência à heterorreferência na programação jurídico-penal da loucura. 3. Evolução na programação penal brasileira do transtorno mental. 3.1. Do Código Criminal de 1830 ao CP de 1940: a loucura sai da família e vai ao cárcere. 3.2. Reforma psiquiátrica de 2001 e irritação ao subsistema penal: nova programação jurídico penal. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A crítica[1] ao tratamento segregador imposto aos vitimados por transtornos mentais não é recente. No Brasil, desde a década de 1970, textos de várias áreas do conhecimento têm reclamado a extinção ou mudança do modelo manicomial, ainda que a decisão excludente tenha sido proferida no sistema de justiça criminal. Síntese dessa crítica também pode ser encontrada em textos internacionais, como a Declaração de Caracas[2], de 1990, referência inspiradora de várias iniciativas de políticas públicas estaduais e federais brasileiras nas duas últimas décadas do século XX e na primeira década do século XXI[3].

1. Agradecemos a Antônio Suxberger pela leitura do texto e pelos comentários.
2. ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD. *Declaración de caracas*. Venezuela, 1990. Disponível em: [www.oas.org/dil/esp/Declaracion_de_Caracas.pdf]. Acesso em: 30.01.2018.
3. BRASIL. Ministério da Saúde. *Legislação em Saúde Mental 1990-2004*. Brasília: MS, 2004. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao_saude_mental_

Interessa neste estudo avaliar aspectos do impacto penal da Reforma Psiquiátrica objeto da Lei 10.216/01. Passados dez anos da aprovação da Lei da Reforma, a pesquisa *Hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos: um estudo censitário*[4], realizada sob os auspícios do Governo Federal brasileiro em 2011, revelou que o movimento de desinstitucionalização não produziu nas instituições custodiantes em matéria penal os resultados desejados, pois 3.989 pessoas portadoras de transtornos mentais permaneciam internadas em cumprimento de medidas de segurança cautelares ou definitivas. No Distrito Federal, por exemplo, o Censo 2011 apurou que a "população total da ATP-DF era de 94 indivíduos, entre os quais 62 estavam em medida de segurança, 21 estavam em medida de segurança por conversão de pena e 11 estavam em situação temporária de internação"[5].

O Poder Judiciário não ficou insensível, mas aquele quadro não parece ter mudado muito. Ainda em 2011, o Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais brasileiros a execução de medidas de segurança pautadas por "política antimanicomial, sempre que possível, em meio aberto" e, entre outras diretrizes, recomendou a "realização de perícias por equipe multidisciplinar"[6]. Porém, decorridos sete anos, 110 pessoas encontravam-se sob internação na ATP-DF em 31 de janeiro de 2019.[7]

Para contribuir à compreensão do problema sob o enfoque sistêmico, cujo ponto central, "Diferentemente de parte da tradição sociológica clássica [...] é a diferenciação dos sistemas sociais autopoiéticos na sociedade contemporânea"[8], a pesquisa analisa como o direito decide a inimputabilidade por transtorno

1990_2004_5ed.pdf]. Acesso em: 10.02.2018; BRASIL. Ministério da Saúde. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*: 15 anos depois de Caracas. Brasília: OPAS, 2005. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf]. Acesso em: 10.02.2018; TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos,* Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan.-abr. 2002. p. 25-59.

4. DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: censo 2011. Disponível em: [http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf]. Acesso em: 20.01.2018.
5. Ibidem, p. 105.
6. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação 35*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n35-12-07-2011-presidncia.pdf]. Acesso em: 07.06.2018
7. Conforme Resenha Diária enviada às Varas de Execução Penal do DF.
8. MACHADO, Bruno A. *Justiça criminal*: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 36-37.

mental, identifica o laudo pericial como o instrumento capaz de proporcionar o acoplamento entre o subsistema jurídico-penal e o subsistema psiquiatria e explora a complexidade imposta pela Reforma Psiquiátrica.

Quanto à metodologia, são selecionados e correlacionados, primeiramente, conceitos relevantes da teoria sistêmica para essa análise do papel desempenhado pelos artefatos semânticos que promovem o acoplamento intersistêmico, de modo a evidenciar a função desempenhada pelo laudo pericial na relação crime-loucura. Em seguida, realiza-se a análise das modificações pelas quais passou a legislação brasileira sobre a inimputabilidade penal decorrente do transtorno mental desde o Código Criminal de 1830 até o momento presente, de modo a identificar a evolução da programação do subsistema jurídico-penal em relação ao saber psiquiátrico. Isso para testar a necessidade de ampliação multidisciplinar dos laudos para além do saber psiquiátrico a fim de atender à nova programação jurídica trazida pela Reforma.

O fato de o Projeto de Lei 513/2013, recentemente aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, prever a imediata entrega do declarado penalmente inimputável ao sistema de saúde não afeta a atualidade e utilidade da pesquisa, pois o Judiciário permanecerá competente para a decisão acerca da inimputabilidade.

2. Crime e loucura: relação intersistêmica complexa

Nas sociedades diferenciadas funcionalmente[9], o sistema jurídico é o sistema social cuja função é estabilizar expectativas normativas ao longo do tempo[10]. So-

9. "O processo de diferenciação funcional está associado à criação de organizações especializadas [...] O sistema jurídico, por exemplo, diferencia-se, internamente, na forma de tribunais" (MACHADO, Bruno A. *Justiça criminal*: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 36-37; "el sistema dentro del cual se forman otros sistemas se reconstruye a traves de una ulterior distincion entre sistema-parcial y entorno [...] El proceso de diferenciacion puede activarse espontaneamente, es resultado de la evolucion y puede utilizar las ocasiones para inducir transformaciones estructurales" (LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico D. F.: Herder, 2006. p. 472-474.

10. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 175; DUBÉ, Richard. La fonction du droit criminel moderne: de la protection de la société à la stabilisation des expectatives normatives. *Droit et Société*, Ottawa, n. 82, mar. 2012. p. 659-688. Disponível em: [www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2012-3-page-659.htm]. Acesso em: 10.02.2018.

mente a partir da observação da rede de operações em que a norma se vê inserida é que se pode dizer se a norma é jurídica[11]. É jurídica a norma que, integrando a programação do sistema jurídico, opera o código binário lícito/ilícito (legal/ilegal) quando posta sob prova[12]. Dessa forma, por meio das decisões do subsistema jurídico-penal, comunica-se o que é crime, quando há crime, quem é criminoso, quando haverá pena e qual pena será imposta.

O sistema jurídico não pode dizer quem não detém consciência e capacidade de manifestar vontade livre como resultado de transtorno mental. O que o sistema direito pode dizer é se aquele que detém consciência e capacidade de determinar-se cometeu crime e deverá ser punido ou, ainda, se o acometido de transtorno mental incapacitante deverá ser eximido da punição e submetido a medida interventiva diversa. Solucionar conflitos ou regular relações não é o que distingue o direito, pois solução de controvérsias e regulação podem ser alcançadas sem intervenção jurídica. O que distingue o direito é a função estabilizadora das expectativas normativas[13], ou seja, preservação da identidade do direito/não direito (lícito/ilícito), para que essa referência esteja disponível na memória do sistema em momentos futuros[14].

A integração de uma nova norma jurídica ao sistema direito acarreta variação no processo comunicativo e nas decisões ali tomadas. Assim com a Lei 10.216/2001, que instituiu a Reforma Psiquiátrica e se erigiu como programa normativo que supõe novas demandas de outros subsistemas científicos[15]. Essa

11. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 183.
12. "O código legal/ilegal só pode ser manejado no plano da observação de segunda ordem. Portanto, só mesmo pela observação de observadores. Essa observação independe que os observadores de primeira ordem – isto é, o que manuseia e sua vítima – classifiquem sua relação com o mundo de acordo com o direito ou em desacordo com ele" (Ibidem, p. 94-97).
13. "A função do direito como estabilização de expectativas normativas transcende muito o que se pode apreender com o conceito de uma regulamentação de conflitos [...] o direito não apenas unifica conflitos, mas também produz conflitos [...] descrevendo-se a função do direito [...] como regulamentação de redes de relação [...] perder-se-ia a especificidade do direito" (Ibidem, p. 184-185).
14. "La memoria social [...] el uso repetido de las mismas referencias causa que esto tambien pueda ser asi en casos futuros [...] Toda sociedad esta destinada a su propia memoria autoproducida" (LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico D. F.: Herder, 2006. p. 461-462).
15. "Lo único que necessitamos hacer cuando se habla de verdad es inquirir por las condiciones bajo las cuales el enunciado em cuestión sería falso. Ello basa para que la

inovação legislativa revela a observação de segunda ordem[16] do sistema político sobre os subsistemas jurídico-penal e psiquiatria[17] e a modelagem normativa resultante dispara novas possibilidades de observação nesses subsistemas que observam a si mesmos e um ao outro perante as descrições do normal e do patológico (loucura).

A exploração dos instrumentos que proporcionam a abertura cognitiva do sistema direito ao entorno, e vice-versa, permite compreender como uma decisão produzida em um subsistema científico é integrada heterorreferencialmente às operações comunicativas do sistema direito. Ou seja, compreender como o subsistema jurídico seleciona informações da psiquiatria e de outros saberes para decidir sobre a inimputabilidade por transtorno mental e a intervenção sobre esse incapaz.

2.1. Fechamento operacional e abertura cognitiva na relação. Crime-loucura: acoplamento por meio do laudo pericial

Os sistemas sociais são sistemas abertos que não se confundem com o entorno, sistemas abertos que preservam sua autorreferencialidade por serem

---

comunicación em el sistema de la ciencia tenga lugar" (LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Mexico D.F.: Anthropos, 1996. p. 211); "No processo de distinção e autodescrição da ciência, o código verdadeiro/falso e os programas próprios, na forma de teorias, metodologias e técnicas de pesquisa, permitem a distinção em relação ao entorno e a identidade da ciência como sistema comunicativo" (MACHADO, Bruno A. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, v.10, n.45, abr.-jun. 2012. p. 83).

16. O observador de segunda ordem "deve observar seu objeto [...] como um objeto que se oriente pela distinção entre sistema e entorno [...] um objeto que se auto-observa e se autodescreve" (LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 20-23); "um observador só pode observar se for capaz de diferenciar a si próprio de seus instrumentos de observação, de suas diferenciações e designações, e, portanto, não se confundir duradouramente com seu objeto" (Ibidem, p. 69).

17. Subsistema da ciência médica que atua sobre aquele que apresenta "quadro clinicamente significativo acompanhado de sofrimento ou incapacidade" vinculado a transtorno mental identificado "quando existem tratamentos disponíveis e reconhecidamente eficazes no reestabelecimento da capacidade funcional e da estabilidade clínica da pessoa enferma ou, ao menos, capazes de aliviar o sofrimento" (JORGE, Miguel R; FRANÇA, Josimar M. F. A associação brasileira de psiquiatria e a reforma da assistência psiquiátrica no Brasil. *Revista Brasileira de Psiquiatria,* São Paulo, v. 23, n. 1, mar. 2001. p. 3-6. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462001000100002]. Acesso em: 12.02.2018.

operacionalmente fechados, que produzem suas próprias estruturas e por meio de suas operações estabelecem suas fronteiras, sistemas que organizam e determinam a si mesmos, sistemas autopoiéticos[18]. O fechamento é meramente operacional, pois, como sistema entre sistemas, é cognitivamente aberto ao entorno[19].

A unidade autopoiética do sistema jurídico é representada pelo código binário lícito/ilícito. Esse código é a estrutura que torna a autopoiese do sistema um resultado inevitável das operações do próprio sistema, é a regra de atribuição. Assim, se a indagação diz respeito à legalidade ou ilegalidade, caberá ao sistema direito oferecer a resposta. Só o direito pode dizer o que é o direito[20]. O fechamento operacional do direito não significa isolamento empírico, mas a diferenciação estrutural do sistema pela especificidade de determinado código binário e determinados programas. Esse fechamento, que é resultante da diferenciação funcional da sociedade, torna necessário resolver o problema do sistema jurídico em relação às informações do entorno. Dito de outra forma, resolver o problema de combinar referências internas com referências externas ao sistema[21].

Em razão do fechamento operacional, o sistema só se preocupa com o entorno quando alguma etapa operacional do processo comunicativo interno exige considerar evento não produzido no interior do sistema, fato insuscetível de ser produzido por meio da programação estrutural do sistema[22]. É nesse momento que o sistema se vê obrigado a lidar com a heterorreferência do entorno e, particularmente, com a complexidade de outros subsistemas. Por meio dos acoplamentos[23] são canalizadas irritações, surpresas e desapontamentos, desvios de

18. LUHMANN, Niklas. Operational closure & structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, New York, n. 13, 1992. p. 1419-1441.
19. Ibidem, p. 1419-1441.
20. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 92-93.
21. LUHMANN, Niklas. Operational closure & structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review,* New York, n. 13, 1992. p. 1419-1441.
22. "La posibilidad real de la comunicacion – como lo puede comprobar un observador – tiene numerosos presupuestos fácticos que el sistema mismo no puede ni producir ni garantizar. Estar clausurado significa siempre estar incluido en algo que, visto desde adentro, esta afuera" (LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico D. F.: Herder, 2006. p. 72).
23. Os acoplamentos são operacionais ou estruturais. Os acoplamentos operacionais se apresentam em duas variantes. Uma, a autopoiese, "consiste na produção de operações do sistema por mediação das operações [anteriores] do próprio sistema". A "outra [...] acoplamento momentâneo [...] por exemplo, a possibilidade de cumprir com uma obrigação legal mediante um pagamento [...] possíveis para o período em que durar o

expectativas originados no ambiente e com os quais o sistema deverá lidar para decidir o lícito/ilícito[24]. A propriedade e o contrato, por exemplo, operam como acoplamentos estruturais que organizam as irritações recíprocas entre os sistemas direito e economia. O texto constitucional exerce semelhante função acopladora do sistema direito ao sistema político[25].

Assim também ocorre com o transtorno mental, cujo aparecimento na comunicação do sistema jurídico aciona a estrutura acopladora dos quesitos e dos laudos periciais médicos, estes últimos produzidos fora do sistema jurídico, referências externas indispensáveis à produção da decisão acerca da punibilidade do agente que se apresenta para eventual imputação. Argumentamos que os laudos se constituem em formas de acoplamentos operacionais do sistema jurídico que permitem o "entrejogo" frutífero da programação jurídica com a programação de outros subsistemas sociais, em especial, subsistemas da ciência, como a psiquiatria e a psicologia[26].

Quanto mais numerosas as alternativas decisórias dependentes da certeza sobre a capacidade psíquica do agente, mais complexos os instrumentos de acoplamento intersistêmico (laudos). O inadequado enfrentamento dessa complexidade

---

evento". Diferentemente, "fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinada características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente – por exemplo, que o dinheiro seja de modo geral aceito [...] a conformação do direito é uma função do sistema da sociedade, referida a um problema que resulta do acoplamento estrutural desse sistema com seu ambiente" (LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 590-595).

24. "É possível que o ambiente provoque irritações e distúrbios no sentimento jurídico [...] será possível constatar se os desejos políticos se fazem cumprir com o desejo vigente ou se nele mudanças devem ser pressupostas [...] o que provoca a variação é o que o sistema percebe como irritação" (Ibidem, p. 368-370); "no próprio sistema os acoplamentos estruturais só podem suscitar irritações, surpresas e perturbações. Os conceitos de "acoplamento estrutural" e "irritação encontram-se condicionados entre si de maneira recíproca" (Ibidem, p. 592-593).

25. LUHMANN, Niklas. Operational closure & structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, New York, n. 13, 1992. p. 1419-1441; "Com a institucionalização da liberdade contratual, o acoplamento estrutural entre economia e direito adquire sua forma moderna" (LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 622); "em fins do século XVIII – na periferia da Europa e nos Estados norte-americanos – vai se inventar [...] um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, ou seja, o que desde então se conhece como Constituição" (Ibidem, p. 631).

26. Ibidem, p. 270-271.

pelos subsistemas jurídico-penal e psiquiátrico evidencia obstáculos internos à seleção exigida pela programação da Reforma Psiquiátrica.

O encontro do crime com a loucura põe em questão elementos centrais do subsistema jurídico-penal, como o crime e a responsabilidade penal. O que é crime hoje pode não ter sido ontem, e o que foi crime ontem já não é hoje. A definição do que seja crime é resultado de construções sociais complexas e mutáveis[27]. A lei (programa) define o crime para o sistema jurídico. Assim, as decisões sobre o que é crime, quem comete crime, quem deverá receber a resposta penal pela prática do crime e qual resposta penal será imposta depende da programação, sobretudo, do subsistema jurídico-penal.

No transcorrer do século XX, estabilizou-se nas descrições dogmáticas que a imputação penal supõe a responsabilização do agente para a aplicação da pena (culpabilidade). Define-se que a imputação depende de cognição acerca da capacidade mental do suposto autor do fato delituoso. É no plano da culpabilidade que se dá a imputação subjetiva do injusto penal a determinada pessoa[28]. É ela o pressuposto necessário à responsabilidade penal[29], pressuposto da reprovabilidade do injusto praticado[30], razão pela qual não haverá reprovação e não haverá pena se não houver culpabilidade.

O tema requer análise empírica da atual programação do subsistema jurídico-penal. Na legislação brasileira vigente, art. 26 do Código Penal, o transtorno mental será causa excludente da imposição de pena quando tornar o agente, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e conduzirá à redução da pena se a limitação for parcial.

A informação acerca dessa limitação não pode ser alcançada por meio de operações programadas para a produção do código binário lícito-ilícito. É questão que supõe operações comunicativas e decisões orientadas pelo binário mentalmente

27. HULSMAN Louk; CELIS, Jacqueline B de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993. p. 63-64; MORRISON, Wayne. What is crime? Contrasting definitions and perspectives. In: HALE, Chris et al (Ed.). *Criminology*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 3-20; SANTOS, Juarez C. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: ICPC, 2006. p. 49-60.

28. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 287.

29. ROXIN, Klaus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas, 2008. t. I. p. 798.

30. ZAFFARONI, Eugênio R.; PIERANGELI, José, H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 539.

capaz – mentalmente incapaz. A compreensão do fenômeno loucura e a identificação do louco, ainda que em processo focalizado apenas na incapacidade plena ou parcial da consciência sobre a ilicitude do fato ou do domínio da vontade, são processos cognitivos estranhos ao sistema jurídico na atualidade. Uma síntese desse processo de diferenciação funcional que conduziu ao subsistema psiquiatria, sobretudo, nas pesquisas de Foucault e Castel[31], auxilia na compreensão dos desafios impostos ao subsistema jurídico-penal pela Reforma Psiquiátrica brasileira.

2.2. O transtorno mental: da autorreferência à heterorreferência na programação jurídico-penal da loucura

Foucault recorda que a individualização do louco já ocorria na Europa ocidental antes do século XVII, pois os alienados eram frequentemente agrupados e isolados em estabelecimentos hospitalares inteiros ou dependências reservadas aos insanos. No século XVII, entretanto, o louco passou a ser internado juntamente com "os doentes venéreos, os devassos, os libertinos, os homossexuais, e perdeu os índices de sua individualidade"[32]. A internação hospitalar foi transformada em aprisionamento sem qualquer finalidade terapêutica, mera casa de correção.

Essa confusão dos loucos e demais indesejáveis deu-se ao longo de todo o século XVII e início do século XVIII. Para a internação do louco, no final do século XVII, "o procedimento mais frequente é, evidentemente, a carta régia. A família ou o círculo da pessoa faz o pedido ao rei, que o concede e outorga após assinatura

31. "a loucura no século XII está como que dessacralizada [...] A loucura só terá hospitalidade doravante entre os muros do hospital, ao lado de todos os pobres. É lá que a encontraremos ainda ao final do século XVIII. Com respeito a ela, nasceu uma nova sensibilidade: não mais religiosa, porém moral. Se o louco aparecia de modo familiar na paisagem humana da Idade Média [...] [A]gora, ele vai destacar-se sobre um fundo formado por um problema de "polícia", referente à ordem dos indivíduos na cidade" (FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 72). "Sobre o pano de fundo da sociedade contratual instaurada pela Revolução Francesa, o louco e uma nódoa. Insensato, ele não é sujeito de direito; irresponsável, não pode ser objeto de sanções [...] Núcleo de desordem, ele deve, mais do que nunca, ser reprimido, porém, segundo um outro sistema de punições do que o ordenado pelos códigos para aqueles que voluntariamente transgrediram as leis" (CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica:* a idade do ouro do alienismo. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 15).

32. FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 135.

de um ministro [...] normalmente é a família, a vizinhança e o cura da paróquia", fornecem a prova da loucura, "o que pode determinar e isolar a loucura não é tanto uma ciência médica quanto uma consciência suscetível de escândalo"[33]. Com a loucura "aproximando-se do crime, da desordem, do escândalo, ela pode ser julgada, como estes, pelas formas mais espontâneas e primitivas dessa sensibilidade", sem necessidade de se recorrer ao conhecimento médico[34].

Entre a última década do século XVIII e as primeiras décadas do século XIX, tanto na Europa quanto no Brasil, haverá uma variação no processo de identificação da loucura. Mas isso não se faz de imediato "a fim de submeter o assunto de modo mais objetivo à autoridade da medicina; pelo contrário, é para fazer com que o poder de decisão passe para uma autoridade judiciária que não recorre ao médico"[35].

A análise remete a uma sociedade estratificada, prévia à diferenciação funcional dos sistemas sociais. Embora a partir de abordagem bastante distinta, é a isso que Foucault se aproxima ao afirmar que parecia existir, naquela época, uma defasagem entre um conhecimento teórico acerca da loucura e uma prática repressiva de internamento em desconsideração do saber acerca das "sutilezas" da loucura, saber já elaborado desde a idade média. São comportamentos que revelam "mundos diferentes"[36].

O processo de diferenciação funcional sugere diferentes possibilidades de análise. A aproximação teórica e prática entre o direito, a medicina e a administração ocorrerá na Europa no início do século XIX, juntamente com o nascimento da psiquiatria, que supostamente humanizará o tratamento do louco[37], e, no Brasil, da metade para o final do mesmo século[38]. Esse esforço de separação da

33. Ibidem, p. 143.
34. Ibidem, p. 143-144.
35. Ibidem, p. 144.
36. Ibidem, p. 144-145.
37. "O momento em que a jurisprudência da alienação se torna a condição preliminar de todo internamento é também o momento em que, com Pinel, está nascendo uma psiquiatria que pela primeira vez pretende tratar o louco como um ser humano" (FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 147).
38. No Brasil, o Colônia, hospício que iniciou suas atividades em 1903, localizado na cidade de Barbacena, evidencia o difícil processo de humanização do tratamento dos portadores de transtornos mentais: "Desde o início do século XX, a fata de critério médico para as internações era rotina no lugar [...] trinta anos depois, existiam 5 mil pacientes em lugar projetado inicialmente para 200" (ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício brasileiro. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 25).

atividade correcional imposta aos criminosos da atividade de tratamento dos insanos é exemplificado por Foucault com a argumentação de Royer-Collard quando este tenta expulsar o Marquês de Sade da Casa de Charenton, que aquele pretendia transformar em hospital:

> "Existe em Charenton um homem cuja audaciosa imoralidade o tornou demasiado célebre e cuja presença neste hospício acarreta inconvenientes dos mais graves. Refiro-me ao autor do infame romance Justine. Esse homem não é um alienado. Seu único delírio é o do vício, e não é numa casa destinada ao tratamento médico da alienação que essa espécie de vício pode ser reprimida. É preciso que o indivíduo por ela atingido seja submetido ao mais severo sequestro".[39]

O giro iluminista reposicionou o criminoso como ator racional capaz de decidir com liberdade e selecionar entre o bem e o mal; as novas descrições jurídicas aumentaram a complexidade do tratamento jurídico do "louco delinquente". As novas semânticas penais construíram parâmetros jurídicos para o entendimento de que o encontro do crime com a loucura deve envolver resposta diferente daquela dirigida ao criminoso ordinário. A proposta clássica[40] de equilíbrio entre o delito e a pena pressupõe a racionalidade do ato, a ação livre e consciente, fundamento jurídico da pena. O surgimento da dogmática penal apresenta-se como espaço de produção de novos artefatos semânticos, na forma de categorias dogmáticas como tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. As construções teóricas sobre dolo e culpa e particularmente sobre os elementos subjetivos do tipo instituem novas possibilidades de observação das operações jurídico-penais. Estabiliza-se o entendimento de que esta condição não é atendida pelo louco cujo tratamento passa a estar condicionado a uma exigência médica, enquanto a repressão do criminoso se conforma com fundamentos jurídicos[41]. Os processos

39. FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 123.

40. "cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime" (BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p. 12); "an action of a thinking being is the act either of the body or only of the mind; and an act of the mind is an act either of the intellectual faculty or of the will" (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*, 2015. p. 43. Disponível em: [www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf]. Acesso em: 07.08.2017.

41. CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica*: a idade do ouro do alienismo. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 28.

de diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o sistema médico produzem novas possibilidades de observação. A heterorreferência do subsistema psiquiátrico torna-se necessária para definir o tratamento médico daquele.

A mudança ocorreu na segunda metade do século XIX, com o desenvolvimento da medicina e a identificação de estados mentais enfermos não evidentes, estados que somente poderiam ser identificados pelo olhar especialista do médico alienista, processo que introduziu a figura de perito e do laudo pericial, instrumentos de direcionamento do conhecimento médico necessário à decisão jurídica[42].

O cenário descrito pelo filósofo francês deve ser confrontado empiricamente. A realidade brasileira não se distanciava da descrição genérica de Foucault, pois, aqui também, os loucos misturavam-se indistintamente aos criminosos, aos vagabundos, aos indesejáveis de toda espécie e tinham como destino as celas das Santas Casas de Misericórdia ou das casas de correção[43]. A ausência de individualidade da loucura se estenderá no Brasil até 1852. Desde 1830, "médicos higienistas do Rio de Janeiro passaram a requisitar a construção de um hospício para os loucos [...] em 18 de julho de 1841 [...] Dom Pedro II assinou o decreto de fundação do Hospício Pedro II, finalmente inaugurado em 1852"[44].

A disputa entre os médicos e as demais autoridades (políticas, administrativas, jurídicas) pela primazia nas decisões acerca da loucura prosseguirá por todo o século XIX no Brasil[45]. A partir de 1830, a Sociedade de Medicina e

42. SOZZO, Maximo. A manera de epilogo. Cuestiones de responsabilidad entre dispositivo penal y dispositivo psiquiatrico. Materiales para el debate desde Argentina. *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, n. 13, 1999. p. 163-182. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731012]. Acesso em: 13.03.2018.

43. MOREIRA, Juliano. Notícia sobre a evolução da assistência a alienados no Brasil. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, v. 4, n. 4, dez. 2011. p. 728-768. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rlpf/v14n4/v14n4a12.pdf]. Acesso em: 01.06.2018.

44. BASSO, Priscilla M. *Crime e loucura*: a psiquiatria forense e a medicalização da periculosidade criminal. 2014. 348f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 119-120.

45. "outra forma de saber que no século XIX, é desenvolvida no Brasil é a medicina psiquiátrica [...] Os loucos passam a ser considerados indivíduos que precisam ser tratados de forma diferenciada e, portanto, por um saber específico. Este saber, que pretendia dar conta da loucura, teve que disputar o seu objeto com o aparelho judiciário, pois os loucos até então eram submetidos a sentenças criminais" (SILVA, Mozart L da. *Do império da lei* às *grades da cidade*. Porto Alegre: EDICUPRS, 1997. p. 148).

Cirurgia, criada no Rio de Janeiro em 1829[46], "critica a legislação como imperfeita e a administração da justiça como incompetente, por não oferecerem suficientes garantias para a liberdade e segurança das pessoas"[47]. Nos anos 1980, a crítica médica sustenta abertamente que as disposições legais do Código Criminal são "parciais, imperfeitas e inobservadas. Parciais porque dizem respeito ao ato criminoso do louco, regulando portanto unicamente a consequência da presença livre do 'mentecapto'". Além disso, são imperfeitas porque não exigem "a presença de um legista competente em alienação para atestar o discernimento do criminoso no momento do crime, porque dão ao juiz um poder excessivo e arbitrário, já que ele não pode saber sobre a conveniência de destinar o louco a uma casa especial ou à família". E não são observadas, pois "a política não procura saber o estado do criminoso, porque não existem casas para ele destinadas, porque a justiça é morosa"[48]. Os embates persistirão até que a intervenção dos alienistas seja disciplinada como imprescindível no início do século seguinte por meio do Decreto 1.132 de 1903, que estabelece a reorganização da assistência aos alienados e a segregação dos criminosos loucos em manicômios judiciais ou pavilhões especialmente reservados nos asilos públicos[49].

A pesquisa sobre a relação crime-loucura na legislação penal brasileira, programação que variou ao longo dos dois últimos séculos e teve por marco inicial o Código Criminal de 1830, permite observar tanto o giro programático rumo à medicina quanto a posterior resposta normativa de incapacitação do criminoso vitimado pelo transtorno mental havida na virada do século XIX para o século XX. Ao longo desse caminho, o laudo pericial estabiliza-se na forma de acoplamento operacional que viabiliza a decisão jurídica acerca da identificação e do destino a ser dado ao alienado mental. A análise dessa variação normativa é objeto da seção seguinte.

---

46. MACHADO, Roberto et al. *Danação da norma*: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 185.
47. Ibidem, p. 194.
48. MACHADO, Roberto et al. *Danação da norma*: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 481.
49. "A década de 80 é marcada por uma radicalização crítica [...] artigos do médico Joao Carlos Teixeira Brandao denunciando a situação dos loucos no Brasil [...] internação não sancionada pelo alienista deve ser considerada arbitraria [...] a psiquiatria deve se transformar em instancia definidora do estatuto do louco, como doente e como incapaz; portanto, como sujeito a ser tratado e protegido (Ibidem, p. 480-482).

3. Evolução na programação penal brasileira do transtorno mental

Dizer que houve evolução na legislação brasileira sobre o inimputável por transtorno mental não significa afirmar que o tratamento deferido ao alienado melhorou. Há evolução num sistema quando certas condições se apresentam num processo circular de variação, seleção e estabilização. A evolução pressupõe a variação de um elemento em relação aos padrões de reprodução anteriores estabilizados na memória do sistema. Diante da irritação da variação, ocorre a seleção de uma solução estrutural que torne possíveis posteriores reproduções, seleção que possa ser repetida sem afrontar princípios fundamentais como vedação a justificações *ad hoc* e *ad hominem*, por exemplo. Estará possibilitada, então, a estabilização dinâmica da reprodução autopoiética dessa variante[50].

A legislação penal brasileira do transtorno mental passou por períodos de programações condicionais[51] distintas sobre a competência para identificação da insanidade e do destino do agente considerado incapaz, impulsos evolutivos que responderam a novos contextos de diferenciação funcional, como o surgimento da psiquiatria. Esses impulsos, inicialmente instituídos por meio de depoimentos e documentos acessíveis aos juristas, constituíram ruídos que foram posteriormente solucionados sistemicamente pela invocação do laudo pericial e sua função de acoplar direito e psiquiatria, pois "a conformação do direito é uma função do sistema da sociedade referida a um problema que resulta do acoplamento estrutural desse sistema com seu ambiente"[52].

O encontro do crime com a loucura, na legislação penal brasileira inaugurada pelo Código Criminal de 1830, variou durante o século XX até alcançar o vigente Código Penal modificado pela reforma de 1984. Embora sempre marcada pela inimputabilidade, a norma penal variou quanto aos dois elementos necessários à decisão judicial. Primeiro, a intervenção do saber médico, desnecessário em 1830 e imprescindível em 1940. Depois, o destino do incapaz, da devolução discricionária à família até o obrigatório "encarceramento terapêutico" por prazo indeterminado.

50. LUHMANN, Niklas. *Direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 322-323.

51. "A afirmação de que alguém que se encontra na legalidade está na ilegalidade seria uma impeditiva contradição lógica. Essa contradição, por fim, faz-se excluída mediante condicionalizações, e só assim a tautologia se desdobra, isto é, o paradoxo é resolvido. Legal é legal, ou seja, legal não é ilegal se as condições dadas nos programas do sistema do direito forem satisfeitas" (Ibidem, p. 224).

52. Ibidem, p. 595.

A análise dos textos legais produzidos ao longo desse percurso permite identificar e avaliar como o acoplamento entre o direito e a psiquiatria variou até atingir a conformação atual. Permite, em seguida, responder ao problema sobre como os direitos declarados na variação decorrente da reforma psiquiátrica devem ser articulados com a disciplina legal da inimputabilidade penal pelo sistema de justiça criminal de modo a estabilizar a programação da Lei 10.216/2001 no âmbito penal.

3.1. Do Código Criminal de 1830 ao CP de 1940: a loucura sai da família e vai ao cárcere

O Código Criminal de 1830 apresentou-se marcado tanto pela racionalidade clássica quanto pela exclusão do incapaz do alcance da norma penal. O § 2º do art. 10, ao excluir aqueles que houvessem cometido o crime sob o estado incapacitante da mal definida categoria dos "loucos de todo o gênero", impôs ao subsistema jurídico-penal a prejudicial de identificação da loucura ao tempo do fato delituoso. A racionalidade forjada nos séculos XVII e XVIII pressupunha uma loucura evidente ao "olhar normal". O subsistema jurídico-penal, autônomo do saber médico, por meio da organização conhecida como Tribunal do Júri, aprecia e decide a alegação defensiva da loucura. A jurisprudência da época confirma:

> "Concedera a revista pedida pela nullidade resultante da falta de observância de formula substancial, porquanto, tendo-se dado como escusa do facto criminoso, perante o jury, a circumstancia da alienação mental, além da irregularidade do exame a que se procedeu, por ter sido feito em outro lugar e não perante o jury, que é quem devia aprecial-o para a decisão, não foi proposto aos jurados quesito neste sentido, infringindo-se assim os arts. 01 da Lei de 3 de Dezembro do 1841 c 3(30 do Reg. *n*. 120, de «l de Janeiro de 1842. Sup. Trib. de Just. Rev. Crim. n. 1418. Ac. do 3 de Dezembro de 1852, Recorrente – José Pinto Barreto – e Recorrida a Justiça, e Ac. Revisor, de 5 de Abril de 1853".[53]

A programação condicional sobre a inimputabilidade penal por loucura não previa, portanto, abertura necessária a subsistemas científicos como o psiquiátrico. Uma vez identificada a insanidade, o art. 12 do Código disciplinava o destino do incapaz. Uma das alternativas decisórias era a entrega do inimputável por

53. TINOCO, Antônio L. F. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 27.

insanidade à própria família. Quando inviável o acolhimento em família, restava entregá-lo às "casas para elles destinadas", as quais não existiam nos primeiros anos de vigência do Código Criminal[54]. Até a inauguração do primeiro asilo destinado aos insanos no Rio de Janeiro, o Hospício Pedro II[55], em 1852, os mais pobres e desassistidos das famílias eram alojados nas casas de misericórdia, locais que indistintamente abrigavam doentes, pobres e loucos[56].

A crítica foi inevitável. O fato de o júri e o juiz decidirem sobre a loucura e a resposta penal de forma discricionária e imprevisível tornava claro o risco da programação para o cumprimento da função de estabilização das expectativas normativas sobre a matéria. Tobias Barreto, um dos críticos dessa solução, clamava em *Menores e loucos*: "aos médicos, e só aos médicos, é que compete apreciar definitivamente o estado normal ou anormal da constituição psycho-physica dos criminosos"[57]. Esse chamado à psiquiatria resultou da diferenciação desta como subsistema da medicina, impulsionada pela regulamentação estatal e criação de

54. CHAVES, Fábio C. *Crime e loucura*: as relações entre a medicina e justiça penal no rio de janeiro. 2010. 115f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História, UNESP, Franca, 2010; SONTAG, Ricardo. Sobre loucos e crimes ou "moldes que não precisam ser quebrados": interpretações do artigo 12 do código criminal brasileiro de 1830. *Coleção CONPEDI/UNICURITIBA*, Curitiba, v. 29, 2014. p. 53-70. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=62161512d8b1b5db]. Acesso em: 15.02.2018.

55. A inauguração do Hospício Pedro II atingiu duplo objetivo. Primeiro, enfrentar o incômodo e o perigo que os alienados mentais representavam ao retornar às famílias abastadas ou a vagar pelas ruas da capital. Segundo, implantar na sociedade brasileira soluções assemelhadas aos principais centros europeus, que remetiam os alienados a instituições geridas pela medicina (GONÇALVES, Monique de S. Os primórdios da psiquiatria no Brasil: o Hospício Pedro II, as casas de saúde particulares e seus pressupostos epistemológicos (1850-1880). *Revista Brasileira de História da Ciência*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2013. p. 60-77).

56. MATHES, Priscilla G. *Criminalização da loucura e medicalização do crime*: trajetórias e tendências da psiquiatria forense. 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010; SONTAG, Ricardo. Sobre loucos e crimes ou "moldes que não precisam ser quebrados": interpretações do artigo 12 do código criminal brasileiro de 1830. *Coleção CONPEDI/UNICURITIBA*, Curitiba, v. 29, 2014. p. 53-70. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=62161512d8b1b5db]. Acesso em: 15.02.2018.

57. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*: fundamento do direito de punir. Disponível em: [www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/146962/pdf/146962.pdf]. Acesso em: 12.02.2018.

disciplinas de clínica psiquiátrica nos cursos das faculdades de medicina no Rio de Janeiro e da Bahia[58].

A diferenciação funcional do subsistema psiquiatria propiciou artefatos semânticos inteligíveis para o subsistema penal[59]. Ao recorrer à psiquiatria, o sistema jurídico passou a operar com a informação do sistema psiquiátrico, de que o agente é mentalmente insano e incapaz de entender a antijuridicidade ou de determinar-se de acordo com tal entendimento, o que leva o subsistema jurídico-penal a comunicar a ilegalidade da reprovação e punição do agente. Nesse processo, o laudo psiquiátrico passou a ser o portador da certeza científica – verdadeiro/falso; normal/patológico – acerca do transtorno mental incapacitante, conforme sugere trecho de decisão judicial proferida em agosto de 1875:

> "Annullam o julgamento do fl. 40 em diante; porquanto, tendo os peritos no exame de fl. 40 v. declarado não poderem emittir suas opiniões no pequeno espaço de tempo que tiveram para observar a ré, devia-se-lhes conceder prorrogação de prazo suficiente para concluirem suas observações e exame, visto como, tratando-se da alienação mental, são os exames médicos as provas reconhecidas em direito como mais legitimas e legaes. Rol. de Ouro Preto. Recurso Crim. n. 117. Ac. de 20 de Agosto de 1875. Recorrente– o Juiz de Direito do Serro, e Recorrida – Joanna Cardoso. Direito, vol. 10".[60]

É possível perceber nas duas ementas transcritas, de 1852 e de 1875, a mudança na percepção jurídica acerca da imprescindibilidade do exame pericial da insanidade por peritos psiquiatras. A interpretação conferida ao art. 12 do Código Criminal também variou da metade ao final do século. Inicialmente, conduzia à "porta de saída do direito penal. A partir da entrega, não existia mais direito penal. A questão entrava em outros domínios – o da medicina – e o papel

58. CHAVES, Fábio C. *Crime e loucura*: as relações entre a medicina e justiça penal no rio de janeiro. 2010. 115f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História, UNESP, Franca, 2010. p. 68; BASSO, Priscilla M. *Crime e loucura*: a psiquiatria forense e a medicalização da periculosidade criminal, 2014, 348f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 111; MACHADO, Roberto et al. *Danação da norma*: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

59. MACHADO, Bruno A. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n.45, abr.-jun. 2012. p. 77-116.

60. TINOCO, Antônio L. F. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 26.

do penalista e dos operadores jurídicos (em primeiro lugar, do juiz) cessava" [61]. Na virada do século XIX para o século XX, entretanto, as casas destinadas aos insanos no Brasil não serão mais os hospitais ou os hospícios comuns, mas as instalações específicas administradas pelo sistema de justiça criminal para o encarceramento dos criminosos alienados. A entrega à família torna-se exceção e estreita-se a porta de saída do sistema penal[62].

Essa mudança não vem da lei penal, pois o novo Código Penal republicano, de 1890, pouco inova. A solução para os que a lei agrupa como portadores de imbecilidade nativa, enfraquecimento senil ou qualquer outra afecção mental, é a mesma, dependente da apreciação da incapacidade de atuação voluntária e racionalmente guiada. Uma vez identificada a "affecção mental", o inimputável é entregue à própria família ou hospitalizado, restando encerrada a intervenção do sistema de justiça penal. O art. 29 da lei penal republicana, entretanto, inova quanto à internação nos hospitais de alienados, que passa a carecer de fundamentação sobre a existência de risco à segurança do público em geral. O risco não é presumido, tampouco é imposta formalmente uma avaliação negativa de risco prévia à entrega do alienado à própria família.

Em vista da internação hospitalar dos criminosos considerados incapazes, também no Brasil surgiram reações assemelhadas àquela contrária à presença de Sade em Charenton, na França. No Brasil, Carrara registra correspondência na qual o médico Teixeira Brandão se insurge contra a presença de criminosos considerados insanos entre os alienados não criminosos: "devo informar-vos que o Hospício Nacional, estabelecimento destinado a alienado comum, não oferece a segurança necessária, nem tão pouco tem pessoal em número suficiente para asilar alienados perigosos, alienados criminosos e condenados alienados"[63].

Uma nova programação veio com o Decreto 1.132 de 1903, que se apresentou com a finalidade declarada de reorganizar a "assistência aos alienados". O Decreto exigiu parecer médico prévio à internação e estabeleceu os limites dessa individualização ao proibir que fossem mantidos em cadeias públicas ou entre criminosos não alienados. Tornou mais complexa, portanto, a interseção entre direito e

61. SONTAG, Ricardo. Sobre loucos e crimes ou "moldes que não precisam ser quebrados": interpretações do artigo 12 do código criminal brasileiro de 1830. *Coleção CONPEDI/UNICURITIBA*, Curitiba, v. 29, 2014. p. 53-70. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=62161512d8b1b5db]. Acesso em: 15.02.2018.

62. Ibidem, p. 53-70.

63. CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura:* o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 1998. p. 148.

medicina, já que ampliou os limites materiais das razões canalizadas pelo entorno ao sistema direito. Estas passaram a compreender, também, elementos de justificação administrativa temporal (comunicação da internação em 24h), espacial (instalações com capacidade para realização de exercícios ao ar livre) e de assistência familiar (impossibilidade de o enfermo ser acolhido e tratado junto à família)[64].

Por outro lado, o texto normativo brasileiro instituiu ambiente próprio de segregação do alienado criminoso ao determinar a construção dos "manicomios criminaes". Assim, em que pese a declarada finalidade de proporcionar assistência aos "alienados criminosos", o Decreto foi instrumental à modificação programática que quase 40 anos mais tarde iria exigir formalmente tanto o incidente de insanidade mental previsto no Código de Processo Penal de 1941 (art. 149 e segs.) quanto as medidas de segurança contidas no Código Penal de 1940 (arts. 96 a 99), estrutura normativa ainda vigente com a redação dada à Parte Geral do Código pela reforma de 1984.

O CP de 1940 inovou nos critérios e nas consequências jurídicas da inimputabilidade por transtorno mental. Primeiro, adotou o critério biopsicológico como pressuposto da responsabilidade penal, só excluída nos casos em que o agente, por "doença mental" ou "desenvolvimento mental incompleto ou retardado" era, no momento da ação, "incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação", expressões empregadas para abranger "todas as faculdades psíquicas, congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral"[65]. Depois, como consequência da prática delituosa sob inimputabilidade plena ou parcial, previu a redução da pena ou a medida de segurança.

No processo de diferenciação interna do sistema jurídico, a medida de segurança representou nova variação evolutiva no sistema penal brasileiro. Como resposta penal, difere da pena por não ter por justificativa a culpabilidade, mas a periculosidade do agente acometido de transtorno mental (probabilidade de cometimento de um delito no futuro). Embora adotada também para os culpáveis na redação original do Código Penal de 1940 (sistema do duplo binário), após a reforma penal de 1984, passou a ter por destinatários apenas os inimputáveis total ou parcialmente acometidos de transtorno mental (adoção do sistema vicariante).

64. Nos cuidados do Decreto 1.132 de 1903 com o insano são encontradas algumas das determinações legais que quase 90 anos mais tarde reapareceriam na Lei da Reforma Psiquiátrica de 2001.

65. CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código Penal de 1940. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano VI, n. 24, out.-dez. 1969. p. 120-153.

A Exposição de Motivos do CP 1940 explica que a periculosidade é a *ratio essendi* das medidas de segurança, que "não têm caráter repressivo, não são pena", já que "são medidas de prevenção e assistência social relativamente ao 'estado perigoso' daqueles que, sejam ou não penalmente responsáveis, praticam ações previstas na lei como crime"[66]. Na redação original do CP 1940, a periculosidade era tanto a decorrente de presunção legal quanto a aferida concretamente em juízo, e destinada a qualquer agente criminoso. Alvino Augusto de Sá registra que amparada na "concepção causalista, a legislação penal em vigor até 1984 dava margem a que os condenados, em sua maioria, fossem declarados perigosos"[67]. Sob tais pressupostos, "as medidas de segurança pertencem ao amplo e vasto espectro das medidas administrativas de polícia"[68].

O CP 1940 impôs um duplo juízo, retrospectivo e prospectivo. O primeiro, necessário à aferição da aptidão mental do agente ao tempo do fato criminoso, da capacidade de responsabilidade e de pena. O segundo, de previsão do comportamento futuro do agente fundado na história de vida e no estado mental presente do avaliado. Essa variação impôs nova complexidade às estruturas jurídicas e psiquiátricas de produção do laudo pericial, sobretudo ao subsistema psiquiatria, agora provocado a emitir juízo prospectivo do potencial delitivo do insano.

3.2. Reforma psiquiátrica de 2001 e irritação ao subsistema penal: nova programação jurídico penal

As pesquisas sobre o tratamento psiquiátrico asilar no Brasil registram várias demandas pela extinção do modelo hospitalocêntrico do tratamento dos transtornos mentais a partir de 1970[69]. O esforço reformador culminou no Projeto de

66. CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código Penal de 1940. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano VI, n. 24, out.-dez. 1969. p. 120-153.

67. SÁ, Alvino A. de. *Criminologia clínica e execução penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148.

68. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 719.

69. CARDOSO , Antônio J. C. et al. Reforma psiquiátrica e a política nacional de saúde mental. *Tempus, Actas de Saúde Coletiva,* Brasília, v. 8, n. 1, mar, 2014. p. 57-63; PESSOA JÚNIOR, José M. et al. A política de saúde mental no contexto do hospital psiquiátrico: desafios e perspectivas. *Escola Anna Nery Revista de Enfermagem*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, jan.-mar. 2016. p. 83-89; TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos,* Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan.-abr. 2002. p. 25-59; MATHES, Priscilla G.

Lei 3.657 de 1989, proposta abolicionista que proibia "a construção de novos hospitais psiquiátricos púb1icos e a contratação ou financiamento, pelo setor governamental, de novos leitos em hospital psiquiátrico"[70]. A justificação ressaltava o componente gerador de doenças da internação em hospitais psiquiátricos[71], os benefícios da desospitalização já aferidos na experiência italiana a partir da atenção às propostas de Basaglia[72] e a necessidade da redução do "parque manicomial de quase 100.000 leitos remunerados pelo setor público, além de cerca de 20.000 leitos estatais [...] para o início efetivo de uma nova política, mais competente, eficaz, digna e ética, de atendimento aos pacientes com distúrbios mentais"[73].

O projeto foi aprovado na forma da Lei 10.216/2001, texto reformador que não proibiu, mas condicionou a construção de novos hospitais psiquiátricos públicos e contratação de novos leitos exclusivamente em regiões onde não existisse "estrutura assistencial adequada, desde que aprovada pelas comissões intergestoras e de controle social dos três níveis de gestão do Sistema Único de Saúde – SUS". Pouco antes da aprovação da Lei 10.216/2001, Editorial na *Revista Brasileira de Psiquiatria*, da Associação Brasileira de Psiquiatria, manifestava-se favoravelmente à futura lei e mencionava, entre as justificativas da iniciativa reformista, censo hospitalar realizado no estado de São Paulo em 1982, que revelara que "70% das pessoas abrigadas em hospitais psiquiátricos públicos e privados

---

Criminalização da loucura e medicalização do crime: trajetórias e tendências da psiquiatria forense. 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

70. BRASIL. Projeto de Lei 3.657, de 29 de setembro de 1989. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30]. Acesso em: 12.02.2018.

71. GRECO, R. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas* à *privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

72. ROSA, Elisa Z. *Por uma reforma psiquiátrica antimanicomial*: o papel estratégico da atenção básica para um projeto de transformação social. 2016. 380f. Tese (Doutorado) – Programa de Estudos Pós-graduados em Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18816/2/Elisa%20Zaneratto%20Rosa.pdf]. Acesso em: 20.04.2018.

73. BRASIL. Projeto de Lei 3.657, de 29 de setembro de 1989. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30]. Acesso em: 12.02.2018.

estavam ali confinadas há mais de um ano, e mais de 40% pareciam absolutamente segregadas da família e da sociedade por mais de cinco anos"[74].

A Reforma não produziu resultados uniformes. A redução dos leitos psiquiátricos estranhos ao sistema penal foi expressiva, a ponto de o Conselho Federal de Medicina questionar a redução excessiva nos leitos à vista dos números do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), que em dezembro de 2016 registrava "apenas 25.097" leitos psiquiátricos disponíveis no País[75]. No subsistema jurídico-penal, entretanto, dez anos após a aprovação da Lei 10.216/2001, o Censo realizado em 2011 indicava a permanência de 3.989 pessoas internadas em cumprimento de medidas de segurança cautelares ou definitivas impostas no País, das quais 91% se encontravam recolhidas há mais de um ano[76]. Na mesma época, as internações no DF somavam 94 pessoas. Passados mais sete anos, havia 110 internos na ATP-DF em janeiro de 2019[77]. Esses números suscitam duas questões. Primeiro, possível dificuldade de operacionalização dos objetivos da Reforma no subsistema jurídico-penal. Segundo, possível desatenção nesse mesmo subsistema à identificação dos vitimados por transtorno mental, o que os manteria custodiados indevidamente entre os demais criminosos. O problema objeto deste artigo é relacionado à primeira questão.

Estudos no campo apontam para a incompatibilidade da legislação penal com o objetivo da Reforma.[78] Como solução, alguns textos nacionais[79] e

74. JORGE, Miguel R; FRANÇA, Josimar M. F. A associação brasileira de psiquiatria e a reforma da assistência psiquiátrica no brasil. *Revista Brasileira de Psiquiatria,* São Paulo, v. 23, n. 1, mar. 2001. p. 3-6. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462001000100002]. Acesso em: 12.02.2018.

75. Conselho Federal de Medicina – CFM. *Em 11 anos, o SUS perde quase 40% de seus leitos de internação em psiquiatria*. Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26791:2017-03-20-15-30-48&catid=3]. Acesso em: 22.12.2017.

76. DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: Censo 2011. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013, p. 35.

77. Conforme resenha diária da SESIPE encaminhada às Varas de Execuções Penais do DF e informação colhida diretamente junto à Seção Psicossocial da VEP-DF.

78. PRADO, Alessandra M.; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da lei de reforma psiquiátrica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, maio-ago. 2017. p. 628-652. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0628.pdf]. Acesso em: 10.03.2018; CARVALHO, Salo de; BRASIL, Mariana de A. e W. Reflexões iniciais sobre os impactos da Lei 10.216/2001 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. *Responsabilidades: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário,* Belo Horizonte, set. 2012-fev. 2013. p. 285-304.

estrangeiros[80] sugerem atribuição de responsabilidade penal aos infratores com transtorno mental, sob o argumento de que a inimputabilidade coloca esse infrator sob um estatuto especial que o isola de direitos assegurados aos deficientes[81]. Pesquisas médicas e em ciências sociais sugerem que os serviços de saúde mental instituídos para atender demandas do subsistema penal dificultam o acesso ao tratamento multidisciplinar exigido pela Reforma[82]. Afirma-se que a omissão de informações nos prontuários compromete as avaliações socioeconômicas necessárias ao atendimento psicossocial dos internos[83], e que há incoerência lógica na legislação penal que declara a inimputabilidade e, em seguida, impõe penas disfarçadas com duração indeterminada[84]. Associa-se o problema, também, à indisponibilidade de profissionais com preparação adequada ao atendimento do transtorno mental associado ao crime, providência essencial para a segurança do paciente e para a segurança da sociedade[85].

---

79. JACOBINA, Paulo V. *Direito penal da loucura*: medida de segurança e reforma psiquiátrica. Brasília: ESMPU, 2008; VENTURINI, Ernesto. Diga o perito se a Justiça é capaz de entender e querer: o poder da normalização dos anormais. *Responsabilidades: revista interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário,* Belo Horizonte, set. 2012-fev. 2013. p. 237-250; CORREIA, Ludmila C. et al. Direitos humanos no manicômio: problematizações em torno do acesso à Justiça. *Responsabilidades: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário,* Belo Horizonte, set. 2012-fev. 2013. p. 251-272.
80. MORSE, Stephen J. Mental Disorder and Criminal Law. *Journal of criminal law and criminology,* v. 101, n. 3, 2011. p. 885-968. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol101/iss3/6]. Acesso em: 15.12.2017.
81. Tanto a Lei 10.216/2001 quanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, atribuem algum grau de capacidade ao portador de deficiência de qualquer natureza.
82. VALENÇA, Alexandre M.; MORAES, Talvane M. de. Relação entre homicídio e transtornos mentais. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, sup. 2, 2006. s62-68. Disponível em: [*www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/02.pdf]. Acesso em: 20.12.2017.*
83. GARBAYO, Juliana; ARGÔLO, Marcos J. R. Crime e doença psiquiátrica – Perfil da população de um hospital de custódia no Rio de Janeiro. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria,* Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, 2008. p. 247-252.
84. PERES, M. F. T.; NERY FILHO, A. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 9, n.2, maio-ago. 2002. p. 335-355.
85. JORGE, Miguel R; FRANÇA, Josimar M. F. A associação brasileira de psiquiatria e a reforma da assistência psiquiátrica no brasil. *Revista Brasileira de Psiquiatria,* São Paulo, v. 23, n. 1, mar. 2001. p. 3-6. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462001000100002]. Acesso em: 12.02.2018.

Argumentamos que parte do problema decorre do fato de o acoplamento operacional instituído pelos quesitos e laudos periciais formalizados nos contatos intersistêmicos direito-psiquiatria não considerarem a complexidade decorrente da variação imposta pela Reforma, fato que afeta a seleção de alternativas decisórias e eventual estabilização evolutiva. Ou seja, ainda que os juízes admitam que a Lei 10.216/2001 seja parte integrante da programação condicional penal brasileira, não observam todas as alternativas normativas proporcionadas pela Lei.

Antes da aprovação da Lei 10.216/2001, o subsistema jurídico-penal, orientado exclusivamente pelas programações do Código Penal e do Código de Processo Penal brasileiros nas formas vigentes, selecionava do subsistema psiquiátrico informação sobre o estado mental do imputado ao tempo do fato criminoso. Em seguida, com atenção aos elementos fáticos canalizados pelo laudo pericial, emitia decisão sobre a culpabilidade do acusado. Caso considerado o agente inimputável, a decisão seguinte seria alcançada sem nova consideração da manifestação pericial, pois os arts. 96 e 97 do Código Penal indicam as alternativas vinculando-as à pena prevista em abstrato e fixando o prazo mínimo de duração da medida eventualmente cabível.

Essa programação penal revela presunções absolutas sobre a periculosidade e necessidade de tratamento, com marca punitiva (retributiva e preventiva), já que impõe tratamento mínimo ambulatorial ou sob internação sem considerar o estado mental do inimputável no momento da decisão. Caso uma pessoa tivesse praticado o crime em estado de inimputabilidade um ano antes da sentença, e houvesse respondido ao processo em liberdade e sido submetida a tratamento capaz de torná-la totalmente curada da causa incapacitante, a aplicação literal da norma conduziria à decisão de internação pelo prazo mínimo de um ano, a depender do tipo penal concernente à conduta antes praticada sob estado incapacitante.

A Reforma afeta esse quadro. A Lei 10.216/2001 inova, primeiramente, ao assegurar a todas as pessoas acometidas de transtorno mental os direitos de: I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV – ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V – ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI – ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII – receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios

menos invasivos possíveis; IX – ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Além disso, a Lei fixa que a internação só será indicada na insuficiência de recursos extra-hospitalares, com oferecimento de assistência integral à pessoa portadora de transtorno mental, incluídos serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros. Essa variação programática sugere evolução do subsistema psiquiatria que articula modelo terapêutico dirigido à cura e à consideração da loucura como "condição humana", que tem como consequência jurídica ser alcançada pela proteção conferida pelos instrumentos de garantia aos direitos humanos[86].

Inovações especialmente relevantes para o subsistema jurídico-penal foram a vedação da internação em instituições com características asilares e a classificação das internações psiquiátricas em três modalidades, todas precedidas de necessário laudo médico circunstanciado caracterizador dos motivos da internação e da prova de que os recursos extra-hospitalares são insuficientes: I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

A internação do agente que padece de transtorno mental é qualificada como compulsória, espécie das internações determinadas pela Justiça, alcançada, evidentemente, pela Lei 10.216/2001. A Lei não impede a internação do inimputável criminoso. O que a Lei impede é a decisão judicial de internação que não esteja fundada em laudo pericial médico circunstanciado justificador da insuficiência dos recursos extra-hospitalares para a finalidade terapêutica pretendida com a internação. Isso significa dizer que o laudo deverá indicar de forma fundamentada a finalidade terapêutica e estimar o tempo de tratamento necessário, seja para a internação seja para o tratamento ambulatorial.

A análise do novo programa jurídico supõe esforço hermenêutico orientado por ideário instituído pelo sistema político (legislação). Todos os dispositivos legais de internação do inimputável devem ser interpretados à luz dos condicionantes

86. "Esses movimentos ou experiências de Reforma Psiquiátrica tiveram como determinantes essenciais as questões socioeconômicas que se configuraram no contexto pós-Segunda Guerra Mundial e todos os debates em torno dos Direitos Humanos dela decorrentes" (ROSA, Elisa Z. *Por uma reforma psiquiátrica antimanicomial:* o papel estratégico da atenção básica para um projeto de transformação social. Tese. Programa de estudos pós-graduados em psicologia social da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016. p. 13. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18816/2/Elisa%20Zaneratto%20Rosa.pdf]. Acesso em: 12.02.2018.

presentes na Lei 10.216/2001. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação 35 de 2011, evolução interpretativa a ser empregada como premissa decisória pelo subsistema jurídico-penal para afastar a dubiedade da autorreferência normativa acerca da identificação e destino do inimputável mental.

A Lei de Execuções Penais – LEP, diga-se, ostenta particular harmonia com a Reforma Psiquiátrica, pois o art. 176 da Lei sempre previu que o Juiz encarregado da execução da medida de segurança pudesse, "ainda no decorrer do prazo mínimo de duração" fixado na sentença, ordenar a realização de exame pericial para aferir as condições atuais do paciente e avaliar a conversão da internação em tratamento ambulatorial, ou determinar a extinção da medida.

A abordagem multidisciplinar das patologias requerida pela Lei 10.216/2001 é adotada há muito no Brasil. Nas relações de trabalho, por exemplo, os profissionais da perícia forense são, em regra, agentes públicos. O *Manual de perícia médica oficial do GDF*, publicado em 2013, impõe a avaliação pericial multidisciplinar prévia ao diagnóstico das patologias que acometem servidores públicos. O Manual recomenda a avaliação multidisciplinar, em contexto de trabalho de equipe, com o "objetivo de compartilhar premissas técnicas e valorizar os distintos olhares dos profissionais de saúde", uma vez que "o olhar diferenciado das relações multicausais no processo de adoecimento é de fundamental importância para a elucidação de situações que possam interferir na melhora do adoecimento". As avaliações multidisciplinares envolvem atuação de "outros profissionais ligados direta ou indiretamente à Unidade de Perícias Médicas, sendo eles Psiquiatras, Assistentes Sociais, Psicólogos" e outros mais que a patologia recomendar[87].

A atenção multidisciplinar sem internação psiquiátrica dos infratores penais inimputáveis por transtorno mental também integra a proposta da criminologia clínica de inclusão social, a qual, em harmonia com a reforma psiquiátrica, sustenta que as eventuais medidas de segurança

> "dentro de um prisma humanista, deveriam ser convertidas em verdadeiras medidas de tratamento da saúde mental, promovendo-se, sempre que possível, a desinternação do indivíduo, conforme preceituam as modernas orientações no sentido de se priorizar o tratamento ambulatorial"[88].

87. DISTRITO FEDERAL. *Manual de perícia médica oficial do GDF*, Disponível em: [www.periciamedicadf.com.br/manuais/Manual%20de%20Pericia%20Medica%20Oficial%20DF.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

88. SÁ, Alvino A. de. *Criminologia clínica e execução penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 355.

A variação imposta pela Reforma Psiquiátrica à programação jurídica, portanto, amplia a complexidade via abertura a novos cenários que não se apresentavam ao horizonte cognitivo do subsistema jurídico-penal. As novas bases para a compreensão da inimputabilidade por transtorno mental exigem ir além dos saberes psiquiátricos. As avaliações periciais, como instrumentos para o diagnóstico de patologias, enquadram-se como ações de saúde, e estas, conforme determinado pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), objeto da Portaria Interministerial 1 de 2 de janeiro de 2014, devem ser realizadas por equipes multidisciplinares. A Portaria expressamente prevê a avaliação psicossocial e monitoramento ordinários das "medidas terapêuticas aplicáveis às pessoas com transtorno mental em conflito com a lei".

Assim, a avaliação psicológica e a avaliação acerca da estrutura de apoio social disponível para o réu compõem, juntamente com a avaliação psiquiátrica, quadro mínimo mais amplo e compatível com as exigências da Reforma instituída. Essa também a Recomendação 35/2011 do CNJ, que estimula a abordagem multidisciplinar na produção da perícia acerca da inimputabilidade, de modo que seja oferecido diagnóstico completo, tanto sobre a pessoa quanto sobre as condições de seu entorno social, além das condições materiais necessárias para que seja identificada a melhor alternativa terapêutica.

Algumas situações são elucidadas e ajudam no nosso argumento. Pesquisas sobre o estado de inimputabilidade mental adquirida, por exemplo, reforçam essas considerações. Há riscos psíquicos decorrentes de se estar na condição de morador de rua, e essa qualidade, quando associada ao consumo de drogas, acarreta riscos adicionais de os danos decorrentes da dependência química se tornarem permanentes em pessoas desassistidas das redes de apoio psicossocial familiar e governamental[89].

Finalmente, a reforma da Lei de Execução Penal brasileira, PLS 513/2013, evidencia o interesse pela crítica do final do século XIX sobre a interseção crime-loucura. O texto do Projeto, aprovado no Senado em novembro de 2017 e enviado à Câmara dos Deputados, mantém a sujeição do inimputável às medidas de segurança, mas retira a execução do juiz criminal, impondo a ele o envio da guia

89. BHUGRA, Dinesh. *Homeless and mental health*. Cambridge: Cambridge university press, 1996; BOTTI et al. A resiliência e o morador de rua: avaliação da ocorrência de transtornos mentais comuns entre a população de rua de Belo Horizonte. *Barbaroi*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 3, 2010. p. 178-193. Disponível em: [https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/1583]. Acesso em: 15.02.2018.

de execução à autoridade de saúde competente. Com a entrega do inimputável ao sistema de saúde, é provável que se restabeleça a discussão acerca do risco na convivência de pacientes criminosos com pacientes comuns nas instalações hospitalares, debate que levou à criação dos manicômios judiciais no início do século XX. Outra possibilidade é a ampliação da insensibilidade do subsistema jurídico-penal ao transtorno mental, fenômeno que Fradella e Casey identificam e atribuem à combinação da lógica punitiva com a lógica redutora das instalações de internação psiquiátrica nos Estados Unidos da América, prática que, acreditam os autores, se teria espalhado pelo ocidente a partir dos anos 1980[90].

4. Considerações finais

A pesquisa , sob enfoque sistêmico, teve por finalidade identificar como os direitos declarados em favor das pessoas acometidas de transtorno mental devem ser articulados com a disciplina legal brasileira da inimputabilidade penal resultante do transtorno mental, de modo a proporcionar a estabilização da Reforma Psiquiátrica da Lei 10.216/2001.

No primeiro momento, sob o enfoque sistêmico, a pesquisa documental mostrou como a diferenciação funcional do subsistema psiquiatria produziu ressonâncias no sistema político e no sistema jurídico. No subsistema jurídico-penal, a nova programação levou à heterorreferência por meio de laudo pericial nas decisões sobre a relação crime-loucura. Além disso, a reprogramação jurídica indicou como a heterorreferência vinculada exclusivamente ao subsistema psiquiatria tornou-se multidisciplinar.

Em seguida, a análise da variação da programação jurídico-penal acerca da inimputabilidade por transtorno mental redescreveu fenômeno que fora enfrentado autorreferencialmente no início do século XIX, cabendo exclusivamente ao subsistema jurídico-penal identificar a incapacidade mental do agente e decidir-lhe o destino, admitida a discricionária entrega à família. A pesquisa legislativa também evidenciou que a variação rumo à heterorreferência deu-se pelos Códigos Penal e Processual penal de 1940 e 1941, programações articuladas ao conhecimento científico proporcionado pelo subsistema psiquiátrico que desde meados do século XIX insurgia-se contra a autorreferencialidade judicial.

90. FRADELLA, Henry F; SMITH-CASEY, Rebeca. Criminal justice responses to the mentally ill. In: MALLICOAT, Stacy L.; GARDINER, Christine L. (Ed.). *Criminal justice policy*. London: SAGE, 2014. p. 201-224. Disponível em: [https://uk.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/58429_Chapter_13.pdf. Acesso em: 12.04.2018.

Estabilizou-se o laudo pericial psiquiátrico como o instrumento acoplador e estabilizou-se a internação manicomial juridicamente definida como o destino do mentalmente incapaz.

Finalmente, a pesquisa apontou que essa estabilização foi impactada pela nova complexidade da variação imposta pela Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei 10.216/2001, a qual inseriu exigências normativas dirigidas a assegurar direitos declarados fundamentais àqueles acometidos de transtorno mental incapacitante. A pesquisa sugere que o aporte heterorreferencial oferecido apenas pelo subsistema psiquiátrico é insuficiente para atender ao incremento de complexidade agregado pelo novo programa jurídico, e que somente o acoplamento intersistêmico por meio de laudo multidisciplinar poderá orientar tanto a decisão sobre a inimputabilidade quanto a decisão sobre a resposta terapêutica mais adequada a ser oferecida ao inimputável por transtorno mental.

Em incidente de insanidade mental, o juiz e as partes que se limitam a indagar acerca do discernimento e do domínio da vontade do agente, descuidando dos questionamentos multidisciplinares, descumprem a programação instituída pela Lei 10.2016/2001 e produzem decisão incompatível com a nova semântica da internação manicomial.

Finalmente, a pesquisa apontou o potencial dos procedimentos executivos penais para a adequação das decisões precedentes à programação da Reforma, pois o juiz encarregado da execução penal está autorizado a determinar a realização de exame multidisciplinar para imediata reavaliação da situação do inimputável sujeito a medida de segurança decidida em descordo com as regras da Lei 10.216/2001.

Referências

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício brasileiro. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BASSO, Priscilla M. *Crime e loucura*: a psiquiatria forense e a medicalização da periculosidade criminal. 2014. 348f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation, 2015. Disponível em: [www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf]. Acesso em: 07.08.2017.

BHUGRA, Dinesh. *Homeless and mental health*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

BOTTI et al. A resiliência e o morador de rua: avaliação da ocorrência de transtornos mentais comuns entre a população de rua de Belo Horizonte. *Barbaroi*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 3, p. 178-193, 2010. Disponível em: [https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/1583]. Acesso em: 15.02.2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Legislação em Saúde Mental 1990-2004*. Brasília: MS, 2004. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao_saude_mental_1990_2004_5ed.pdf]. Acesso em10.02.2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*: 15 anos depois de Caracas. Brasília: OPAS, 2005. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf]. Acesso em: 10.02.2018.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código Penal de 1940. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano VI, n. 24, p. 120-153, out.-dez. 1969.

CARDOSO, Antônio J. C. et al. Reforma psiquiátrica e a política nacional de saúde mental. *Tempus, Actas DE Saúde Coletiva*, Brasília, v. 8, n.1, p. 57-63, mar. 2014.

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura*: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 1998.

CARVALHO, Salo de; BRASIL, Mariana de A e W. Reflexões iniciais sobre os impactos da Lei 10.216/2001 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. *Responsabilidades: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário*, Belo Horizonte, p. 285-304, set. 2012-fev. 2013.

CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica*: a idade do ouro do alienismo. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CHAVES, Fábio C. *Crime e loucura*: as relações entre a medicina e justiça penal no rio de janeiro. 2010. 115f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História, UNESP, Franca, 2010.

CORREIA, Ludmila C. et al. Direitos humanos no manicômio: problematizações em torno do acesso à Justiça. *Responsabilidades: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário*, Belo Horizonte, p. 251-272, set. 2012-ev. 2013.

DISTRITO FEDERAL. *Manual de perícia médica oficial do GDF*. Disponível em: [www.periciamedicadf.com.br/manuais/Manual%20de%20Pericia%20Medica%20Oficial%20DF.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: Censo 2011. Disponível em: [http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf]. Acesso em: 20.01.2018.

DUBÉ, Richard. La fonction du droit criminel moderne: de la protection de la société à la stabilisation des expectatives normatives. *Droit et Société*, Ottawa, n. 82, p. 659-688, mar. 2012. Disponível em: [www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2012-3-page-659.htm]. Acesso em: 10.02.2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FRADELLA, Henry F.; SMITH-CASEY, Rebeca. Criminal justice responses to the mentally ill. In MALLICOAT, Stacy L.; GARDINER, Christine L. (Ed.). *Criminal justice policy*. London: SAGE, 2014. Disponível em: [https://uk.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/58429_Chapter_13.pdf. Acesso em: 12.04.2018.

GARBAYO, Juliana; ARGÔLO, Marcos J. R. Crime e doença psiquiátrica – Perfil da população de um hospital de custódia no Rio de Janeiro. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 247-252, 2008.

GONÇALVES, Monique de S. Os primórdios da psiquiatria no Brasil: o Hospício Pedro II, as casas de saúde particulares e seus pressupostos epistemológicos (1850-1880). *Revista Brasileira de História da Ciência*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 60-77, jan.-jun. 2013.

GRECO, R. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas* à *privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

HULSMAN Louk; CELIS, Jacqueline B de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

JACOBINA, Paulo V. *Direito penal da loucura*: medida de segurança e reforma psiquiátrica. Brasília: ESMPU, 2008.

JORGE, Miguel R; FRANÇA, Josimar M. F. A associação brasileira de psiquiatria e a reforma da assistência psiquiátrica no brasil. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 3-6, mar. 2001. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462001000100002]. Acesso em: 12.02.2018.

LUHMANN, Niklas. Operational closure & structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, New York, n. 13, p. 1419-1441, 1992.

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Mexico D.F.: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico D. F.: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, Bruno A. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n.45, p. 77-116, abr.-jun. 2012.

MACHADO, Bruno A. *Justiça criminal:* diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Roberto et al. *Danação da norma*: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MATHES, Priscilla G. *Criminalização da loucura e medicalização do crime*: trajetórias e tendências da psiquiatria forense. 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado)– Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

MOREIRA, Juliano. Notícia sobre a evolução da assistência a alienados no Brasil. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, v. 4, n. 4, p. 728-768, dez. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rlpf/v14n4/v14n4a12.pdf]. Acesso em: 01.06.2018.

MORRISON, Wayne. What is crime? Contrasting definitions and perspectives. In: HALE, Chris et al (Ed.). *Criminology*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MORSE, Stephen J. Mental disorder and criminal law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 101, n. 3, p. 885-968, 2011. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol101/iss3/6]. Acesso em: 15.12.2017.

PERES, M. F. T.; NERY FILHO, A. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 335-355, maio-ago. 2002.

PESSOA JÚNIOR, José M. et al. A política de saúde mental no contexto do hospital psiquiátrico: desafios e perspectivas. *Escola Anna Nery Revista de Enfermagem*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 83-89, jan.-mar. 2016

PRADO, Alessandra M.; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da lei de reforma psiquiátrica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 628-652, maio-ago. 2017. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0628.pdf]. Acesso em: 10.03.2018.

ROSA, Elisa Z. *Por uma reforma psiquiátrica antimanicomial*: o papel estratégico da atenção básica para um projeto de transformação social. 2016. 380f. Tese (Doutorado) – Programa de Estudos Pós-graduados em Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18816/2/Elisa%20Zaneratto%20Rosa.pdf]. Acesso em: 20.04.2018.

ROXIN, Klaus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas Ediciones, 2008. t. I.

SÁ, Alvino A. de. *Criminologia clínica e execução penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez C. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: ICPC, 2006.

SILVA, Mozart L da. *Do império da lei* às *grades da cidade*. Porto Alegre: EDICUPRS, 1997.

SONTAG, Ricardo. Sobre loucos e crimes ou "moldes que não precisam ser quebrados": interpretações do artigo 12 do código criminal brasileiro de 1830. *Coleção CONPEDI/UNICURITIBA*, Curitiba, v. 29, p. 53-70, 2014. Disponível em: [www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/Historia%20do%20Direito.pdf]. Acesso em: 15.02.2018.

SOZZO, Maximo. A manera de epilogo. Cuestiones de responsabilidad entre dispositivo penal y dispositivo psiquiatrico. Materiales para el debate desde Argentina. *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, n. 13, 1999, p. 163-182. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731012]. Acesso em: 13.03.2018.

TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 25-59, jan.-abr. 2002.

TINOCO, Antônio L. F. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, 2003.

VALENÇA, Alexandre M.; MORAES, Talvane M. de. Relação entre homicídio e transtornos mentais. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, sup. 2, s62-68, 2006. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/02.pdf]. Acesso em: 20.12.2017.

VENTURINI, Ernesto. Diga o perito se a Justiça é capaz de entender e querer: o poder da normalização dos anormais. *Responsabilidades: revista interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário*, Belo Horizonte, p. 237-250, set. 2012-fev. 2013.

ZAFFARONI, Eugênio R.; PIERANGELI, José H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A (dis)funcionalidade da medida de segurança no paradigma da reforma psiquiátrica, de Soraia da Rosa Mendes e Gustavo Dalul Faria – *RBCCrim* 144/217-250 (DTR\2018\14305);
- A verdade oculta da loucura: a construção desse conceito e as conquistas trazidas pela Reforma psiquiátrica no Brasil e no Pará, de Aline Wanessa Pinheiro da Silva e Érica Quinaglia Silva – *RBCCrim* 144/357-375 (DTR\2018\14324);
- Editorial do dossiê "crime e loucura": estudos inter e transdisciplinares sobre os reflexos jurídico-penais da lei antimanicomial sobre as medidas de segurança, de Élida Lauris e Patricia F. Carlos Magno – *RBCCrim* 144/17-28 (DTR\2018\14275); e
- O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001, de Gilberto Giacoia e Letícia Gabriella Almeida – *RBCCrim* 151/43-73 (DTR\2018\22752).

A inconsistente ampliação da jurisdição militar: uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de Direitos Humanos

The inconsistent enlargment of the martial jurisdiction: an analysis according to international agencies of Human Rights protection

Bruno de Almeida Passadore

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (2016). Especializado em Direito Internacional pela Georgetown University (2009). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2012). Pesquisador do Núcleo de Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Universidade Federal do Paraná. Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Paraná atuante em Curitiba/PR.
bruno.passadore@defensoria.pr.def.br

Ricardo Alves de Góes

Especialista em "Ministério Público – Estado Democrático de Direito" pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Ex-Assessor de Promotor de Justiça – DAS 5 no Ministério Público do Estado do Paraná. Técnico Judiciário Auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Assessor de Juiz de Direito na cidade de Florianópolis/SC.
radgoes@hotmail.com

Recebido em: 21.08.2018
Aprovado em: 07.01.2019
Última versão dos autores: 14.02.2019

Áreas do Direito: Militar; Constitucional; Penal

Resumo: O presente artigo visa analisar, inicialmente, as razões explícitas e implícitas para criação da Lei Federal 13.491/2017. No artigo é questionada a inconvencionalidade tendo por parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) e os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda, é realizada uma análise acerca da inconstitucionalidade da lei, em seu aspecto formal e material. Durante o presente trabalho, verifica-se a possibilidade de ampliação da competência da

Abstract: This paper will analyze the implicit and explicit reasons for the creation of the Federal Bill 13.491/2017. It will be analyzed its unconventionality according to the American Convention of Human Rights (Pact of San José) and the position of the Interamerican Court of Human Rights. Moreover, it is studied the formal and material unconstitutionality of the bill. It will be analyzed the possibility of the enlargement of the martial jurisdiction in cases related to Human Rights violations, mainly in cases of homicide

Passadore, Bruno de Almeida; Góes, Ricardo Alves de. A inconsistente ampliação da jurisdição militar: uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 157. ano 27. p. 85-129. São Paulo: Ed. RT, julho 2019.

Justiça Castrense em casos de violações de Direitos Humanos, especialmente em relação a crimes dolosos contra a vida praticado por militar e tendo por vítima civil. O método de pesquisa utilizado é de revisão bibliográfica e análise de julgados brasileiros e internacionais.

Palavras-chave: Justiça Militar – Lei 13.491/2017 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) – Inconvencionalidade – Inconstitucionalidade.

committed by the military and against civilian. This paper is based in bibliographic study and analyses of Brazilian and International cases.

Keywords: Martial Jurisdiction – Bill 13.491/2017 – Pact of San José – Unconventional – Unconstitutional.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações sobre a jurisdição militar. 3. Um instrumento jurídico para restrição de direitos: do projeto de efetivação de direitos de 1988 ao corrente projeto de fragilização democrática. 4. A Lei 13.491/2017. 5. Uma justiça ilegítima: a estrutura e o corporativismo da justiça militar brasileira. 6. Uma norma inconvencional: análise sobre a ampliação de competência da justiça militar em franco desacordo com o posicionamento da Corte IDH. 6.1. Do controle de convencionalidade. 6.2. Do posicionamento da Corte IDH sobre a Justiça Militar nos países signatários da CADH. 7. Uma norma inconstitucional: consideração a partir das atribuições do Tribunal do Júri. 7.1. Inconstitucionalidade material. 7.2. Inconstitucionalidade formal. 8. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No presente estudo, será analisada a Lei 13.491/2017 de forma crítica. Serão pontuadas questões referentes aos crimes militares próprios, impróprios e por extensão, bem como as razões pelas quais ocorre um movimento de militarização no quotidiano brasileiro e o quanto a referida lei é reflexo desse movimento contrário à democracia. Questões referentes ao posicionamento de órgãos internacionais de proteção a Direitos Humanos também serão levadas em consideração, bem como paradigmas nacionais e estrangeiros.

Após a análise desses dados, será apresentada síntese conclusiva em que se buscará demonstrar que, perante a atual conjuntura normativa internacional e regional de Direitos Humanos, a justiça castrense deveria estar submetida a um processo de esvaziamento de competências, como ocorrido na Argentina, e jamais em um processo de ampliação tal qual ocorre em cenário brasileiro a partir da Lei 13.491/2017.

2. Considerações sobre a jurisdição militar

Para a necessária compreensão da Lei 13.491/2017, faz-se necessário analisar algumas questões relacionadas à competência da jurisdição militar. De início,

observa-se que, historicamente e conforme a redação original do Código Penal Militar, os crimes militares em tempos de paz no Brasil dividem-se naqueles denominados propriamente militares e impropriamente militares.

O crime propriamente militar é o ilícito funcional cometido pelo militar e consiste em uma infração de dever militar como: a deserção, a desobediência e a insubordinação violadoras da instituição militar. Trata-se de práticas delitivas que apenas aqueles submetidos à ordem castrense poderiam cometer.

Os crimes impropriamente militares, por outro lado, são intrinsecamente comuns, mas se tornam militares pelo caráter militar do agente ou da vítima, pela natureza militar do local da prática criminosa, pela anormalidade da época ou do tempo em que são cometidos. Poderiam, portanto, ser definidos, metaforicamente, como um ser híbrido da cintura para cima – crime comum; da cintura para baixo – crime militar[1]. Assim, se um militar em serviço fere intencionalmente e sem gravidade um cidadão, incorre no crime militar de lesão leve previsto no Código Penal Militar (art. 209), e não no crime de lesão corporal previsto no Código Penal (art. 129, *caput*).[2]

Logo, em que pese a conceituação deveras ampla, é fato que a definição do que consistiria em um crime militar dependeria:

I) nos crimes propriamente militares, de uma junção entre o fato de o agente ser militar e o ato em si atentar contra bens jurídicos militares[3]. Trata-se da única hipótese admitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) de competência da jurisdição militar nos estados submetidos ao Pacto de San José porque, segundo a corte, cabe à justiça castrense desses países tão somente "julgar militares ativos em caso de cometimento de delitos ou faltas que pela sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar",

1. ROSSETO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015 (versão em *e-book*. Comentários ao art. 9º).
2. ABREU, Marcos Araguari. Ampliação da competência das justiças militares pela Lei Ordinária Federal 13491, de 13 de outubro de 2017, e a incômoda questão do "nós" contra os "outros". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (IBCCRIM)*, v. 307, jun. 2018. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6169-A-ampliacao-da-competencia-das-justicas-militares-pela-lei-ordinaria-federal-13491-de-13-de-outubro-de-2017-e-a-incomoda-questao-do-nos-contra-os-outros]. Acesso em: 05.07.2018.
3. "[O]s crimes propriamente militares consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado – adotando assim o critério ratione materiae e o critério ratione personae, considerava que a espécie reúne a qualidade militar do ato e o caráter militar do agente" (ROSSETO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015 [versão em *e-book*. Comentários ao art. 9º]).

não se admitindo "em nenhuma circunstância [que] um civil se veja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares"[4-5]. Registra-se, porém, que no âmbito nacional prevalece ser admitida a participação de civil em tais crimes de forma excepcional e desde que em concurso com militar.[6]

4. Confira-se: "El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. […] El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares […]" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos. San José, 23 set. 2009. § 272 e §14 dos pontos resolutivos). Este entendimento, registra-se, é reiterado e pacífico em referida corte internacional. A título de exemplo, se: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Palamara Iribarne *vs.* Chile. San José, 22.11.2005. § 132; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Durant y Ugarte *vs.* Peru. San José, 16.08.2000. § 117; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almocidad Arellano *vs.* Chile. San José, 26.09.2006. § 131.
5. Ainda que não invocando o posicionamento da Corte IDH, Lobão defende que nos crimes militares próprios são tuteladas a disciplina, a hierarquia e o dever militar. Esses bens jurídicos apenas poderiam ser ofendidos pelo militar e *jamais* pelo civil. Logo, seria impossível, ainda que em situação de concurso, a comunicabilidade da elementar penal militar ao civil e a conduta deste, em referidas situações, seria um irrelevante penal, havendo ato típico militar apenas em relação à conduta do miliciano (LOBÃO, Célio. *Direito penal militar.* Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 71-72).
6. Nesse sentido, entre outros: "O civil que contribui, de qualquer modo, para o militar ofender a hierarquia, a disciplina e o dever militar é coautor ou partícipe […]. [O] crime propriamente é o definido no Código Penal Militar e o civil é submetido ao foro militar, em tempo de paz, em casos excepcionais […]" (ROSSETO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015 [versão em *e-book*. Comentários ao art. 9º]).

II) nos crimes militares impróprios, de o fato ser definido como crime militar pela legislação pertinente por supostamente afrontar bens jurídicos militares além dos ordinários. Isso se daria em razão de critérios políticos relacionados à situação militar do agente ou da vítima, pela natureza militar do local do crime, pela anormalidade da época ou do tempo em que o ato é cometido (como em períodos de guerra)[7]. Aqui, não caberia à justiça especializada analisar a situação do agente militar em si, mas sim se ater à situação do crime podendo, nesse aspecto, até mesmo um civil se submeter a tal jurisdição[8-9], exceto quando se tratar de crime cometido contra instituições militares estaduais em virtude da previsão do art. 125, § 4º, da CF[10]. Logo, se presentes alguns dos critérios existentes no art. 9º do CPM, a conduta deve ser submetida à jurisdição castrense ainda que amoldável aparentemente à legislação que define os crimes comuns. Nesse aspecto, por exemplo, o fato de a conduta ser praticada por um militar da ativa em face de outro militar em mesma situação culminaria com a aplicação da legislação militar

7. "Os crimes impropriamente militares são intrinsecamente comuns, mas que se tornam militares pelo caráter militar do agente, pela natureza militar do local, pela anormalidade da época ou do tempo em que são cometidos" (ROSSETO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015 [versão em *e-book*. Comentários ao art. 9º]).
8. Veja-se, por exemplo, o entendimento do STF ao analisar o caso de policias militares que eram processados pela prática do crime previsto no art. 159, § 3º, do CP. Afastou-se a tese dos réus de que eles deveriam ser processados perante a justiça especializada, em detrimento da comum, por incurso no art. 244, §3º do CPM: "Da leitura dos autos, verifica-se que a conduta criminosa não possui qualquer conotação militar e que a condição de policial militar não foi determinante para a prática do crime [...]. [A] condição de militar ou a circunstância de o agente estar em serviço no momento da prática do crime não são suficientes para atrair a competência da Justiça Castrense" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 109.150/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20.09.2011).
9. Não por outra razão, portanto, a CF define que "à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei" (art. 124, caput) e que "compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definido em lei" (art. 125, § 4º).
10. Isto porque o art. 125, § 4º, da CF, limita a competência da justiça militar estadual ao julgamento dos militares dos estados, excluindo-se, portanto, civis. Confira-se: "Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças". Nesta linha, veja-se, igualmente, o enunciado sumular 53 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais".

em detrimento da comum por força do art. 9º, II, *a*, do CPM[11], ainda que a conduta fosse praticada fora do ambiente militar e por razões estranhas à atividade[12].

Registra-se que, conforme a redação original do CPM, mostrava-se imperioso que a conduta praticada, mesmo em caso dos crimes militares impróprios, fosse expressamente tipificada na legislação militar para atrair a jurisdição especializada. Não por outra razão, diversos julgados ressaltavam que o fato de determinada conduta não estar tipificada na legislação militar, ainda que existisse algum interesse militar aparente – crime cometido por militar, em local sujeito à administração militar *etc*. – afastava *per se* a competência da justiça especializada. Isso se daria, por exemplo, no caso de prática de crime de tortura[13] ou abuso de autoridade[14], ainda que cometidos por militar em serviço e/ou dentro de instalação

11. "Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: [...] II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; [...]" (conforme redação original do dispositivo).

12. Nesse sentido, aponta-se caso em que o STJ reconheceu a competência da jurisdição militar para processar e julgar homicídio praticado por militar da ativa contra outro em igual situação, ainda que o crime tivesse ocorrido em momento de folga de ambos, fora das dependências militares e por motivo estranho à atividade castrense e, portanto, sem relação direta com a manutenção da disciplina e da hierarquia militares. Confira-se: "Compete à Justiça Castrense processar e julgar crime praticado por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado (CC 85.607/SP, Rel. Min. Og Fernandes, *DJ* 08.092008) [...] Militar em situação de atividade quer dizer 'da ativa' e não 'em serviço', em oposição a militar da reserva ou aposentado" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência 96.330/SP. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 22.04.2009). Igualmente nesse sentido, porém no âmbito do STF: "Crime praticado por militar, em situação de atividade, contra militar da mesma situação (homicídio de um cabo da Marinha contra um cabo da mesma Força, ambos da ativa, na residência da vítima, fora de zona militar): mesmo não estando em serviço o militar acusado, o crime é militar, na forma do disposto no artigo 9., II, *a*, do Cod. Penal Militar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 122.706/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 21.11.1990).

13. Entre outros: "Compete a justiça comum processar e julgar policial militar acusado da pratica de crime de tortura. Essa infração não está definida como crime militar" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência 14.893/SP. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 02.02.1996).

14. Entre outros: "Compete à Justiça Comum Criminal processar e julgar policial militar acusado da prática de vias de fato e de crime de abuso de autoridade, eis que não se encontram previstos no Código Penal Militar" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência 2.314/SP. Relator: Min. Costa Lima. Brasília, DF, 07.11.1991).

militar, eis que tais condutas estariam tipificadas tão-somente na legislação criminal comum – esta situação restou alterada pela Lei 13.491, como será estudado em tópico *infra*.

Todavia, e conforme situação anteriormente narrada, o militar em serviço ou em razão de sua função que atenta intencionalmente e sem gravidade contra a integridade física de civil não estará sujeito à jurisdição comum, mas sim à especializada, perante a previsão do art. 9º, II, *c*, do CPM[15]. Essa situação, por outro lado, tornava-se dramática em relação à prática de crimes contra a vida, sendo que toda situação que envolvesse morte de civil praticada por agente militar em serviço era encaminhada para a justiça especializada por incurso no art. 205 do CPM, a qual se mostra deveras tolerante com as condutas militares.

Esse tema foi objeto de análise específica pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao final dos anos 1990, a qual ressaltou a demora e burocracia excessiva das cortes militares e que "esses tribunais tendem a ser indulgentes com os policiais acusados de abusos dos direitos humanos e de outras ofensas criminais". Ainda segundo o órgão, essa situação predisporia certa violência em que os agentes militares "envolvidos nesse tipo de atividade se veem estimulados a intervir em execuções extrajudiciais, em abuso dos detentos e em outros tipos de atividade delituosa". Nesse ambiente de parcialidade em que as vítimas prontamente se transformam em réus, apontou-se que cerca de 92% dos fatos praticados por militares por supostas violações de direitos humanos e submetidos à apreciação da justiça especializada culminavam em absolvições[16]. Em momento

---

Esse entendimento, inclusive, restou pacificado com a edição do enunciado sumular 172 do STJ: "Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço".

15. "Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: [...] II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: [...] c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; [...]" (conforme redação original do dispositivo).

16. "Os processos perante os tribunais militares muitas vezes tardam anos, em virtude do excesso de trabalho, da escassez de juízes e fiscais, das excessivas formalidades nos procedimentos e dos incidentes dilatórios. A Comissão pôde estabelecer que esses tribunais tendem a ser indulgentes com os policiais acusados de abusos dos direitos humanos e de outras ofensas criminais, o que facilita que os culpados fiquem na impunidade. Nesse clima de impunidade, que predispõe à violência por parte da corporação policial militar, os policiais envolvidos nesse tipo de atividade se veem estimulados a intervir em execuções extrajudiciais, em abuso dos detentos e em outros tipos de atividade delituosa.

mais recente, o Brasil foi condenado pela Corte IDH no caso "Favela Nova Brasília" precisamente em razão do corporativismo presente na investigação de crimes cometidos pelas forças de segurança estatais, ressaltando-se a necessidade de se alterar a forma de investigação de referidas práticas.[17]

Na linha destas críticas e preocupações, a Lei 9.299/96 alterou o Código Penal Militar estabelecendo de forma ampla e irrestrita, que: "os crimes de que trata este artigo [9º], quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum"[18]. Igualmente, alterou o Código de Processo Penal Militar, estabelecendo a especialidade do foro militar "exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil"[19]. E, ainda, revogou disposição legal que definia ser um crime militar impróprio aquele cometido por militar, ainda que fora de serviço, pela simples razão de utilizar-se de armamento de propriedade castrense[20].

[…] Fontes fidedignas informam que, somente em São Paulo, onde 1.470 civis foram mortos em 1992 em mãos da polícia 'militar', os tribunais militares terminaram por absolver quase todos os policiais 'militares' processados" (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Washington, 29.09.1997. Capítulo 3, § 77/80. Disponível em: [https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%203.htm#impunidade]. Acesso em: 12.07.2018).

17. A respeito, a corte internacional apontou que: "é fundamental que em hipóteses de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, o Estado tome as medidas normativas necessárias para que desde a notitia criminis se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, tais como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertençam os possíveis acusados, ou o possível acusado" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cosme Rosa Genoveva e outros *vs*. Brasil (caso "Favela Nova Brasília"). San José, 16.02.2017. § 319).
18. Art. 9, parágrafo único, do CPM, com a redação dada pela L. 9.299/96.
19. Art. 82, *caput,* do CPPM, com a redação dada pela L. 9.299/96. Ademais, essa lei também incluiu um parágrafo segundo neste dispositivo estabelecendo: "nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum".
20. "Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: […] II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: […] f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal; […]" (alínea *f* revogada pela L. 9.299/96).

Por outro lado, a redução da jurisdição militar, mesmo insuficiente[21], não se deu sem a resistência da caserna. Referida lei foi reiteradamente declarada inconstitucional pelo Superior Tribunal Militar de forma incidental ao argumento de que o texto legal "resultou equivocado" e se mostraria necessária sua alteração "através de projeto de lei já encaminhado ao Congresso Nacional". Porém, ainda segundo a corte superior "enquanto não ocorre a alteração do texto legal pela via legislativa, o remédio é a declaração de sua inconstitucionalidade *incidenter tantum*, conforme dispõe o art. 97 da CF"[22].

Felizmente, prevaleceu ser referida norma constitucional, reconhecendo-se que o ato de eviscerar a competência da jurisdição militar no caso de crimes dolosos contra vida de civil não atentaria contra as disposições constitucionais acerca da justiça militar[23]. Inclusive, tamanha importância dessa previsão, que foi posteriormente constitucionalizada e incluída no artigo 125, § 4º, da CF, através da Emenda Constitucional 45/2004[24-25].

21. Compartilhando desse posicionamento: "[A] Lei 9.299/96 realizou, de maneira incompleta, o objetivo maior de submeter o policial militar, em qualquer delito praticado no exercício da função de policiamento ostensivo, à competência penal da Justiça comum. Com essa lei, deu-se um passo que, embora significativo, não exprime o generalizado sentimento social que reclama, para os policiais militares em tal situação, o mesmo tratamento jurídico e processual já dispensado aos membros integrantes da corporação civil" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.494/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 09.04.1997. p. 113).

22. "Examinando-se, portanto, a mens legis, deduz-se, sem vacilação, que o texto finalmente sancionado resultou equivocado, daí o propósito manifesto de alterá-lo, através de novo projeto de lei já encaminhado ao Congresso Nacional. Enquanto não ocorre a alteração do texto legal pela via legislativa, o remédio é a declaração de sua inconstitucionalidade incidenter tantum, conforme dispões o art. 97 da CF. Assim já procedeu o Tribunal e assim entendo deva proceder novamente, in casu" (BRASIL. Superior Tribunal Militar, Recurso Criminal 6.449-0/RJ (1997.01.006449-0). Rel. Min. Aldo da Silva Fagundes. Brasília, DF, 17.03.1998. p. 253).

23. "[N]ão há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no 'caput' do artigo 124 da Constituição Federal" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 260.404/MG. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 22.03.2001. p. 763).

24. "Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças".

Esse, portanto, é o panorama normativo substancial acerca dos limites da jurisdição penal militar e que restou alterado com a entrada em vigor da Lei 13.491/2017[26].

3. Um instrumento jurídico para restrição de direitos: do projeto de efetivação de direitos de 1988 ao corrente projeto de fragilização democrática

Nos[27] idos dos anos 1980, após o transcurso de um longo período obscurantista, iniciou-se uma grande reformulação do Brasil. O País deixaria de ser visto como instrumento para simples perpetuação do próprio estado e de determinada classe de privilegiados em detrimento do restante da população praticamente

25. Veja-se que a "constitucionalização" de determinada previsão normativa infraconstitucional não é algo estranho em nosso sistema jurídico. Trata-se de mecanismo com o fito de conferir maior estabilidade a determinada norma. Outro exemplo consta na Emenda Constitucional 80/2014. Através dela, alçou-se à nível constitucional o papel da Defensoria Pública enquanto instrumento do regime democrático e curadora dos Direitos Humanos em território nacional, algo já previsto na Lei Orgânica da Defensoria Pública. Isso não passou desapercebido pelas nossas cortes de justiça. Confira-se: "O constituinte derivado, apropriando-se de norma vigente no ordenamento jurídico nacional desde 2009 (art. 1º da Lei Complementar 80/1994, alterado pela Lei Complementar 132/2009), de forma inusitada, constitucionalizou, sob o ponto de vista formal, o que já era materialmente constitucional" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília. DF, 07.05.2015. p. 20). Esse movimento, por natural, trouxe maior estabilidade à atuação institucional da Defensoria Pública no País. Para maiores detalhes, ver: PASSADORE, Bruno de Almeida. Defensoria Pública no IRDR: uma análise a partir de novas atribuições da Defensoria Pública no sistema jurídico. In: PASSADORE, Bruno de Almeida et at (Org.). *Defensoria Pública*: estudos sobre atuação e função. Curitiba: Juruá, 2017. p. 109-110.
26. Aponta-se que a Lei 12.432/2011 estabeleceu ser de competência da justiça militar o julgamento de atos dolosos contra vida de civil praticados no contexto de ação militar contra aeronaves assim classificadas como hostis ou suspeitas de serem utilizadas para fins de tráfico de drogas, as quais podem ser submetidas a medidas de destruição. Perante a limitação de espaço e por não alterar a conclusão do presente estudo, esse tema não será aqui analisado.
27. Este tópico foi inspirado em estudo que analisou a questão do assassinato da vereadora Marielle Franco. Ver: PASSADORE, Bruno de Almeida. Frustações sociais e fragilização democrática: o caso Marielle Franco. *Revista Eletrônica Justificando*. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2018/03/21/frustracoes-sociais-e-fragilizacao-democratica-o-caso-marielle-franco/]. Acesso em: 30.03.2018.

esquecida pelos "donos do poder" para, finalmente, tornar-se um país verdadeiramente democrático e focado na dignidade de seus habitantes.

Anteriormente, e sob uma perspectiva autoritária, a função velada do direito pátrio foi proteger os interesses das classes dominantes, mostrando-se, portanto, indiferente a toda uma grande gama de indivíduos alheios ao círculo do poder, momento em que vigia o denominado "eclipse do indivíduo"[28]. Por outro lado, a partir da constituinte de 1987/1988, e sob um viés constitucional democrático, isto se alterou substancialmente. O ser humano, finalmente, foi colocado no centro de interesse do sistema jurídico, sendo previsto expressamente alguns objetivos específicos ao nosso sistema político, quais sejam:

> "I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Em outras palavras, afirmou-se um extenso rol de liberdades e políticas públicas que não poderiam ser vistas como meras liberalidades ou favores do poder constituído, mas como pressuposto no qual os atos do poder constituído buscariam legitimidade[29], remontando, portanto, à própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que já estabelecia ser "a finalidade toda a associação política de índole democrática a garantia dos direitos de maior fundamentabilidade ao ser humano[30]".

---

28. Acerca da questão, René Ariel Dotti argumenta que em momentos autoritários vige a ideia do *eclipse do indivíduo* em que se busca, através do sistema jurídico, apenas o bom funcionamento dos mecanismos de produção dominante e estabelecido em prol a um setor social específico, ainda que em prejuízo dos demais membros da comunidade (DOTTI, René Ariel. O processo penal constitucional: alguns aspectos relevantes. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 04.12.2015. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-processo-penal-constitucional---alguns-aspectos-de-relevo-dp37vc8cc3yr3v4vgz1oxdkgv]. Acesso em: 02.03.2018). Em sentido próximo, ver também: BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando, A constituição dirigente invertida. *Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra*, v. 49, 2006. p. 57-77.
29. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 63.
30. Eis o teor do dispositivo: "Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão".

Não obstante, tais conquistas do novo constitucionalismo brasileiro buscaram inspiração no sistema de distribuição de justiça nos países da América do Norte e da Europa, onde a afirmação de tais direitos já teria sido de grande dificuldade e ainda é um projeto incompleto. Todavia, ao serem trazidas para realidade brasileira – tal qual ocorrido em outros países latino-americanos – iniciou-se uma grave crise decorrente das promessas constitucionais claramente descumpridas. Isso porque aqui se instaurou algo denominado por Boaventura de Souza Santos de "curto-circuito histórico", pois, "através de um ato político, garantiu-se uma série de direitos que não encontrariam qualquer amparo fático nas políticas públicas e sociais nacionais[31]".

Essa incapacidade do estado brasileiro se dá não apenas em relação a direitos afirmados na modernidade, mas também em relação a direitos vistos como elementares há longuíssima data e cuja violação já seria motivo de constrangimento mesmo se ocorresse há mais de cem anos. Não à toa, o Brasil recentemente foi condenado pela persistente ocorrência de escravidão em território nacional. No caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 20.10.2016, constatou-se a incapacidade do Brasil em proteger e evitar que centenas de pessoas fossem submetidas à situação de trabalho escravo no Pará. Ressaltando a conivência das autoridades públicas – inclusive do Poder Judiciário – com as práticas narradas, a corte internacional condenou o Brasil pela sua incapacidade em evitar a perpetuação destes graves fatos no País e em garantir a necessária proteção judicial a pessoas submetidas a tanto[32].

31. SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 26. Em sentido similar, porém não relacionado a ausência de condições materiais para a implementação de referidos direitos sociais, mas sim em virtude da ausência, no pensamento jurídico latino-americano de uma ideia consolidada de Constituição, assim se manifesta Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Bahia: "Quando tradicionalmente na Europa a constitucionalização efetiva e a inauguração de um época vocacionada à jurisdição se inicia no Segundo Pós-Guerra, com o declínio dos Estados Sociais e a necessidade de um penitenciamento em relação aos desmandos que o Executivo (hipertrofiado e totalitário) implementou; em nosso país os ganhos desse constitucionalismo e da ciência jurídica como um todo, somente se colocam em nossas pautas de discussão a partir da Constituição de 1988, em face do 'ilhamento cientifico' que atravessamos por inúmeros fatores" (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, n. 189, ano 35, nov. 2010. p. 15-16).

32. A respeito ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil. San José, 20.10.2016; e também: PAIVA, Caio;

Por natural, essa situação gera um sentimento de evidente desencanto em relação às previsões contidas na Constituição, colocando-a em claro descrédito social[33]. A população, claramente insatisfeita com a situação, em detrimento de buscar novas formas de aprofundamento democrático para fazer valer a plena dignidade sua e de seus pares, passa, em realidade, a desconfiar do próprio regime iniciado em 1988. Fragiliza-se a democracia brasileira, uma vez que o projeto constitucional ainda patina e a esmagadora maioria dos direitos e garantias previstos há quase 30 anos continuam sendo mera folha de papel.

A resposta buscada, por sua vez, e incentivada por uma inadequada influência de alguns setores políticos insatisfeito com uma série de privilégios que a Constituição lhes ceifou (ou deveria tê-lo), foi a tolerância com a exclusão e violações a direitos. Não procurem escolas, trabalho, saúde, moradia ou lazer! Desejem mandados de busca e apreensão coletivos[34], fragilização da presunção de inocência[35] e, acima de tudo, o exército nas ruas. Não basta mais, simplesmente, um policiamento ostensivo de caráter militar – e extremamente criticado por diversos órgãos internacionais de proteção de Direitos Humanos[36] – mas que haja um ver-

ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos.* 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 625-634.

33. Não por outra razão, segundo Noberto Bobbio, o grande problema dos direitos mais fundamentais aos seres humanos decorre, antes de mais nada, de sua falta de efetividade. Confira-se: "Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos [humanos], qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados" (BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17).

34. A respeito, ver: Governo mantém decisão de mandados coletivos no rio. *Uol*, São Paulo, 20.02.2018. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/20/governo-quer-mandados-coletivos-direcionados-no-rio.htm]. Acesso em: 26.02.2018.

35. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 126.292/SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17.02.2016.

36. Veja-se que entre as 170 recomendações da Revisão Periódica Universal da ONU em 2012, destaca-se a recomendação de n. 60 em que se sugere ao Brasil: "trabalhar com o objetivo de abolir o sistema separado de polícia militar, implementando medidas mais eficazes para vincular o financiamento estatal com cumprimento de medidas destinadas a reduzir a incidência de execuções extrajudiciais praticadas pela polícia" – no original: "work towards abolishing the separate system of military police

dadeiro aparato de guerra com o fito de suprir a insatisfação popular ocasionadas pelas falhas do poder público exatamente em garantir escolas, trabalho, saúde, moradia ou lazer[37].

Natural, assim, que embora tidas como excepcionais e episódicas dentro do marco normativo (conforme art. 142 da CF; art. 15 da Lei Complementar Federal 97/99 e do Decreto Federal 3.897/01), a intervenção das Forças Armadas, através das denominadas operações de garantia da lei e da ordem (GLO), tornaram-se corriqueiras na administração dos conflitos sociais e da violência urbana brasileira[38]. E, finalmente, tem-se a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro

---

by implementing more effective measures to tie State funding to compliance with measures aimed at reducing the incidence of extrajudicial executions by the police" (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review*: Brazil. Genebra, 09.07.2012. Disponível em: [https://undocs.org/A/HRC/21/11]. Acesso em: 28.02.2018). Sobre a Revisão Periódica Universal, seu conceito e função na proteção de Direitos Humanos, ver: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 302-304. Sobre os problemas relacionados à estrutura militar da segurança pública no Brasil, mormente em relação à existência de uma polícia militar, seu papel de força de reserva do exército, estrutura interna e submissão ao Regulamento Disciplinar do exército, ver: PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 661.

37. Não se deve ser temerário e imputar toda e qualquer criminalidade à ausência de garantia de direitos sociais pelo poder público. Afinal, a ocorrência de atos contrários aos mais básicos interesses sociais é natural em qualquer sociedade humana organizada. Por outro lado, a partir do momento em que essa situação atinge níveis patológicos, há a necessidade de considerar, de fato, a responsabilidade da Administração Pública que se mostra incapaz de implementar direitos e oferecer alternativas sociais ao crime. Em análise mais detalhada sobre o tema, ver: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 20.

38. A título de exemplo, trazemos inúmeros "Decretos GLO" editados apenas no ano de 2017: Rio de Janeiro (28 de julho a 31 de dezembro de 2017); Distrito Federal (Esplanada dos Ministérios 24 a 25 de maio de 2017); Espírito Santo (06 de fevereiro a 08 de março de 2017); Região Metropolitana do Rio de Janeiro (14 a 22 de fevereiro de 2017); Espírito Santo (06 de fevereiro a 16 de fevereiro de 2017); Região Metropolitana do município de Natal (20 de janeiro a 04 de fevereiro de 2017); e por todo o Sistema Penitenciário Brasileiro (17 de janeiro de 2017 a 17 de janeiro de 2018). Para mais detalhes, ver: MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017 reforça militarização da segurança pública e da Justiça Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (IBCCRIM)*, v. 300, nov. 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6060-Lei-134912017-o-Brasil-na-contramao-da-democracia-e-dos-direitos-humanos]. Acesso em: 05.07.2018.

justificada pela incapacidade da administração local em fazer frente à criminalidade crescente.

Como corolário desse estado de coisas, mostrou-se necessário estabelecer alguma proteção em prol dos militares que venham a atuar nessas situações. Afinal, como "bem" apontou General do Exército, deve-se dar aos militares "a garantia para agir sem o risco de surgir uma nova Comissão da Verdade"[39-40-41].

Esse ranço autoritário, por sua vez, é igualmente repetido no âmbito da jurisdição militar, ao apontar que "para o emprego das Forças Armadas em GLO é indispensável que seja garantida, a seus membros, a competência constitucional atribuída à Justiça Militar da União"[42]. Exatamente nessa linha, ampliou-se, de maneira totalmente contrária à Constituição e tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil faz parte, a competência da Justiça Militar para

39. "Militares precisam ter garantia para agir sem o risco de surgir uma nova comissão da verdade", diz comandante do Exército. *G1,* São Paulo, 19.02.2018. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/general-vilas-boas-militares-precisam-ter-garantia-para-agir-sem-o-risco-de-surgir-uma-nova-comissao-da-verdade.ghtml]. Acesso em: 05.07.2018.

40. Registra-se que, curiosamente, tamanho absurdo decorre exatamente da incapacidade da Comissão Nacional da Verdade, criada após sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24.11.2010 no caso Gomes Lund e outros (*Guerrilha do Araguaia*) *vs.* Brasil, de cumprir com seu *mister*. Como ocorrido em outros países americanos e europeus após períodos autocráticos, aludida Comissão possuía exatamente o fito de prestar esclarecimentos e manter acesa na memória nacional todas as infâmias ocorridas durante períodos antidemocráticos e, neste aspecto, obstar a sua repetição. Aparentemente, esse objetivo não foi atendido completamente e o Brasil ainda é assombrado com um discurso violador de Direitos Humanos e que procurar conferir alguma aparência de legitimidade a estes regimes políticos que promovem verdadeiro terrorismo de estado, atentando contra direitos fundamentais. Para mais detalhes sobre a Comissão Nacional da Verdade e o Caso *Guerrilha do Araguaia* ver: PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 420-457.

41. Existem alguns exemplos ainda mais dramáticos, como o PLS 352/2017 de autoria do Senador José Medeiros e que pretende alterar o Código Penal para incluir hipótese de presunção de legítima defesa de membros de milícias públicas, aos seguintes termos: "A legítima defesa se presume quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta, ilegal e ostensivamente, arma de fogo de uso restrito". Assim, garante-se não apenas a atuação das forças de segurança blindadas de eventual "Comissão da Verdade", mas de qualquer intervenção da justiça.

42. BRASIL. Superior Tribunal Militar, Recurso em Sentido Estrito 144-54.2014.7.01.0101. Relator: Min. José Coêlho Ferreira. Brasília, DF, 09.06.2016. p. 629.

apuração de eventuais ilícitos que venham a ser cometidos por membros das Forças Armadas em serviço, inclusive em caso de graves crimes contra Direitos Humanos cometidos por membros de milícias públicas contra civis[43].

4. A Lei 13.491/2017

A ampliação da atribuição da Justiça Militar não é algo inédito em na história brasileira recente. Nessa linha, o Ato Institucional 2 de 1965, no intuito de controlar "agitadores de vários matizes" que se rebelavam contra a ditadura recém instalada, a qual supostamente pretendia "colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático[44]", alterou a ainda vigente Carta de 1946 e, com isso, ampliou de maneira relevante a jurisdição castrense para, com isso, garantir uma "necessária" segurança nacional.[45]

De maneira similar, e perante um corrente sentimento de desconfiança nas instituições e de insegurança pública, criou-se na atualidade um novo discurso

43. Nesse sentido: "A manobra casuística operada pela Lei 13.491/2017 apenas pode ser compreendida segundo a racionalidade jurídica de exceção, responsável pela abertura de um verdadeiro espaço de indeterminação normativa necessário à legitimação formal (ou legalidade aparente) do uso das forças armadas como órgãos de segurança máxima da ordem pública, ou melhor, de guardião do regime social das desigualdades" (MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017 reforça militarização da segurança pública e da Justiça Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (IBCCRIM)*, v. 300, nov. 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6060-Lei-134912017-o-Brasil-na-contramao-da-democracia-e-dos-direitos-humanos]. Acesso em: 05.07.2018).

44. De acordo com o preâmbulo do AI-2: "A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranquilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional".

45. "Art. 108 – A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas. 1º – Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. *(Redação dada pelo Ato Institucional 2 de 27/10/1965)*."

de salvação social com base no militarismo e, consequentemente, faz-se igualmente necessário "ampliar a guarida a ser conferida aos militares que estejam sendo empregados em atividades excepcionais"[46]. Com essa justificava, a Lei 13.491/2017 buscou, segundo uma racionalidade jurídica de tendências autoritárias, ampliar a jurisdição da Justiça Militar e, assim, conferir alguma segurança aos membros das Forças Armadas que venham a participar do processo de militarização do quotidiano nacional e, igualmente, repetida no âmbito da justiça castrense[47].

Nesse aspecto, estabeleceu o foro militar como competente para julgamento de crimes de membros das Forças Armadas ainda que contra a vida civis quando cometidos em contexto de:

46. "[Com o Projeto de Lei] busca-se ampliar a guarida a ser conferida aos militares que estejam sendo empregados em atividades excepcionais [...]. Cumpre ressaltar que as Forças Armadas encontram-se, cada vez mais, presentes no cenário nacional atuando junto à sociedade, sobretudo em operações de garantia da lei e da ordem. Acerca de tal papel, vale citar algumas atuações mais recentes, tais como, a ocorrida na ocasião da greve da Polícia Militar da Bahia, na qual os militares das Forças Armadas fizeram o papel da polícia militar daquele Estado; a ocupação do Morro do Alemão, no Estado do Rio de Janeiro, em que as Forças Armadas se fizeram presentes por longos meses; e, por fim, a atuação no Complexo da Maré, que teve início em abril de 2014. Dessa forma, estando cada vez mais recorrente a atuação do militar em tais operações, nas quais, inclusive, ele se encontra mais exposto à prática da conduta delituosa em questão, nada mais correto do que buscar-se deixar de forma clarividente o seu amparo no projeto de lei" (BRASIL, Câmara dos Deputados, Justificativa ao Projeto de Lei 5.768/2016. Autoria: Deputado Federal Esperidião Amin. Disponível no *Diário Oficial da Câmara dos Deputados*, ano LXXI, n. 112, 07.07.2016. p. 280-281). Referido Projeto de Lei culminou na Lei 12.491/2017, analisada no presente trabalho.

47. Confira-se: "À guisa de reflexão, como imaginar que nas ações militares de ocupação de favelas pelas Forças Armadas, em um quadro de anormalidade institucional em face da falência dos Órgãos encarregados da segurança pública e conforme disposição constitucional do art. 144 da CF/88, esta Justiça especializada não processasse e julgasse militares e civis que cometam crimes no contexto da LC 97/99, havendo amparo no art. 142, caput, in fine, da Constituição da República de 1988; no art. 15, § 7º, da Lei Complementar 97/99, e no art. 9º do Código Penal Militar para tal julgamento? A competência seria da Justiça Federal? [...] Como consectário lógico, um militar que seja acusado de cometer crime doloso contra a vida de um civil, segundo as situações previstas no art. 15, § 7º, da LC 97/99, estará em atividade militar; portanto, deverá ser julgado pela Justiça Militar, por aplicação direta dos art. 5º, inciso XXXVIII e art. 124, ambos da CF/88, c/c o art. 9º, inciso III, alínea *d* do CPM" (BRASIL, Superior Tribunal Militar, Recurso em Sentido Estrito 144-54.2014.7.01.0101. Voto: Min. José Barroso Filho. Brasília, DF, 09.06.2016. p. 636 – grifos adicionados).

> "I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem [...]"[48].

Ademais, criou uma figura para além dos crimes militares próprios e impróprios, permitindo-se que houvesse atração da justiça especializada ainda que se trate de crime não tipificado na legislação militar, mas tão somente praticado em contexto de flexível interesse castrense. Se, como visto, antes da Lei 13.491/2017, seria considerado ilícito militar "os crimes previstos neste Código [Penal Militar], embora também o sejam com igual definição na lei penal comum" quando praticado de acordo com algumas condições já apontadas, agora tem-se a mesma situação em relação "[a]os crimes previstos neste Código [Penal Militar] e os previstos na legislação penal"[49].

Essa alteração, apesar de parecer singela, mostra-se bastante relevante. Por meio dela, criou-se os denominados "crimes militares por extensão", aqueles que previstos tão somente na legislação penal ordinária, mas que passam a ter uma tipicidade militar indireta e decorrente da conjugação da lei penal comum com certas hipóteses política a atrair a competência militar[50]. Em outras palavras, o entendimento apresentado anteriormente no sentido de que o fato de determinada conduta não estar tipificada na legislação castrense afastava *per se* a jurisdição especializada resta derrogado.

Logo, com a Lei 13.491, haverá a possibilidade de tipos penais estranhos aos CPM serem de competência da justiça castrense, como: os crimes Lei Ambiental

48. Art. 9º, § 2º, do CPM com a redação dada pela L. 13.491/2017.

49. Art. 9º, II, do CPM com a redação anterior e a dada pela L. 13.491/2017.

50. "Essa modificação legislativa implicou na criação de uma nova categoria de crimes militares, permitindo que doravante classifiquemos os crimes militares, com base no art. 9º do CPM, da seguinte forma: 1) crimes militares próprios, que são previstos exclusivamente no CPM; 2) crimes militares impróprios, aqueles que encontram-se dispostos dentro do CPM mas também estão previstos com igual definição na lei penal comum; 3) crimes militares por extensão, que estão previstos fora do CPM, ou seja, exclusivamente na legislação penal comum, mas que se caracterizam como de natureza militar pela tipicidade indireta construída pela conjugação do tipo penal comum com uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM" (ROTH, João Ronaldo. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). *Revista de Direito Militar*, n. 126, set.-dez. 2017. p. 35).

(Lei 9.605/98); os crimes do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03); os crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); os crimes do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) e o os crimes de trânsito (Lei 9.503/97). Igualmente, tem-se os delitos do Código Penal Comum não previstos no CPM, como: tráfico de pessoas (art. 149-A); receptação de animal (art. 180-A); assédio sexual (art. 216-A); associação criminosa (art. 288); estupro de vulnerável (art. 217-A); inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A); modificação ou alteração não autorizada no sistema de informações (art. 313-B); a constituição de milícia privada (art. 288-A) e a fraude processual (art. 347)[51].

Consequentemente, crimes intimamente relacionados a violações de Direitos Humanos que antes eram da alçada necessária da justiça comum, agora podem vir a ser analisados pela justiça marcial. Assim, faz-se possível à justiça militar vir a analisar atos de militares e que constituam em tese crimes de abuso de autoridade[52], de tortura ou formação de organização criminosa por serem tipos previstos apenas na legislação penal extravagante e sem correspondente na lei penal militar[53] – respectivamente nas Leis 4.898/65, 9.455/97 e 12.850/2013.

51. ROTH, João Ronaldo. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). *Revista de Direito Militar*, n. 126, set.-dez. 2017. p. 31.

52. Registra-se que a tipificação do abuso de autoridade, inclusive em virtude do momento em que editada a Lei 4.898/65 que prevê a sua criminalização, sempre esteve atrelada de forma primordial à proteção da Administração Pública. Através das condutas tipificadas, busca-se criar, antes de mais nada, uma necessária disciplina do servidor público. A proteção dos direitos fundamentais do cidadão, por outro lado, seria algo reflexo. Em outras palavras, a criminalização do abuso de autoridade no Brasil nunca teve por escopo a proteção de Direitos Humanos. Nesse sentido: "No tocante ao sujeito passivo dos delitos [de abuso de autoridade], é por todos citada sua dupla subjetividade, de forma que seriam lesados tanto a Administração, em sua dignidade, como o particular cujos direitos fundamentais foram ofendidos pela conduta abusiva. Sem discordar de tal colocação, na linha do que até o momento apresentado, ousamos apontar que a ofensividade dos delitos se refere muito mais à Administração do que ao particular. Vale dizer, o sujeito passivo imediato é a Administração. O particular seria lesado apenas de forma reflexa, não sendo, de forma alguma, a intenção do legislador oferecer efetiva proteção aos direitos e garantias individuais" (KASSAMA, Alexandre. Apontamentos sobre a Lei de Abuso de Autoridade em seus aspectos penais. In: PASSADORE, Bruno de Almeida et al (Org.). *Defensoria Pública*: estudos sobre atuação e função. Curitiba: Juruá, 2017. p. 28 – grifos no original).

53. Corroborando esse entendimento: "Gravíssimo retrocesso. Não só pela falta de estrutura e condições de investigar e julgar tantos crimes, mas também porque alcança crimes não afetos diretamente às atividades militares. Também cria o risco de efetivo

Registra-se, por outro lado, que em um Estado Democrático de Direito, todos devem estar submetidos às normas jurídicas, evitando-se criar distinções entre indivíduos. Não é apenas porque o estamos lidando com servidor público militar, que haverá motivos para que seja julgado por seus colegas de farda, em um julgamento possivelmente mais benevolente e que, nessa linha, será necessariamente ilegítimo.

5. Uma justiça ilegítima: a estrutura e o corporativismo da justiça militar brasileira

Cumpre observar que os órgãos da justiça castrense brasileira não são dotados dos atributos mínimos para exercício da jurisdição, como uma necessária imparcialidade e independência. Veja-se que o órgão de cúpula da Justiça Militar é composto de 15 ministros, sendo dez escolhidos entre membros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica – no número de 4, 3 e 3, respectivamente – e outros cinco de civis (art. 123 da CF). Por outro lado, apenas a esses cinco civis é exigida formação jurídica, bastando aos restantes serem membros das Forças Armadas e terem determinada patente (oficiais-generais). Em outras palavras, impõe-se que 2/3 dos membros do STM seja de militares na ativa e que *sequer* possuam qualquer conhecimento jurídico[54], algo *per se* já visto como atentatório a diplomas internacionais de Direitos Humanos.

A Corte IDH, no caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, reconheceu haver violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)[55] ao analisar a estrutura da Justiça Militar argentina. Isto ocorreria pois, tal qual a situação brasileira, 2/3 do órgão de cúpula da Justiça Militar do país era composto de militares sem

corporativismo, especialmente em relação a crimes como abuso de autoridade e tortura, onde em geral existe uma percepção e valoração por parte dos militares que é completamente distinta da população civil acerca da gravidade e tipificação dessas condutas" (LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *O Consultor Jurídico*. São Paulo, 20.10.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri]. Acesso em: 09.03.2018).

54. A respeito, ver: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 452/453.

55. Registre-se que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos também é conhecida por Pacto de San José da Costa Rica ou apenas Pacto de San José, tendo em vista o local de sua assinatura. No curso do texto, serão usadas estas diversas terminologias e sempre em referência ao mesmo diploma internacional.

formação jurídica, mas ainda assim em exercício de jurisdição com características penais[56]. Registra-se que a partir deste caso, ao lado do *Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina*, o país iniciou processo de reformulação de seu sistema de justiça e que culminou com a Lei 26.394, que virtualmente extinguiu a Justiça castrense argentina[57-58] – essa questão será analisada com maior profundida em tópico *infra*.

Por sua vez, essa situação, registra-se, ganha contorno ainda mais grave quando são estudados os órgãos da Justiça Militar de primeiro grau, eis que nestes os julgamentos são realizados por órgãos colegiados formados por um juiz togado e quatro militares[59].

---

56. Confira-se: "[L]*a Corte nota que* el CJM [Código da Justiça Militar Argentina]*, en ese momento*, no exigía la necesidad de formación jurídica para desempeñar el cargo de juez *o miembro del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de seis entre nueve miembros (artículo 12 del CJM). Lo anterior no representaría un problema para un tribunal exclusivamente administrativo o disciplinario, pero* no cumple con los estándares del artículo 8.2 de la Convención Americana en materia estrictamente penal" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Argüelles e outros *vs.* Argentina. San José, 20.11.2014. § 159). Em sentido próximo: "La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita en los párrafos precedentes supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Palamara Iribarne *vs.* Chile. San José, 22.11.2005. § 155). Por fim, em nível doutrinário: PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 567-568.

57. "El 14 de agosto de 2006, el Estado argentino y los peticionarios de los casos 'Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina' y 'Argüelles y otros vs. Argentina' firmaron un acuerdo de solución amistosa ante la CIDH, en el que el Estado reconocía su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos que se le imputaban en ambos procesos. Uno de los puntos de este acuerdo incluyó el compromiso de llevar adelante una reforma integral del sistema de administración de justicia militar" (VARELA, Silvia; SANTOS, Lucila; MUZZOPAPPA, Eva. Políticas de defensa y derechos humanos para las Fuerzas Armadas. In: CHILLIER, Gastón (Org.). *Derechos Humanos en Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009. p. 288).

58. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Informe 15/2010*. Washington, 16.03.2010. §21. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/ARSA11758ES.doc]. Acesso em: 19.07.2018.

59. Excepcionalmente, admite-se o julgamento monocrático do juiz de direito, como na situação prevista no art. 125, § 5º, da CF.

Ademais, o corporativismo é marcante.

Foi possível perceber isso na já discutida crítica formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à tolerância da justiça castrense com violações de Direitos Humanos cometida por militares. Igualmente, também se viu isso quando da discussão do posicionamento do STM acerca da Lei 9.299/96 em que esse órgão reconheceu um suposto equívoco político da lei e apontou a necessidade de ser utilizada as vias do controle de constitucionalidade para declarar a invalidade da norma. Assim, perante os argumentos apresentados e que dão conta desse perfil corporativista deste ramo da justiça, é possível defender que a Justiça Militar brasileira, para além de sua estrutura viciada, não conta com uma necessária imparcialidade sob um aspecto objetivo, a tornar igualmente ilegítima sua jurisdição.

A respeito, lembra-se o paradigma *Pabla Ky vs. Finlândia* da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH). Nele se analisou disposição normativa do país nórdico que permitia que membros do parlamento pudessem exercer atividade judicante em certas circunstâncias. A Corte Internacional entendeu que tal prática atentaria contra a Convenção Europeia de Direitos Humanos, precisamente em seu art. 6, § 1º, que prevê o direito básico a um julgamento independente e imparcial. Por sua vez, ainda segundo a Corte EDH, a existência ou não de imparcialidade do órgão judicante deve ser analisada "a partir de um ponto de vista objetivo, isto é, precisa-se oferecer garantias que excluam qualquer dúvida legítima a este respeito". Assim, nessa análise objetiva deve ser determinando se "existem fatos averiguáveis que possam levantar dúvidas acerca da sua imparcialidade" e, caso tais estejam presentes, o órgão jurisdicional não deve ser visto como dotado de atributos mínimos para julgamento.[60]

60. Tradução nossa de passagem do seguinte excerto: "In order to establish whether a tribunal can be considered 'independent' for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their terms of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence. The 'impartiality' requirement has two aspects. Firstly, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect. Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judges' personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to their impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence that the courts in a democratic society must inspire in the public and above all in the parties to proceedings" (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Pabla Ky *vs.* Finlândia. Estrasburgo, 22.06.2004. § 26/27).

Como já visto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar as cortes militares, reconhece que: i) "esses tribunais tendem a ser indulgentes com os policiais acusados de abusos dos direitos humanos e de outras ofensas criminais"; ii) que o posicionamento desses tribunais acaba por estimular agentes públicos "a intervir em execuções extrajudiciais, em abuso dos detentos e em outros tipos de atividade delituosa"; e iii) 92% dos fatos praticados por militares por supostas violações de direitos humanos e submetidos à apreciação da justiça especializada culminavam em absolvições[61]. Essa situação, por evidente, cria dúvida objetiva acerca da imparcialidade do órgão julgador, arranhando a "a confiança que as cortes em uma sociedade democrática devem inspirar no público e acima de todas as partes do processo". Consequentemente, a imparcialidade judicial, sob um aspecto objetivo conforme posicionamento da Corte EDH, resta prejudicada[62].

As críticas se fortalecem ainda mais quando o STM, ao analisar a Lei 9.299/96, fiou-se em argumentos extrajurídicos para invalidá-la, afirmando que seu texto "resultou equivocado", e que seria necessária sua alteração "através de projeto de lei já encaminhado ao Congresso Nacional", mas "enquanto não ocorre a alteração do texto legal pela via legislativa, o remédio é a declaração de sua inconstitucionalidade *incidenter tantum*, conforme dispõe o art. 97 da CF"[63].

61. "Os processos perante os tribunais militares muitas vezes tardam anos, em virtude do excesso de trabalho, da escassez de juízes e fiscais, das excessivas formalidades nos procedimentos e dos incidentes dilatórios. A Comissão pôde estabelecer que esses tribunais tendem a ser indulgentes com os policiais acusados de abusos dos direitos humanos e de outras ofensas criminais, o que facilita que os culpados fiquem na impunidade. Nesse clima de impunidade, que predispõe à violência por parte da corporação policial militar, os policiais envolvidos nesse tipo de atividade se veem estimulados a intervir em execuções extrajudiciais, em abuso dos detentos e em outros tipos de atividade delituosa. [...] Fontes fidedignas informam que, somente em São Paulo, onde 1.470 civis foram mortos em 1992 em mãos da polícia 'militar', os tribunais militares terminaram por absolver quase todos os policiais 'militares' processados" (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Washington, 29.09.1997. Capítulo 3, § 77/80. Disponível em: [https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%203.htm#impunidade]. Acesso em: 12.07.2018.

62. Tradução nossa de passagem do seguinte excerto: "Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judges' personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to their impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence that the courts in a democratic society must inspire in the public and above all in the parties to proceedings" (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Pabla Ky *vs.* Finlândia. Estrasburgo, 22.06.2004. § 26/27).

63. BRASIL. Superior Tribunal Militar, Recurso Criminal 6.449-0/RJ (1997.01.006449-0). Relator: Min. Aldo da Silva Fagundes. Brasília, DF, 17.03.1998. p. 253.

Diante dessa situação, não se mostra surpreendente que tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário – destacando-se a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e internalizado no Brasil através do Decreto 8.766/2016[64] – excluam, em absoluto, a competência da jurisdição militar para análise de casos que envolvam possíveis violações de Direitos Humanos. Reconhece-se, portanto, o descompasso entre a Justiça Militar e os ideais de imparcialidade sob um aspecto objetivo, bem como a ilegitimidade de sua jurisdição principalmente para julgamento de violações a direitos fundamentais cometidos por agentes públicos.

Sobre esse aspecto, não é de se surpreender, portanto, que a Corte IDH possua entendimento constante de "que jurisdição militar não satisfaz os requisitos de independência e imparcialidade previstos na Convenção [Americana de Direitos Humanos]" e, por consequência, que "a jurisdição militar não é o foro competente para investigar [...] julgar e sancionar os autores de violações de direitos humanos", quaisquer que estas sejam[65-66]. A Corte IDH amplia, portanto, esse entendimento

64. "Art. IX – Os suspeitos dos atos constitutivos do delito do desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar. Os atos constitutivos do desaparecimento forçado não poderão ser considerados como cometidos no exercício das funções militares".

65. Tradução nossa de passagem do seguinte excerto: "*es jurisprudencia constante de esta Corte que* la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos*, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión se aplica a todas las violaciones de derechos humanos. Esta jurisprudencia constante de la Corte también ha señalado que* la jurisdicción militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos en la Convención" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Nadege Dorzema e outros *vs.* República dominicana. San José, 24.10.2012. § 187/188).

66. A respeito, a Comissão de Direitos Humanos da ONU afirmou, em sua 61ª sessão no ano 2005, um conjunto de princípios atualizados para proteção e promoção de direitos humanos através do combate à impunidade, dos quais, se destaca o princípio 29 que lida com a necessária restrição do alcance da jurisdição militar. Confira-se: "The jurisdiction of military tribunals must be restricted solely to specifically military offences committed by military personnel, to the exclusion of human rights violations, which shall come under the jurisdiction of the ordinary domestic courts or, where appropriate, in the case of serious crimes under international law, of an international or internationalized criminal court" (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *Promotion and Protection of Human Rights*. 08.02.2005. Disponível em: [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement]. Acesso em: 07.03.2018).

para além de casos que envolvam desaparecimentos forçados, como seria a situação de tortura, abuso de autoridade e homicídio, entra outras situações, que a discutida Lei 13.491/2017 permite sejam analisados no âmbito de cortes marciais.

6. Uma norma inconvencional: análise sobre a ampliação de competência da justiça militar em franco desacordo com o posicionamento da Corte IDH

Além de carecer de legitimidade política em um regime democrático, a ampliação do foro militar em prejuízo da justiça comum, mormente em casos de crimes contra a vida de civis, vai na contramão da CADH e do posicionamento da Corte IDH sobre o tema, além de violar a própria Constituição Federal de 1988. Por qualquer panorama que se veja, torna-se insubsistente a Lei 13.491.

6.1. Do controle de convencionalidade

Inicialmente, ressaltamos entendimento dos autores – já exposto em outros trabalhos[67] – pelo qual todas as normas nacionais – inclusive aquelas decorrentes do constituinte originário – devem se submeter às disposições de referido tratado internacional[68-69]. Esse, aliás, é o posicionamento pacífico da Corte IDH[70]. Por

67. Entre outros, exposto nos seguintes trabalhos: PASSADORE, Bruno de Almeida; BANDEIRA, Nize Lacerda Araújo, A incompreendida proibição do *bis in idem* na perspectiva americana. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico,* 15.08.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-ago-15/tribuna-defensoria-incompreendida-proibicao-bis-in-idem-perspectiva-americana]. Acesso em: 06.03.2018; PASSADORE, Bruno de Almeida; COSTA, Camille Vieira da. Convenção OIT 182 garante proteção integral do adolescente. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico,* 26.09.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-set-26/tribuna-defensoria-convencao-oit-182-garante-protecao-integral-adolescente]. Acesso em: 06.03.2018.

68. As normas internas são vistas como mero fato para fins de direito internacional, cabendo ao estado signatário tomar as medidas necessárias para cumprimento das diretrizes assumidas, sendo-lhe, portanto, vetado invocar normativa nacional para se eximir de seu cumprimento. Não por outra razão, a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, em seu art. 46.1 dispõe que: "Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados [...]" e em seu art. 27: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

69. Registre-se, porém, que o STF equivocadamente se posiciona em sentido diverso. Confira-se: "No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão

outro lado, prevalece, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), que o Pacto de San José possuiria natureza apenas "supralegal"[71].

Por esse entendimento, ainda que a Constituição tolerasse em tese – o que não ocorre, como veremos a seguir – a competência da Justiça castrense para processar crimes cometidos por militares que importem em graves violações de Direitos Humanos contra civis, o Pacto de San José tornaria inválida a disposição do CPM por lhe ser, em termos de hierarquia normativa, superior. Registra-se, ainda tendo por base o entendimento do STF sobre o assunto, mesmo se houvesse previsão constitucional específica nesse sentido, a atuação da jurisdição militar no caso aqui discutido seria impossível. Isso porque, segundo o entendimento de nossa corte de cúpula, toda normativa infraconstitucional que regulasse aludida situação estaria esvaziada. A respeito, conforme entendimento da corte ao lidar com a prisão civil do depositário infiel, e em que pese haver norma constitucional expressava autorizativa[72], tal se mostrava de impossível aplicabilidade ante a invalidade do Código Civil e do Código de Processo Civil vigentes à época, por afrontarem disposição a CADH[73].

---

hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 26.06.2001).

70. A Corte IDH no caso Olmedo Bustos *vs.* Chile (caso "A Última Tentação de Cristo"), entendeu que a censura prévia do filme "A Última Tentação de Cristo" realizada com base no art. 19 da redação original de Constituição Chilena ("La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión *pública de* otras actividades artísticas") violava o Pacto de San José, especificamente o direito à liberdade de expressão e consciência previsto nos arts. 12 e 13 da Convenção. Assim, além de reconhecer a violação ao Pacto de San José, determinou-se que o Chile reformasse sua Constituição, o que efetivamente ocorreu. Para mais detalhes ver: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 428; PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 142-149.

71. Nesse sentido: "O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão" (BRASIL, Recurso Extraordinário 466.343. Voto: Min Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03.08.2008).

72. Segundo o art. 5º, LXVII da CF: "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

73. Nesse sentido: "Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos

Em outras palavras, ainda que seja tomada a equivocada interpretação do STF acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos, a única forma de efetivamente ser franqueado à Justiça Militar a possibilidade de processar e julgar militares por atos que importem em graves violações de Direitos Humanos contra civis seria, além de haver previsão constitucional para tanto, que toda a regulamentação processual necessária estivesse prevista no texto constitucional, o que, felizmente, não ocorre.

Nesse diapasão, para analisar a questão da convencionalidade da Lei 13.491/2017 à luz do Pacto de San José, cabe, inicialmente, apontar que cumpre a todos os órgãos do Estado signatário de referido tratado internacional, inclusive judiciais, respeitá-lo. Para tanto, imperioso se faz não apenas observar o próprio texto convencional, mas também a posição dada pela Corte IDH sobre o alcance do tratado por ser o intérprete último do Pacto[74].

Não se deve ignorar que é franqueado ao próprio estado signatário da CADH o poder-dever de exercer um controle de compatibilidade entre a legislação nacional e aquela contida nos tratados internacionais de Direitos Humanos[75]. Ocorre, todavia, a interpretação nacional sempre é precária, sendo incompatível ao Estado signatário, internamente, determinar o alcance último da Convenção, sob

Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna […]. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil" (BRASIL, Recurso Extraordinário 466.343. Voto: Min Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03.08.2008). Esse entendimento deu azo, inclusive, à edição da Súmula Vinculante 25 do STF, a qual dispõe: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

74. No caso Gelman *vs.* Uruguai, a Corte IDH assim se manifestou: "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, […] y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Gelman *vs.* Uruguai. San José, 24.02.2011. § 193 – grifos adicionados). Também neste sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almocidad Arellano *vs.* Chile. San José, 26.09.2006. § 124.

75. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Gelman *vs.* Uruguai. San José, 24.02.2011. § 193.

pena de se tornarem, ao mesmo tempo, "fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *iudex in causa* sua" ou de ser estabelecido um "tratado internacional nacional". Assim, sem descurar da importância do controle nacional, este sempre "deverá obedecer a interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional"[76].

Logo, apesar de uma norma ser eventualmente reconhecida como válida internamente, esta poderia não suportar um juízo de convencionalidade, como efetivamente já ocorreu em relação ao Brasil. Acerca, a Corte IDH no caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil (caso "Guerrilha do Araguaia"), reafirmando seu entendimento de longa data[77], reconheceu a invalidade da lei de autoanistia editada pelo então governo ditatorial brasileiro tendo por parâmetro o Pacto de San José. Por consequência, determinou-se, entre outras coisas, o dever de o Estado brasileiro investigar e punir os responsáveis por atos de detenção arbitrária, tortura e desaparecimentos forçados ocorridos durante o regime militar[78], inobstante terem os órgãos de justiça nacionais afirmado que tal lei fosse válida[79].

---

76. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 427-429.

77. Diversos são os casos em que a Corte IDH apontou a inconvencionalidade de leis de autoanistia de países latino-americanos. O primeiro e mais paradigmático caso analisado pela corte acerca do assunto se deu em relação a uma série de execuções extrajudiciais ocorridas no ano de 1991 na região de "Barrios Altos" em Lima, capital do Peru. Em referido caso, alegou-se que em diversas oportunidades pessoas mascaradas invadiram casas da região, retirando de dentro seus moradores, obrigando-os a deitarem no chão e em seguida os executavam. Após as práticas delitivas, os criminosos evadiam-se do local em carros de polícia. Restou posteriormente demonstrado que os envolvidos eram membros do exército peruano. Iniciou-se algumas investigações acerca do assunto em âmbito nacional, mas, em 1995, foi editada uma lei de anistia e o caso restou arquivado. Por sua vez, reconhecendo a invalidade de aludida lei de autoanistia, a Corte IDH determinou que o Peu reabrisse a investigação sobre os fatos, identificasse e punisse os criminosos de "Barrios Altos". A respeito, ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos *vs.* Peru. San José, 14.03.2001. §11. Tal entendimento fora repetido diversas vezes como no caso Almonacid Arellano e outros *vs.* Chile e no próprio caso "Guerrilha do Araguaia".

78. Trata-se da denominada teoria do "duplo controle" pelo qual é conferida proteção especial aos Direitos Humanos, seja através das normas de cariz constitucional, cujo intérprete final são as cortes constitucionais de cada país, seja através de convenções internacionais de Direitos Humanos, cujo intérprete final são exatamente os órgãos com atribuição tanto conforme previsto na própria convenção. A respeito, confira-se entendimento da Corte IDH: "se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito

6.2. *Do posicionamento da Corte IDH sobre a Justiça Militar nos países signatários da CADH*

Como visto, seja em razão da própria estrutura da Justiça castrense brasileira, seja em virtude do corporativismo que lhe é característico, acaba-se por concluir que a Justiça Militar brasileira não conta com os necessários atributos da independência e imparcialidade previstos no art. 8.1 da CADH. Ademais, observamos que a ampliação da jurisdição militar trazida pela Lei 13.491 atenta contra todo um movimento latino-americano de esvaziamento deste ramo da justiça e já bem reconhecido pela Corte IDH: "A jurisdição penal militar nos Estados democráticos, em tempos de paz, tem caminhado para ser reduzida e inclusive a desaparecer"[80]. Para a Corte, em relação aos países que ainda conservam esse tipo de jurisdição, seu uso deve ser mínimo, obstando-se que nela sejam julgados i) civis em tempos de paz; ii) militares que não estejam na ativa; e iii) fatos que não atentem exclusivamente contra a ordem militar[81-82].

---

interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Gomes Lund e outros *vs.* Brasil (caso "Guerrilha do Araguaia"). San José, 24.11.2010, voto concordante de Roberto Caldas. § 4).

79. Fazemos referência à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 julgada pelo STF em 29.04.2010 em que se reconheceu a validade interna da Lei de Anistia (L. 6.683/1979). Registra-se que, apesar dessa decisão, o tema, mormente após o julgamento do caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil (caso "Guerrilha do Araguaia") pela Corte IDH, ainda está em discussão no âmbito do STF, seja através de incidentes processuais na própria ADPF 153, seja através de outras ações constitucionais, como a ADPF 320.

80. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos. San José, 23.09.2009. § 272. Esse entendimento, registra-se, é reiterado e pacífico em referida corte internacional. A título de exemplo, se repete, igualmente, no caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, confira-se: "La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer". CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Palamara Iribarne *vs.* Chile. San José, 22.11.2005. § 132. E também em: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Durant y Ugarte *vs.* Peru. San José, 16.08.2000. § 117; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almocidad Arellano *vs.* Chile. San José, 26.09.2006. § 131.

81. PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos.* 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 111.

82. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Radilla Pacheco *vs.* México. San José, 23.09.2009. §272.

A partir desse entendimento, por sua vez, no caso Durant e Ugarte *vs.* Peru, em que se analisou a execução extrajudicial e desaparecimento de presos civis após a intervenção da Marinha de guerra peruana em rebelião ocorrida em 18.06.1986, na prisão da ilha de El Frontón – usualmente destina a presos políticos e a membros do grupo terrorista Sendero Luminoso –, a Corte IDH entendeu que os militares suspeitos de envolvimento em tais crimes não poderiam ser julgados no âmbito da justiça castrense. Frisou-se que:

> "[O]s atos que levaram a este resultado [morte de civis presos] não podem ser considerados delitos militares, mas sim delitos comuns, pelo que a investigação e punição dos mesmos devia ter recaído sobre a justiça ordinária, independentemente de que os supostos autores fossem militares ou não"[83].

Portanto, há de se concluir que para a Corte IDH a Justiça Militar seria competente para julgar apenas militares nos crimes militares próprios, entendimento igualmente reafirmado no sistema global de proteção de Direitos Humanos[84].

Nessa linha, o governo da Argentina, a partir de dois paradigmas do sistema interamericano de Direitos Humanos – casos "Argüelles y otros *vs.* Argentina" e "Rodolfo Correa Belisle *vs.* Argentina" – em que se reconheceu a violação à CADH em decorrência da atuação da justiça militar nacional, comprometeu-se internacionalmente a iniciar discussões sobre atuação de tais cortes[85-86] e que culminou com edição da Lei 26.394.

---

83. Tradução nossa de: "los actos que llevaron a este desenlace [morte de civis presos] no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Durant e Ugarte *vs.* Peru. San José, 16.08.2000. § 118).

84. A respeito, a Comissão de Direitos Humanos da ONU afirmou, em sua 61ª sessão no ano 2005, um conjunto de princípios atualizados para proteção e promoção de direitos humanos através do combate à impunidade, dos quais se destaca o princípio 29 que lida com a necessária restrição do alcance da jurisdição militar. Confira-se: COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Promotion and Protection of Human Rights. 08.02.2005. Disponível em: [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement]. Acesso em: 07.03.2018.

85. "El 14 de agosto de 2006, el Estado argentino y los peticionarios de los casos 'Rodolfo Correa Belisle *vs.* Argentina' y 'Argüelles y otros *vs.* Argentina' firmaron un acuerdo de solución amistosa ante la CIDH, en el que el Estado reconocía su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos que se le imputaban en ambos procesos. Uno de los puntos de este acuerdo incluyó el compromiso de llevar adelante una reforma

Com a lei, revogou-se o Código Penal Militar do país, descriminalizou-se diversas condutas e alguns delitos militares próprios foram incorporados à legislação penal comum, seja como tipos próprios da legislação ordinária – como o abuso de autoridade militar, conforme art. 249 bis do Código Penal Argentino[87] – ou como motivo de exasperação de pena – como no caso de extorsão mediante sequestro cometido por militar, conforme art. 142 bis, § 5º, do Código Penal Argentino[88]. Nesse aspecto, unificou as classes de penas militares e comuns, inclusive acabando com a possibilidade de pena de morte que existia para alguns crimes militares, assim como estabeleceu que os respectivos julgamentos se darão perante tribunais civis, extinguindo, na prática, a justiça militar do país[89-90]

integral del sistema de administración de justicia militar" (VARELA, Silvia; SANTOS, Lucila; MUZZOPAPPA, Eva. Políticas de defensa y derechos humanos para las Fuerzas Armadas. In: CHILLIER, Gastón (Org.). *Derechos Humanos en Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009. p. 288).

86. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Informe 15/2010*. Washington, 16.03.2010. § 21. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/ARSA11758ES.doc]. Acesso em: 19.07.2018.

87. "El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado."

88. "Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años. La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión: […] 5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado."

89. "La ley [26.394] otorga competencia a la justicia ordinaria sobre los delitos cometidos por los militares e incorpora al Código Penal figuras delictivas específicas del ámbito castrense. Así, los tribunales nacionales serán los encargados de juzgar los delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas, ya que éstos afectan no sólo a los deberes militares, sino a un bien jurídico de mayor jerarquía, esto es, la eficacia de las fuerzas armadas en su carácter de protectoras de la defensa externa del territorio nacional" (VARELA, Silvia; SANTOS, Lucila; MUZZOPAPPA, Eva. Políticas de defensa y derechos humanos para las Fuerzas Armadas. In: CHILLIER, Gastón (Org.). *Derechos Humanos en Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009. p. 289).

90. Ressalta-se que na Argentina apenas se tolera a jurisdição castrense em tempos de guerra ou conflitos armados e desde que existam circunstância extraordinárias que não permitam o uso dos procedimentos comuns de tempos de paz. Confira-se "En cuanto al procedimiento establecido por la ley para tiempo de guerra y otros conflictos armados, se estipuló que los delitos cometidos por militares en situación de guerra o de

Indo além, pode-se igualmente encontrar paradigmas em países mais distantes, destacando-se o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em precedente com mais de século e meio. No caso *Ex Parte Milligan* de 1866, a corte estadunidense anulou condenação à morte proferida por justiça militar em desfavor de civil. Langdon Milligan era um fazendeiro e fora acusado, entre outras coisas, de subtração de armamento do exército e traição durante a Guerra de Secessão. Reconheceu-se, porém, que "leis marciais não poderiam jamais existir em lugares onde as cortes [civis] estão abertas e em exercício jurisdicional adequado e sem obstrução". O tribunal concluiu que eventuais momentos de crise não poderiam significar a suspensão das normas constitucionais que garantiam a Milligan o direito de ser julgado por uma autoridade constitucionalmente estabelecida – *in casu,* um júri civil –, sob pena de ser criada uma situação de despotismo e anarquia e, consequentemente, anulou o veredicto militar[91].

Frisa-se, ademais, que Portugal possui disposição constitucional que autoriza a existência de cortes marciais apenas em períodos de guerras e para julgamento de crimes estritamente militares[92]. O Paraguai possui forte limitação da jurisdição militar em sua Constituição[93]. Colômbia[94] e México[95], entre outros países, também caminham nessa linha.

---

conflicto armado 'serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz', excepto cuando se presenten dificultades insuperables, y la demora del proceso pudiera perjudicar la operación militar que se esté llevando a cabo. Es decir que, en la medida en que sea posible, el procedimiento para tiempo de paz será el aplicable" (VARELA, Silvia; SANTOS, Lucila; MUZZOPAPPA, Eva. Políticas de defensa y derechos humanos para las Fuerzas Armadas. In: CHILLIER, Gastón (Org.). *Derechos Humanos en Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009. p. 289).

91. HUDSON JR., David. *The handy supreme court answer book*. Detroit: Visible Ink Press, 2008. p. 119-121.

92. Segundo o art. 213 da Constituição da República Portuguesa: "Durante a vigência do estado de guerra serão constituídos tribunais militares com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar".

93. Segundo o art. 174 da Constituição da República Paraguaia: "Los tribunales militares solo juzgarán delitos o faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria. Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. En caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común. Sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados".

Assim, entende-se que seriam absolutamente proscritas, a partir da ótica do Pacto de San José e do entendimento de diversas outras democracias ocidentais, leis que venham a ampliar as atribuições das cortes militares e, especialmente, permitam que a milicianos que cometem crimes contra civis possam, em tempos de paz, e sob qualquer aspecto, serem julgados pela Justiça Militar[96].

Portanto, cumpre aos órgãos judiciais brasileiros afastar por completo a incidência da Lei 13.491/2017[97], levando-se especialmente em conta o posicionamento da Corte IDH, afinal:

> "[O] Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas aos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana"[98].

Conclui-se, assim, que tendo por parâmetro a CADH, a Lei 13.491/2017 é carente de qualquer validade jurídica. Não bastasse isso, aludida lei não apenas fracassa em superar um juízo de convencionalidade, mas igualmente resta inválida igualmente à luz da legislação interna.

---

94. Segundo o art. 213 da Constituição Política da Colômbia: "En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar".

95. Segundo o art. 13 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

96. PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 111. Também nesse sentido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica sobre o PL 44/2016*, Brasília, 28.07.2016. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/nota-tecnica-conjunta-2ccr-7ccr-pfdc]. Acesso em: 09.03.2018.

97. Por outro lado, ainda há resistência ao reconhecimento do posicionamento da Corte IDH acerca da limitação da jurisdição militar perante nossas cortes de justiça. Por todos: BRASIL. Superior Tribunal Militar, Recurso em Sentido Estrito 144-54.2014.7.01.0101. Relator: Min. José Coêlho Ferreira. Brasília, DF, 09.06.2016.

98. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almocidad Arellano *vs*. Chile. San José, 26.09.2006. § 124.

7. Uma norma inconstitucional: consideração a partir das atribuições do Tribunal do Júri

7.1. Inconstitucionalidade material

Mesmo aqueles que não aderem à posição da Corte IDH entendem que não caberia à lei alargar de maneira descriteriosa o que seria um crime militar impróprio. Não seria admitido, nessa linha, o alargamento da justiça marcial para situações que não atentam contra valores de hierarquia e disciplina militar, sob pena de criar uma casta social especial e sujeita não às leis ordinárias, mas à lei repressiva castrense e a essa jurisdição. Trazem como exemplo de alargamento indevido, entre outros, a tipificação militar do ato de abandono de incapaz (art. 212 do CPM e art. 133 do CP), da violação de correspondência (art. 227 do CPM e art. 151 do CP), ou a atração da justiça especializada pelo simples fato de estarmos diante de uma conduta criminosa praticada por um militar da ativa contra outro em igual situação[99], nos termos do art. 9º, II, *a*, do CPM[100], como no caso de conduta delitiva praticada por militar contra militar em ambiente doméstico e decorrente de relações familiares estranhas à caserna[101-102].

---

99. Nesse sentido, veja-se o posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence apresentado em seu voto vencido no Recurso Extraordinário 122.706/RJ: "[A] Constituição vigente limita-se a declarar a Justiça militar competente para 'processar e julgar os crimes militares definidos em lei'. Não se trata, porém, […] de franquia arbitrária deferida ao legislador para definir os crimes militares. O crime militar, na Constituição […] é conceito indeterminado, mas sua concretização legislativa não é arbitrária. […] Essa necessária congruência entre a definição legal do crime militar e a as razões da existência da Justiça Militar é o critério básico, que tenho por implícito na Constituição, a impedir a subtração arbitraria da Justiça comum de delitos que não tenham outra conexão com a vida castrense e os interesses de sua administração que a condição militar de seus personagens. Se se admite que, sendo o agente e a vítima militares, isso é bastante para que se defina crime como militar, também o seria, ao nuto do legislador, que o fosse só o agente ou apenas a vítima […]. [A] Justiça especial já se destinaria não aos crimes militares, mas crimes dos militares ou contra militares. […] Por isso, no caso – homicídio de um cabo fuzileiro contra um cabo marinheiro, cometido, porém, na residência da vítima, fora da zona militar, por contendas de inquilinato –, entendo que a capitulação do fato na lei militar ofendeu a norma constitucional da competência do Júri […]" (BRASIL. Recurso Extraordinário 122.706/RJ. Voto vencido: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21.11.1990. p. 460-466).

100. Segundo tal dispositivo, seriam crimes militares impróprios aqueles cometidos "por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhada".

101. LOBÃO, Célio. *Direito penal militar.* Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 52.

Nesse aspecto, os crimes militares por extensão, especialmente, acabam por ampliar de forma exacerbada a atuação das cortes militares para todo e qualquer tipo de crime, ainda que não previsto na legislação militar. Em outras palavras, amplia-se a jurisdição especializada para fatos que, por força de lei, não seriam violadores de interesses da caserna.

Logo, como já reconhecido pelo STF, mostra-se necessária alguma "congruência entre a definição legal do crime militar e as razões da existência da Justiça Militar é o critério básico, implícito na Constituição, a impedir a subtração arbitrária da Justiça comum de delitos que não tenham conexão com a vida castrense"[103]. Em outras palavras, a ampliação da competência da justiça castrense que desconsidere a questão da hierarquia e da disciplina militar deve ser vista como intolerável.

Ainda, essa situação se mostra crítica quando afasta uma garantia constitucional como o Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Afinal, como pudermos ver, no caso *Ex Parte Milligan* eventuais momentos de crise não poderiam significar a suspensão das normas constitucionais que prevejam a necessidade de determinadas questões serem julgado por uma autoridade constitucionalmente estabelecida, notadamente um júri civil.

O artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preceitua que é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurada a sua competência mínima para o julgamento

---

102. Veja-se o posicionamento do STF no julgamento do *Habeas Corpus* 103.812/SP, em que versou sobre crime de homicídio praticado em situação de violência de origem familiar pratica por esposa contra seu marido, ambos militares. *In casu,* a corte entendeu que a disposição do art. 9º, II, *a*, do CPM traria efeitos inconstitucionais posto que significaria uma ampliação indevida da jurisdição militar: "A competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes contra a vida prevalece sobre a da Justiça Militar em se tratando de fato circunscrito ao âmbito privado, sem nexo relevante com as atividades castrenses. […] *In casu*, embora a paciente e a vítima fossem militares à época, nenhum deles estava em serviço e o crime não foi praticado em lugar sujeito à administração militar, sendo certo que o móvel do crime foi a falência do casamento entre ambos, bem como o intuito da paciente de substituir pensão alimentícia cessada judicialmente por pensão por morte e de obter indenização do seguro de vida, o que é o suficiente para afastar a incidência do art. 9º, II, *a*, do CPM. […] Habeas corpus concedido para declarar a incompetência da Justiça Militar" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 103.812/SP. Relator para acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 29.11.2011).

103. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 103.812/SP. Relator para acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 29.11.2011.

dos crimes dolosos contra a vida. Inexiste norma constitucional que determine à Justiça Militar julgar crimes dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil. Em realidade, há previsão constitucional diametralmente oposta ao frisar que cabe à jurisdição militar processar os milicianos estaduais por "crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil" (art. 124, § 4º, CF).

Assim, a CF/88, em relação aos militares estaduais, prevê, expressamente, que a competência do Tribunal do Júri para processar e julgar crimes dolosos contra a vida deve ser respeitada, não existindo razões jurídicas ou razoabilidade para que seja possível diferenciar a conduta de Militares Estaduais em relação a eventuais crimes contra a vida praticados por Militares das Forças Armadas, sob pena de afronta ao princípio da unidade do ordenamento jurídico[104].

Não há que se vislumbrar, portanto, argumentos a possibilitar que os crimes dolosos contra a vida cometidos por milicianos estaduais, ainda que em serviço, seja da alçada do Tribunal do Júri, enquanto os crimes praticados pelos membros das forças militares da União em "missões especiais", em razão da designação pelo Presidente da República – elencadas pela Lei 13.491/2017 ao alterar a redação do art. 9º, § 2º, do Código Penal Militar – sejam de competência da jurisdição castrense.

Registramos, por fim, que é certo não ser a competência do Tribunal do Júri absoluta, sendo franqueada à Constituição o poder de afastá-la em casos pontuais[105]. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal reconhece ser impossível, exceto por previsão expressa na própria Constituição Federal, a derrogação da competência do Tribunal do Júri. Nesse aspecto, apontou, através de entendimento consolidado no enunciado sumular vinculante 45, que a competência do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.

Entre os fundamentos utilizados para decidir desse modo, apontou-se que

> "no que concerne à competência do Tribunal do Júri, para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tem o STF decidido que apenas podem ser excepcionadas, nos casos de foro especial, por prerrogativa de função, as hipóteses previstas na própria Constituição [Federal]".

104. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 163.

105. Por todos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 70.581. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 21.09.1993.

Logo, eventual disposição contida apenas no seio de Constituição Estadual que estabeleça foro especial para processamento de crimes cometidos por algumas autoridades – como no caso de membros da Defensoria Pública[106] – não poderia derrogar a competência do Tribunal do Júri contida na Constituição Federal[107].

Aponta-se que, especificamente sobre a questão da derrogação da competência do Júri, há a ação direta de inconstitucionalidade 5.901, ajuizada pelo PSOL, com o fito exatamente de ver reconhecido como inconstitucional o art. 9º, § 2º, II, do CPM com redação dada pela Lei 13.491/2017 por afronta às disposições constitucionais referentes à competência do Júri. Tal ação está pendente de julgamento até a conclusão do presente estudo[108], havendo decisão que determinou o processamento da ação sob o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei 9.868/99[109], bem como parecer da Procuradoria-Geral da República a favor da declaração de inconstitucionalidade.

7.2. Inconstitucionalidade formal

Finalmente, registra-se que além da já abordada inconvencionalidade e da própria violação material[110] à Constituição, a Lei 13.491 atalhou de forma aberrante o processo legislativo, merecendo ser tida por inválida, pois formalmente

106. Como ocorre, por exemplo nos seguintes estados-membros: Alagoas (art. 133, IX, *a*, da Constituição Estadual); Amazonas (art. 71, X, da Constituição Estadual); Bahia (art. 123, I, *a*, da Constituição Estadual); Goiás (art. 46, VIII, *e*, da Constituição Estadual); Mato Grosso (art. 96, I, *a*, da Constituição Estadual); Pará (art. 161, I, *a*, da Constituição Estadual); Piauí (art. 123, III, Constituição Estadual); Rio de Janeiro (art. 161, IV, *d*, da Constituição Estadual); Espírito Santo (art. 123, § 6º, da Constituição Estadual); Acre (art. 95, I, da Constituição Estadual); Maranhão (art. 81, II, da Constituição Estadual); Mato Grosso do Sul (art. 114, I, *a*, da Constituição Estadual) e Rondônia (art. 87, IV, *b*, da Constituição Estadual)

107. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 80.477. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 31.10.2000.

108. Em 10.08.2018.

109. "Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação."

110. Também denominada de inconstitucionalidade "nomoestática".

inconstitucional[111]. A respeito, critica-se a ausência de legitimidade do Presidente da República para transformar uma lei temporária em uma lei permanente por intermédio de veto, em um claro acréscimo a Projeto de Lei, desvirtuando a finalidade desejada pela norma no momento do seu encaminhamento para apreciação.

Aponta-se que as leis temporárias[112] são aquelas cuja vigência vem previamente fixada pelo legislador e são leis excepcionais as que vigem durante situações de emergência[113]. No caso da Lei 13.491/2017, o seu artigo 2º previa que a norma em questão teria validade até a data de 31 de dezembro de 2016, posto que serviria para a situação de emergência de garantir maior segurança para a realização das Olimpíadas e Paraolimpíadas ocorridas em 2016, no Rio de Janeiro/RJ[114].

Assim, a vontade do legislador, após a regular tramitação do então projeto de lei, era de que a norma tivesse vigência apenas durante a realização dos eventos esportivos. Entretanto, a lei aprovada pelo Poder Legislativo foi vetada parcialmente pela presidência exatamente nesse aspecto. Transformou-se, nessa senda e via veto presidencial, uma lei temporária em permanente sob os seguintes fundamentos:

> "As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição"[115]

111. Tal inconstitucionalidade por violação ao processo legislativo é tida denominada inconstitucionalidade formal ou também inconstitucionalidade "nomodinâmica".

112. Registramos que há discussão sobre a constitucionalidade de leis penais temporárias. Entretanto, esse tema não será objeto do presente artigo.

113. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 (Parte Geral). p. 211.

114. SECRETARIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. *Estudo do veto 34/2017*, Brasília, 08.09.2017. Disponível em: [http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7271930&disposition=inline]. Acesso em: 17.01.2018.

115. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Mensagem 402:* razões de veto parcial ao PL 44/2016. Brasília, 13.10.2017. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-402.htm]. Acesso em: 17.01.2018.

Constata-se, entretanto, que o Presidente da República *não possui legitimidade* para transformar uma norma que seria temporária em uma norma definitiva em um acréscimo/adição[116] ao projeto de lei às avessas por intermédio de veto. Compete precipuamente ao Congresso Nacional, agindo como representante do povo, legislar em cumprimento às atividades típicas do Poder Legislativo[117].

Entende-se que a mudança de norma temporária, após a aprovação em ambas as casas legislativas, em norma permanente, em contrariedade à vontade do legislador, configura hipótese de violação à separação de poderes (art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e ao princípio republicano, posto que a vontade dos representantes do povo foi desvirtuada pelo Presidente da República por intermédio do veto presidencial[118].

Assim, a promulgação de uma norma sem a legitimidade popular e a realização de atos legislativos por parte do Presidente da República merecem ser objetos de crítica e do reconhecimento de inconstitucionalidade formal, posto que a atividade legislativa é inerente ao Poder Legislativo e não é franqueado ao Presidente da República, por intermédio de um veto presidencial, o poder de legislar.

A respeito, de acordo com o artigo 66, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, autoriza-se o Presidente da República, se considerar determinado projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo total ou parcialmente, comunicando à autoridade competente os motivos do veto. A razão de existência do referido instituto jurídico é retirar do ordenamento jurídico dispositivos normativos que sejam inconstitucionais (veto jurídico) ou contrários ao interesse público (veto político).

O veto, portanto, possui uma característica supressiva, ou seja, "o veto brasileiro somente poderá determinar a erradicação de qualquer artigo, parágrafo, inciso ou alínea, não existindo a possibilidade de adicionar-se algo no texto aprovado do projeto de lei"[119].

Caso, em detrimento de suprimir efeitos jurídicos, ao utilizar o veto com o fito de acrescentar algo ao projeto de lei – transformando a lei temporária em lei

116. Há limites a serem observados no veto. Só pode haver a rejeição integral do projeto (veto total) ou de parte dele (veto parcial), nunca acréscimo ou adição (NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 163).

117. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157.

118. Analisando especificando a L. 13.491/2017 neste aspecto: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 369-370.

119. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010. p. 668.

permanente –, há um manifesto desvirtuamento das finalidades do veto presidencial, que *in casu* deixou de ser um mecanismo de controle aos atos legislativos para se transformar em hipótese legiferante da Presidência da República ao arrepio do Congresso Nacional e do processo legislativo constitucionalmente previsto, sendo a inconstitucionalidade de tal ato defendida pelo então Presidente da República em seus estudos[120].

8. Considerações Finais

> A persistência de antigas formas de criminalidade, a aparição de novas expressões da delinquência, o assédio do crime organizado, a extraordinária virulência de certos delitos de sua gravidade – tais como terrorismo e o narcotráfico –, têm determinado uma sorte de 'exasperação ou desesperação' que é má conselheira: sugere o abandonar os progressos e retornar a sistemas ou medidas que já mostraram enormes deficiências éticas e práticas. Em uma de suas versões extremas, este abandono gerou fenômenos como a 'guantanamização' do processo penal [...][121]
> (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Tibi *vs.* Equador)

A história da democracia e dos Direitos Humanos possui intima relação com evolução do sistema persecutório, sendo o processo penal um palco de progressos da humanidade, seja em aspectos éticos ou jurídicos. Os direitos e garantias processuais são corolários dessa história, não sendo possível afirmar que há devido processo quando este, por exemplo, se desenvolve perante autoridade judicial incompetente. Isto não se dá apenas em prejuízo ao acusado, mas, igualmente, no intuito de blindar interesses escusos do poder político de plantão. Ao contrário de criar atalhamentos processuais para criar um

120. "Assim, o fundamento doutrinário que alicerça a concepção de que o veto parcial deve ter maior extensão suporta-se na ideia de que, vetando palavras ou conjunto de palavras, o Chefe do Executivo pode desnaturar o projeto de lei, modificando o seu todo lógico, podendo, ainda, com esse instrumento, legislar. Basta – como se disse – vetar advérbio negativo. Data vênia, não é bom esse fundamento, uma vez que: a) o todo lógico da lei pode desfigurar-se também pelo veto por inteiro, do artigo, do inciso, do item ou da alínea. E até com maiores possibilidades; b) se isto ocorrer – tanto em razão do veto da palavra ou de artigo – o que se verifica é usurpação de competência pelo Executivo, circunstância vedada pelo art. 2º da CF [...]" (TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. p. 143/144)

121. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Tibi *vs.* Equador. San José, 07 set. 2004, voto concorrente de Sérgio García Ramírez. §30.

fim "justo"[122], impõe-se entraves processuais exatamente para fim nenhum ser alcançado.

Frisa-se que essa situação não é estranha no cenário jurídico pátrio. Como já apontado pela Corte IDH no caso "Favela Nova Brasília", trata-se de fato corriqueiro no Brasil investigações de abusos cometidos pelo aparato de segurança pública tendo por objeto não os fatos ocorridos, mas, sim, tendo por escopo o papel da vítima. Assim: "antes de investigar e corroborar a conduta policial, em muitas das investigações se realiza uma investigação a respeito do perfil da vítima falecida e se encerra a investigação por considerar que era um possível criminoso"[123].

É certo, ademais, que o Comitê de Direitos Humanos da ONU e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos[124], entre outros órgãos internacionais, já reconheceram a incapacidade de investigar casos de violações de Direitos Humanos cometidas pelas forças públicas, tendo em vista entraves e empecilhos das engrenagens do sistema de justiça militar nacional[125].

O sistema penal brasileiro é deveras excludente e utiliza de vários artifícios para tanto. Além de selecionar majoritariamente as camadas sociais mais

122. Como no caso da lenda romana dos irmãos Rômulo e Remo em que aquele assassinou seu irmão e, posteriormente, consentiu com a morte Tito Tácio para, assim, ser possível a estabilidade e fundação do futuro Império Romano. Lenda analisada por Maquiavel e na qual justificou as condutas atrozes de Rômulo, em razão das consequências positivas dos Atos. perante esses comentários, é imputada ao autor florentino a máxima "os fins justificam os meios". Confira-se: "direi que muitos porventura considerarão mau o exemplo de um fundador de estado, como foi Rômulo, que primeiro matou um irmão seu e depois consentiu com a morte de Tito Tácio Sabino, escolhido por ele mesmo como companheiro de reino [...] nenhum sábio engenho repreenderá ninguém por alguma ação extraordinária que tenha cometido para ordenar um reino ou constituir uma república. Cumpre que, se o fato o acusa, o efeito o escuse; e quando o efeito for bom, como o de Rômulo, sempre o escusará: porque se deve repreender quem é violento para estragar, e não quem o é para consertar" (MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. Patrícia Fountoura Aranovich. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 41).

123. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cosme Rosa Genoveva e outros *vs.* Brasil (caso "Favela Nova Brasília"). San José, 16.02.2017. § 107.

124. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. Washington, 29.09.1997. Capítulo 3, § 77/80. Disponível em: [https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%203.htm#impunidade]. Acesso em: 12.07.2018.

125. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. *Ata resumida da 1506ª Sessão*. Genebra, 16.07.1996. § 5.

excluídas – negros, pobres, jovens – e representá-los de forma desproporcional nas prisões, o sistema igualmente deixa de lhes atribuir a devida proteção jurídica enquanto vítimas, tolerando a criminalidade contra esse grupo. Em outras palavras, exclui de forma múltipla, seja através da persecução criminal propriamente dita, seja através da tolerância de ilícitos contra determinado grupo.

Por outro lado, mesmo já tendo sido condenado pela Corte IDH a tomar medidas concretas para que atos de violações de direitos fundamentais cometidos pelos aparatos de segurança não restem impunes[126], o governo brasileiro optou, diante de uma série de demandas da sociedade decorrentes de uma crescente criminalidade oriunda da incapacidade do poder público em fazer frente às promessas constitucionais descumpridas, a responder por meio de novas formas de controle social e restrição de direitos.

Assim, em lugar de tomar medidas em prol da redução da violência estatal – como ocorreu, por exemplo, na Argentina após censuras dos órgãos de proteção do sistema interamericano de Direitos Humanos –, optou-se por retirar os militares de suas casernas[127]. Trouxe-os para contornar a crise de segurança a que estamos submetidos e, através da Lei 13.491/2017, buscou conferir alguma salvaguarda aos seus membros.

Ampliou-se a competência de um ramo da justiça marcada pelo compadrio e aberrante em uma democracia em tempos de paz. Criou-se, nesta senda, uma

126. Entre outras: "O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, desde a notitia criminis se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cosme Rosa Genoveva e outros *vs.* Brasil (caso "Favela Nova Brasília"). San José, 16.02.2017, pontos resolutivos. §16).

127. Segundo notícia veiculado no jornal *Folha de S. Paulo*, sob o governo do Presidente Michel Temer "é crescente o movimento de entregar a militares áreas do governo ocupadas por civis", sendo próprio jornal denominado de "processo de militarização no Executivo" e que ainda foram deflagradas diversas operações de "Garantia da Lei e da Ordem" em diversos estados da federação. Por sua vez, igualmente para "acolher antiga reivindicação dos militares, Temer alterou a legislação de forma a permitir que sejam julgados, a partir de agosto, pela Justiça Militar sobre crimes praticados durante operações de rua" (Temer dá à militares controle sobre áreas sensíveis do governo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 05.03.2018. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/temer-da-a-militares-controle-sobre-areas-sensiveis-do-governo.shtml]. Acesso em: 09.03.2018).

garantia em prol dos militares "para agir sem o risco de surgir uma nova Comissão da Verdade"[128].

Conclui-se que a Lei. 13.491 é representativa de um momento político de fragilização democrática e arrefecimento de garantias em prol de um discurso excludente. Resta-nos, todavia, relembrar o poder constituído brasileiro sobre os limites reconhecidos pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos mais básicos do ser humano, os quais não toleram tais medidas.

Referências bibliográficas

ABREU, Marcos Araguari. Ampliação da competência das justiças militares pela Lei Ordinária Federal 13491, de 13 de outubro de 2017, e a incômoda questão do "nós" contra os "outros". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (IBCCRIM)*, v. 307, jun. 2018. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6169-A-ampliacao-da-competencia-das-justicas-militares-pela-lei-ordinaria-federal-13491-de-13-de-outubro-de-2017-e-a-incomoda-questao-do-nos-contra-os-outros]. Acesso em: 05.07.2018.

ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando, A constituição dirigente invertida. *Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra*, v. 49, p. 57-77, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1 (Parte Geral).

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Informe 15/2010*. Washington, 16.03.2010. § 21. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/ARSA11758ES.doc]. Acesso em: 19.07.2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Washington, 29.09.1997.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. *Ata resumida da 1506ª Sessão*. Genebra, 16 jul. 1996.

128. A respeito, ver: "Militares precisam ter garantia para agir sem o risco de surgir uma nova comissão da verdade", diz comandante do Exército. *G1*, São Paulo, 19.02.2018. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/general-vilas-boas-militares-precisam-ter-garantia-para-agir-sem-o-risco-de-surgir-uma-nova-comissao-da-verdade.ghtml]. Acesso em: 05.07.2018.

DOTTI, René Ariel. O processo penal constitucional: alguns aspectos relevantes. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 04.12.2015. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-processo--penal-constitucional---alguns-aspectos-de-relevo-dp37vc8cc3yr3v4vgz1o-xdkgv]. Acesso em: 02.03.2018.

HUDSON JR., David. *The handy supreme court answer book*. Detroit: Visible Ink Press, 2008.

KASSAMA, Alexandre. Apontamentos sobre a Lei de Abuso de Autoridade em seus aspectos penais. In: PASSADORE, Bruno de Almeida et al (Org.). *Defensoria Pública*: estudos sobre atuação e função. Curitiba: Juruá, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *O Consultor Jurídico*. São Paulo, 20.10.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri]. Acesso em: 09.03.2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017 reforça militarização da segurança pública e da Justiça Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (IBCCRIM)*, v. 300, nov. 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6060-Lei-134912017-o-Brasil-na-contramao-da-democracia-e-dos-direitos-humanos]. Acesso em: 05.07.2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. Patrícia Fountoura Aranovich. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimote. *Jurisprudência internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PASSADORE, Bruno de Almeida. Defensoria Pública no IRDR: uma análise a partir de novas atribuições da Defensoria Pública no sistema jurídico. In: PASSADORE, Bruno de Almeida et at (Org.). *Defensoria Pública*: estudos sobre atuação e função. Curitiba: Juruá, 2017.

PASSADORE, Bruno de Almeida; BANDEIRA, Nize Lacerda Araújo, A incompreendida proibição do *bis in idem* na perspectiva americana. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico,* 15.08.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-ago-15/tribuna-defensoria-incompreendida-proibicao-bis-in-idem-perspectiva-americana]. Acesso em: 06.03.2018.

PASSADORE, Bruno de Almeida; COSTA, Camille Vieira da. Convenção OIT 182 garante proteção integral do adolescente. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico,* 26.09.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-set-26/tribuna-defensoria-convencao-oit-182-garante-protecao-integral-adolescente]. Acesso em: 06.03.2018.

PASSADORE, Bruno de Almeida. Frustações sociais e fragilização democrática: o caso Marielle Franco. *Revista Eletrônica Justificando*. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2018/03/21/frustracoes-sociais-e-fragilizacao-democratica-o-caso-marielle-franco/]. Acesso em: 30.03.2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSSETO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015 (versão em *e-book*. Comentários ao art. 9º).

ROTH, João Ronaldo. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). *Revista de Direito Militar*, n. 126, set.-dez. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. Malheiros Editores, 2008.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, n. 189, ano 35, nov. 2010.

VARELA, Silvia; SANTOS, Lucila; MUZZOPAPPA, Eva. Políticas de defensa y derechos humanos para las Fuerzas Armadas. In: CHILLIER, Gastón (Org.). *Derechos Humanos en Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Pesquisas do editorial

Veja também Doutrinas

- A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro, de Ricardo Donizete Guinalz e Thadeu Augimeri de Goes Lima – *RBCCrim* 128/349-381 (DTR\2017\213);
- Controle jurisdicional do ato disciplinar militar, de Enio Luiz Rossetto – *RT* 927/583-590 (DTR\2012\451320);
- Crime militar, transgressão disciplinar e a dupla incidência punitiva, de Cleber Olympio – *RT* 960/169-186 (DTR\2015\13203); e
- Polícia violenta: natural ou inverossímil?, de Eduardo Augusto Paglione – *RBCCrim* 149/377-417 (DTR\2018\20697).

Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios

Protective orders: legal nature and decision standards

Thiago Pierobom de Ávila

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (2015), com pesquisa de Pós-Doutorado em Criminologia pela Universidade Monash da Austrália (2017). Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília (2006). Especialista pela École Nationale de la Magistrature da França (2013), Professor Associado do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do UniCEUB. Professor do programa de Pós-Graduação *lato sensu* da FESMPDFT. Pesquisador Associado ao Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa, *Fellow* do Gender and Family Violence Prevention Centre, da Universidade Monash, Austrália. Promotor de Justiça do MPDFT.
thiago.pierobom@hotmail.com

Recebido em: 05.02.2018
Aprovado em: 07.01.2019
Última versão do autor: 12.02.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: Diversos estudos documentam a resistência do sistema de justiça em conceder as medidas protetivas de urgência. Tal resistência deriva de uma equivocada compreensão das medidas protetivas de urgência como medidas cautelares criminais. O trabalho propõe a reconfiguração das medidas protetivas de urgência como tutela cível, de cunho inibitório ou reintegratório, e caráter satisfativo, portanto independente de outro processo principal. Propõe-se uma nova interpretação teleológica, considerando os estudos psicossociais sobre fatores de risco, sobre os requisitos para a concessão das medidas protetivas de urgência e seu prazo. Conclui que, para a concessão das medidas protetivas de urgência, basta uma situação de violência doméstica e familiar contra a mulher (criminal ou não criminal), pois a necessidade de proteção

Abstract: Many studies indicate a resistance in the Brazilian justice system to grant protective orders. It is due a mistaken comprehension of the protective orders as a criminal measure. This paper proposes a reconfiguration of the protective orders as a civil procedure, with prohibitory or restorative injunctions, autonomously granted in consideration of another procedure. It analyzes, considering psycho-social studies on risk assessment, the requirements to grant orders and its validity term. It concludes the requirement is only a situation of domestic or family violence against the woman (criminal or non-criminal), since the protection need is presumed by Law. This analysis must consider the probability of the claim, regarding the precaution principle, and creates an *in dubio pro tutela* decision standard. The injunction must have

Ávila, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 157. ano 27. p. 131-172. São Paulo: Ed. RT, julho 2019.

é presumida pela lei. O *standard* decisório é a verossimilhança da alegação pela requerente, à luz do princípio da precaução e gera um parâmetro decisório *in dubio pro tutela.* As medidas protetivas de urgência devem ter duração enquanto forem necessárias à proteção da mulher, com a cláusula *rebus sic stantibus.* A excepcional restrição de contato com os filhos deve considerar a violência psicológica decorrente da exposição à violência contra a genitora e a relevância de intervenções psicossociais para a reaproximação paterna.

Palavras-chave: Violência doméstica – Medidas protetivas – Natureza cível – Requisitos – Vigência.

validity while necessary to protect the woman, with a *rebus sic stantibus* clause. The exceptional restriction of contact with children must consider the psychological violence of the exposure to the violence against their mother and the importance of psycho-social interventions for the father rapprochement.

Keywords: Domestic violence – Protective orders – Civil nature – Requirements – Validity term.

Sumário: Introdução. 1. A resistência de concessão das medidas protetivas de urgência pelo sistema de justiça. 2. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. 3. Requisitos para o deferimento de medidas protetivas de urgência. 3.1. Necessidade de proteção presumida pela lei. 3.2. Situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. 3.3. Standard decisório: verossimilhança da alegação da mulher. 3.4. Casuística: princípio da precaução e o in dubio pro tutela. 4. O prazo de vigência das medidas protetivas de urgência. 5. Segue: a restrição ou suspensão do direito de visitas aos filhos. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A Lei Maria da Penha – LMP (Lei 11.340/2006) inaugurou um novo marco legislativo no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. A legislação, promulgada após a condenação do Estado brasileiro pela OEA por sua omissão histórica na proteção às mulheres (CIDH, 2001), alinha-se a um conjunto de diretrizes internacionais de direitos humanos relacionadas à obrigação estatal de providenciar mecanismos eficientes para se proteger as mulheres em situação de violência doméstica. Entre os principais, destacam-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela ONU em 1979, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU em 1993; a Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, 1994 – Convenção de Belém do Pará.

As medidas protetivas de urgência previstas no artigo 18 e seguintes da LMP estão diretamente relacionadas ao cumprimento da obrigação estatal de proteger os direitos fundamentais das mulheres em situação de violência.

Todavia, diversas pesquisas têm documentando um déficit na implementação das medidas protetivas de urgência pelo Poder Judiciário (PASINATO 2012; BARSTED; PITANGUY, 2013; MENEGHEL et al, 2015; AZEVEDO et al, 2016; DINIZ; GUMIERI, 2016; OLIVEIRA et al, 2016; PASINATO et al, 2016; CAMPOS, 2017). Entre os principais problemas estão o rigorismo excessivo para concessão das medidas protetivas de urgência, especialmente para as medidas relacionadas ao rearranjo familiar, sua não concessão para atos de violência doméstica sem correspondência criminal, a condicionalidade à existência atual de um processo penal, a exigência de outras provas além do depoimento da mulher, seu deferimento por poucos meses, e a exigência de posterior ajuizamento de alguma ação principal.

O presente artigo argumenta que a raiz desses problemas está na construção de uma dogmática equivocada e conservadora sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, que usualmente são compreendidas como medidas cautelares criminais, em vez de uma tutela cível inibitória ou reintegratória, guiada pelo princípio da precaução.

Este estudo utilizará o método de revisão de literatura sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência e seus critérios decisórios. Após, incorporando-se os estudos das ciências sociais sobre a complexidade da violência de gênero e os estudos psicossociais sobre os fatores de risco às mulheres em situação de violência doméstica, realizará análise crítica da deficiência de incorporação dessa perspectiva de gênero pela atual dogmática jurídica relativa à natureza jurídica, requisitos de deferimento e prazos de duração das medidas protetivas de urgência. Nesta análise será utilizado o método hermenêutico de interpretação teleológica, à luz da diretriz insculpida no art. 4º da Lei 11.340/2006.

O presente estudo parte da premissa de Müller, para o qual, na moderna hermenêutica jurídica, é essencial

> "não mais tratar as ciências econômicas e sociais, a sociologia, a história, a criminologia e os outros domínios de pesquisa como meras 'ciências auxiliares' simplesmente destinadas a aportarem 'materiais brutos'. Ao contrário, esta concepção exige a assimilação dos questionamentos e resultados parciais destas ciências sob a forma de sínteses (parciais) que devem conferir legitimação metodológica à perspectiva seletiva do programa normativo, elemento essencial da interpretação jurídica." (MÜLLER, 1996:293)

Espera-se proporcionar ferramentas hermenêuticas para uma nova compreensão de um instituto jurídico central no sistema protetivo da LMP, de forma a assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais das mulheres.

1. A resistência de concessão das medidas protetivas de urgência pelo sistema de justiça

Pesquisa realizada em Belo Horizonte (PASINATO, 2012:175-183) documentou que duas situações dificultam a concessão das medidas protetivas de urgência. O conteúdo do relato da vítima, colhido na Delegacia de Polícia, por ser excessivamente sucinto, não permitiria ao juiz compreender a complexidade da situação e, assim, conceder as medidas protetivas de urgência. Também se constatou a inexistência de articulação entre o Judiciário e a rede de serviços para a fiscalização da decisão quanto a eventual desobediência e que muitas mulheres em situação de violência consideram as medidas protetivas um mero papel, o qual sem as devidas políticas públicas não seria suficiente à sua proteção.

Pesquisa realizada no Distrito Federal, relativa aos anos de 2006 a 2012, indica uma resistência do Judiciário em deferir medidas protetivas relacionadas ao rearranjo familiar e patrimonial, levantando a hipótese e que "essa resistência seja um reflexo da tendência familista da resposta judicial à violência doméstica, que pode estar dificultando o acesso a medidas protetivas que impliquem intervenção no regime de manutenção da casa" (DINIZ; GUMIERI, 2016:205). Mesmo para as medidas protetivas relacionadas mais imediatamente à proteção pessoal, como a proibição de aproximação e contato, verificou-se que elas foram, respectivamente, requeridas em 96% e 87% dos casos, e deferidas em 69% e 66% dos casos (DINIZ; GUMIERI, 2016:205). De forma mais genérica, 25% dos pedidos de medidas protetivas de urgência foram totalmente indeferidos. Referidas autoras consideram tais percentuais de indeferimento excessivamente elevados, considerado serem pedidos de proteção diante de alegada situação de risco. Há muitas vezes uma "displicência judicial" no indeferimento imotivado de medidas protetivas de urgência (CAMPOS, 2017:13).

Pesquisa realizada em Porto Alegre documentou que muitos operadores do sistema de justiça ainda possuem a representação de que as mulheres "abusam" ao solicitarem medidas protetivas de urgência em situação de "mero" desentendimento conjugal, levantando a hipótese de que muitos juristas ainda são conservadores, corporativos e pouco abertos ao diálogo com a sociedade (MENEGHEL et al, 2015:696). A visão preconceituosa de que as mulheres, ao solicitarem medidas protetivas, "inventam histórias" e depois "deixam de colaborar" ainda é frequente (BARSTED; PITANGUY, 2013:95).

Para o presente estudo, realizou-se nova pesquisa no Distrito Federal sobre o padrão decisório dos juízes com atuação na área de violência doméstica contra a mulher. No Distrito Federal há 19 varas com competência de aplicação da LMP,

sendo 16 varas especializadas exclusivas e 3 com competência cumulada (DISTRITO FEDERAL, 2017b).

A pesquisa foi realizada mediante requerimento de acesso a informações, realizado por *e-mail*, a 19 Promotores de Justiça que atuam perante os juízes especializados ou de competência cumulada, realizada durante o mês de julho de 2017, mediante prévia aprovação e acompanhamento pelo Núcleo de Gênero do MPDFT. As informações obtidas indicam que, usualmente, quando os magistrados deferem a medida, decide-se dentro de padrões decisórios. Verificaram-se três padrões decisórios: (i) deferimento por prazo indeterminado, vinculado à duração do processo criminal (12 varas, 63,2%); (ii) deferimento por prazo determinado de um ano, admitida a renovação do prazo mediante solicitação (uma vara, 5,2%); (iii) deferimento por prazo determinado e precário, de alguns poucos meses, com divergências sobre a necessidade de novos fatos para a renovação da medida (seis varas, 31,6%). Nesta última hipótese, os prazos variaram de apenas 60 dias até 120 dias.

Verificou-se ainda serem raros os casos em que o magistrado defere as medidas protetivas de urgência sem um processo criminal, ou após o seu arquivamento, ou ainda para além da sentença condenatória. Essas informações reforçam a representação pelos magistrados de que as medidas protetivas de urgência são medidas cautelares criminais, e não uma tutela cível. E indicam o problema da vigência por curto período em alguns juízos.

Em síntese, ainda há uma "aplicação tradicional de uma lei inovadora" (PASINATO et al, 2016:252) que exige um "novo giro paradigmático" em direção às políticas de prevenção (CAMPOS, 2017:19). A solução do problema passa pela reconstrução da dogmática das medidas protetivas, à luz do acúmulo de pesquisas sobre as dinâmicas do contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Vejamos.

2. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência

A análise dos requisitos probatórios para a concessão das medidas protetivas de urgência e sua vinculação temporal estão diretamente relacionadas à definição de sua natureza jurídica.

Há enorme celeuma doutrinária sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Um segmento defende se tratar de medida de natureza cível (PIRES, 2011:155; CUNHA; PINTO, 2014:156; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016; OLIVEIRA et al, 2016:105; PASINATO et al, 2016: 246; e, aparentemente, FERNANDES, 2015:142). Há quem a classifique como medidas cautelares

inominadas assemelhadas aos *writs* constitucionais (LIMA, 2011:329; DIAS, 2012:148), ou tutela de amparo *sui generis* com natureza acautelatória especial (CAMPOS; CORRÊA, 2007:384). Há ainda a posição de se tratar de medidas híbridas (DINIZ, 2014:9; COPEVID, Enunciado 4). Cavalcanti (2010:223) cinde as medidas protetivas em criminais (art. 22, incisos I, II e III, da LMP) e cíveis (incisos IV e V) e Souza (2013:151 e 176) aparentemente segue essa linha. Normalmente, os criminalistas tendem a reconduzir as medidas protetivas de urgência à lógica das medidas cautelares criminais, ainda que o façam genericamente, sem discutir sua efetiva natureza jurídica (DELMANTO, 2008:163; FEITOZA, 2008:779; BELLOQUE, 2011:309; CRUZ, 2011:181). Bianchini (2011:241) afirma genericamente que "as medidas protetivas da Lei Maria da Penha possuem natureza jurídica distinta das medidas cautelares do CPP", já que visam garantir os direitos previstos na LMP. Há precedentes conflitantes do STJ sobre o tema, dois entendendo pela natureza cível e autônoma das medidas protetivas (BRASIL, 2014b; BRASIL, 2016) e outro afirmando se tratar de uma cautelar criminal (BRASIL, 2017). Todavia, a interpretação proposta neste trabalho sustenta que todas as medidas protetivas que obrigam o agressor, previstas no art. 22 da LMP, são de natureza cível, mesmo que venham a ter reflexos no sistema cautelar criminal.

A resistência dos criminalistas em reconhecer as medidas protetivas de urgência como de natureza exclusivamente cível poderia ser sintetizada em quatro argumentos: (i) elas são requeridas pela mulher na delegacia de polícia, quando do registro de ocorrência policial (LMP, art. 12, inciso III); (ii) o descumprimento das medidas protetivas de urgência permite a decretação da prisão preventiva do agressor (LMP, art. 20 e CPP, art. 313, III); (iii) algumas das medidas protetivas de urgência, especialmente as de afastamento do lar, proibição de aproximação e contato com a vítima e frequência a determinados lugares, previstas no art. 22, incisos II e III, da LMP, possuem paralelismo com as medidas cautelares criminais previstas no art. 319, incisos II e III, do CPP e, portanto, aparentemente se inseririam no *dégradé* das medidas cautelares alternativas à prisão; (iv) as medidas protetivas de urgência teriam natureza punitiva e/ou restritiva da liberdade, de forma que teriam necessariamente natureza criminal.

Todavia, tais argumentos podem ser refutados, a fim de se assegurar uma natureza jurídica exclusivamente cível às medidas protetivas de urgência, pois: (i) a permissão legal de ajuizamento da ação cível de proteção perante a autoridade policial (a qual funciona apenas como serventuária da justiça) e sem necessidade de intervenção de advogado tem apenas a finalidade de facilitar o acesso à justiça pela mulher em situação de violência doméstica (DIDIER JR.; OLIVEIRA,

2016:141); (ii) o fato de uma medida cível ter possível repercussão na jurisdição criminal não a transforma necessariamente em uma medida criminal, já que o próprio CPP, em seu art. 92, admite a existência de questões prejudiciais da jurisdição cível a influenciar na jurisdição penal; (iii) quando as medidas protetivas foram criadas, elas não possuíam qualquer simetria com as medidas cautelares criminais, criadas posteriormente pela Lei 12.403/2011, e o fato de (apenas) algumas das medidas protetivas terem simetria com posteriores medidas cautelares criminais não necessariamente as transforma em medidas cautelares criminais se há um direito fundamental autonomamente tutelável na esfera cível; ademais, a própria LMP previu que elas teriam natureza cível, ao fazer referência, em seu art. 22, § 5º, à aplicação do art. 461 do CPC/1973, que então se referia à tutela inibitória das obrigações de fazer ou não fazer; (iv) a finalidade das medidas protetivas de urgência não é punir o suposto agressor, mas proteger a mulher, e o requerido conserva seu direito de liberdade como regra geral, tendo apenas uma restrição espacialmente limitada e relacionada à proteção da esfera de direitos da mulher, como tutela de inibição de um novo ato ilícito.

As tutelas inibitórias da esfera cível possuem requisitos substancialmente mais flexíveis que as medidas cautelares criminais. Por exemplo: (i) a alegação não contestada presume-se verdadeira (CPC, art. 341); (ii) em algumas situações é possível a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente (*v.g.*, CDC, art. 6º, inciso VIII); (iii) é possível a realização de um acordo entre as partes sobre a tutela inibitória sem necessidade de reconhecimento de culpa criminal, inclusive com a cláusula geral de negociação processual (CPC, art. 190); (iv) as regras de competência cível podem ser flexibilizadas (cf. LMP, art. 15); (v) as medidas protetivas de urgência e a tutela provisória são guiadas pelo princípio da atipicidade (LMP, art. 22, § 1º, e CPC, art. 297), enquanto as medidas cautelares criminais relacionadas à prevenção da reiteração de novas infrações penais estão limitadas pelo princípio da tipicidade da medida cautelar (CPP, art. 282, inciso I, 2ª parte; v. BADARÓ, 2017:1086); (vi) basta a existência de um ato ilícito para a tutela cível, mesmo que sem a correspondência criminal; (vii) não se exige a existência atual de um processo criminal; (viii) as medidas cautelares criminais possuem requisitos cognitivos mais exigentes (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*), são guiadas pela excepcionalidade (CRUZ, 2011:74) e usualmente se aplicam como uma substituição à prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º).

Reconhecendo-se que há um direito fundamental das mulheres a uma vida sem violência (CF/1988, art. 226, § 8º e Convenção de Belém do Pará, art. 3º) e que nem todas as formas de violência se reconduzem à tipicidade penal (ver adiante comentários na seção 3.1), conclui-se facilmente que a tutela cível é

substancialmente mais ampla que a criminal. Portanto, atribuir natureza criminal às medidas protetivas de urgência significa diminuir sua capacidade de proteção. Se houvesse alguma dúvida sobre qual das duas naturezas jurídicas deveria ser atribuída às medidas protetivas de urgência, a regra hermenêutica do art. 4º da LMP certamente aponta para a maximização do direito à proteção das mulheres, impondo-se o reconhecimento da natureza jurídica cível das medidas protetivas de urgência. Aliás, no âmbito da interpretação teleológica, a intenção da emenda parlamentar que deu a atual redação do dispositivo, acolhendo proposta do consórcio de organizações feministas que fomentou a criação da LMP, foi de retirar as medidas protetivas de urgência do regime das medidas cautelares cíveis ou criminais (v. CALAZANS; CORTES, 2011:51). Analisemos com mais vagar a natureza cível de cada uma das medidas protetivas previstas no art. 22 da LMP.

A medida protetiva com natureza cível mais óbvia é a prestação de alimentos provisórios, prevista no art. 22, inciso V, da LMP com evidente paralelismo com o disposto no art. 531 do CPC e sem qualquer equivalência no processo penal. Trata-se, todavia, de uma medida diferenciada, já que aqui a obrigação alimentar não deriva apenas das relações de família e sim da situação de violência doméstica à mulher (FERNANDES, 2015:158).

Igualmente, a restrição ou suspensão de visitas aos filhos é uma medida tipicamente cível, conforme regra do art. 1.585 do Código Civil e art. 101, § 2º, do ECA. A diferença é que, enquanto aquelas outras medidas possuem foco na proteção dos interesses da criança ou adolescente, essa medida protetiva de urgência tem um foco duplo: a proteção à mulher e a proteção às crianças, em razão do contexto de violência doméstica.

A suspensão do porte de arma pode ser considerada como medida de natureza administrativa, já que a obtenção do registro de posse está condicionada a regras administrativas, entre as quais a comprovação periódica de idoneidade (Decreto 15.123/2004, art. 12, inciso IV). Eventual indiciamento criminal por crime doloso implica na automática cassação do porte de arma por iniciativa própria da autoridade administrativa (Decreto 15.123/2004, art. 67-A, § 2º), de sorte que se a autoridade administrativa pode determinar a cassação, por razões óbvias a autoridade judicial cível igualmente o pode, na tutela de um direito fundamental da mulher. Todavia, a regra do art. 22, inciso I, da LMP, não está condicionada ao indiciamento criminal, mas à alegação de uma situação de violência doméstica, ainda que sem correspondência criminal. Portanto, se há uma dúvida sobre a idoneidade do detentor do registro da arma em razão da notícia de violência doméstica e diante de uma possível situação de risco à mulher, é cabível a tutela cível de proteção. Vale registrar que essa medida protetiva não possui qualquer correspondente expresso no CPP.

O afastamento do lar, previsto no art. 22, inciso II, da LMP, possui equivalência com a medida cível anteriormente prevista no art. 88, inciso VI, do CPC/1973, e atualmente inclusa no poder geral de cautela do magistrado cível (art. 297 do CPC), bem como com a medida cível prevista no art. 130 do ECA (v. DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016:145). Ainda que essa medida cível tenha possível paralelo com a medida cautelar criminal prevista no art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, anteriormente aplicável ao contexto de violência doméstica, isso não compromete sua natureza eminentemente cível.

A medida protetiva inominada de encaminhamento do agressor a programas de educação, defendida por alguns a partir dos artigos 22, § 1º, da LMP (v. FERNANDES, 2015:166), também pode ser reconduzida à natureza cível (obrigação de fazer destinada a reduzir o risco de novos atos ilícitos).

Igualmente, todas as medidas protetivas relacionadas à ofendida possuem natureza cível, como inclusão em programa de proteção, recondução ao lar, autorização de afastamento do lar, separação de corpos, e ainda as medidas de natureza patrimonial (LMP, arts. 23 e 24).

Portanto, entendemos equivocada Belloque (2011:313), ao tentar atribuir uma natureza indireta de cautelar criminal a tais medidas protetivas, claramente cíveis. Facilitar à mulher a saída da relação violenta é um direito subjetivo desta, independente do processo criminal.

A eventual polêmica restaria sobre as medidas protetivas do art. 22, inciso III, da LMP, de proibição de aproximação e contato com a vítima, seus familiares e testemunhas, e ainda de proibição de frequentar determinados lugares. Trata-se de polêmica significativa, pois as medidas de proibição de aproximação e contato estão dentre as que, na prática, mais são requeridas nos juízos especializados (DINIZ; GUMIERI, 2016:205; AZEVEDO et al, 2016:293; OLIVEIRA et al, 2016:129).

Essas medidas possuem paralelismo com as medidas cautelares criminais previstas no art. 319, incisos II e III, do CPP, bem como com algumas condições de benefícios criminais, como a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89, § 1º), suspensão condicional da pena (CP, art. 78, § 2º, alínea *a*), saída temporária (LEP, art. 124, § 1º, inciso III) e livramento condicional (LEP, art. 132, § 2º, alínea *c*). Todavia, o provimento das medidas protetivas de urgência pode igualmente ser considerado como reconhecimento de uma obrigação cível de não fazer decorrente da prática de ato ilícito (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016). Nesse sentido, afirma Marinoni (2012:71) que "o ordenamento jurídico estimula a adoção da tutela inibitória apta a prevenir, remover ou impedir a continuação de um ato ilícito". Aliás, aqui o escopo das medidas protetivas é mais amplo que as cautelares criminais, já que abrange não apenas a vítima e testemunhas

do crime, mas igualmente os familiares da vítima, o que denota a tutela de proteção à incolumidade psicológica da mulher.

Nos EUA, todos os estados possuem as chamadas *civil protective orders* desde a década de 1990, de conteúdo absolutamente idêntico ao das medidas protetivas de urgência de proibição de aproximação e contato (v. BUZAWA et al, 2017:224). Na França há uma distinção entre a *ordonnance de protection*, deferida pelo juízo de família, e o *contrôle judiciaire*, correspondente às cautelares criminais (ÁVILA, 2014:223 e 237). Na Inglaterra, existe a *civil non-molestation order* (ÁVILA, 2014:315; BUZAWA et al, 2017:230). Na Austrália, há a *family violence intervention order*, perante os juízos cíveis, inclusive com a possibilidade de a polícia formular o requerimento no lugar da vítima (NEAVE et al, 2016:117).

A qualificação de uma medida como exclusivamente criminal pode ser feita pela análise do nível de intromissão na esfera de liberdade pessoal do sujeito passivo da medida. Nas medidas protetivas de proibição de aproximação e contato, ou de frequência a determinados lugares, o imputado mantém a liberdade geral, e tem apenas uma restrição tangencial e residual relacionada à esfera de direitos da mulher, numa área irrisória em comparação a todos os demais locais em que poderá exercer sua liberdade de locomoção. Portanto, sua natureza não é necessariamente criminal, sendo perfeitamente possível que as medidas protetivas tenham uma natureza cível de obrigação de não fazer. Ao contrário, se houvesse efetivamente uma restrição à liberdade de locomoção do requerido, como no caso da prisão domiciliar ou o monitoramento eletrônico, a medida necessariamente deveria ser reconduzida ao sistema criminal, com as respectivas garantias de controle.

Vale relembrar que o direito de liberdade não é absoluto e que as leis civis permitem restrições à liberdade de locomoção; por exemplo, é proibido ingressar em propriedade pertencente a terceiros sem sua autorização. Igualmente, autoridades policiais podem, no exercício de uma função administrativa de promoção da segurança pública, estabelecer limitações temporárias de circulação em locais públicos. Até mesmo a defesa civil pode restringir o acesso a locais públicos ou particulares diante do risco de desastres. Portanto, o que fez a LMP foi estabelecer uma medida cível de obrigação de não fazer, consistente na obrigação de não se aproximar da vítima, familiares ou testemunhas do crime, ou de locais a ela relacionados, em razão da prática de um ato ilícito, para reduzir o risco de repetição dessa conduta.

Não faz sentido qualificar tais medidas protetivas como formas de punição. Aliás, segundo Badaró (2017:1090), nem mesmo a medida cautelar criminal de proibição de frequentar determinados lugares (CPP, art. 319, inciso II), não pode ser reconduzida à lógica de uma pena antecipada.

Transformar essas medidas protetivas cíveis em cautelares criminais significaria expropriar a mulher do seu direito fundamental à proteção, tutelável autonomamente na esfera cível. A solução da controvérsia há de ser feita à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, guiada pelo vetor hermenêutico do art. 4º da LMP, que determina a consideração dos fins sociais da lei, que é a adequada proteção à mulher em situação de violência doméstica.

Por outro lado, há outras medidas (fora da LMP), que devem ser consideradas exclusivamente como cautelares criminais, como o comparecimento periódico em juízo, a proibição de ausentar-se da comarca ou do país, o recolhimento domiciliar noturno, a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira, a internação provisória e o monitoramento eletrônico, todas previstas no art. 319, incisos I, IV, V, VI, VII e IX, do CPP, bem como a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas protetivas de urgência, prevista no art. 20 da LMP e art. 313, III, do CPP.

Há, portanto, dois regimes jurídicos distintos: as medidas protetivas de urgência possuem natureza cível, e as medidas do art. 319 do CPP possuem natureza criminal. Tanto que as medidas do art. 319 do CPP também podem ser aplicadas aos crimes de violência doméstica contra a mulher (BIANCHINI, 2011:232).

O fato de a desobediência às medidas protetivas de urgência ensejar decretação da prisão preventiva não as transforma em cautelares criminais. Trata-se apenas de uma repercussão da tutela cível inibitória no regime cautelar criminal. Isso porque essa desobediência cível documenta um *periculum libertatis* que gera efeitos para a decretação da prisão preventiva no âmbito criminal (presentes os demais requisitos legais). Em outros países, o *enforcement* das *civil protective orders* é feito pelo sistema criminal (BUZAWA et al, 2017:224; ÁVILA, 2014:315). Todavia, a decretação da prisão preventiva fica vinculada à existência de uma investigação criminal ou ação penal atuais.

E a subsidiariedade da decretação da prisão preventiva perante a suficiência de uma medida protetiva cível igualmente não deveria causar estranheza, já que a tutela criminal é, por definição, subsidiária (princípio da *ultima ratio*). Trata-se de mera concretização do princípio da necessidade das cautelares criminais, previsto no art. 282, I, do CPP, sendo possível que uma medida de natureza cível torne desnecessária a tutela cautelar criminal.

Eventual discussão sobre a necessidade de se conceder uma natureza híbrida, concomitantemente cível e criminal, às medidas protetivas de urgência, é despicienda, pois a própria lei estabeleceu a unidade de jurisdição, ao prever que os juizados especializados devem necessariamente ter competência híbrida, cível e criminal (LMP, art. 14, *caput*). A competência cível refere-se às medidas

protetivas de urgência, que acabam por colaborar indiretamente com a tutela cautelar criminal, mas com ela não se confundem.

A integração da tutela criminal com a tutela cível de proteção reforça a tendência político-criminal de cariz vitimológica, que incorpora as necessidades de prevenção à vítima potencial e de reparação à vítima concreta no processo penal (v. CÂMARA, 2008:367). As medidas protetivas de urgência "não visam processos, mas pessoas" (LIMA, 2011:329), protegendo a mulher em situação de violência no âmbito da jurisdição unitária do juizado especializado.

A violência doméstica é um fenômeno complexo e multicausal e as estratégias de prevenção terciária (resposta à violência) igualmente exigem intervenções em diversas frentes (JEWKES, 2002; CAMPBEL et al, 2003; KLEIN, 2009). Especificamente no âmbito jurídico, há intervenções nas esferas cível, criminal, administrativa, trabalhista, previdenciária etc. O que fez a LMP foi tão somente reunir nas mãos de um único magistrado essas diversas competências, de forma a responsabilizá-lo pela proteção integral à mulher. Trata-se de um poder-dever de proteção jurisdicional, que é unitário em sua concepção legal, porque deriva do dever de proteção dos direitos fundamentais das mulheres (*Schutzpflicht der Grundrechten*) e do princípio constitucional da eficiência (v. ANDRADE, 2001:111).

A única situação em que a distinção da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência recobra algum sentido é na hipótese de agressor com foro por prerrogativa de função, pois o processo criminal e as cautelares do art. 319 do CPP serão de competência do Tribunal e a tutela cível e as medidas protetivas de urgência permanecerão com a primeira instância. Ainda nessa hipótese, não vemos óbice a que o Tribunal realize uma interpretação sistemática do art. 319, incisos II e III, do CPP com o art. 22, inciso III, da LMP, para aplicar medidas cautelares criminais em tudo semelhantes às medidas protetivas de urgência.

Finalmente, o fato de as medidas protetivas de proibição de aproximação e contato se referirem também a testemunhas da violência não necessariamente as transforma em cautelares criminais. Primeiro, porque essa tutela se refere à proteção da incolumidade psicológica da mulher, já que as testemunhas certamente narrariam à mulher a aproximação do agressor. A incolumidade psicológica da mulher é um bem jurídico autônomo da efetividade do processo (cível ou criminal). Em segundo lugar, porque é possível que tais testemunhas sejam de processos cíveis.

Portanto, as medidas protetivas de urgência são uma tutela provisória de urgência, nos termos do art. 300 *et seq.* do CPC, sendo a maior parte das medidas (como o afastamento do lar e a proibição de aproximação e contato) de conteúdo já satisfativo, o qual independe de posterior ajuizamento de ação principal (v. CAMPOS; CORRÊA, 2007:391; BECHARA, 2010:IX; PIRES, 2011:156; DIAS,

2012:149; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016:140). Enquanto o direito penal se foca no juízo de reprovabilidade sobre um fato típico, ilícito e culpável, centrando-se na conduta passada do autor, as disposições protetivas da Lei Maria da Penha olham para o futuro, para as necessidades de proteção à mulher. Por isso é tão relevante que os operadores do direito que aplicam a Lei Maria da Penha atuem não apenas com a racionalidade criminal-punitiva, mas incorporem a racionalidade humanista-protetiva. Prevenção, proteção e responsabilização são três vertentes distintas da Lei Maria da Penha, sendo necessário reler uma lei inovadora sob novas lentes (PASINATO et al, 2016:252).

O reconhecimento da natureza cível das medidas protetivas de urgência tem impactos diretos em seu procedimento, devendo haver: decisão liminar ou eventual designação de audiência de justificação prévia (CPC, art. 300, § 2º c/c LMP, art. 18, inciso I), a designação de defensor dativo (LMP, art. 18, inciso II, c/c art. 27), a ordem de citação acompanhada de intimação quanto à decisão liminar sobre as medidas protetivas, e, se houver contestação e requerimento de dilação probatória (limitada à situação de risco da mulher), eventual designação de audiência. Ao final, após a cessação da situação de risco à mulher, caberá uma sentença de extinção do processo, com ou sem julgamento de mérito.

Finalmente, é de se aplicar a sistemática recursal cível (v. CAMPOS; CORRÊA, 2007:384; PIRES, 2011:154; e DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016:157). Portanto, a decisão imediata que defere, indefere ou revoga a medida protetiva de urgência, prevista no art. 18, inciso I, da LMP, configura uma decisão interlocutória, a qual será recorrível mediante agravo de instrumento (CPC, art. 1015, inciso I), e a sentença final será impugnável por apelação (CPC, art. 1009).

3. Requisitos para o deferimento de medidas protetivas de urgência

Usualmente, os requisitos exigidos para o deferimento de medidas cautelares são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (CRUZ, 2011:187; FERNANDES, 2015:146). Todavia, como já assentado anteriormente, as medidas protetivas não são medidas cautelares (cíveis ou criminais) e sim tutelas inibitórias ou reintegratórias, de conteúdo satisfativo.

O requisito para deferimento das medidas protetivas de urgência pode ser sintetizado em um único: a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. A necessidade de proteção é presumida pela lei nessa situação. Já o meio probatório suficiente para a concessão da proteção é a alegação da mulher. O *standard* de análise é a verossimilhança dessa alegação, guiado pelo princípio da precaução.

3.1. Necessidade de proteção presumida pela lei

A necessidade de proteger as mulheres em situação de violência doméstica é autoevidente e deriva da própria realidade social brasileira. Atualmente, o Brasil é o quinto país do mundo com a maior quantidade de assassinatos de mulheres, em taxas proporcionais à população (WAISELFISZ, 2015:72). No Brasil, 4.539 mulheres foram assassinadas em 2017, um percentual de 4,5 mortes por 100.000 habitantes; esse percentual cresceu 6,1% em relação ao ano anterior (FBSP, 2018).

Os registros policiais de violência contra a mulher são alarmantes. Em Brasília, houve 4.258 casos de violência doméstica registrados em 2008 e 14.028 casos em 2017; ou seja, os atendimentos mais que triplicaram ao longo de dez anos (DISTRITO FEDERAL, 2018:5). Esses números são acompanhados de outras taxas alarmantes de violência contra a mulher. Com efeito, em 2017, ocorreram 60.018 estupros de mulheres no Brasil, uma média de um estupro a cada nove minutos (FBSP, 2018).

Quando as vítimas registram ocorrência, usualmente elas estão indecisas se esse é mesmo o melhor caminho, e muitas vezes se culpabilizam pela violência sofrida (PASINATO, 2012). Esse quadro foi descrito por Walker (1979) como sendo o ciclo da violência doméstica, que gera um previsível risco de reiteração da violência em médio prazo. Inúmeros estudos têm demonstrado que a violência doméstica não ocorre na forma de um episódio isolado, é usualmente um contínuo de comportamentos de controle coercitivo e abusivo. Pesquisa do DataSenado (2011:3 e 19) documentou que 19% das mulheres entrevistadas já sofreram um ato de violência doméstica praticada por um homem e, entre elas, 32% continuam convivendo com o agressor, das quais 18% indicaram que ainda estavam sofrendo a violência, sendo que 20% delas informaram que a violência era diária e 40% episódica.

Outra pesquisa realizada na região Nordeste com 10.000 mulheres constatou que 27% das entrevistadas já sofreram ao menos um ato de violência doméstica em sua vida, sendo que 11,9% do total teriam sofrido um ato de violência doméstica no último ano (CARVALHO; OLIVEIRA, 2016:7). A maioria dessas mulheres tem dificuldade em romper as relações violentas. Pesquisa do DataSenado (2013:7) indicou as principais causas para as mulheres não denunciarem a violência: medo do agressor – 74%; dependência financeira – 34%; preocupação com a criação dos filhos – 34%; vergonha da agressão – 26%; não existir punição – 23%; acreditar que seria a última vez – 22%; não conhecer seus direitos – 19%; outros motivos – 2%.

O risco desse tipo de violência não está limitado por fatores socioeconômicos. Estudo realizado no Rio de Janeiro com 1.000 mulheres vítimas de agressão física

constatou que muitas dessas vítimas permanecem presas nas relações violentas, apesar de terem independência econômica e bom nível educacional, concluindo que a dependência emocional e a subordinação feminina são aspectos centrais na continuidade de relações violentas (OLIVEIRA et al, 2014:49).

Há elevado potencial letal na reiteração da violência doméstica: 50% das mortes de mulheres ocorrem em contexto de violência familiar, especificamente 33% em contexto de violência praticada por parceiro íntimo (WAIZELFISZ, 2015:75). Pesquisas internacionais indicam que a maioria das mortes de mulheres ocorre em contexto de relacionamento marcado por violências anteriores (CAMPBELL et al, 2003:1091). Ainda que o ciclo da violência não seja um padrão único e uniforme de manifestação da violência doméstica é padrão recorrente e usual.

Estudo indicou que a maioria das mortes violentas de mulheres, no Distrito Federal, ocorre dentro da residência comum com o agressor (48%), ou na residência exclusiva da vítima (28%). Este mesmo estudo constatou que a relação do autor de feminicídio com a vítima é de marido ou companheiro (48%), namorado (24%) e ex-companheiro (12%) (DISTRITO FEDERAL, 2017a, item 3.3). Por esse motivo é tão relevante afastar o agressor da residência e proibi-lo de se aproximar da vítima, para evitar a ocorrência dos feminicídios, que preponderantemente ocorrem na casa da vítima (76% dos casos) e por pessoa de seu relacionamento íntimo de afeto após conflitos de relacionamento (84% dos casos).

Se, por um lado, romper uma relação afetiva e estar em situação de violência doméstica representa, por si só, um risco às mulheres, por outro lado, o deferimento das medidas protetivas de urgência configura um fator de proteção à mulher. Estudo de Diniz e Gumieri (2016:219) documentou que, quando as medidas protetivas de urgência são deferidas, em 88% dos casos não há notícias de descumprimento das medidas. Outras pesquisas indicam que o deferimento da medida eleva a sensação de proteção pela mulher (AZEVEDO et al, 2016:289), o que significa proteção da incolumidade psicológica, ainda que estudos apontem reclamações pelas mulheres sobre a ausência de monitoramento das medidas (PASINATO et al, 2016:255). Estudos internacionais indicam que o deferimento de *protective orders* (e seu monitoramento) reduz parcialmente o risco de reiteração da violência, eleva a predisposição da mulher em relatar novos atos de violência e aumenta seu empoderamento psicológico para romper a relação abusiva (BUZAWA et al, 2017:228).

Segundo Dias (2008:25), a construção do conceito de risco não é puramente científica, ou puramente subjetiva (percepção emocional), é antes de tudo "intersubjetiva e consubstancia-se na sua interpretação e definição através do debate público, do qual participa também o Direito e a ciência jurídico-criminal". O

julgamento do nível de risco aceitável em uma sociedade é um julgamento político. A Lei Maria da Penha é o marco político na luta pela superação da violência contra a mulher no Brasil, já tendo definido que há uma situação de risco às mulheres em situação de violência doméstica e que o requerimento de proteção pela mulher, em um contexto de verossimilhança, enseja a concessão das medidas protetivas de urgência.

3.2. Situação de violência doméstica e familiar contra a mulher

O pressuposto de aplicação da LMP é a situação de violência, tal qual descrita no seu art. 5º (violência doméstica, familiar ou decorrente de relação íntima de afeto), nas modalidades descritas no art. 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

Do ponto de vista jurídico, todas as formas de violência conceituadas nos arts. 5º e 7º da LMP são conflitos abusivos, que configuram atos ilícitos e, portanto, devem ensejar a concessão de medidas protetivas de urgência. Todavia, nem todas essas formas de conflitos abusivos possuem, necessariamente, configuração criminal, já que o princípio da taxatividade (CF/1988, art. 5º, inciso XXXIX) exige definição expressa da conduta criminosa e sua penalidade e nem todas as formas de violência ali indicadas possuem correspondente criminal (v. DIAS, 2012:45; PIRES, 2011:150).

Podemos classificar os conflitos familiares em três tipos: (i) conflitos abusivos criminais; (ii) conflitos abusivos não criminais; e (iii) conflitos não abusivos. Os dois primeiros dão ensejo à concessão de medidas protetivas de urgência, apenas o último não. E nessas duas situações é possível a tutela cível das medidas protetivas de urgência mesmo que não haja início ou continuidade do processo penal, sempre que houver necessidade de proteger a incolumidade física e psíquica da mulher. A distinção é importante, pois pesquisas têm documentado a resistência do Judiciário em deferir medidas protetivas quando não há correspondência da situação de violência com um delito (v., por todos, AZEVEDO et al, 2016:280).

A primeira modalidade não traz maiores problemas. Por exemplo, no Distrito Federal (2018:6), a maioria das infrações penais apreciadas pelos juizados da mulher foram a ameaça (58%), injúria (58%), lesão corporal (34%), vias de fato (14%), dano (5%) e perturbação da tranquilidade (5%), além de outras em menor representação quantitativa.

Todavia, há diversas condutas mais sutis que são abusivas, mas não necessariamente possuem configuração criminal. É o caso, por exemplo, de humilhações

realizadas sem a prática de ofensas à honra, como o ato de frequentemente criticar em público uma pessoa, expondo seus erros (assédio moral), sem o uso de expressões ofensivas. Ou o sutil isolamento da vítima de seus familiares e amigos com a finalidade de facilitar o controle de suas ações, ao argumento de que eles supostamente estariam interferindo na relação conjugal, sem a utilização de ameaças ou atos de constrangimento explícitos. A conduta de constantemente irritar a mulher com provocações. Ou ainda a "ameaça" constante de entrar na justiça para retirar a guarda dos filhos da mulher diante de uma divergência quanto aos cuidados dos mesmos, já que o exercício do direito de petição não configura promessa de mal injusto no sentido criminal do crime de ameaça, mas, se há abuso, configura uma importunação provocativa (sobre a problemática da tolerância ao abuso do direito de petição como violência institucional, v. NEAVE et al, 2016:125). Da mesma forma, a estratégia de constantemente superar a ausência de concordância da mulher, anulando sua individualidade. Ou ainda o ato de o companheiro que trabalha monopolizar toda a administração dos recursos econômicos do casal, não permitindo que a mulher que não trabalha tenha acesso à gestão dos bens, ou ainda desestimulando a mulher a ter autonomia econômica, todavia sem o uso de ameaça ou constrangimento. Nesses exemplos, se não há ameaça, constrangimento, ofensas à honra ou outra figura típica, não há o respectivo crime. E constrangimento, em um sentido jurídico-criminal, não é o sentimento subjetivo de ficar constrangida, no sentido de ter vergonha, mas a conduta objetiva de usar a força (física ou psicológica) para obrigar a mulher a realizar algo contra a sua vontade.

Certamente, a principiologia da Lei Maria da Penha permite a utilização de novas lentes para reler os delitos antigos e conseguir neles enxergar um constrangimento juridicamente relevante, consistente no abuso do poder simbólico derivado das relações de gênero, no temor do uso da força em caso de eventual discordância mesmo sem uma ameaça verbalizada (temor reverencial). Nesse sentido, Prando (2016:125) critica a tradicional invisibilidade penal da violência psicológica, propondo uma mudança de visão que incorpore a perspectiva de gênero e passe a dar visibilidade (e nome) a essa violência. Tal é o caso da releitura da contravenção penal de perturbação da tranquilidade como modalidade de *stalking*, à luz do conceito de violência psicológica como ato de "vigilância constante e perseguição contumaz" (LMP, art. 7º, inciso II). Todavia, ainda assim é necessário que haja a previsão típica da referida contravenção penal e sua sanção (LCP, art. 65).

Em inúmeras outras situações de controle coercitivo, a linha divisória entre o livre-arbítrio e a coerção é extremamente tênue, em parte pela interiorização pela mulher da submissão derivada da estrutura patriarcal, de forma que sua

vontade não diverge da vontade do homem ou ela não exterioriza a divergência como estratégia de manutenção da relação amorosa. Nesse contexto, as atuais estruturas dogmático-criminais mostram-se limitadas para abarcar a complexidade de tais relações abusivas em um nível mais sutil. Em verdade, estudos indicam que a pancriminalização de todas as microcondutas de controle em contexto de violência doméstica pode ter efeitos negativos à própria proteção da mulher, desinibindo-a a procurar auxílio terapêutico ou anulando sua autonomia (comentando o tema no Reino Unido, v. WALKLATE et al, 2018).

Em todas as situações de conflitos abusivos não criminais anteriormente exemplificadas, há um abuso das relações de gênero, que reforça a posição de vulnerabilidade da mulher, reduzindo a potencialidade da plena concretização dos direitos da personalidade diante de formas de violência psicológica ou patrimonial expressamente tipificadas na LMP, o que se qualifica como um ato ilícito, independentemente da configuração criminal. Em outras palavras, todo crime em contexto de violência doméstica é também um ilícito cível, mas há ilícitos cíveis que são criminalmente atípicos e mesmo assim ensejam a tutela inibitória ou reintegratória das medidas protetivas de urgência (nesse sentido: COPEVID, Enunciado 4; FONAVID, Enunciado 37).

Assim, mesmo que a mulher não deseje processar criminalmente o agressor, nas hipóteses em que ela possui tal disponibilidade (como no crime de ameaça ou nas ações penais privadas), é possível a concessão de medidas protetivas de urgência desvinculadas de um processo criminal, como uma obrigação de não fazer destinada à proteção da incolumidade da mulher. Essa interpretação é consentânea com os dilemas vivenciados pela mulher para autorizar o processamento criminal.

Vale registrar que o STJ já entendeu admissível a tutela exclusivamente cível das medidas protetivas de urgência exatamente nessa situação, em caso de mulher que não desejava registrar ocorrência policial contra o filho (BRASIL, 2014b). Assentou-se que as medidas protetivas de urgência podem ter vigência "independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor" (BRASIL, 2014b). Em outro precedente do STJ igualmente se entendeu que "as medidas protetivas não são acessórias de processos principais e nem a eles se vinculam" (BRASIL, 2016).

Da mesma forma, quando o processo criminal se encerra e há necessidade de continuidade da proteção para além do processo penal, a natureza cível das medidas protetivas de urgência permite a continuidade da proteção (nesse sentido, ver COPEVID, Enunciado 32). Equivocado, portanto, o entendimento do FONAVID (Enunciado 12), segundo o qual a extinção da punibilidade do agressor implica em ausência de interesse em agir para as medidas protetivas de urgência.

Em caso de absolvição criminal, cremos que a repercussão dessa decisão sobre as possíveis medidas protetivas de natureza cível deve ser idêntica à regra da indenização cível, previstas nos art. 66 e 67 do CPP. Se a absolvição ocorreu por reconhecimento da inexistência do fato, ou pela negativa da autoria, há coisa julgada sobre a jurisdição cível, de forma que não será cabível a eventual continuidade da medida protetiva de natureza cível por aqueles mesmos fatos, já que se retiraria o próprio *fumus boni iuris* da medida. Todavia, se a absolvição decorre de reconhecimento de dúvida sobre a autoria e/ou materialidade, então tal decisão não tem eficácia sobre a tutela cível, sendo possível, se ainda houver uma situação de risco à mulher, a permanência da vigência das medidas protetivas. Vale relembrar que o requisito cognitivo para a prolação de sentença penal condenatória é de certeza – *rectius*, uma elevada "probabilidade lógica da hipótese a partir dos elementos processuais de confirmação" (TARUFFO, 2005:237), enquanto os requisitos para deferimento das medidas protetivas de urgência, de acordo com o princípio da precaução, são de indícios de uma situação de risco à mulher (aprofundaremos o tema adiante). Portanto, é perfeitamente possível que não haja certeza para condenar criminalmente, mas haja uma dúvida razoável a exigir, por precaução, a proteção cível.

A Lei 13.641/2018 introduziu no art. 24-A da Lei 11.340/2006 o novo crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, substituindo o anterior entendimento do STJ (a nosso ver equivocado) de que a desobediência à ordem de medida protetiva de urgência era fato atípico (BRASIL, 2014a). Assim, a desobediência à ordem judicial permite um novo processamento criminal, independentemente do destino do processo anterior e mesmo sem a prática de novos delitos em concurso. Essa é a situação de o agressor apenas rondar a residência ou seu local de trabalho, ou encaminhar mensagens, mas sem a prática de lesão corporal, ameaça, ofensa à honra ou outros delitos. Tal conduta configura clara violência psicológica à mulher, além da ofensa à Administração da Justiça. A anterior ausência de correspondência criminal desta desobediência era um ponto falho no sistema de proteção, já que a imediata prisão em flagrante e condução à audiência de custódia em situação de desobediência seria essencial à efetiva proteção à mulher (v. ÁVILA, 2018). A previsão desse crime de desobediência à ordem judicial de medidas protetivas de urgência, existe em diversos países (BUZAWA et al, 2017:224) e se alinha à recomendação de organizações internacionais (COMJIB e AIAMP, 2014, item 9). A previsão de tal crime não afasta a necessidade de investimento nas políticas públicas de prevenção, em especial no monitoramento da decisão judicial por parte das autoridades policiais, conforme diretriz do art. 10, parágrafo único, da LMP.

Por outro lado, é possível que a mulher esteja vivenciando um conflito não abusivo. Por exemplo, a mera divergência quanto à proporção na divisão dos bens, quando há uma controvérsia jurídica razoável, não significa automaticamente uma relação abusiva. Ou a dor emocional derivada de o ex-companheiro já estar em um novo relacionamento. Ou o desejo da mulher de ter uma pensão alimentícia em favor dos filhos mais elevada. É possível que o conflito patrimonial esconda formas refinadas de violência psicológica que poderiam elevar o conflito à categoria de abusivo não criminal. E, mesmo nos conflitos patrimoniais decorrentes da separação, se há ameaça, ofensas morais ou perturbação reiterada, há violência doméstica criminalmente tutelável. Todavia, sem recondução às definições de violência indicadas na Lei Maria da Penha, trata-se de um conflito que deve ser solucionado no juízo de família, sem necessidade de medidas protetivas de urgência. Ainda assim, haverá necessidades jurídicas ou psicológicas à mulher, que devem ser oportunamente supridas com a assistência jurídica e o apoio psicossocial, já que a não oferta de canais de resolução de conflitos configura uma evidente violação de direitos da mulher. Há uma distinção entre necessidades e riscos da mulher em contexto de violência doméstica (MCCULLOCH, 2016:36).

Cumpre uma última observação. Em diversas situações o Judiciário tem artificialmente reduzido o conceito de "violência baseada no gênero", constante do *caput* do art. 5º da LMP, exigindo para a incidência da lei prova de uma especial "vulnerabilidade" da vítima no caso concreto, quando em verdade a vulnerabilidade das mulheres já é presumida pela lei em razão da discriminação estrutural nas relações sociais, ou ainda exigindo uma especial "motivação de gênero", como uma espécie de "dolo de dominação masculina" (*v.g.*, BRASIL, 2015). Essa argumentação é uma perigosíssima válvula de esvaziamento da teleologia protetiva da LMP.

3.3. Standard decisório: verossimilhança da alegação da mulher

É recorrente a jurisprudência que considera que "nos crimes de ameaça, especialmente os praticados no âmbito doméstico ou familiar, a palavra da vítima possui fundamental relevância" (BRASIL, 2016). Esse entendimento tem especial aplicação na tutela cível da situação de risco, pois estudos internacionais têm documentado que "o medo de agressões futuras (percepção da vítima) é um dos melhores indicadores de risco" (GONÇALVES, 2014:25). Isso porque a violência doméstica é um fenômeno complexo e multicausal, com inúmeras variáveis envolvidas, de forma que usualmente o relato frio de um depoimento na esfera policial não é capaz de absorver e retratar a efetiva complexidade do fenômeno,

sendo essencial que se valorize a percepção subjetiva de risco de quem está vivendo a situação de violência.

Nesse sentido, afirma Bowen (2011:25):

> "[...] os dados da revisão [de literatura] sugerem que se deve dar especial atenção sobre os sentimentos de segurança de uma sobrevivente [de um ato de violência] e sobre a extensão em que ela acredita que há uma probabilidade de ela ser vitimizada no futuro. Os estudos examinados indicam que devem ser consideradas seriamente todas as reclamações feitas por vítimas quando elas não se sentem seguras ou acreditam que estão em risco [...]. Isso deve ser feito mesmo que outros fatores de risco não indiquem que um risco está presente [...]. Há uma maior probabilidade de que as vítimas sejam sensíveis a aspectos mais idiossincráticos de suas relações e de seus agressores do que possa ser identificadas através de instrumentos de avaliação de risco ordinários e, consequentemente, isso explica o porquê de a percepção subjetiva das vítimas de seu risco eleva a acuidade preditiva de avaliações de risco [...]."

Isso significa que se a vítima de violência doméstica informa que está em situação de conflito decorrente de relacionamento íntimo, que está com medo e requer medidas protetivas de urgência, o Poder Judiciário deve dar especial credibilidade à palavra da vítima sobre a efetiva existência de risco, concedendo as medidas de proteção requeridas, como imperativo decorrente do princípio da precaução e do dever de proteção dos direitos fundamentais.

A Lei Maria da Penha expressamente previu que as medidas protetivas de urgência seriam deferidas em cognição sumária, ou seja, após o registro de ocorrência policial, colhem-se as declarações da vítima (LMP, art. 12, incisos I e II), segue-se a remessa dos autos ao juiz (art. 12, inciso III) e, em 48 horas após o recebimento do expediente, deve haver decisão pelo magistrado (art. 18, *caput*, e inciso I), sempre se reforçando que os encaminhamentos e providências ocorrerão "de imediato". Em outras palavras, a lei previu expressamente que a palavra da vítima é suficiente para o deferimento das medidas protetivas de urgência, não se exigindo reforço probatório para a tutela de urgência de proteção à mulher.

Sobre o tema dos requisitos de análise probatória para deferimento de medidas de proteção, comentando o sistema francês (*ordonnance de protection*), afirma Laurribau-Terneyre (2011:24): "A vítima possui assim o ônus da alegação e não o ônus da prova, criando o novo texto efetivamente um sistema de presunção, fundado na verossimilhança (*vraisemblance*) das violências e da situação de perigo".

Parcela significativa da doutrina nacional tem se inclinado pela desnecessidade de prova cabal para o deferimento das medidas protetivas de urgência,

sendo suficiente a verossimilhança das alegações (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011:297; SOUZA, 2013:152; PIRES, 2011:153; OLIVEIRA et al, 2016:132). Outros, a nosso ver de forma equivocada, são mais restritivos, exigindo "um começo de prova e uma situação de incontornável urgência" (CUNHA; PINTO, 2014:144) e "existência de prova inequívoca" (CAMPOS; CORRÊA, 2007:385). Em nossa visão, tais entendimentos reforçam uma postura conservadora do Judiciário, que vem exigindo outras provas além do depoimento da vítima (DINIZ; GUMIERI, 2016:214; PASINATO et al, 2016:241; AZEVEDO et al, 2016:288; OLIVEIRA et al, 2016:132).

Portanto, se a mulher alega que está em processo de separação do agressor, ou que com ele convive, mas o relacionamento se deteriorou em atos de agressividade, essa informação, por si só, deve ser considerada suficiente para a proteção à mulher. Se uma das partes de uma relação doméstica, familiar ou de afeto afirma que o relacionamento não está bom, ele definitivamente não está bom, pois essa é uma questão de foro íntimo. E se uma pessoa não deseja ter contato com outra pessoa com quem não possui bom relacionamento, ninguém pode obrigá-la a ter tal contato.

Portanto, especificamente para o deferimento das medidas protetivas de urgência, o meio de prova suficiente para sua concessão é o depoimento da vítima. Para uma tutela de proteção, basta que a narrativa da vítima traga notícia de uma situação de violência revestida de verossimilhança, ou seja, afasta-se a verossimilhança apenas quando a própria narrativa não seja minimamente crível ou não se refira a um conflito abusivo.

3.4. Casuística: princípio da precaução e o in dubio pro tutela

Considerando que a lei já fez uma ponderação de interesses quanto ao risco ao qual as mulheres estão submetidas, presumindo a necessidade de proteção, e que a alegação da vítima, revestida de verossimilhança, é prova suficiente para o deferimento liminar do pedido, conclui-se que, no que tange às medidas de afastamento do lar, proibição de aproximação e de contato, o padrão decisório para a concessão das medidas protetivas de urgência deve ser o *in dubio pro tutela*. A racionalidade decisória não é punitiva, mas protetiva e, na dúvida, deve-se proteger. As medidas protetivas de urgência são um instrumento de gestão do risco social associado à violência de gênero, destinadas a evitar a ocorrência de novas situações que incrementem o risco à incolumidade física e psicológica da mulher. O reconhecimento de um direito fundamental a uma vida livre de qualquer das formas de violência de gênero indicadas no art. 7º da LMP (cf. Convenção de Belém do Pará, art. 3º) representa um "trunfo" (v. DWORKIN, 2002) a favor das

mulheres, exercendo uma função de defesa contra práticas que tolerem tais violências, já que estão associadas diretamente à ideia de dignidade humana feminina. As eventuais restrições tangenciais de direitos dos supostos agressores estão respaldadas pelo compromisso jusfundamental do Estado brasileiro em assegurar a cidadania e a qualidade de vida às mulheres.

O juízo decisório das medidas protetivas de urgência guia-se, portanto, pelo *princípio da precaução*, que se popularizou com os estudos sobre a sociedade do risco (BECK, 1998) e já são conhecidos do direito na seara de proteção do meio ambiente, da saúde pública e das relações de consumo (DIAS, 2008:39 *et seq.*). Todavia, enquanto nessas outras searas a vítima é meramente virtual e os danos são usualmente cumulativos, no âmbito da violência doméstica a vítima é real e já com um histórico de violência.

Sobre o princípio da precaução, afirma Dias (2008:40):

> "As medidas fundadas na precaução não pressupõem que as práticas às quais reagem sejam perigosas, mas simplesmente que exista uma suspeita acerca da sua perigosidade. Diferentemente do conceito clássico de prevenção do perigo, no de precaução está em causa 'um cuidado antes do cuidado' (*VorSorge*). Uma vez comprovada a perigosidade ou ausência de perigosidade de uma ação, o princípio da precaução perde sentido já que deixa de existir qualquer dúvida."

Portanto, no âmbito da proteção à mulher em situação de violência doméstica, o paradigma decisório deve ser: "se não há certeza de que a mulher está protegida, então ela deve ser protegida". Esse paradigma protetivo à luz das relações de gênero gera uma verdadeira inversão do ônus da prova, pois a alegação da situação de violência doméstica pela mulher gera sempre um início de prova suficiente a ensejar a proteção, à luz do princípio da precaução, cabendo ao requerido comprovar eventual a ausência de risco – se for o caso.

Considerando que o *fumus boni iuris* para a concessão das medidas protetivas de urgência deriva de um relato pela vítima de uma situação de conflito abusivo (criminal ou não criminal) sem causas objetivas de dúvida e a necessidade de proteção deriva da situação de risco inerente aos contextos de violência doméstica, conclui-se que a regra deve ser o deferimento das medidas protetivas de urgência.

Mesmo no caso do afastamento do lar, a ponderação de interesses inclina-se pela proteção à mulher. Ou seja, se a vítima narra episódio de violência doméstica e se estão presentes os fatores de risco elencados pela literatura especializada (v. CAMPBELL et al, 2003), ainda que haja alguma dúvida no magistrado sobre

a efetiva dimensão do conflito, há evidentemente uma narrativa indicativa de situação de risco elevado a justificar um afastamento cautelar do suposto agressor do lar e a designação de uma audiência de justificação, em sendo o caso (CPC, art. 300, § 2º). A mesma cautela pode ser realizada em situações complexas que envolvam restrições de outros direitos do suposto agressor, como ambos trabalharem no mesmo local, estudarem na mesma universidade, ou frequentarem a mesma instituição religiosa (v. SOUZA, 2013:177). Considerando que os estudos indicam que o momento da ruptura da relação é quando há maior risco para a ocorrência de feminicídios (CAMPBELL et al, 2003:1090), o simples fato de a mulher afirmar que decide romper a relação já justifica que o Estado a proteja nesse momento inicial de transição, qualificado pela notícia de um contexto de violência. Independentemente de questões relacionadas à partilha de bens, que hão de ser oportunamente solucionadas no juízo de família, a urgência de intervenção e o valor mais elevado da proteção à vida e à integridade física e psíquica da mulher exigem o afastamento do lar.

Talvez a hipótese que eventualmente ensejasse alguma dúvida fosse a situação de "mera" alegação de ofensas morais à mulher, com pedido de afastamento do lar. Usualmente, alguns magistrados consideram que em tais situações as mulheres estariam "abusando" da Lei Maria da Penha para obterem um afastamento do lar fora do juízo de família (MENEGHEL et al, 2013:696). Essa situação de notícia de violência aparentemente não grave, em verdade, deve ser analisada sob quatro perspectivas.

Em primeiro lugar, o julgamento da medida protetiva não é sobre a gravidade do fato passado, mas sobre o risco de violência futura (BUZAWA et al, 2017:227; NEAVE et al, 2016:157). Uma sequência de atos de violência moral ou psicológica pode ser o prenúncio de atos mais graves de violência. E, como já dito, há um risco inerente à fase de separação, que pode evoluir da violência psicológica para outros atos de violência física.

Segundo, há que se levar em consideração que usualmente, quando as mulheres denunciam a violência, já há um histórico anterior de violência (DATASENADO, 2011). Considerando o caráter cíclico da violência, há uma elevadíssima probabilidade de aquele ato de violência ser apenas a ponta do *iceberg*, escondendo um histórico de atos mais graves de violência doméstica, não devidamente documentados no depoimento policial, a justificar, pelo conjunto, um fundado receio à integridade da vítima. Nessa linha, de forma a fomentar a adequada proteção às mulheres, as autoridades policiais devem especialmente se debruçar sobre o esclarecimento dos fatores de risco do caso concreto, de forma a subsidiar a decisão judicial de concessão das medidas protetivas de urgência (v.

MCCULLOCH, 2016:44; ÁVILA, 2017:124). E as autoridades judiciais devem levar em consideração em seu juízo de avaliação da probabilidade do risco a possibilidade de as autoridades policiais não terem corretamente documentado toda a complexidade do histórico de violência.

Em terceiro lugar, essa visão minimiza a potencial gravidade da violência psicológica e moral para a saúde emocional da mulher. Diversos estudos têm constatado que a exposição da mulher a experiências de violência psicológica eleva sua probabilidade de vir a sofrer problemas de saúde mental, como depressão, ansiedade, síndrome de estresse pós-trauma, problemas cognitivos, ideação suicida e abuso de substâncias químicas (v. JORDAN, 2016:25). Portanto, o término de uma relação afetiva marcada por violência psicológica também deve ser reconhecido como um contexto abusivo, a exigir uma intervenção protetiva do Estado. A LMP é clara ao enunciar a violência psicológica como uma das formas de violência a ensejarem sua tutela protetiva (art. 7º, inciso II).

Finalmente, não se pode desconsiderar a complexidade da decisão de romper a relação afetiva. Há um conjunto de estigmas que aprisionam a mulher a relações abusivas, ainda que "apenas" com violência psicológica, em especial a recriminação social de mulheres separadas e a ideia de que a mulher apenas se realiza dentro de uma relação amorosa. Esse fenômeno foi descrito por Zanello (2016:230) como o dispositivo amoroso e materno, ou seja, é um mecanismo de controle derivado da racionalidade patriarcal sobre o papel da mulher, por ela interiorizado, de sorte que não é necessário que terceiros censurem a mulher, ela mesma se autoculpabiliza pela má *performance* do papel feminino esperado. Portanto, se a mulher decide romper a relação afetiva abusiva (e há abusividade na violência psicológica), é dever do Estado assegurar-lhe um "salvo-conduto" para poder sair da relação abusiva protegida da evolução do conflito para formas mais agravadas de violência, bem como protegida dos dispositivos de controle que a aprisionam nessa relação violenta. Ainda que o processo tivesse curso fora do juízo da violência doméstica, certamente haveria um momento em que um dos companheiros iria sair do lar comum, de sorte que a decisão judicial somente antecipa cautelarmente essa saída como uma política pública de prevenção da escalada da violência. Há um efeito de empoderamento psicológico decorrente da concessão da medida protetiva (BUZAWA et al, 2017:238) que objetivamente auxilia a mulher a superar a relação violenta. A forma como a mulher é recebida pelo sistema de justiça nesse pedido preliminar de ajuda condiciona sua confiabilidade futura no sistema.

Ainda que haja filhos em comum, a proibição de aproximação da mulher há de ser sempre deferida, pois se a mulher não deseja ter contato com o pai de seus

filhos, em situação de alegada violência, não pode o Estado obrigá-la a ter esse contato. Nessa situação, deve o pai exercer seu direito de visita aos filhos mediante intervenção de terceiro. Alguns países têm criado centros especializados para intermediar e supervisionar as visitas nesses casos (ÁVILA, 2014:240; DIAS, 2012:155), de forma a retirar a mulher do contato com o ex-companheiro em um contexto conflitivo que potencializa a passagem ao ato violento. O argumento de não proteger a mulher para não dificultar o exercício do direito de visita pelo homem constitui uma ponderação absolutamente equivocada dos valores em jogo, já que o "transtorno" do homem de solicitar auxílio a um terceiro para intermediar a busca dos filhos é um mero dissabor facilmente contornável, enquanto as consequências da violência psicológica de submeter a mulher a ter contato com o suposto autor das agressões é grave e evidentemente superior. Se há histórico de conflito abusivo, deve-se ter precaução para que não haja evolução, evitando-se os contatos entre vítima e suposto agressor.

Portanto, se no requerimento de medidas protetivas de urgência consta uma narrativa de conflito abusivo (criminal ou não criminal), na ausência de causas objetivas de dúvida sobre a fidedignidade do relato, deve-se presumir a boa-fé da mulher e, portanto, a veracidade das informações prestadas. Essa análise deve levar em considerações os efeitos psicológicos da violência psicológica sobre a mulher, de sorte que sinais de depressão, ansiedade e pânico não sejam considerados fatores de descredenciamento da palavra da vítima, ao contrário, devem ser tomados como sinais indicativos da veracidade do relato da violência (JORDAN, 2016:25). Aliás, a constante desconfiança sobre a palavra da vítima é um dos sinais mais claros da discriminação institucional de gênero pelo sistema de justiça patriarcalista (ver, por todas, ANDRADE, 2004). A decisão sobre a medida protetiva de urgência deve especialmente considerar a gravidade do fato narrado, o histórico de violência doméstica, os fatores de risco presentes e a pendência de litigiosidade cível ou criminal entre as partes a agravar o risco.

4. O prazo de vigência das medidas protetivas de urgência

A Lei Maria da Penha não estabeleceu expressamente o prazo de duração da medida, apesar de trazer diretrizes gerais que permitem a correta solução hermenêutica (LMP, art. 4º). Essa indefinição legal tem gerado divergência na doutrina jurídica. Há quem entenda que as medidas protetivas de urgência podem ter vigência apenas até o término do processo criminal (BELLOQUE, 20111:310). Outros defendem a possibilidade de manter a medida protetiva após a sentença penal condenatória, vinculada à duração da pena, mas necessariamente cessaria

sua eficácia após a extinção da punibilidade do agente ou a absolvição (SOUZA, 2013:188; FONAVID, Enunciado 12). Outros ainda entendem que sempre deverão ser deferidas por determinado período e monitoradas periodicamente, portanto desvinculadas do processo penal (PIRES, 2011:157). Há quem entenda que, com ou sem um processo criminal, as medidas podem ter duração enquanto forem necessárias à proteção da mulher (CAMPOS; CORREA, 2007:386; LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011:299; COPEVID, Enunciado 4). Há ainda quem defenda que podem perdurar indefinidamente (DIAS, 2012:148).

Superada a discussão sobre a natureza jurídica cível das medidas protetivas de urgência, não faz sentido atrelar obrigatória e exclusivamente a vigência das medidas protetivas à duração de um processo cível ou penal. Cumpre analisar qual seria o período razoável para a proteção à mulher.

Relatório de pesquisa do CEPIA indica que há uma divergência generalizada no Brasil sobre o prazo de duração das medidas protetivas de urgência:

> "Em São Paulo, os pedidos de separação conjugal, guarda de filhos e alimentos são deferidos com validade de 30 dias. Após essa data a mulher que tiver interesse em dar continuidade à ação, deverá ingressá-la na Vara de Família. Em Porto Alegre, as medidas são aplicadas com prazo de 6 meses, mas não foi possível saber se esse prazo se aplica a todas as medidas protetivas. Na Bahia, ao contrário, não se estabelece prazo e de acordo com um defensor público entrevistado, existem medidas protetivas que estão em vigor há 2 anos sem que tenha havido decisão no processo criminal." (BARSTED e PITANGUY, 2013:89)

Pesquisa de Azevedo et al (2016:286) relatou a prática de uma vara em Belo Horizonte, de monitorar uma vez por ano a necessidade de manutenção da vigência das medidas protetivas de urgência. Como visto anteriormente, no Distrito Federal, 31,6% dos magistrados deferem as medidas por apenas alguns meses.

Prazos curtos de vigência das medidas protetivas de urgência desconsideram os estudos das ciências sociais. A literatura internacional relacionada à violência doméstica contra a mulher é repleta de pesquisas indicando que a separação do casal é um fator de risco elevado para a ocorrência de novos episódios de violência e de feminicídio. Segundo Ellis (2017:503), "a associação entre separação conjugal e feminicídio íntimo alcançou o status de uma generalização sociológica empírica".

Com efeito, diversos instrumentos internacionais de avaliação de risco em contexto de violência doméstica contra a mulher têm incluído a separação recente do casal como um fator de risco de feminicídio. Nesse sentido, afirmam Campbell et al (2003:1091):

> "Quando um incidente grave de violência doméstica foi desencadeado pelo fato de a mulher ter deixado o agressor para iniciar um novo relacionamento, ou ainda em razão dos ciúmes do agressor, há um aumento em cinco vezes do risco de feminicídio (OR=4,91). Quando o incidente foi desencadeado pelo fato de a vítima deixar o agressor por qualquer outra razão, o risco de feminicídio foi também significativamente elevado (OR=4,04). Estes efeitos nos níveis dos incidentes parecem estar relacionados a agressores com comportamento de elevado controle, bem como de haver separação após um período de coabitação."

Igualmente, estudos indicam que o término de uma relação com o início de uma nova relação pela mulher é um grave fator de risco. Conferir Jewkes et al (2002:1613):

> "A circunstância de uma mulher ter mais de um parceiro no último ano foi identificada de forma independente e positiva associado com a prática de novos atos de violência doméstica. Estes mecanismos do fator de risco foram descritos por Wood e Jewkes (2001). Pode ser o ciúme; pode haver uma causalidade reversa se, após a violência, a relação se encerra e então uma nova relação se inicia; iniciar um segundo relacionamento em busca de amor sem ter terminado o primeiro relacionamento por medo de futura violência; ou violência associada a tentar romper a relação."

Na mesma linha, em Portugal, afirma Gonçalves (2014:41):

> "Num estudo realizado a 20 casos de homicídios em relações de intimidade, no âmbito do processo de validação deste instrumento, verificamos, que em todos eles (100%), estiveram presentes a intenção de separação/separação ou distanciamento emocional por parte da vítima. Nalgumas relações, a separação pode constituir o ponto de viragem a partir do qual a violência pode aumentar em frequência e/ou gravidade e, noutros casos, onde antes não havia nenhuma violência, esta pode iniciar-se após a separação."

Ellis (2017) apresenta uma teoria explicativa desse fenômeno, reconhecendo que, após a separação do casal, em um contexto de litigiosidade, há diversos pontos de conflito, como as discussões para se reatar ou não o relacionamento, a partilha de bens, guarda de filhos, pagamento de pensão alimentícia. Tais pontos controvertidos geram um estado constante de estresse entre o casal, que é qualificado por eventuais ações judiciais litigiosas. Esse estado de conflito não é momentâneo, ele é cumulativo e se prolonga no tempo, enquanto não forem solucionadas as diversas pendências relacionadas à separação litigiosa. Tal conflito latente potencializa o risco de violência letal. Fundamentada em pesquisas, Ellis

(2017:507) apresenta um modelo explicativo da evolução do risco ao longo do tempo, reconhecendo que os 12 meses posteriores à separação são os mais arriscados para a ocorrência de violência letal, com um pico de risco durante os seis primeiros meses posteriores à separação.

Sobre o período de risco de violência, estudo documentou que quando uma mulher sofre violência, o período de dois anos após a separação é o período crítico para ocorrência de feminicídios. Conferir (MCFARLANE et al., 1999:313):

> "Este estudo documentou que 76% das vítimas de feminicídio consumado e 85% das vítimas de tentativa de feminicídio havia sofrido *stalking* (atos de perseguição) nos 12 meses anteriores ao crime de feminicídio (consumado ou tentado). [...] Este achado da pesquisa fortalece o fato de que mulheres que sofrem violência doméstica possuem um alto risco de sofrerem futuros atos de violência ou mesmo de morte, a partir do término da relação até o período de dois anos após a separação."

Estudo estadunidense sugere que cerca de 41% dos agressores voltam a praticar violência contra as vítimas no período de até 30 meses após um incidente anterior de violência doméstica, indicando que o risco de reiteração da conduta pelo agressor é significativo em casos de violência doméstica (KLEIN, 2009:19).

A Lei Maria da Penha não estabeleceu o prazo de duração das medidas protetivas de urgência, mas estabeleceu o parâmetro que deveria ser utilizado para se chegar à solução hermenêutica, insculpido em seu art. 4º: "Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar". Os fins da lei estão insculpidos no art. 1º: coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. A proteção necessária à mulher é o parâmetro hermenêutico, derivado diretamente da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar que em diversos outros países, o prazo de duração das medidas protetivas de urgência vai desde o pedido inicial até após a sentença criminal, em fase de execução penal. Assim, em Portugal, um dos efeitos da sentença condenatória por crime de violência doméstica é a chamada "pena acessória de proibição de contactos", prevista no art. 152.4 do Código Penal português, que pode ter duração de seis meses a cinco anos. Ou seja, a legislação portuguesa reconhece que o tempo mínimo para a proteção à mulher deveria ser de seis meses para os casos mais banais, e que há casos graves em que o período de proibição de contatos pode ser de até cinco anos. Da mesma forma, na França, é possível que a medida de proibição de aproximação e contato se prolongue por vários anos até a fase de execução penal, através do chamado *suivi socio-judiciaire* (ÁVILA, 2014:261).

Na Nova Zelândia, as ordens de proteção cíveis podem ter duração indeterminada e na Austrália elas perduram por 12 meses, com possibilidade de pedido de prorrogação ou de revogação pela parte (NEAVE et al, 2016:136).

As regras de outros países, apesar de não se aplicarem diretamente ao contexto brasileiro, são um importante elemento de integração hermenêutica, já que indicam que há uma boa razão para se decidir de determinada maneira. Portanto, os elementos de direito comparado são um importante reforço argumentativo para a interpretação teleológica do dispositivo, enquanto vedação de interpretações que sejam desarrazoadas ou arbitrárias. Deve-se integrar a interpretação jurídica com argumentos das ciências sociais para a plena concretização do programa normativo subjacente ao texto legal.

Conclui-se que a fixação de prazos extremamente curtos para vigência das medidas protetivas de urgência é uma violação ao dever de proteção estatal, pois não cobre o período sensível de risco para a prática de novos atos de violência doméstica contra a mulher e acaba por transferir novamente à mulher o fardo de ser ela mesma a responsável pela sua proteção, tendo o sobrecarregado ônus de ter que periodicamente solicitar a renovação das medidas protetivas, e ainda sujeita ao risco de indeferimento caso não ocorram (ou se exijam provas) de novos atos de violência, ainda que haja uma conflitualidade latente e potencialmente violenta. Concordamos com Dias (2012:148), ao afirmar que "subtrair a eficácia depois do decurso de determinado prazo, conforme sustentado por alguns, pode gerar situações para lá de perigosas".

Portanto, a continuidade do processo criminal ou de disputas na área de família pode ser ponto de tensão entre agressor e vítima, criando o risco de o agressor voltar a procurar a vítima para discutir temas relacionados à continuidade do processo penal ou das ações cíveis, exigindo-se que haja mecanismos eficientes de proteção à mulher. Mesmo que não haja processos em curso, situações de assédio persecutório (*stalking*) que se prolongam no tempo ou de não aceitação do término da relação, ou um histórico de violência entre familiares que se prolonga por anos, merecem atenção igualmente diferenciada. Afinal, a proteção contra um conflito familiar que se arrasta há vários anos não se aperfeiçoa em poucos meses. Segundo Buzawa et al (2017:245), casos de risco elevado podem exigir medidas protetivas de duração permanente.

Especificamente quanto às medidas de proibição de aproximação, contato e frequência de determinados lugares, por sua ligação direta à prevenção da prática de novos atos de violência, cremos que a solução mais correta é se deferir a medida protetiva sem prefixação de prazo, com duração enquanto for necessária à proteção da mulher (cláusula *rebus sic stantibus*). O ideal seria a determinação

judicial de que após um período deveria a vara automaticamente intimar a mulher (preferencialmente por telefone) para esclarecer se ainda deseja a continuidade da manutenção da medida, indicando as razões de sua sensação de insegurança. Cremos, à luz dos estudos referidos, que o prazo mínimo de um ano para a duração das medidas é razoável à cobertura inicial do risco de sofrer novos atos de violência, sem prejuízo de renovação. Esse procedimento traria o benefício adicional de permitir um monitoramento quanto ao cumprimento das medidas protetivas (que idealmente deveria ser em intervalos bem mais curtos).

Não nos parece razoável condicionar a manutenção da vigência das medidas protetivas à nova iniciativa da mulher, pois, em verdade, há um dever estatal de ativamente proteger a mulher, de sorte que, se a vítima já indicou que está em situação de risco, cabe ao estado-juiz ter certeza de que ela está devidamente protegida para retirar-lhe a proteção.

Finalmente, cumpre analisar a eventual vinculação da vigência da medida protetiva com outro processo principal, seja ele cível, seja criminal. Como as medidas protetivas de urgência não são medidas cautelares cíveis ou criminais, e sim uma tutela de urgência antecipada, de caráter satisfativo, não há necessidade de ajuizamento de outro processo principal. O art. 304 do CPC prevê expressamente a possibilidade de se atribuir estabilidade à decisão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, contra a qual não há interposição de recurso, regime em tudo semelhante ao das medidas protetivas de urgência.

Portanto, equivocado o entendimento do STJ (BRASIL, 2017) de que as medidas protetivas de urgência são cautelares criminais e o não ajuizamento de processo principal após o transcurso de prazo significativo de tempo teria o condão de caducar a medida protetiva de urgência. No caso referido, as medidas protetivas vigoravam já há quatro anos, sem o ajuizamento da ação principal (cível ou criminal). Cremos que o processo deveria ter sido solucionado pela análise da efetiva necessidade de manutenção das medidas protetivas de urgência após os quatro anos de vigência (há fatores de risco? Ocorreram novos episódios de conflito abusivo? A extensão temporal do conflito permite ou não aferir a suficiência do prazo de quatro anos para essa proteção?), e não pela desconfiguração da natureza jurídica cível e do caráter autônomo e satisfativo das medidas protetivas de urgência.

Nessa linha, Didier Jr. e Oliveira (2016:148) e Dias (2012:148) defendem que a medida protetiva de alimentos provisórios não caduca com o vencimento do prazo de 30 dias, devendo perdurar enquanto houver a situação de violência doméstica e necessidade à mulher. E o afastamento do lar deve sempre ser permanente, já que não faz sentido se permitir ao agressor retornar para a casa da

mulher que não deseja retomar o relacionamento *more uxorio*, deixando para a jurisdição cível os temas de partilha de bens e/ou eventual indenização pelo uso exclusivo de imóvel comum.

5. Segue: a restrição ou suspensão do direito de visitas aos filhos

Em relação à restrição de contato com os filhos do casal, o tema é mais sensível. Por um lado, é direito das crianças terem contato com o seu genitor, e vice-versa. Por outro lado, o contato com os filhos pode, em determinados contextos, agravar o risco de violência à mulher. Enquanto na proibição de aproximação e contato à mulher a restrição de direitos fundamentais é meramente tangencial, aqui já há uma restrição sensíveis de direitos fundamentais. E, como todas as restrições de direitos fundamentais, há que se analisar o tema sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade.

Pesquisas têm indicado que essa medida protetiva está entre as que menos é deferida nos juizados (DINIZ; GUMIERI, 2016:217; OLIVEIRA et al, 2016:130). Em regra, para casos de gravidade aparentemente menos elevada, é conveniente se aguardar o prévio estudo da equipe multidisciplinar, nos termos do art. 22, inciso IV, da LMP. Todavia, para casos de elevada gravidade dos fatos, com potencialidade lesiva à integridade física e psíquica da mulher por intermediar os contatos do agressor com os filhos, cremos que a decisão deve ser guiada pelo princípio da precaução e, havendo verossimilhança na alegação de violência, deve ser deferida liminarmente a medida *ad cautelam*, designando-se uma audiência de justificação em seguida, por aplicação analógica do art. 300, § 2º, do CPC, com posterior estudo psicossocial pela equipe multidisciplinar.

Sempre que possível, há de se maximizar o direito de visitas paterna, inclusive na perspectiva de proteção aos direitos da criança de contato (saudável) com o genitor. Todavia, a restrição desse direito em contexto de violência doméstica à mulher é legalmente admissível e deve ser feita com um duplo foco: a violência psicológica à mulher consistente na exposição de seus filhos ou familiares ao risco de violência e a violência psicológica às crianças consistentes na exposição delas à violência doméstica de sua genitora. A Lei Maria da Penha usa expressões abrangentes ao estabelecer a proteção à integridade psíquica das mulheres em situação de violência doméstica contra quaisquer atentados, permitindo a conclusão de que a exposição dos filhos da mulher ao risco de violência constitui forma de violência psicológica à mulher. Cerca de metade dos agressores de mulheres também agride fisicamente crianças e atos de violência psicológica tendem a continuar no período pós-separação (SAUNDERS et al, 2016:723). Muitas

vezes, a aproximação dos filhos é abusivamente utilizada como instrumento para a vigilância e controle das atividades da mulher (SAUNDERS et al, 2016:738).

O reverso também é verdadeiro. Quando crianças estão expostas à situação de violência doméstica da genitora, elas não são apenas testemunhas, elas também são vítimas secundárias da violência, pois sofrem uma forma de violência psicológica (v. FERNANDES, 2015:92; COPEVID, Enunciado 17). Pesquisa realizada nas capitais dos estados do Nordeste brasileiro documentou que 23% das mulheres presenciaram suas mães sofrerem violência doméstica, índice próximo ao das mulheres que sofreram violência doméstica (27%), reforçando a ideia de transgeracionalidade da violência doméstica (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017:3). Estudos internacionais indicam que expor uma criança à situação de violência doméstica de sua genitora eleva a vulnerabilidade dessa criança de replicar esse padrão comportamental na fase adulta, tanto como vítima quanto como agressor (MCMAHON, 2015).

A Lei 13.431/2017, em seu art. 4º, inciso II, alínea *c*, expressamente conceitua como violência psicológica a exposição da criança à prática de violência contra membro de sua família. Há, inclusive, um juízo de reprovabilidade mais acentuado dessa conduta, prevista como causa de aumento da pena no crime de feminicídio (CP, art. 121, § 7º, inciso III). Sottomayor (2011:107) sinaliza que presenciar esses comportamentos de violência ou injustiça no lar pode gerar sentimentos de rejeição pela criança, que deveriam ser abordados com técnicas de intervenção psicossocial com toda a família, não mediante a constrição da reversão da guarda. Portanto, preservar a criança do contato com o agressor, como forma de, momentaneamente, retirá-la do risco de exposição ao contexto de violência psicológica, é igualmente uma medida protetiva diretamente à criança.

Muitas vezes, quando a mulher solicita essa medida é acusada de estar promovendo "alienação parental", nos termos da Lei 12.318/2010. Essa teoria, desenvolvida por Gardner (2002:95), afirma que a criança que, por iniciativa própria, auxilia um dos genitores (o alienador) a "denegrir" imagem do outro (alienado), possui um distúrbio psicológico. Ele indica como critérios de identificação da "síndrome" a existência de campanha pela criança para denegrir um dos genitores, a rejeição do progenitor por questões frágeis ou frívolas, a ausência de ambivalência na criança, o apoio refletido da criança à genitora, presença de "encenações encomendadas" e a ausência de culpa na criança pelo afastamento com o genitor (GARDNER, 2002:97). Como consequência da postura alienante, usualmente da mãe, esta poderia vir a perder a guarda da criança (Lei 12.318/2010, art. 6º, inciso V).

Todavia, os critérios tautológicos dessa teoria geram, na prática, uma circularidade probatória: denunciar a violência é o indício da sua falsidade. Ainda que

existam pontualmente casos de denúncias dolosamente falsas, a aplicação acrítica dessa teoria serve como mais uma ferramenta de dominação masculina sobre a ex-companheira, que se vê acuada em denunciar a violência sofrida diante do risco de perder a guarda da criança, acaso não tenha outras provas além da sua palavra e a da criança. Como afirma a magistrada do Tribunal Constitucional português, Sottomayor (2011:73),

> "a SAP [síndrome da alienação parental] é uma teoria rejeitada pela Associação de Psiquiatria Americana e pela OMS [e] não preenche os critérios de admissibilidade científica exigida pelos Tribunais norte-americanos. [...] A SAP coloca em risco mulheres e crianças vítimas de violência."

Saunders et al (2016:739) indica uma lista de guias de atuação ao sistema de justiça estadunidense que expressamente recomendam a não utilização desta teoria em casos de violência doméstica. Pignotti (2014:1) arremata: "A influência da ideologia da SAP nos tribunais de família e criminais pode levar a decisões equivocadas, com previsíveis danos emocionais e traumas às crianças e, consequentemente, desencadear consequências como homicídios e suicídios".

O ideal será sempre se determinar intervenção psicossocial de todos os envolvidos na situação de violência, com parecer favorável da equipe multidisciplinar, com perspectiva de gênero, de forma a se evitar o acirramento dos conflitos, com o risco de escalada da violência. Para casos menos graves, uma oficina de parentalidade pode ser suficiente. Ainda assim, convém que essa medida não se prolongue excessivamente, tendo duração temporal limitada, enquanto houver a ameaça de violência (v. DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016:147; DIAS, 2012:154). Visitas intermediadas por instituições especializadas na defesa dos direitos das mulheres podem ser uma solução (ÁVILA, 2014:240).

Considerações finais

Ainda há uma resistência no Judiciário à plena aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na LMP. A falta de compreensão sobre a relação direta entre as medidas protetivas de urgência e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres, e sobre a complexidade da ruptura de uma relação violenta, podem significar uma grave violação de direitos humanos. Parte dessa resistência deriva de um déficit dogmático quanto à natureza jurídica e seus parâmetros decisórios desse instituto jurídico.

O presente trabalho analisou a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, concluindo tratar-se de uma tutela de urgência de natureza exclusivamente

cível, satisfativa, de inibição de um novo ato ilícito ou de reintegração. Essa natureza cível permite uma substancial ampliação do espectro protetivo da LMP, em comparação à redução de tais medidas ao regime cautelar criminal. Há que se evitar a colonização do sistema protetivo pela racionalidade punitiva.

Para a concessão das medidas protetivas de urgência, é necessária e suficiente uma situação de violência doméstica (conflitos abusivos criminais e não criminais), havendo presunção pela LMP da necessidade de proteção nessa situação. O meio de prova para a tutela é alegação pela vítima da situação de violência. Estudos internacionais têm documentado que a percepção pela vítima de seu risco é um dos principais elementos para a avaliação de risco de violência doméstica. Portanto, deve-se valorizar a palavra da vítima sobre a existência de um contexto de conflitualidade potencialmente violenta. O *standard* da decisão quanto ao requerimento de medidas protetivas de urgência é a verossimilhança da alegação, guiada pelo princípio da precaução, pois visa evitar a ocorrência de novos atos de violência em desfavor da mulher, o que gera uma inversão do ônus da prova, tornando, na prática, o parâmetro decisório *in dubio pro tutela*.

Mesmo as notícias aparentemente não graves de violência devem levar em consideração: o risco futuro de violência, o provável histórico de violência não descrito nos autos, a gravidade da violência psicológica e moral à saúde da mulher e a necessidade de empoderar as mulheres para romperem relações abusivas.

As medidas protetivas devem permanecer em vigor enquanto forem necessárias à proteção da mulher. Estudos internacionais têm documentado que apenas alguns poucos meses são claramente insuficientes à proteção, já que o primeiro ano após o término da relação tem um pico no risco de novos atos de violência. Cabe ao magistrado periodicamente reavaliar com a vítima a necessidade de continuidade da medida, apenas revogando-a se tiver certeza da ausência de riscos. Casos de risco elevado, conforme a literatura especializada, podem exigir uma tutela permanente.

Especificamente quanto à medida de restrição de visita aos filhos, para casos de gravidade elevada ou em que os filhos estão sofrendo ou presenciando a situação de violência, deve haver o deferimento da medida, seguida de estudo psicossocial. Sempre deve haver intervenção psicossocial preventiva.

A documentação da situação de divergência doutrinária e judicial quanto à interpretação da natureza jurídica e do prazo de duração das medidas protetivas de urgência deveria ensejar uma atuação uniformizadora por parte dos Tribunais, conferindo a necessária segurança jurídica às vítimas de violência doméstica. Esse problema passa, igualmente, pela necessária obrigação funcional de formação

continuada dos magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e policiais, especialmente pela sensibilização sobre as relações de gênero.

Finalmente, para além dos tópicos ora discutidos, é necessária a estruturação de mecanismos de monitoramento da efetividade das medidas protetivas de urgência e de integração da intervenção da justiça com uma rede de apoio à mulher e de intervenções com o agressor (DINIZ; GUMIERI, 2016:225; PASINATO et al, 2016:254; ÁVILA, 2017:121; CAMPOS, 2017:18).

As medidas protetivas de urgência são o coração da LMP e estão no centro das estratégias de proteção às vítimas. Cabe aos operadores do direito integrarem a hermenêutica jurídica com os estudos das ciências psicossociais sobre a complexidade da violência doméstica e familiar, de forma a conferirem concretização ao programa normativo subjacente à LMP. A "construção de uma nova justiça com perspectiva de gênero" (CASTILHO; CAMPOS, 2018:299) passa pela compreensão das relações de gênero como um paradigma hermenêutico, que deve moldar as práticas judiciárias a partir dos compromissos internacionais com os direitos fundamentais das mulheres.

Referências bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 48, p. 260-90, maio-jun. 2004.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de (Org.). *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero*: experiências e representações sociais. Brasília: ESMPU, 2014.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência*: primeiras considerações. São Paulo: Compromisso e Atitude, 2018. Disponível em: [www.compromissoeatitude.org.br/o-novo-crime-de-descumprimento-de-medidas-protetivas-de-urgencia-primeiras-consideracoes-por-thiago-pierobom-de-avila]. Acesso em: 08.02.2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Violência contra a mulher: consequências da perspectiva de gênero para as políticas de segurança pública. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 62, n. 3, p. 103-132, set.-dez. 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli et al. Aplicação de medidas protetivas para mulheres em situação de violência nas cidades de Porto Alegre (RS), Belo Horizonte (MG) e Recife (PE). In: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses; ENGEL, Cíntia Liara; BAPTISTA, Gustavo Camilo (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (Org.). *Violência contra a mulher e acesso à Justiça:* estudo comparativo da aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais. Rio de Janeiro: CEPIA, 2013.

BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2661, 14.10.2010. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/17614]. Acesso em: 30.12.2017.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – Artigo 22. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). Lei Maria da Penha comentada *em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luis Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BOWEN, Erica. An overview of partner violence risk assessment and the potential role of female victim risk appraisals. *Aggression and violent behavior*, v. 16, p. 214-226, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp 1.430.724/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 17.03.2015, *DJe* 24.03.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.374.653/MG, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11.03.2014, *DJe* 02.04.2014a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.419.421/GO, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.02.2014, *DJe* 07.04.2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.623.144/MG, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 17.08.2017, *DJe* 29.08.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 77.568/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 22.11.2016, *DJe* 07.12.2016.

BUZAWA, Eve S. et al. *Responding to domestic violence*: the integration of criminal justice and human services. 5. ed. Thousand Oaks: SAGE, 2017.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de polícia criminal orientado para a vítima de crime. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAMPBELL, Jacquelyn et al. Risk factors for femicide in abuse relationships: Results of a multisite case control study. *American Journal of Public Health*, n. 93(7), p. 1089-1097, 2003.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2007.

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 11, n. 1, p. 10-22, fev.-mar. 2017.

CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. *Pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher*: relatório executivo III: violência doméstica, violência na gravidez e transmissão entre gerações. Fortaleza: UFC, 2017.

CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. *Pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher:* Relatório executivo I: prevalência da violência doméstica e impacto nas novas gerações. Fortaleza: UFC, 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 26, n. 146, p. 273-303, ago. 2018.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica*: análise da Lei "Maria da Penha", n. 11.340/2006. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos). *Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Relatório n. 54/2001, Petição n. 12.051, 04.04.2001.

COMJIB (Comissão de Ministros da Justiça Ibero-Americanos); AIAMP (Associação Ibero-Americana de Ministérios Públicos). Protocolo regional para la investigación con perspectiva de género de los delitos de violencia contra las mujeres cometidos en el ámbito intrafamiliar. 2014. Disponível em: [www.aiamp.info/index.php/2014-08-13-15-10-14/category/5-declaraciones-y-protocolos?download=52:protocolo-reginvdelviomujeres]. Acesso em: 01.01.2018.

COPEVID (Comissão Nacional de Promotores de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). *Enunciados*. Disponível em: [www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher]. Acesso em: 30.12.2017.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*: dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

DATASENADO. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília: Senado, 2013.

DATASENADO. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*: pesquisa de opinião pública nacional. Brasília: Senado, 2011.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. A Lei Maria da Penha e o novo CPC. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Org.). *Repercussões do novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 9: Legislação extravagante.

DINIZ, Anailton Mendes de Sá. *Medidas protetivas de urgência*: natureza jurídica – Reflexos procedimentais. Fortaleza: MPCE, 2014. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20-%20Natureza%20Jur%C3%ADdica%20-%20Anailton%20Mendes%20de%20Sa%20Diniz.pdf]. Acesso em: 30.12.2017.

DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses; ENGEL, Cíntia Liara; BAPTISTA, Gustavo Camilo (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Estatística sobre feminicídios no Distrito Federal. Brasília: SSP/DF, 2017a.

DISTRITO FEDERAL. *Relatório de varas instaladas e não instaladas*. Brasília: TJDFT, 2017b. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/institucional/varas-e-juizados/copy7_of_geral.pdf]. Acesso em: 21.12.2017.

DISTRITO FEDERAL. *Relatório de Violência Doméstica 2017*. Brasília: MPDFT, 2018. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/portal/pdf/Relat%C3%B3rio_Viol%C3%AAncia_Dom%C3%A9stica_2017_-_MPDFT.pdf]. Acesso em: 08.02.2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELLIS, Desmond. Marital separation and lethal male partner violence. *Violence against women*, v. 23(4), p. 503-519, 2017.

FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018*. 2018. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf]. Acesso em: 08.02.2018.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*: teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

FONAVID (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). *Enunciados*. Disponível em: [www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-fonavid-forum-nacional-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher]. Acesso em: 04.01.2018.

GARDNER, Richard. Parental alienation syndrome vs. parental alienation: which diagnosis should evaluators use in child-custody disputes? *American Journal of Family Therapy*, v. 30, n. 2, p. 93-15, 2002.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa (Coord.). *Risco em situações de violência doméstica:* manual de aplicação da ficha de avaliação de risco. Lisboa: MAI, 2014.

JEWKES, Rachel et al. Risk factors for domestic violence: findings from a South African cross-sectional study. *Social Science & Medicine*, v. 55, p. 1603-1617, 2002.

KLEIN, A. R. *Practical implications of current domestic violence research*: for law enforcement, prosecutors and judges. Washington, DC: National Institute of Justice, 2009.

LAURRIBAU-TERNEYRE, Virgine. Premiers éclairages sur l'application de la loi du 9 juillet 2010 dans le temps et au fond. *Droit de la famille*, n. 4, p. 24, 2011.

LAVIGNE, Rosane M.; PERLINGEIRO, Cecilia. Das medidas protetivas de urgência: artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público – Artigos 25 e 26. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

McCULLOCH, Jude et al. *Review of the family violence risk assessment and risk management framework* (CRAF): final report. Melbourne: Monash University, 2016.

McFARLANE, Judith M. et al. Stalking and intimate partner femicide. *Homicides Studies,* v. 3, n. 4, p. 300-316, nov. 1999.

McMAHON, Kibby et al. Childhood maltreatment and risk of intimate partner violence: a national study. *Journal of Psychiatric Research*, v. 69, p. 42-49, 2015.

MENEGHEL, Stela Nazareth et al. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 3, p. 691-700, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NEAVE, Marcia et al. *Royal Commission into Family Violence:* report and recommendations. Melbourne: Victorian Government, 2016. v. III.

OLIVEIRA, Adriana Vidal et al. Violência doméstica, discriminação de gênero e medidas protetivas de urgência. Curitiba: Juruá, 2016.

OLIVEIRA, Sílvia Falcão de et al. Violence against women: profile of the agressors and victims and characterization of the injuries, a forensic study. *Journal of forensics and legal medicine*, v. 23, p. 49-54, 2014.

PIGNOTTI, Maria Serenella. Parental alienation diagnosis: a modern and effective subtype of domestic violence, endemic in Italian courts. *Italian Journal of Pediatrics*, v. 40, n. 1, p. A34.

PASINATO, Wania et al. Medidas protetivas para as mulheres em situação de violência doméstica. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses; ENGEL, Cíntia Liara; BAPTISTA, Gustavo Camilo (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência contra a mulher em Belo Horizonte. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2012.

PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista do MPDFT*, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O que veem as mulheres quando o direito as olha? Reflexões sobre as possibilidades e os alcances de intervenção do direito nos casos de violência doméstica. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 115-142, jan.-mar. 2016.

SAUNDERS, Daniel G. et al. Beliefs and recommendations regarding child custody and visitation in cases involving domestic violence: a comparison of professionals in different roles. *Violence Against Women*. v. 22, n. 6, p. 722-744, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos Tribunais de Família. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 13, p. 73-107, 2011.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Lei Maria da Penha comentada*: sob a nova perspectiva dos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2013.

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

WAISELFISZ, Julio. j. *Mapa da Violência 2015*: Homicídios de mulheres no Brasil. Brasília: Flacso, 2015.

WALKER, Lenore E. *The battered woman*. Nova Iorque: Harper and Row, 1979.

WALKLATE, Sandra Lyn et al. Is more law the answer? Seeking justice for victims of intimate partner violence through the reform of legal categories. *Criminology & Criminal Justice*, v. 18, n. 1, p. 115-131, 2018.

ZANELLO, Valeska. Saúde mental, gênero e dispositivos. In: DIMENSTEIN, Magda et al. (Org.). *Condições de vida e saúde mental em contextos rurais*. São Paulo: Intermeios, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Dez anos de Lei Maria da Penha: e agora Maria, para aonde?, de Carmen Hein de Campos – *RT* 974/155-170 (DTR\2016\24519).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo WEB: JRP\2017\1061761.

A transversalidade do acordo de colaboração premiada e seus efeitos na demissão do servidor público

The transversality of the turning state's evidence agreement and its effects on the dismissal of the public servant

Anamaria Prates Barroso
Mestre em Direito pela UFPE. Doutoranda em Direito pelo IDP/DF.
Advogada criminalista. Procuradora do Distrito Federal.
apratesb@yahoo.com.br

Recebido em: 11.10.2018
Aprovado em: 10.02.2019
Última versão do(a) autor(a): 24.02.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente trabalho procura trazer para o debate os efeitos do acordo de delação premiada na ação de improbidade e no processo administrativo disciplinar, que geram a sanção disciplinar, em que consta cláusula de não demissão do servidor público. O instituto da colaboração premiada encontra-se de tal modo estabelecido que se torna necessário o debate acerca da sua transversalidade e de como os órgãos da Administração Pública podem respeitar cláusula acordada de não demissão do servidor público em favor da segurança jurídica.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Improbidade administrativa – Processo administrativo disciplinar – Demissão – Servidor público.

Abstract: The present article discusses the effects of the state's evidence agreement on improbity actions and disciplinary administrative procedures, its generation of a disciplinary sanction with a clause of non-dismissal of the public servant. The settled status of the doctrine of turn state's evidence stimulates a debate not only about its transversality, but also about how the Public Administration administrative organs can respect the mentioned clause in favor of legal certainty.

Keywords: Turn state's evidence – Improbity actions – Disciplinary administrative procedure – Dismissal – Public servant.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sanções administrativas e sanções penais. 3. Sanção disciplinar. 4. Independência e comunicabilidade das instâncias penal e administrativa. 5. Administração pública consensual e justiça penal negocial. 6. Natureza negocial da colaboração

premiada. 7. Colaboração premiada e ação de improbidade administrativa. 8. Colaboração premiada e processo administrativo disciplinar. 9. Transversalidade do acordo de colaboração premiada. 10. Conclusão. Referências bibliográfica.

1. Introdução

A colaboração premiada ainda é instituto incipiente no ordenamento jurídico brasileiro. Vários têm sido os debates em torno do tema, abrangendo desde a questão ética até sua estrutura formal. Percebe-se que os dilemas vêm surgindo na medida em que os acordos vão sendo celebrados. A ausência de uma interpretação sistemática e da aplicação de novos mecanismos de efetividade tem gerado um vácuo no terreno da colaboração premiada.

O presente trabalho procura contribuir com mais uma questão que tem sido levantada relativamente aos acordos de colaboração premiada: qual a repercussão da cláusula de abrandamento da pena de demissão para o servidor público no âmbito da ação de improbidade administrativa e do processo administrativo disciplinar?

Um instituto em que o colaborador deixa de exercer princípios fundamentais como o da não autoincriminação e o da não culpabilidade requer uma análise mais cautelosa do que a referente aos demais acordos. É preciso que o intérprete se atenha aos novos rumos trazidos pela colaboração premiada e sua inserção dentro de uma nova ordem social para que não corra risco de violação de direitos tão caros a um Estado Democrático de Direito.

Neste trabalho, em um primeiro momento, explorou-se a distinção (ou não) entre sanções administrativas e sanções penais, com um tópico dedicado exclusivamente às sanções disciplinares. Procurou-se aqui não adentrar no debate das teorias acerca desses institutos. A finalidade foi de mostrar para o leitor que mais do que nunca o debate entre comunicabilidade e independência de instâncias se faz premente.

Em um segundo momento, analisou-se a consensualidade, tanto na Administração Pública como na "Justiça" Penal. De uma forma sucinta, buscou-se trazer as inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais no campo da negociação em assuntos antes não pensados que pudessem ser objeto de acordo.

Abordou-se também a natureza negocial da delação premiada como forma de obtenção de vantagens e da importância, para a efetividade do instituto, do cumprimento das cláusulas acordadas.

Atentou-se para alguns movimentos legislativos nos âmbitos estadual e municipal que buscam trazer a colaboração premiada para o campo da sanção disciplinar, bem como para os efeitos que a colaboração premiada pode gerar na ação

de improbidade e no processo administrativo disciplinar quanto à punição do servidor público.

Este trabalho não encerra o debate sobre o tema. Ao contrário: inicia e fomenta a discussão sobre os efeitos transversais que a colaboração premiada pode trazer em campo extrapenal.

2. Sanções administrativas e sanções penais

A legitimidade da punição, que não se confunde com a legalidade da punição, não é uma tarefa fácil do direito que tem sanções.[1]

Cláudio Farag relembra que a origem de qualquer pena não é o interesse de punir por punir, mas a motivação maior de que as normas estabelecidas como fundamentais para interesse da sociedade sejam cumpridas, e os interesses, protegidos[2].

O Direito encontra legitimidade nas escolhas ideológicas e políticas feitas com base na Constituição Federal. Serão, portanto, os princípios inseridos nessa base ideológica que vão orientar o limite punitivo, os modelos repressivos e o *ius puniendi*.

A sanção faz parte do Direito. Ao longo do tempo, diversas teorias intentam explicar tanto o porquê de existir a necessidade de punir, quanto quem deteria o direito de aplicar uma punição. Em grau variado, o debate gira em torno da repressão, prevenção, segurança, disciplina, paz.

O direito de punir do Estado (*ius puniendi)* tem suas raízes no direito penal clássico. Ao ter seu escopo de atuação ampliado, a Administração Pública passa a exercer também atividades sancionadoras, e o *ius puniendi* deixa de ser atividade exclusiva do Poder Judiciário[3].

Assim, as normas repressoras, segundo as quais o Estado exerce papel repressor punitivo, que ameaçam com sanção punitiva a conduta provocadora de resultado indesejado, estão previstas nos ordenamentos penal e administrativo, manifestando-se, classicamente, por meio do *ius puniendi*[4], característico da esfera penal e da prerrogativa sancionatória da Administração Pública, próprio do Direito Administrativo.

1. BOBBIO, Norberto et alli. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. v. 2. p. 675.
2. FARAG, Cláudio Renato do Canto. *Multas fiscais*: regime jurídico e limite de gradação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 17.
3. PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral*: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005. p. 35.
4. O tema da unidade do *ius puniendi* também não é assente na doutrina brasileiro.

As diferenças e afinidades entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal têm sido estudadas pela doutrina ao longo dos anos, sendo diversas as correntes quanto à aproximação ou distanciamento entre esses dois ramos do Direito, no que concerne aos fins[5], meios, intensidade das penas e diferença de normas[6].

A controvérsia sobre as supostas diferenças qualitativas ou quantitativas entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador adquire um contexto prático quanto à subordinação das sanções administrativas ao Direito Administrativo ou ao Direito Penal[7].

Segundo a corrente diferenciadora qualitativa, o ilícito penal abrange comportamentos ofensivos a direitos subjetivos dos indivíduos, interesses da coletividade, da sociedade, enquanto que o ilícito administrativo trata de comportamentos que possam ofender a própria Administração Pública. Já para a concepção diferenciadora quantitativa, a diferença entre o ilícito penal e o ilícito administrativo está no grau da sanção: as condutas mais graves são reservadas ao Direito Penal, e as mais brandas, ao Direito Administrativo.

Roxin entende que a diferença entre esses ilícitos é de regra quantitativa, mas em razão de o direito penal constituir a última *ratio* de proteção de bens jurídicos, a partir de um ponto, essa diferença quantitativa se transforma em qualitativa[8].

Helena Regina Lobo da Costa afirma que não há diferenças ontológicas entre as condutas consideradas ilícitas no âmbito administrativo e na esfera penal. "O crime não existe como realidade, ele é produto de uma definição – que não se dá, todavia, de modo arbitrário. Da mesma forma, o ilícito administrativo é criado normativamente"[9].

---

5. Manzini é partidário da analogia das sanções penais e disciplinares quanto ao fim. (MANIZINI, Vicenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1920. v. 1. p. 80).
6. Duguit acreditava que o Direito Disciplinar não é um Direito Penal devido à tradição burocrática. A diferença entre ambos seria que as sanções penais derivam de atos judiciais e as sanções disciplinares de atos administrativos. (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Anncienne Librairie Fontemoing & C. Éditeurs, 1927. t. III. p. 253.
7. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 101.
8. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Diego Manuel Luzòn Peña; Miguel Diaz Y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remessal. Madri: Civitas 1997. t.I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. p. 72.
9. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

Como bem observado por Heraldo Garcia Vitta, as sanções penal e administrativa são "iguais, homogêneas, e eventuais divergências de gravidade não significam distinção de fundo, de substância"[10].

Segundo anota Reale Júnior:

> "muito se discute se há diferença qualitativa ou apenas quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo. O certo, contudo, é a existência de um *jus puniendi* geral, ao qual se aplica um regime jurídico do Estado punitivo consoante um Estado de Direito, independentemente da adoção da teoria de diferenciação qualitativa ou quantitativa entre ilícito penal e administrativo."[11]

Sem dúvida que o poder punitivo é um traço comum entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, e não há como negar que várias são as infrações administrativas que têm reflexo na seara penal, constituindo, também, um tipo penal. Há situações, inclusive, em que a sanção administrativa pode ser maior que a sanção penal. A doutrina denominou tal fenômeno "fraude de etiquetas"[12], que consiste em qualificar como administrativas sanções que tenham cunho penal.

Contudo, não há como negar que o Direito Penal, em geral, é mais gravoso que o Administrativo Sancionador, sendo, sem dúvida, uma característica diferencial entre ambos.

3. SANÇÃO DISCIPLINAR

O poder sancionador da Administração Pública se revela em sua relação com os particulares e com os servidores públicos. O poder disciplinar decorre então da relação jurídica formada entre o Estado e o agente público. Parte da doutrina entende que as sanções disciplinares se integram nas sanções administrativas. Seriam, assim, sanções administrativas cujos objetivos e características possuem algumas especificidades[13].

---

10. VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66.
11. REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 93.
12. Expressão dada por Franco Bricola, mas utilizada por vários doutrinadores. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 440).
13. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 101-102.

Egberto Maia Luz sustenta que o Direito Processual Disciplinar é o ramo do Direito Administrativo destinado a apurar, decidir e regular, por todos os aspectos pertinentes, as relações que o Estado mantém com os seus servidores, visando ao respeito às leis e às normas que regulam as atividades funcionais[14]. Similarmente, para Sandro Dezan, o Direito Administrativo Disciplinar constitui espécie do gênero Direito Administrativo e, guardadas as devidas proporções, faceta do Direito Sancionador Estatal, uma vez permeado também por princípios a ele atribuídos[15].

No entanto, apesar de a doutrina tratar a sanção disciplinar dentro do Direito Administrativo Disciplinar, como decorrência da instauração de processo administrativo disciplinar, pode ocorrer de a sanção disciplinar ser imposta por um processo que não o administrativo disciplinar. Pode, por exemplo, ser decorrente de uma ação de improbidade ou de sentença penal condenatória.

O Código Penal prevê, em seu artigo 92, duas hipóteses de perda de cargo público como efeito específico da condenação criminal: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

Qualquer que seja a pena aplicada na sentença penal condenatória, o funcionário público perderá automaticamente o cargo, seja ele qual for, nos crimes de: tortura (artigo 1º, § 5º, da Lei 9.455/1997), de abuso de autoridade (Lei 4.898/1965), de preconceito de raça (artigo 18, da Lei 7.716/1989), e ainda nos crimes da lei de licitação e como integrante de organização criminosa (Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013).

Além de prevista pelo Direito Penal, a perda da função pública como sanção pela prática de ato de improbidade administrativa, consta também na Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei 8.429/92). Quando a LIA impõe a perda da função pública ao autor de ato de improbidade administrativa, ela está declarando a extinção do vínculo jurídico que o servidor mantinha com Administração Pública.

Verificam-se, então, três situações diferentes em que o servidor público pode ser demitido pelo mesmo fato: processo administrativo disciplinar, ação de improbidade e ação penal, sendo que, em razão do postulado da independência de

14. LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*: teoria e prática. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 64.

15. DEZAN, Sandro Lucio. *Direito Administrativo Disciplinar*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. v. I. p. 97.

instâncias, a absolvição em uma das esferas não interfere nas demais, salvo se absolvido por inexistência de fato ou negativa de autoria no âmbito penal.

4. Independência e comunicabilidade das instâncias penal e administrativa

Não é raro que um indivíduo, em razão da mesma conduta antijurídica, seja sancionado mais de uma vez por autoridades diversas. O acúmulo de sanções administrativas, civis e penais se dá em razão do já mencionado postulado da independência das instâncias administrativa e penal. A despeito desse postulado, essas instâncias não estão completamente apartadas, sendo viável a comunicação entre elas "com o fim de exteriorizarem os plasmados de justiça, segurança jurídica e paz social"[16].

A súmula vinculante 24 do STF que diz que não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo, vincula a atuação judicial à decisão administrativa. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime. Deve-se, assim, aguardar o término do processo administrativo fiscal para se dar início à ação penal pelo crime tributário previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990.

No campo disciplinar, a independência de instâncias também é relativizada. Consoante a doutrina e a jurisprudência majoritárias, repercutem na esfera administrativa as decisões absolutórias fundadas na comprovada inexistência do fato (negativa de materialidade), na comprovada não participação do réu no delito (negativa de autoria) e na comprovada existência de circunstâncias que excluam o crime (licitude da conduta) (artigo 386, I, IV e VI, 2ª parte, do Código de Processo Penal).

O atual Regime Jurídico do Servidor Público Federal (Lei 8.112/90), em seu artigo 125, reconhece a independência dessas instâncias, e, no seu artigo 126, abre uma exceção para admitir a interferência do juízo penal sobre o administrativo disciplinar, nestes termos: "a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria".

Isabela Parisio[17] desenvolveu um trabalho acerca da independência das instâncias administrativa e penal, partindo de uma análise minuciosa de acórdãos

16. MATTOS. Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 352.

17. PARISIO, Isabela de Oliveira. Independência entre esferas x comunicabilidade de instâncias: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.

do STF. Identificou, com base nos julgados do STF, que as esferas administrativa e penal estão parcialmente inter-relacionadas, comunicadas, sendo admitidas duas formas de comunicação pelos ministros[18]: (i) empréstimo de provas, que é admitido pelos ministros, na maioria dos casos e (ii) repercussão da sentença penal no PAD, que não se restringe somente nos casos de absolvição do réu na esfera penal, por inexistência do fato, ou por negativa de autoria. A pesquisa constatou, ainda, outras quatro formas de comunicação entre as áreas por meio da sentença penal: (i) a *contrariu sensu* do que dita a Súmula 18[19], STF; (ii) quando a inexistência do crime for reconhecida no juízo penal; (iii) quando o réu é absolvido em razão das causas de justificação; e (iv) quando o réu é absolvido, independentemente da fundamentação[20].

Percebe-se que o debate do STF refere-se a provas obtidas em um processo penal sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. A questão quanto à comunicabilidade das provas decorrentes de acordo de colaboração premiada ainda não foi objeto de análise pela Corte.

O Ministério Público, por meio da Nota Técnica 2/2018 (5ª Câmara de Coordenação e Revisão – combate à corrupção), entende que as limitações subjetivas do uso das provas obtidas com a colaboração, quando compartilhadas com outras instituições, são válidas. Entende que limitar o destino da prova é uma manifestação da boa-fé objetiva do Estado, pois as provas decorrentes da colaboração premiada não podem ser utilizadas contra os colaboradores[21].

---

18. Conforme a pesquisa de Isabela Parisio, a primeira decisão que trata da repercussão da sentença penal no PAD data de 1954, enquanto o primeiro acórdão sobre empréstimo de provas entre o processo de uma instância e outra, data de 2003.

19. A Súmula 18 do STF diz respeito à falta residual cometida pelo servidor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 18*. Pela falta residual, não compreendida pela absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2096]. Acesso em: 10.09.2018.

20. Essas outras quatro formas foram identificadas em acórdãos isolados.

21. A Nota Técnica foi produzida para esclarecer e corroborar os fundamentos da decisão judicial proferida em 13.06.2018, pelo Exmo. Dr. Sérgio Fernando Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, no âmbito dos autos 4054741-77.2015.4.04.7000/PR, a pedido do Ministério Público Federal, atinente à utilização de provas decorrentes de celebração de acordos no âmbito da Operação Lava-Jato, compartilhadas com órgãos de controle (destacadamente, a Receita Federal, CGU, AGU, CADE e TCU). (BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica 2/2018* – 5ª CCR.). Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%202_2018.pdf]. Acesso em: 12.09.2018.

Essa relativa comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa, que tem sido admitida no caso de empréstimo de provas, deverá ser revista com o surgimento das provas decorrentes da colaboração premiada.

5. Administração pública consensual e justiça penal negocial

Na análise de José Luiz de Moura Faleiros Júnior[22], em razão da dificuldade de comunicação entre Estado e cidadão, surge o "princípio do consenso", voltado para promoção de diálogo com alcance de resultados efetivos. As alterações legislativas no âmbito penal e administrativo retratam, desde 1990, uma busca pela efetividade dos direitos. A transação penal e a suspensão condicional do processo, instrumentos consensuais trazidos pelos Juizados Especiais Criminais, podem ser apontados como exemplos de busca da funcionalidade processual.

Nesse primeiro momento, a consensualidade no Direito Penal contempla medidas despenalizadoras como forma de solução de demandas apenas nos casos dos delitos de pequeno e de médio potencial ofensivo. Essa forma de consenso na esfera criminal, visando à simplificação do procedimento, embasado em acordo de vontades, repensa o princípio da obrigatoriedade da ação penal, dando ensejo à aplicação da lei penal de forma mais célere.

Já com outro viés consensual, o Direito Penal busca o consenso como forma de colaboração com a justiça. Contempla uma característica premial em que o investigado ou denunciado troca informações por benefícios na sanção. São as chamadas colaborações processuais.

Surge a Colaboração Premiada, aplicável a crimes praticados por meio de concurso de agentes. Trata-se de mais uma das formas de justiça negocial no Direito Penal brasileiro, pela qual um dos agentes em concurso na prática do crime auxilia na investigação do delito e dos demais agentes partícipes, em troca de redução e alteração em sua pena.

Tanto o princípio da legalidade no Direito Administrativo como o princípio da obrigatoriedade da ação penal no Direito Penal têm sido revistos com o advento dos novos mecanismos legais na construção do consenso. Há, assim, uma "[...] tendência do Direito Administrativo Sancionador, que não o seu recrudescimento: ver priorizado e preferível o acordo à sanção, de modo a se prestigiar a consensualidade em detrimento da coatividade e da coercibilidade"[23].

22. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública Consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 24, maio 2017. p. 80.

23. PRATES, Marcelo Madureira. Op. cit., p. 49.

Muito embora a atuação consensual no Direito Administrativo não seja de todo explorada, tem crescido cada vez mais o apoio doutrinário à forma negocial da Administração Pública. A visão imperativa do Direito Administrativo vem sendo substituída pela possibilidade de composição de conflitos perante a Administração Pública.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto enfatiza a importância da consensualidade no desenvolvimento do modo de atuação mais avançado de que dispõe o Estado: o fomento. Por meio da consensualidade, o poder público estimula a criação de soluções privadas de interesse público, contribuindo para o enriquecimento do atendimento do Estado ao cidadão[24].

Como consequência da evolução, novos paradigmas são responsáveis pela concepção de que ao Estado, ao exercer função – e não, poder – cumpre atuar como prestador de serviço público, a fim de garantir a efetividade de direitos fundamentais do cidadão.

No seio dessa Administração Gerencial, emerge a necessidade de reavaliar instrumentos tradicionais e claramente defasados em favor dos novos mecanismos de atuação do Poder Público frente à premência de concretização do princípio da eficiência e dos seus vetores. Os princípios da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o privado deixam de ser a ideia central.

A atuação da Administração Pública na consensualidade ainda é tímida, apesar da existência de leis autorizativas. A título de exemplos legislativos, podemos citar o artigo 5º, § 6º da Lei 7.347/85, que prevê a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com a Administração, bem como os acordos no âmbito da execução dos contratos administrativos, previstos nas Leis 8.666/93, 8.987/95, 11.079/04 e 11.107/05. As Leis 8.884/1994 e 9.457/1997 introduzem o denominado Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e Termo de Compromisso (TC) como acordos substitutivos no âmbito das atribuições sancionatórias do CADE e da CVM.

Com o advento da Lei 9.605/1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, há um avanço na positivação da atividade consensual da Administração, ao estabelecer como instrumento de solução consensual de conflitos, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

---

24. FIGUEIREDO, Diogo de. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, n.13, mar.-abr.-maio 2008. p. 17. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/artigo/diogo-de-figueiredo-moreira-neto/novas-tendencias-da-democracia-consenso-e-direito-publico-na-virada-do-seculo-o-caso-brasileiro]. Acesso em: 27.03.2018.

O acordo de leniência foi introduzido no Direito brasileiro por meio da Lei 10.149/2000, que alterou e acrescentou dispositivos à Lei 8.884/1994, reestruturando o Sistema de Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em 2011, a Lei 12.529/2011 revoga a Lei 10.149/2000, mantendo o acordo de leniência como mecanismo consensual para a redução ou extinção da pena administrativa a ser aplicada pelo CADE e de extinção da punibilidade na esfera criminal. De acordo com o artigo 87 da Lei 12.529/2011, além do crime de cartel, a celebração do acordo de leniência tem como efeito a extinção da punibilidade dos crimes tributários contra as licitações e de associação criminosa, relacionados à prática do cartel[25].

A Lei 13.506/2017 dota o BACEN e a CVM de meios mais efetivos de supervisão e fiscalização, bem como de meios alternativos para solução de controvérsias. Traz permissão para a CVM firmar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração à norma cujo cumprimento caiba à CVM fiscalizar, condicionado à efetiva colaboração do infrator para apurar os fatos, comprovar a infração e identificar os demais envolvidos.

Com o advento da Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto 87.420/2015 –, que contempla, em seus artigos 16 e 17, expressa autorização para celebração de acordos de leniência que permitem negociação quanto às sanções administrativas impostas às empresas, o debate da consensualidade na Administração Pública torna-se mais evidente e urgente.

O acordo de leniência do artigo 16 da Lei 12.846/2013 assemelha-se àqueles de delação premiada no âmbito criminal por exigirem, ambos, um reconhecimento

25. Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo (BRASIL: Lei 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm].

de culpa pela prática dos ilícitos apontados (artigo 16, III, da Lei 12.846/2013). Essa posição é corroborada na Lei 12.846/2013 pela leitura a *contrario sensu*, do seu artigo 7º, segundo o qual não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. É dizer, o acordo de leniência aceito pressupõe a assunção da culpa pelo signatário.

A Lei 13.655/18[26] que traz alterações na LINDB avança na consagração da consensualidade da Administração Pública. Na realidade, o Novo Código de Processo Civil[27] trouxe como norma fundamental o § 2º do artigo 3º, que estatui que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos",

---

26. Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

    § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

    I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

    II – (VETADO);

    III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

    IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

    § 2º (VETADO).

    Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

    § 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

    § 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

    (BRASIL. Lei 13655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm].

27. Em 14.10.2016, o STJ publicou a emenda 23, que altera o regimento interno da Corte, prevendo a criação do Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do STJ. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Emenda Regimental 23*. Inclui e modifica dispositivos do Regimento Interno para disciplinar o procedimento de mediação no STJ).

bem como a previsão expressa da instauração de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo [28].

Esses dois dispositivos (o Novo CPC e as alterações da LINDB) encerram qualquer debate contrário à possibilidade de negociação na Administração Pública face ao princípio da legalidade. Também corroboram a tendência atual no Direito Administrativo, no sentido da relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público.

No âmbito disciplinar, com a intenção de substituir parcialmente a sanção pelo consenso, implantou-se, em Belo Horizonte, o instrumento de controle consensual, o Termo de Compromisso de Gestão – TGG –, previsto no Decreto 12.634/2007. Já para o âmbito da Corregedoria-Geral, o instrumento proposto e implantado foi a SUSPAD – Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar, introduzida pelo artigo 6º da Lei Municipal 9.310/06 e regulamentada pelo Decreto 12.636/07[29]. Pela Lei Municipal 9.310/06, de Belo Horizonte, inspirada na Lei 9099/95, criou-se a figura da Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar.

---

28. Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

    I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

    II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

    III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

    (BRASIL. Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm].

    No ano de 2004, por força do art. 11 da Medida Provisória 2.180-35/2001 e do art. 4º, incisos I, X, XI, XIII, XVIII e 2º, da Lei Complementar 73/93, foram iniciadas, na Advocacia-Geral da União, dentro de sua Consultoria-Geral, algumas experiências conciliatórias. O resultado positivo destas deu ensejo à criação da CCAF no Ato Regimental AGU 5/2007, que reestrutura a Consultoria-Geral da União, assim como à regulamentação do procedimento conciliatório na Portaria 1.281, de 27 de novembro de 2007. Assim, em 2007, foi criada, no âmbito da Advocacia-Geral da União, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), com a atuação principal de solucionar amigavelmente os conflitos entre os órgãos da União e as entidades da Administração Federal Indireta.

29. FERRAZ, Luciano. *Controle consensual da administração pública e suspensão do Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD)*: a experiência do Município de Belo Horizonte. Disponível em: [www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/anos-anteriores/2007/arquivos/seminario-nacional-de-direito-administrativo-disciplinar/painel-vi-luciano-ferraz.pdf]. Acesso em: 28.09.2018.

O CNJ trouxe a Recomendação 21, de 02 de dezembro de 2015, que recomenda aos Tribunais e Corregedorias de Justiça a utilização de mecanismos consensuais de resolução de conflitos quando diante de infrações de natureza administrativo-disciplinar que apresentem reduzido potencial de lesividade.

No Estado de Tocantins, a Lei 1.818, de 23 de agosto de 2007, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis, apresenta o Termo de Ajustamento de Conduta. De acordo com o artigo 148:

> "como medida disciplinar, alternativa de procedimento disciplinar e de punição, o ajustamento de conduta visa à reeducação do servidor, e este, ao firmar o termo de compromisso de ajuste de conduta, espontaneamente, deve estar ciente dos deveres e das proibições, comprometendo-se em observá-los no exercício funcional".

No Distrito Federal, o Termo de Ajustamento de Conduta tem previsão de criação no artigo 211, § 4º, da Lei Complementar Distrital 840 de 2011: "Os conflitos entre servidores podem ser tratados em mesa de comissão de mediação, a ser disciplinada em Lei específica".

Em maio de 2018, o CNMP, nos termos do artigo 147 do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, apresenta Proposta de Resolução, com o propósito de instituir a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC – no âmbito do Ministério Público brasileiro, no exercício do poder disciplinar[30].

Thiago Bock de Almeida, ao tratar da consensualidade em processos administrativos disciplinares, destaca que a legalidade a que se sujeita, atualmente, a Administração Pública (legalidade em sentido amplo ou juridicidade), inclui princípios constitucionais explícitos e implícitos para o direcionamento da atividade administrativa, devendo ser norteada pelo princípio da eficiência, sob pena de incompatibilidade com a ordem jurídica[31].

A consensualidade não está isenta de críticas, em especial no âmbito penal. Uma das críticas é de que a justiça penal consensual encobre a legitimação do controle social por meio do poder de repressão penal. Geraldo Prado entende

30. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Proposta de Resolução*, maio de 2018 [www.cnmp.mp.br/portal/images/tac.pdf]. Acesso em: 28.09.2018.

31. ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar*: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade da Bahia, Salvador. p. 98.

que o processo penal consensual faz com que o acusado receba uma pena sem ser responsabilizado, ou seja, a pessoa pode ser punida sem que o Estado prove a sua culpa[32].

Ary Lopes Júnior acredita que os Juizados Especiais Criminais contribuem para a banalização do direito penal, fomentando a "pan-penalização e o simbolismo repressor", acreditando que a Lei 9.099/95 teria implementado uma política de utilitarismo processual, com uma busca antigarantista da máxima eficiência (antigarantista), entendendo que, no lugar, deveria ser debatida, de maneira séria, a descriminalização de diversas condutas[33].

Não são poucas as críticas que entendem que institutos consensuais violam frontalmente os fundamentos de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, a justiça negocial já é uma realidade.

6. Natureza negocial da colaboração premiada

A delação premiada surge, em nosso ordenamento legislativo, por meio da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu artigo 8º, parágrafo único. Posteriormente, visando à extensão da sua aplicação, incluiu-se o instituto da colaboração em diversas outras normas[34]. Entretanto, somente em 2013, com a edição da Lei 12.850, que prevê medidas de combate às organizações criminosas, foi que a delação premiada passou a ser regulada de forma mais completa, agora sob o título de colaboração premiada.

O STJ, quando do HC 90.962, entendeu que "o instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece

32. PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão: da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 165-166.

33. LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 110.

34. BRASIL. Lei 9.080/95 – Lei dos Crimes a Ordem Tributária; Lei 7.492/86 – Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional; Lei 9.269/96 – que deu nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal; Lei 9.613/98 – Lei de Lavagem de Capitais; Lei 9.807/99 – Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas; Lei 12.683/12 – Tornou mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime"[35].

O artigo 4º da Lei 12.850/2013 contempla os benefícios do instituto da colaboração premiada dispondo que o juiz, a requerimento das partes, poderá conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade, ou substituí-la por restritiva de direitos, desde que atingidos um ou alguns dos resultados previstos na Lei.

De acordo com o artigo 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013 pode o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar auxílio na produção de provas para o Estado.

Deve, da colaboração, advir a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (artigo 4º da Lei 12.850/2013).

O Supremo Tribunal Federal entendeu a colaboração premiada como um negócio jurídico processual:

> "[a] colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração."[36]

O Superior Tribunal de Justiça também entende que a colaboração premiada é um negócio jurídico personalíssimo "celebrado entre o Ministério Público e o réu colaborador, gerando direitos e obrigações apenas para as partes, em nada interferindo na esfera jurídica de terceiros, ainda que referidos no relato da colaboração"[37].

---

35. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 90.962, Sexta Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE), *DJe* 22.06.2011.
36. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.483/PR, Pleno, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, *DJe* de 04.02.16.
37. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rec. em HC 68.542, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, *DJe* 03.05.2016.

Considerando a contraposição dos interesses e as vantagens esperadas pelas duas partes, quando do julgamento da Pet 7074, o STF entendeu que o acordo de colaboração é o contrato negocial feito entre o particular e o Estado[38].

Fredie Diddier entende que é um contrato, "considerando a contraposição dos interesses envolvidos"[39]. Entretanto, apesar dos posicionamentos jurisprudenciais, a doutrina não é pacífica quanto à natureza contratual da colaboração premiada.

Esse negócio jurídico bilateral celebrado entre as partes tem como objetivo a obtenção de provas[40] por meio de um dos autores do ilícito. A colaboração premiada visa auxiliar na obtenção de provas com vistas a uma maior efetividade da persecução penal. Evidente, que, se há provas suficientes para eventual condenação, não há sentido em uma colaboração premiada. O colaborador entrega ao órgão investigador[41] ou acusador elementos dos quais não disponha.

Divergências à parte, não há como negar que a colaboração premiada, prevista na Lei 12.850/2013, é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material em que há concessões mútuas.

7. Colaboração premiada e ação de improbidade administrativa

A Lei 8429/92, em seu artigo 17, § 1º, dispõe: "é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput". Tal dispositivo foi revogado pela

38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 7074 QO, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.2017, acórdão eletrônico *DJe*-085 divulg. 02.05.2018 public. 03.05.2018.

39. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan.-mar. 2017. p. 116.

40. A colaboração premiada constitui "meio de obtenção de prova", e não propriamente uma prova. No HC 127.483 (STF) ficou claro que "enquanto o acordo de colaboração é *meio de obtenção de prova*, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem *meio de prova*, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por *outros* meios idôneos de prova".

41. O STF, por meio do julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5508, em 20.06.2018, considerou constitucional a possibilidade de delegados de polícia realizarem acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial, desde que haja parecer ministerial não vinculante, ou seja, cabe exclusivamente ao juiz a decisão de homologar ou não o acordo, efetuando o controle das cláusulas.

Medida Provisória 703/2015. Entretanto, a MP 703/2015 caducou em maio de 2016, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional.

Mesmo sendo considerada uma lei civil por não conter penas privativas de liberdade, a proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente, devendo a Lei 8.429/92 ser interpretada de forma equivalente às leis penais. Isso porque sua aplicação suprime direitos, aplicando as penalidades previstas em lei. Sem dúvida que a proibição de transação na Lei de Improbidade é um reflexo da antiga impossibilidade de celebração de acordos no âmbito penal.

Entretanto, conforme já mencionado, o Processo Penal também sofreu transformações, com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e o órgão acusador.

A Resolução 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), autorizou, expressamente, a celebração de compromissos de ajustamento de conduta na esfera de improbidade administrativa. Desse teor, o artigo 1º, § 2º:

> "É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado"[42].

Além do que, a Lei 13.140/15[43], que dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, possibilita a conciliação em sede de improbidade administrativa.

---

42. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 179/2017 do CNMP*. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf]. Acesso em: 29.09.2018.

43. Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

(BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei 9.469, de 10 de

O advento da Lei Anticorrupção – LAC (Lei 12.846/2013) – introduziu um instrumento consensual da leniência no microssistema normativo anticorrupção brasileiro, estabelecendo o acordo de leniência como ferramenta de solução extrajudicial no campo da responsabilização de índole civil. A análise da Lei Anticorrupção (LAC), juntamente com a Lei de Improbidade (LIA), permite a extensão do acordo de leniência à Lei de Improbidade, encerrando uma interpretação literal de impossibilidade de transação em improbidade administrativa.

Por óbvio que o tratamento dado ao acordo de colaboração premiada deve ser o mesmo dado ao acordo de leniência. Ora, o objeto da delação refere-se à prática de atos lesivos à administração pública, que caracterizam, também, atos de improbidade administrativa. Absurda é a interpretação no sentido de que podem ser negociadas sanções penais, que são reconhecidamente mais graves, mas não podem ser transacionadas sanções administrativas.

Nesse sentido, o TRF da 4ª Região, fazendo referência ao HC 127.483/PR do STF, admitiu expressamente a utilização da colaboração premiada na ação de improbidade:[44]

> "Aliás, deve ser feito, aqui, uma analogia com o Direito Penal. Se, de um lado, na esfera penal -- mais gravosa -- os partícipes respondem ainda que haja extinção da punibilidade em relação ao autor do crime (teoria da acessoriedade limitada), não faria sentido algum, de outro, isentá-los de responsabilidade na ação civil de improbidade, notadamente na hipótese em que o agente público tenha sido agraciado com as benesses previstas pela Lei 12.850/13.
>
> 4.3. Por fim, o art. 17, § 1º da Lei 8.429/92 deve ser interpretado em consonância com os novos diplomas legais que o sucederam. Nesse contexto, se a Lei 12.850/13 previu a hipótese de abrandamento de sanções no âmbito da esfera penal (uma das técnicas atuais mais eficazes para combater o crime organizado), seria um contrassenso deixar de afastar as penalidades na esfera cível, sobretudo quando o sancionamento previsto na Lei de Improbidade for capaz de comprometer severamente o conteúdo do acordo de colaboração premiada. A interpretação da norma deve ser não só sistemática, como também teleológica. Não foi por outra razão, a propósito, que o Supremo chancelou que o acordo de colaboração premiada pode prever benesses não contempladas pelo artigo 4º da Lei 12.850/13, a demonstrar, portanto, que o instituto da colaboração premiada deve ser interpretado de maneira extensiva e teleológica."

julho de 1997). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm].

44. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG: 50092580420174040000 5009258-04.2017.4.04.0000, Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, *DJ* 14.03.2018, Quarta Turma.

Já quando do julgamento do HC 127.483, o STF entendeu que:

> "se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), a fortiori, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98)."[45]

Como bem destaca João Paulo Guimarães Tavares:[46]

> "não se podem perder de vista duas premissas fundamentais: a) os acordos de colaboração premiada são espécie de negócio jurídico processual; b) o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê expressamente uma cláusula geral de autorregramento das partes, permitindo a ampla realização de convenções processuais atípicas (artigo 190). Diante de tal situação, é possível conceber a colaboração premiada em ações de improbidade administrativa como espécie de negócio processual atípico, tomando por empréstimo as balizas da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2012) e da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), aplicadas por analogia".

Não resta dúvida de que nos crimes que, a um só tempo, geram, além da responsabilização criminal, a responsabilização cível por improbidade administrativa, é possível, existindo acordo de colaboração premiada no âmbito criminal, serem transportados os benefícios acordados também à instância cível-administrativa.

Ora, se o acordo de colaboração premiada pode ser utilizado enquanto prova para objetivos não penais também deve poder ser utilizado para aproveitamento das benesses. Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra, por analogia, preleciona que:

---

45. Op. cit.

46. TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. In: *Coletânea de artigos*: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa/5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018. p 46. Disponível em [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf]. Acesso em: 28.09.2018. .

> "[os] Tribunais superiores assentaram que a interceptação telefônica, originariamente, só pode ser efetivada para fins penais, ex vi do artigo 5º, XII, da Constituição; porém, uma vez ultimada, as transcrições das gravações podem ser exploradas enquanto prova emprestada para objetivos não penais, desde que correlatos ao crime que ensejou a interceptação.
>
> [...]
>
> Se assim ocorre no tocante à interceptação telefônica, disciplinada inteiramente na Constituição Federal, idêntico raciocínio alcança a colaboração premiada e as provas dela derivadas, cujo delineamento é infraconstitucional."[47]

O princípio da boa-fé objetiva do Estado deve ser o norte da colaboração, não podendo os documentos e informações fornecidas pelo colaborador serem utilizadas contra ele. O acesso e compartilhamento de dados, informações e documentos só pode ocorrer após acordado entre colaborador e Estado para "garantir o status legalmente adquirido pelo primeiro com a atitude cooperativa adotada e o respeito ao serviço por ele prestado tal como testemunha protegida"[48].

No mesmo sentido, foi aprovada, em agosto de 2010, a Tese 5, no I Congresso do Patrimônio Público do Estado de São Paulo, com o seguinte enunciado:

> "Colaboração Premiada e Lei de Improbidade Administrativa
>
> Autor: Antônio Celso Campos de Oliveira Faria
>
> Relator: Silvio Antônio Marques
>
> Conclusões:
>
> 1. O instituto da colaboração premiada, por analogia, pode ser aplicado aos atos de improbidade administrativa;
>
> 2. As Promotorias do Patrimônio Público e Social devem envidar esforços no sentido de ser reconhecida perante o Poder Judiciário a aplicação do instituto da colaboração premiada em matéria de improbidade administrativa"[49].

47. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 166.
48. BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica 1/2017 – 5ª CCR* -Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf]. Acesso em: 12.09.2018.
49. SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. *I Congresso do Patrimônio Público e social do Ministério Público do Estado de São Paulo.* Tese 5. Agosto de 2010.

Diferente não foi o posicionamento no III Congresso do Patrimônio Público do Estado de São Paulo, em outubro de 2015, que concluiu pela possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada na área de tutela do patrimônio público, com subsequente mitigação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92[50].

Não é outro o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

> "Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra"[51].

É certo que o colaborador confesse a autoria dos atos ímprobos e igualmente atribua a terceiros a participação na prática daqueles atos, colaborando efetivamente e voluntariamente com a investigação dos fatos.

Mesmo que não se entenda cabível a transação em sede de improbidade administrativa, uma vez celebrado o acordo de colaboração do qual consta previsão expressa quanto à impossibilidade de condenação do colaborador às penas da Lei de Improbidade – haja vista que, lá, restou solucionada a questão em todas as esferas, antecipando-se as penalidades cabíveis, em proporção à conduta e à colaboração efetivada – esvazia-se por completo qualquer pretensão de prosseguimento de ação de improbidade contra o colaborador.

Os atos praticados pelo colaborador já foram devidamente reconhecidos e declarados na seara criminal, sendo que a ação de improbidade, uma vez que não

---

Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses]. Acesso em: 20.09.2018.

50. SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Caderno de Teses. *III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo*. 21 a 23 de outubro de 2015. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Teses/Livro%20de%20teses.pdf]. Acesso em: 22.09.2018.

51. BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. *Voto 9212/2016*, no bojo do Inquérito Civil 1.30.001.001111/2014-42. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf]. Acesso em: 29.09.2018.

poderá objetivar qualquer condenação contra o colaborador, perde seu objeto e função. Afinal, a condenação passível de ser imputada ao colaborador foi antecipada no instrumento firmado na seara criminal, abrangendo as consequências da improbidade administrativa.

O colaborador já reconhece, expressa e formalmente, os atos por ele praticados e, por isso, já é suficientemente apenado pelas imposições que lhe são fixadas no Acordo de Colaboração Premiada. Como mencionado, trata-se de verdadeira antecipação das penas da Lei 8.429/92 e, com a homologação do acordo e cumprimento das condições pelo colaborador, não há qualquer necessidade ou utilidade em se obter provimento judicial para reconhecer algo que já foi reconhecido.

Desse modo, a colaboração premiada tem incidência obrigatória perante a improbidade administrativa, na medida em que da colaboração resultou o esclarecimento de fatos e a identificação de demais partícipes, em evidente transação da qual se beneficiaram ambas as partes.

8. Colaboração premiada e processo administrativo disciplinar

Tramita projeto de lei na Alerj (Projeto de Lei 145/2011) que permite que o servidor indiciado em um processo administrativo disciplinar possa colaborar valendo-se dos benefícios de uma punição menos grave, caso apresente novos cúmplices ou provas relevantes. Atualmente, as punições para quem comete desvios vão da advertência à demissão ou até mesmo à cassação da aposentadoria. No caso de o servidor fazer uso da nova medida, ele poderá não ser demitido, recebendo somente suspensão ou redução de aposentadoria.

Em Belo Horizonte, também consta o PL 225/2015 que cria a delação premiada em sanções disciplinares. Conforme o texto, penas e sanções administrativas contra servidores públicos poderão ser diminuídas ou até extintas, caso forneçam informações que contribuam para a elucidação dos fatos.

Em São Paulo, chegou a tramitar o PL 125/2017, que estabelecia normas sobre a colaboração premiada nas investigações e processos administrativos disciplinares aplicáveis aos servidores da administração direta e indireta no âmbito do município de São Paulo.

Em todo o Brasil, várias foram as iniciativas em regularizar a colaboração premiada no âmbito de processos administrativos disciplinares. Entretanto, até o presente momento, nenhuma iniciativa transformou-se em legislação.

No julgamento do Mandado de Segurança 2190410-93.2014.8.26.0000 perante o TJSP, em que se discutia a aplicação dos efeitos da delação premiada no

âmbito do processo administrativo disciplinar, o desembargador Xavier de Aquino entendeu plenamente aplicável aos processos administrativos disciplinares, por analogia, as benesses da delação premiada, com mitigação da penalidade a ser aplicada ao funcionário público, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[52].

Contudo, o STJ, nos autos do AgInt no RMS 48.925/SP, entendeu que

> "não existindo nenhuma previsão legal que imponha ou faculte à Administração Pública, no exercício de seu poder disciplinar, a extensão das benesses da colaboração premiada ao processo administrativo disciplinar, não há que se falar na sua aplicação analógica em proveito do servidor público, ora Acusado"[53].

Em seu voto, ressaltou a Ministra a importância do princípio da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito, o qual impõe a noção de total submissão da Administração Pública à lei.

O Estado sempre ocupou uma posição hierárquica de superioridade em suas relações, respaldado pelos princípios da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade. Mas, na atualidade, as ideias de supremacia e indisponibilidade, aptas a justificar a existência de prerrogativas a favor do Estado, não mais condizem com os interesses contemporâneos.

A ideia vinculativa à legalidade tem sido superada e substituída pela noção de juridicidade. É superada a visão limitada da Administração Pública sujeita à lei, em uma "leitura convencional do princípio da legalidade"[54] e se reconhece que

52. Mandado de Segurança – Ato do Sr. Prefeito do Município de São Paulo, que determinou a demissão a bem do serviço público do Impetrante, ao final do Inquérito Administrativo – Inexistência de vinculação entre as instâncias penal e administrativa, razão pela qual a absolvição em procedimento de natureza criminal não interfere na decisão administrativa – Ilegalidade apontada pelo impetrante decorreria da falta de apreciação da tese defensiva (o que induziria à violação do Princípio da Ampla Defesa), no que diz respeito à aplicação dos efeitos da delação premiada celebrada na persecução penal, por analogia, no procedimento disciplinar – Inocorrência – Segurança denegada. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. MS: 21904109320148260000 SP 2190410-93.2014.8.26.0000, Rel. Antonio Carlos Malheiros, *DJ* 29.04.2015, Órgão Especial, Data de Publicação: 12.05.2015).

53. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS 48.925/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 13.03.2018, *DJe* 05.04.2018.

54. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 399.

"o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário"[55]. Rosa Maria Aranovich ressalta que "o Direito frente à lei e a função administrativa frente ao princípio da legalidade são equações que sempre apresentam resto em favor dos primeiros: o Direito e a função administrativa"[56].

O STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 253.885-0, em um acordo celebrado entre o Município de Santa Rita de Sapucaí (MG) e servidoras públicas municipais, em que se questionou que a ausência de legislação permitindo a transação viria a ferir o princípio da legalidade, entendeu pela prescindibilidade de legislação autorizando o acordo, em razão da ausência de prejuízo para a Administração Pública[57].

Entretanto, conforme já salientado, já há previsão da utilização de mecanismos consensuais na Administração Pública, em geral. O Novo Código de Processo Civil e as alterações introduzidas pela Lei 13.655/18 na LINDB contemplam expressamente a consensualidade como forma de resolução de conflitos, o que inclui os conflitos dentro da Administração Pública.

A celebração de acordos em sanções administrativas disciplinares, em que são conferidas vantagens à Administração Pública, não pode ser ignorada pelo direito atual. É urgente e necessário que seja superada a visão clássica da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público frente à eficiência da Administração Pública.

---

55. Ibidem, p. 399.

56. ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. O Estado pós-moderno da regulação econômica e a mutação de paradigmas conceituais tradicionais do direito público: a experiência brasileira das agências de regulação. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 40.

57. Ementa: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, j. 04.06.2002, *DJ* 21.06.2002 PP-00118).

9. Transversalidade do acordo de colaboração premiada

A solução de problemas complexos tornou evidente a necessidade de novas abordagens. Com uma variedade de possíveis caminhos, a noção de transversalidade ganha força no mundo jurídico.

Em 1964, Félix Guattari apresenta a Transversalidade, um trabalho em que afirma que toda a existência se conjuga em dimensões desejantes, políticas, econômicas, sociais e históricas:

> "A transversalidade é uma dimensão que pretende superar os dois impasses, quais sejam, o de uma verticalidade pura e o de uma simples horizontalidade; a transversalidade tende a se realizar quando ocorre uma comunicação máxima entre os diferentes níveis e, sobretudo, nos diferentes sentidos."[58]

Razão transversal é o nome que o filósofo Wolfgang Welsch dá ao tipo contemporâneo de razão que não se organiza de forma hierárquica, mas de forma oblíqua[59]. Ela é teleológica, visando ao aperfeiçoamento sistêmico. Desse modo:

> "os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos"[60].

É um instrumento de diálogo entre diversos aplicadores do direito que serve de parâmetro para decisões que possam ser antagônicas.

A razão transversal permite que os sistemas político e jurídico se unam com uma finalidade de aprimoramento, gerando uma interpretação sistemática das normas. A transversalidade consiste em um "aprendizado construtivo e

58. GUATTARI, Félix. A transversalidade (1964). In: *Psicanálise e transversalidade*: ensaios de análise institucional. Aparecida /SP: Idéias & Letras, 2004. p. 111.

59. A ideia de razão transversal foi contemplada por Wolfgang Welsch, sendo que chegou ao pensamento jurídico sob a pena de Aroso Linhares. Com ela tem trabalhado, além do jurista português, também, e agora no Brasil, Marcelo Neves. Esse conceito serviu para que este último cunhasse na literatura brasileira a expressão transconstitucionalismo. Nesse sentido, cfr.: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

60. Ibidem, p. 49.

cooperativo entre os entes, fundando-se em uma forma muito importante de diálogo entre os órgãos jurisdicionais"[61].

A 5ª Câmara de Coordenação e revisão de combate à corrupção do MPF emitiu a Nota Técnica 1/2017 referente aos efeitos do acordo de leniência. Entendeu, assim, que a colaboração premiada depende da observância do que se denomina "transversalidade em cada configuração concreta". Entende, assim, que esse caráter transversal se dá em razão da heterogeneidade de situações jurídicas em que estão o colaborador e o Poder Público (parte leniente). Para o Poder Público, segmentado em diversos órgãos e entidades, há, para os mesmos atos ilícitos, pretensões sancionadoras diversas. Entretanto, para o infrator, "a realidade infracional é unitária, ainda que sujeita aos diferentes canais estatais de responsabilização". Dessa forma, deve o acordo ser interpretado em benefício do colaborador.

José Alexandre entende que alguns ditames da Lei Anticorrupção tenham natureza eminentemente não penal, entendendo que "o enfrentamento da corrupção e dos seus atos associados costuma gerar a necessidade de enfrentamento transversal, de modo que as iniciativas probatórias sejam aproveitadas em todas as instâncias"[62]. Sem dúvida, assim, que um acordo de delação premiada terá efeitos em diversas outras instâncias além da pena.

Assume o acordo de leniência uma característica transversal interligando pontos diversos, caracterizando-se pela junção dos direitos com o fim de atingir um objetivo maior. Diferente não pode ser a interpretação dada à delação premiada.

Walter Barbosa Bittar deixa claro que a delação premiada é um instituto, e não pode ser analisada de forma isolada, dependendo da situação prática, sendo que o critério para medir os benefícios da delação premiada deve ter como base um conjunto de normas, e não apenas a legislação individualizada[63]. Vários têm sido os acordos de colaboração premiada celebrados em que consta cláusula expressa de não demissão do servidor público.

61. RODEGHERI, Letícia Bodanese. Cosmopolitismo e proteção internacional dos direitos humanos: perspectiva da União Europeia e da necessidade de diálogo com os cidadãos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, jan.-jun. 2015. p. 474.

62. ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, maio-ago. 2017. p. 214.

63. BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 154

Quando decide por colaborar, o colaborador opta por não exercer o seu direito à não autoincriminação. O direito fundamental à não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* está previsto, expressamente, no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no artigo 8º, inciso II, alínea "g", do Pacto de San José da Costa Rica. Engloba tanto o direito de permanecer em silêncio, quanto o de não ser obrigado, ou induzido, a produzir provas contra si. O § 14 do artigo 4º da Lei 12.850 dispõe que o colaborador deve renunciar ao seu direito ao silêncio[64].

Homologada a delação, o colaborador tem direito subjetivo às sanções premiais acordadas. Entretanto, não pode o colaborador se ver surpreendido com a utilização de suas declarações como meio de prova contra ele em quaisquer outras ações. A colaboração está fincada nos princípios da confiança e da segurança jurídica:

> "Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador"[65].

Abre mão, o colaborador, da não autoincriminação, em troca da confiança e segurança jurídica que o acordo lhe oferece, de contraprestação das cláusulas contratuais, princípios esses que devem ser honrados pelo Estado. José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito, afirma que:

> "[e]m geral, a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da

64. Cezar Roberto Bitencourt entende que tal dispositivo viola a garantia de não produzir prova contra si mesmo, consagrada no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135).

65. Op. cit. HC 127.483/PR.

> confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas"[66].

Já em 2010, o Ministro Ayres Brito sacramentava que, a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (artigo 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal[67].

Na própria dicção da Lei 12.850/2013, no caso de revogação, as provas autoincriminatórias alcançadas por meio do depoimento decorrente do acordo de colaboração premiada não poderão ser aproveitadas em desfavor do sujeito passivo protagonista.

O Pleno do Supremo, ao assentar a natureza da colaboração premiada como negócio jurídico processual, preconizou que:

> "os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador"[68].

Quando o Estado, na pessoa de quem seja, celebra, com o colaborador servidor público, acordo de que este não estará sujeito à pena de demissão, essa cláusula deve abranger todas as esferas passíveis de sanção disciplinar que poderia

66. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 250.

67. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99736, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. 27.04.2010, *DJe*-091 Divulg. 20.05.2010, Public. 21.05.2010.

68. Op. cit. HC 127.483/PR.

vir a sofrer advinda de ação penal, de ação de improbidade, ou de processo administrativo disciplinar.

Não pode o colaborador se ver surpreendido com pena de demissão em processo administrativo disciplinar ou em ação de improbidade em razão da alegação do postulado de independência de instâncias.

Houve acordo com o Estado, que se comprometeu em não demitir o colaborador. O colaborador abriu mão dos princípios da autoincriminação e da não culpabilidade dando informações que o Estado julgou importantes.

Para que sejam garantidas as consequências provenientes do acordo de colaboração premiada, é essencial o respeito à boa-fé e à confiança. A segurança jurídica somente será alcançada se o acordo for integralmente respeitado e cumprido, seja pelas partes ou por terceiros que se beneficiem dele. É inadmissível que terceiros utilizem o acordo apenas no que lhes interessa, não entendendo pela aplicação na parte que não lhes é favorável. O acordo é uma totalidade. O terceiro somente pode se valer das informações obtidas se respeitar e cumprir o acordo integralmente[69].

10. Conclusão

O debate acerca das sanções administrativas e sanções penais vai além do campo teórico. A adesão às teorias diferenciadas – no campo qualitativo ou quantitativo – ou às teorias unitárias reflete em diversos aspectos, tais como interpretação das garantias constitucionais.

Independente de que teoria se adote, é inegável que a sanção de demissão do servidor pública é una. Ela não está afeta apenas a um ramo do direito, podendo ser decorrente de ação penal, de ação de improbidade ou de processo administrativo disciplinar. Mesmo sendo a punição da demissão do servidor público legitimada a diversos órgãos do Poder Público, ela não pode ser vista como sanção múltipla.

O surgimento do consensualismo, como forma de negociação de sanções, é uma realidade crescente não só no âmbito penal, mas, também, na área disciplinar. A independência e comunicabilidade entre as instâncias administrativa, disciplinar e penal foge ao debate tradicional de aproveitamento de provas, revisão de decisões. Ele ressurge em razão de novas figuras que ingressam no direito, como a colaboração premiada.

Assim, quando o direito penal legitima a colaboração premiada com redução de sanção ao acusado-servidor público, não pode fazê-lo de forma isolada, estancando

69. Ibidem.

apenas a sanção da demissão do servidor público do âmbito penal e permitindo que suas informações revertam em seu prejuízo, gerando demissão em outros procedimentos, ainda mais quando há cláusula de não demissão acordada.

Feita a colaboração premiada, algumas premissas devem ser observadas:

1. A colaboração tem natureza transversal e obriga os entes estatais;

2. Não é possível se abrir mão da autoincriminação, fazer o acordo e depois ser punido por outro órgão estatal;

3. A vedação de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) deve ser observada no instituto da colaboração premiada;

4. Os efeitos do acordo de colaboração premiada são estendidos à ação de improbidade e ao processo administrativo disciplinar (efeitos transversais);

5. A cláusula de não demissão do servidor público deve ser respeitada por todos os entes estatais;

6. As provas decorrentes do acordo de colaboração premiada não podem ser utilizadas contra o colaborador.

A não utilização das provas do acordo de delação premiada contra o próprio servidor público colaborador deve ser uma decorrência óbvia do instituto.

Não se pode utilizar o acordo de colaboração premiada em um contexto individual, sem que se integre com todo o ordenamento jurídico. O colaborador abre mão de princípios sagrados (não autoincriminação e não culpabilidade) e não pode se ver surpreendido com o não cumprimento de cláusulas, em particular da não demissão, por outros órgãos estatais.

Havendo, ou não, participação de todos os entes públicos no acordo de colaboração premiada, a realidade é que o não cumprimento de cláusula de não demissão viola os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

O efeito transversal do acordo de colaboração premiada não limita o acordo ao ente que o tenha celebrado, expandindo-se por toda Administração Pública como forma de garantia da sua eficácia.

Entretanto, deve ser abandonada a visão tradicional da Administração Pública e do Direito Penal, devendo se impor que os efeitos da consensualidade em uma delação premiada devem transcender às pessoas dos acordantes.

Referências bibliográficas

ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio-ago. 2017.

ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar*: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade da Bahia, Salvador, 2016.

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. *O Estado pós-moderno da regulação econômica e a mutação de paradigmas conceituais tradicionais do direito público:* a experiência brasileira das agências de regulação. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada:* direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOBBIO, Norberto et alli. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental*: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEZAN, Sandro Lucio. *Direito Administrativo Disciplinar*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. v. I.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan.-mar. 2017.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Anncienne Librairie Fontemoing & C. Éditeurs, 1927. t. III.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública Consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 24, p.69-90, maio 2017.

FARAG, Cláudio Renato do Canto. *Multas fiscais*: regime jurídico e limite de gradação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAZ, Luciano. *Controle consensual da administração pública e suspensão do Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD)*: a experiência do Município de Belo Horizonte. Disponível em: [www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/anos-anteriores/2007/arquivos/seminario-nacional-de-direito-administrativo-disciplinar/painel-vi-luciano-ferraz.pdf]. Acesso em: 28.09.2018.

FIGUEIREDO, Diogo de. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, n.13, mar.-abr.-maio 2008. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/artigo/diogo-de-figueiredo-moreira-neto/novas-tendencias-da-democracia-consenso-e-direito-publico-na-virada-do-seculo-o-caso-brasileiro]. Acesso em: 27.03.2018.

GUATTARI, Félix. A transversalidade (1964). In: *Psicanálise e transversalidade*: ensaios de análise institucional. Aparecida /SP: Idéias & Letras, 2004.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antiteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LUZ, Egberto Maia. Direito administrativo disciplinar: teoria e prática. São Paulo: Ed. RT, 1994.

MANIZINI, Vicenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1920. v. I.

MATTOS. Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PARISIO, Isabela de Oliveira. *Independência entre esferas x comunicabilidade de instâncias*: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.

PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão: da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral*: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. RT, 2007.

RODEGHERI, Letícia Bodanese. Cosmopolitismo e proteção internacional dos direitos humanos: perspectiva da União Europeia e da necessidade de diálogo com os cidadãos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, p. 457-497, jan.- jun. 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Diego Manuel Luzòn Peña; Miguel Diaz Y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remessal. Madri: Civitas 1997. t. I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito.

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

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. *I Congresso do Patrimônio Público e social do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Tese 5. Agosto de 2010. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses]. Acesso em: 20.09.2018.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Caderno de Teses. *III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo*. 21 a 23 de outubro de 2015. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Teses/Livro%20de%20teses.pdf]. Acesso em: 22.09.2018.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. In: *Coletânea de artigos*: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf]. Acesso em: 28.09.2018.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa, de João Paulo Lordelo Guimarães Tavares – *RePro* 284/371-396 (DTR\2018\19905); e
- Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa, de Ivana Nobre Bertolazo, Luiz Antonio Borri e Thais de Oliveira Santiago – *RBCCrim* 154/215-243 (DTR\2019\24207).

Direitos e garantias processuais na União Europeia: reconciliando os direitos do acusado com os direitos da vítima

Fair trial rights in the European Union: reconciling accused and victims' rights

André Klip

Professor de Direito Penal, Processo Penal e Aspectos Transnacionais do Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Maastricht, Holanda. Membro da Academia Real das Artes e Ciências dos Países Baixos, e Desembargador da Divisão Criminal no Tribunal de 's-Hertogenbosch, Holanda. Doutor pela Universidade de Utrecht, Holanda. Membro do Conselho de Diretores da Associação Internacional de Direito Penal. Fundador e Editor do *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals.*
andre.klip@maastrichtuniversity.nl

Autor convidado

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O tema central deste artigo consiste nos direitos da defesa sob a perspectiva do Direito Penal Europeu. A questão proposta: "em que medida a União Europeia cria direito a um julgamento justo num formato diverso daquele atribuído pela CEDH e outros instrumentos internacionais de direitos humanos?" conduziu o estudo. Primeiramente, a pesquisa analisou a harmonização do processo penal na UE, o conteúdo dos direitos de defesa de acordo com ele e suas regras mínimas. Todavia, a abordagem não se restringiu ao âmbito pró-defesa, mas também abrangeu o fortalecimento da posição da vítima. Ao procurar os limites entre esses dois pilares, direitos da defesa e a posição da vítima, ambos conduzidos pelo direito à informação, o estudo demonstrou quais são os standards

Abstract: The central focus of the study is the defence rights in the European Criminal Law. The question "to what extent the European Union context creates fair trial rights of a different shape than those found in the ECHR and other international human rights instruments?" has been leading throughout the study. Firstly, the study analyses harmonization of criminal procedure rules in the EU, the content of the defence rights according to them and their minimal standards. However, the approach is not pro-defence only, but encompasses also strengthening the position of the victim. By seeking for the limits between those two pillars, led by the right to information, the study demonstrates which are the standards developed by European Criminal Law to delineate the right to a fair trial.

Klip, André. Direitos e garantias processuais na União Europeia: reconciliando os direitos do acusado com os direitos da vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 157. ano 27. p. 209-246. São Paulo: Ed. RT, julho 2019.

desenvolvidos pelo Direito Penal Europeu para delinear o acesso a um julgamento justo.

Palavras-chave: Direitos da defesa – Julgamento justo – Direito à informação – Direito Penal Europeu.

Keywords: Defense rights – Fair trial – Right to information – European Criminal Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Harmonização do processo penal na União Europeia. 3. Direitos da defesa na União Europeia. 4. A posição das vítimas. 5. Os direitos das vítimas no contexto dos direitos do acusado. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Após mais de 60 anos de influência regulatória exclusiva da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a União Europeia encontra-se agora, gradualmente, a atribuir séria importância aos direitos da defesa. Passo a passo, todos os aspectos do direito a um processo justo e equitativo são tratados numa Diretiva que harmoniza as leis dos Estados-Membros. Contudo, a abordagem não se limita aos direitos da defesa, integrando também um reforço da posição da vítima. Assim, são três os principais desafios: 1. realizar direitos mínimos de defesa por toda a União Europeia; 2. reforçar os direitos das vítimas; 3. reconciliar os direitos das vítimas com os dos acusados. Nesta palestra, gostaria de explorar as consequências pelo direito a um processo justo e equitativo. Além disso, levanto a questão de saber até que ponto no contexto da União Europeia se está a criar direitos processuais de natureza diversa daqueles que constam da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de outros instrumentos internacionais de direitos humanos. Finalmente, sublinho a relevância dos desenvolvimentos na Europa das garantias processuais no processo penal em outras partes do mundo.

2. Harmonização do processo penal na União Europeia

Como é que a UE alcança a harmonização na área do direito penal? Fá-lo por via do mandato legal de que dispõe para adoptar instrumentos jurídicos capazes de harmonizar ou aproximar os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Tanto o Artigo 82º quanto o Artigo 83º TFUE mencionam *regras mínimas*, sendo que o primeiro refere-se ao direito processual penal com o objectivo de facilitar o reconhecimento mútuo de julgamentos e decisões judiciais,[1] e o último foca no direi-

1. Ver o Considerando 10 da *Diretiva 2012/13 sobre o direito à informação*: "As regras mínimas comuns deverão contribuir para o reforço da confiança nos sistemas de justiça

to penal substantivo com o propósito de combater a criminalidade grave numa base europeia comum. Os Artigos 82º e 83º TFUE delineiam as áreas nas quais pode haver lugar à harmonização. São elas:

– a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros;
– os direitos individuais em processo penal;
– os direitos das vítimas da criminalidade;
– outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão;
– regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções.

O que constitui uma "regra mínima" no que diz respeito a regras processuais? O Considerando 32 da *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e à tradução* deixa claro que o carácter da Diretiva é o de estabelecer regras mínimas, indicando também a perspectiva a partir da qual isto deve ser considerado: é ela a do direito dos cidadãos a um processo justo e equitativo.[2] O Considerando 8 da *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado* declara que a existência de regras mínimas comuns deve não apenas aumentar a confiança nos sistemas de justiça penal dos Estados-Membros e promover uma cultura de direitos fundamentais na UE, mas também remover obstáculos à liberdade de circulação dos cidadãos. Todavia, o panorama é incoerente. Ao passo que a *Diretiva 2014/42 sobre o congelamento de produtos do crime* claramente contém regras mínimas,[3] a perspectiva que a mesma inculca (instrumentalização de direitos) não é clara, já que a criação tanto de maiores possibilidades de confisco (que implica uma perspectiva instrumental) quanto de garantias para os proprietários dos bens (que implica uma perspectiva dos direitos humanos) são explicitamente regulados na Diretiva.

A ideia subjacente a essas regras mínimas é a de que as mesmas contribuem para a confiança que os Estados Membros terão entre si quando cooperarem. Além disso, a confiança mútua é uma obrigação legal. Os Estados-Membros devem confiar uns nos outros, de tal modo que, quando num Estado-Membro são colocados bens no mercado, os outros têm de ter confiança de que tal Estado

penal de todos os Estados-Membros, o que, por seu turno, deverá conduzir ao aumento da eficiência da cooperação judicial num clima de confiança mútua."

2. O Considerando 11 da *Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas também admite um superior nível de protecção das vítimas*.
3. Ver o Considerando 22: "A presente diretiva estabelece normas mínimas. Não impede os Estados-Membros de preverem no seu direito nacional poderes mais alargados, designadamente no que toca às suas regras em matéria de elementos probatórios."

verificou genuinamente a conformidade desses bens com o direito da União.[4] Consequentemente, se os bens são legalmente colocados no mercado num Estado-Membro, os outros Estados-Membros não podem submetê-los a controlos ou formalidades suplementares.[5] Isso encontra a sua base na regra geral de que os Estados-Membros têm confiança mútua. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE, Tribunal) sustentou em resposta ao Augstks tiesas Sents letão que

> "[...] o regime de reconhecimento e de execução previsto por este se baseia na confiança recíproca na justiça na União Europeia. Esta confiança implica que as decisões judiciais proferidas num Estado-Membro sejam não apenas reconhecidas de pleno direito noutro Estado-Membro mas também que o procedimento para tornar executórias essas decisões neste último seja eficaz e rápido."[6]

Confiança mútua é definida pelo Tribunal do seguinte modo:

> "Assim, quando aplicam o direito da União, os Estados-Membros podem ser obrigados, por força desse mesmo direito, a presumir o respeito dos direitos fundamentais por parte dos outros Estados-Membros, pelo que não lhes é possível exigir a outro Estado-Membro um nível de proteção nacional dos direitos fundamentais mais elevado do que o assegurado pelo direito da União, nem tão-pouco, salvo em circunstâncias excecionais, verificar se esse outro Estado-Membro respeitou efetivamente, num caso concreto, os direitos fundamentais garantidos pela União."[7]

Enquanto a confiança mútua pode ser encarada como um princípio amplo,[8] o reconhecimento mútuo tem uma natureza muito mais específica. Confiança mútua sugere que um Estado-Membro tem jurisdição para tomar decisões e que os outros Estados-Membros confiarão no resultado e não reverão a avaliação feita

4. 11 de Maio de 1989, Processo 25/88, *processo penal contra Esther Renée Bouchara, viúva Wurmser, e Norlaine SA*.
5. 8 de Julho de 1975, Processo 4–75, *Rewe-Zentralfinanz eGmbH contra Landwirtschaftskammer*; 22 de Setembro de 1988, Processo 286/86, *Ministère public contra Gérard Deserbais*.
6. 6 de Setembro de 2012, Processo C-619/10, *Trade Agency Ltd contra Seramico Investments Ltd*, par. 40.
7. 18 de Dezembro de 2014, Parecer 2/13, par. 192.
8. No quarto parágrafo preambular da *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado* refere-se que: "A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal pressupõe a confiança dos Estados-Membros nos sistemas de justiça penal uns dos outros."

pelo tribunal do primeiro.[9] Confiança mútua presume uma divisão de responsabilidades entre as autoridades dos Estados-Membros;[10] poderá ter sido confiança mútua aquilo que permitiu aos Estados-Membros adoptarem um Regulamento e criarem um sistema compulsório de jurisdição.[11]

Isso foi expresso de modo similar no Considerando 4 do preâmbulo da *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução*:

> "O reconhecimento mútuo das decisões penais só pode funcionar eficazmente num clima de confiança em que não só as autoridades judiciais mas também todos os intervenientes no processo penal considerem as decisões das autoridades judiciais dos outros Estados-Membros como equivalentes às suas, o que implica confiança não apenas na adequação das regras dos outros Estados-Membros mas também na sua correcta aplicação."

Confiança mútua e reconhecimento mútuo não são ilimitados. Isso foi expresso repetidamente em todos os instrumentos jurídicos baseados no reconhecimento mútuo:

> "Nenhuma disposição da presente decisão-quadro poderá ser interpretada como proibição de recusar a execução de uma decisão caso existam razões objectivas para crer que a condenação se destinava a punir uma pessoa por motivos ligados ao sexo, raça, religião, origem étnica, nacionalidade, língua, opinião política ou orientação sexual ou que a posição dessa pessoa possa ser prejudicada por qualquer desses motivos."[12]

3. Direitos da defesa na União Europeia

A União Europeia reconhece vários direitos de defesa aplicáveis em processo penal. Alguns deles são de aplicabilidade geral, no sentido de que têm relevância em todas as fases do processo. Outros são tipicamente direitos aplicáveis nas fases preliminares do processo, e outros têm aplicabilidade apenas durante a fase de julgamento. Alguns direitos foram especificamente previstos numa Diretiva,

9. 15 de Julho de 2010, Processo C -256/09, *Bianca Purrucker* contra *Guillermo Vallés Pérez*, par. 72–74.
10. 1 de Julho de 2010, Processo C-442/08, *Comissão contra República Federal da Alemanha*, par. 70–71.
11. 26 de Abril de 2012, Processo C-92/12 PPU, *Health Service Executive contra C. e C.*, par. 103.
12. Considerando 13 da *Decisão-Quadro 2008/909 sobre penas privativas da liberdade*.

enquanto outros se baseiam na jurisprudência do Tribunal, decorrendo de princípios gerais de direito da União, da Carta de Direitos Fundamentais da UE (CDFUE, Carta), ou da CEDH.

Processo Justo e Equitativo e Direitos de Defesa

A jurisprudência do Tribunal distingue entre um direito geral e um processo justo e equitativo, também conhecido como direitos de defesa, e direitos mais específicos.[13] A observância dos direitos da defesa constitui um princípio geral de direito da União e tem de ser cumprida.[14] Relativamente aos direitos da defesa, os casos de maior relevo são *Hoechst* e *Dow*, nos quais se discutiram as obrigações do suspeito ou acusado de cooperar com a Comissão Europeia no contexto de investigações sobre violações de direito da concorrência. Ambas as empresas recorreram ao Tribunal alegando que a Comissão violara os seus direitos. O Tribunal apelou aos direitos da defesa que já tinha reconhecido em julgamentos anteriores, mas teceu considerações mais detalhadas sobre os mesmos,[15] acabando por estender o seu âmbito de aplicação à fase da investigação:

> "[...] importa evitar que esses direitos possam ficar irremediavelmente comprometidos no âmbito de processos de instrução prévia, entre os quais se incluem designadamente as diligências de instrução, que podem ter carácter decisivo para a produção de provas da natureza ilegal dos comportamentos das empresas susceptíveis de implicar a respectiva responsabilidade."[16]

De modo semelhante ao que fizera o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) na sua jurisprudência, o Tribunal considerou que o direito a um processo ou a uma audiência justos e equitativos não é um direito estático, mas um direito que pode ser ponderado com os direitos e interesses de outros.[17] No processo *Pupino*, o Tribunal salientou a importância tanto da CEDH como dos direitos fundamentais que resultam das tradições constitucionais dos Estados

13. Essa jurisprudência foi codificada na Carta. O Artigo 47º da Carta refere-se especificamente ao direito geral que toda a pessoa tem a que a sua causa seja julgada de forma equitativa e pública. O Artigo 48º, n. 2, da Carta diz: "É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa."
14. 10 de Maio de 2007, Processo C-328/05 P, *SGL Carbon AG*, par. 59.
15. 7 de Junho de 1983, Processos apensos 100 a 103/80, *SA Musique Diffusion française contra Comissão*, par. 10–11.
16. 21 de Setembro de 1989, Processos apensos 46/87 e 227/88, *Hoechst AG contra Comissão*, par. 15; 17 de Outubro de 1989, Processo 85/87, *Dow Benelux NV contra Comissão*, par. 26.
17. 14 de Fevereiro de 2008, Processo C-450/06, *Varec SA contra Estado Belga*.

Membros.[18] A Decisão-Quadro em questão também referia-se à compatibilidade com os princípios jurídicos básicos dos Estados-Membros visados. As obrigações decorrentes do Artigo 6º CEDH exigem que o direito do acusado a um processo justo e equitativo seja sopesado com os direitos de vítimas vulneráveis.[19]

Os específicos direitos de defesa encontrados na jurisprudência do Tribunal de Justiça, ou na Carta, incluem o direito a ser informado sobre a acusação, o direito de acesso ao processo, o direito à liberdade e à segurança, o direito à privacidade, o direito à apoio judiciário, o direito à comunicação confidencial com o advogado, o direito a ser julgado dentro de um prazo razoável, o direito a um recurso efectivo das decisões desfavoráveis, o direito a ser julgado por um tribunal imparcial, e a presunção de inocência. Esse elenco não é taxativo,[20] ele foi alcançado com base nos direitos específicos reconhecidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça e nos direitos estabelecidos na Carta. No entanto, é concebível que outros direitos reconhecidos na jurisprudência do TEDH sejam aplicados enquanto direitos específicos sob o *chapeau* do direito do acusado a um processo justo e equitativo, ou dos direitos da defesa.

Acesso a um advogado

Com a *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado*, o legislador europeu pretende reforçar suplementarmente os direitos da defesa. Essa Diretiva é parte integrante de um pacote de direitos da defesa a que pertencem também à *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução*, a *Diretiva 2012/13 sobre o direito à informação*, a *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência*, a *Diretiva 2016/800 sobre garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos* e a *Diretiva 2016/1919 relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus*. Como decorre do seu primeiro parágrafo preambular, a *Diretiva 2013/48* deve ser considerada no contexto do direito a um processo justo e equitativo conforme consagrado no Artigo 47º da Carta, no Artigo 6º CEDH e no

18. 16 de Junho de 2005, Processo C-105/03, *processo penal contra Maria Pupino,* par. 57-58.
19. Conclusões da Advogada-Geral Kokott de 11 de Novembro 2004, Case C-105/03, *processo penal contra Maria Pupino, ponto* 67.
20. 21 de Setembro de 1989, Processos apensos 46/87 e 227/88, *Hoechst AG contra Comissão*, par. 16; 17 de Outubro de 1989, Processo 85/87, *Dow Benelux NV contra Comissão*, par. 27; 18 de Maio de 1982, Processo 155/79, *AM & S Europe Limited contra Comissão*. Ver, mais desenvolvidamente, KLIP, André. *European Criminal Law*. An Integrated Approach. 3. ed. Intersentia Cambridge, 2016. pp. 260-284.

Artigo 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP).[21] Todas essas Diretivas introduzem padrões mínimos relativos aos direitos de suspeitos e acusados em todos os processos penais, independentemente de estes se referirem a crimes europeus ou terem uma conexão com a liberdade de movimento/de locomoção . As Diretivas são aplicáveis em todos os processos penais, bem como em processos de entrega ao abrigo de mandados de detenção europeus.[22] Esse é um aspecto em que a protecção conferida pelo direito da União em matéria de direitos humanos vai mais longe do que aquela que é conferida pela CEDH. O TEDH sustentou sempre que os processos de extradição não se integram à noção de processo justo e equitativo,[23] todas as Diretivas se aplicam tanto a suspeitos como a acusados. Nenhuma das Diretivas define esses conceitos.

A *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado* aplica-se a partir do momento em que uma pessoa é informada de que é suspeita ou acusada de ter cometido uma infração penal (Artigo 2º, n. 1, Diretiva 2013/48).[24] A aplicação é independente de a pessoa ser privada de liberdade, e mantém-se até que seja proferida uma decisão definitiva sobre a autoria da pessoa no cometimento da infração, incluindo a privação de liberdade, se for esse o caso, até que a sanção seja aplicada ou que um eventual recurso seja apreciado. O Artigo 2º, n. 2 estabelece a aplicação da Diretiva a pessoas procuradas ao abrigo de mandados de detenção europeus a partir do momento em que são detidas no Estado-Membro

21. O carácter de direitos humanos desse instrumento jurídico reflecte-se também em cláusulas como as relativas à assistência judiciária (Art. 11), a vias de recurso efectivas (Art. 12), a pessoas vulneráveis (Art. 13) e à não regressão (Art. 14).

22. O Artigo 1º da Diretiva 2013/48 refere-se especificamente à Decisão-Quadro 2002/584. Isso levanta a questão de saber se a Diretiva é aplicável em outros procedimentos que não os de mandados de detenção europeus, como os de reconhecimento mútuo de julgamentos, de transferência da supervisão de medidas de detenção, ou de decisão europeia de protecção. Todos esses procedimentos têm em comum o facto de não lidarem com a determinação da natureza da acusação, o que constitui o critério decisivo para se considerar que um processo tem natureza penal. No entanto, visto que o carácter desses procedimentos é semelhante ao do mandado de detenção europeu, e que os mesmos lidam com as consequências de uma suspeição, acusação ou condenação, o direito de acesso a um advogado deverá igualmente existir. O Artigo 2º da Diretiva 2013/48 também indicia que o seu âmbito de aplicação compreende todas a fases do processo criminal.

23. TEDH, 7 de Outubro de 2008, *Monedero contra Espanha*, Appl. 41138/05.

24. A Diretiva constitui, no fundo, a codificação de um novo passo dado pela jurisprudência do TEDH a partir do julgamento de 27 de Novembro de 2008, *Salduz contra Turquia*, Appl. 36391/02.

de execução. A Diretiva não leva em consideração o facto de as pessoas, em caso de contacto com a polícia ou quaisquer outras autoridades judiciais ou de aplicação da lei, poderem tornar-se suspeitas ou acusadas. Se isso ocorrer, a Diretiva aplicar-se-á a partir desse momento. Essa regra relaciona-se com o direito à não autoincriminação (Considerando 21).

A Diretiva não se aplica a infracções de menor gravidade que devam ser julgadas em processos administrativos e que sejam passíveis de recurso ou remissão para um tribunal com competência em matéria penal, nem a infracções em relação às quais a privação de liberdade não possa ser imposta como sanção (Artigo 2º, n. 4).[25] Essa exclusão não é absoluta e está sujeita ao direito a um processo justo e equitativo. O último inciso do Artigo 2º, n. 4, reitera que "A presente diretiva é plenamente aplicável quando o suspeito ou acusado seja privado de liberdade, independentemente da fase do processo penal."

O Artigo 3º detalha o conteúdo do direito básico de acesso a um advogado.[26] O primeiro n. obriga os Estados-Membros a assegurarem que os suspeitos e acusados tenham direito ao acesso a um advogado em tempo útil e de forma a permitir-lhes exercer de forma prática e efetiva os seus direitos de defesa. Isso evidencia não apenas que esse não é um direito meramente simbólico, mas bem assim que o mesmo deve ser respeitado tão cedo quanto possível e sem demora injustificada. Em qualquer caso, os suspeitos ou acusados devem ter acesso a um advogado a partir dos seguintes momentos, conforme o que ocorrer primeiro:

a) antes de serem interrogados pela polícia ou por qualquer outra autoridade judicial ou de aplicação da lei;

b) quando uma autoridade de investigação ou outra autoridade competente leve a cabo uma diligência de investigação ou de recolha de provas nos termos do n. 3, alínea *c*);

c) sem demora injustificada, após a privação de liberdade;

d) caso tenham sido citados para comparecer perante um tribunal competente em matéria penal, em tempo útil antes de comparecerem perante esse tribunal.

25. O Considerando 13 também exclui processos relativos a infrações de menor gravidade cometidas dentro de uma prisão e os relativos a infrações cometidas num contexto militar e tratadas por um oficial de comandos. Ver ainda os Considerandos 16-18.

26. Considerando 15: "Na presente diretiva, o termo «advogado» significa qualquer pessoa que, nos termos da lei nacional, seja qualificada e habilitada, nomeadamente mediante acreditação por um organismo autorizado, para prestar aconselhamento jurídico e apoio jurídico a suspeitos ou acusados."

Em que consiste o direito de acesso a um advogado? A resposta a essa questão nos é fornecida pelo nº 3 do Artigo 3º: os suspeitos ou acusados têm o direito de se encontrar em privado e de se comunicar com o advogado que o representa, inclusive antes do interrogatório pela polícia ou por qualquer outra autoridade judicial ou de aplicação da lei. O direito de comunicação com o advogado por ser efectuado através de meios tecnológicos de comunicação. Existe um direito de que o advogado esteja presente e participe efectivamente nos interrogatórios do suspeito ou acusado que representa. Essa é a noção europeia básica desse direito. O que essa participação efectivamente significa é a matéria a regular pela lei nacional (Artigo 3º, n. 3, alínea *b*)). Esse direito refere-se a interrogatórios, e não ao apuramento da identidade do indivíduo ou da posse de armas por parte do mesmo (Considerando 20). O advogado deve ainda ter a possibilidade de estar presente em sessões de identificação, acareações e reconstituições da cena do crime. Em circunstâncias excepcionais aplicáveis na fase preliminar do processo, podem ter lugar derrogações temporárias dos direitos previsto no n. 3. Há apenas duas razões convincentes capazes de justificar tais derrogações: a) haver necessidade urgente de evitar consequências negativas graves para a vida, a liberdade ou a integridade física de uma pessoa; b) haver necessidade imperiosa de uma ação imediata das autoridades de investigação para impedir que um processo penal fique gravemente comprometido (Artigo 3º, n. 6).[27]

Em consequência da existência desse direito, os Estados-Membros têm ainda a obrigação de envidar esforços para disponibilizar aos suspeitos ou acusados informações gerais que lhes facilitem a contratação de um advogado (Artigo 3º, n. 4).[28] O direito de acesso a um advogado previsto nos Artigos 3º e 10º pode ser renunciado, se tal renúncia satisfizer as condições previstas no Artigo 9º. Essas condições, formuladas no n. 1, podem ser sumariadas do seguinte modo: é necessário que a renúncia seja expressa de forma informada, voluntária e inequívoca. A renúncia pode ser feita de modo escrito ou oral. A renúncia pode ser posteriormente revogada pelo suspeito ou acusado em qualquer momento do processo penal. A revogação não afecta a validade dos actos processuais levados a cabo durante o período em que o direito foi objeto de renúncia (Considerando 41).

27. Ver ainda o Artigo 8º sobre as regras aplicáveis a derrogações, sublinhando o seu carácter excepcional e temporário, e tomando em consideração os postulados de proporcionalidade e de justiça e equidade.

28. Isso também se relaciona com a *Diretiva 2012/13 sobre o direito à informação*.

Livre Escolha de Advogado

As pessoas acusadas têm o direito de escolher o advogado que as representará. Em princípio, qualquer advogado certificado na UE pode ser escolhido. É, pois, relevante atentar nas condições aplicáveis a advogados que prestam serviços noutros Estados Membros ou que pretendem estabelecer-se noutros Estados Membros.

Em matéria de representação de um cliente em processos legais, os Estados-membros podem exigir a participação de um advogado local, ou seja, um advogado que exerça perante a jurisdição competente (Artigo 5º da *Diretiva 77/249 sobre a livre prestação de serviços pelos advogados*). Isso pode resultar numa decisão de inadmissibilidade de um advogado qualificado noutro Estado-Membro. Todavia, o Tribunal pronunciou-se já no sentido de que, em processos relativamente aos quais a lei nacional não imponha a assistência por advogado, não pode haver recusa da participação de advogados estrangeiros.[29] Embora a lei nacional possa (por razões de segurança) exigir que a visita a pessoas detidas ou presas tenha lugar conjuntamente com um advogado local, outras formas de comunicação com a pessoa privada de liberdade não podem ser sujeitas a restrições.[30]

O Artigo 47º da Carta estabelece que deve ser concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça. Assim, um direito de assistência judiciária a cidadãos da UE aplica-se na mesma base em que se aplica a cidadãos nacionais. A disposição da Carta parece oferecer mais do que a mera referência feita ao direito nacional no Artigo 11º da *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado*: "A presente diretiva não obsta à aplicação das disposições da legislação nacional em matéria de apoio judiciário, que se aplicam nos termos da Carta e da CEDH." Não existe um direito europeu de assistência judiciária.

Confidencialidade das Comunicações entre Cliente e Advogado

O Artigo 4º da *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado* vem consagrar um direito geral de confidencialidade de comunicação entre suspeitos e acusados e o seu advogado. Num caso levantado por várias Associações de Advogados contra o Conselho de Ministros da Bélgica, a relação de confidencialidade

29. 25 de Fevereiro de 1988, Processo 427/85, *Comissão contra República Federal da Alemanha*.

30. 25 de Fevereiro de 1988, Processo 427/85, *Comissão contra República Federal da Alemanha*, par. 29–32.

entre advogado e cliente foi considerada especificamente.[31] Na suas Conclusões, o Advogado-Geral Poiares Maduro propôs que o segredo profissional dos advogados adquiriu um estatuto fundamental na maioria dos Estados-membros.[32] Subsequentemente, o Tribunal reconheceu a posição especial do advogado em matéria penal.[33] Diversamente da Comissão, que pretendia limitar o privilégio garantida aos advogados à fase de representação perante os tribunais, o Tribunal deliberou que esse privilégio deveria ser garantido desde a fase de aconselhamento, isso é, desde a fase destinada a "obter conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial."[34] Contudo, noutra decisão, o Tribunal não reconheceu aquele privilégio relativamente a um "advogado interno de uma empresa" (*in-house lawyer*), apesar de o mesmo se encontrar inscrito numa Ordem dos Advogados ou Sociedade Jurídica.[35]

Acesso ao Processo

O direito de acesso aos elementos do processo é regulado no Artigo 7º da *Diretiva 2012/13* sobre o direito à informação. As pessoas detidas e presas têm o direito de consultar os documentos relacionados com o seu processo específico que estejam na posse das autoridades competentes e que sejam essenciais para impugnar eficazmente, nos termos do direito nacional, a legalidade da detenção ou prisão (Artigo 7º, n. 1). O Artigo 7º, n. 2 contém uma obrigação, a cargo das autoridades, de dar acesso a, pelo menos, toda prova material que se encontre na sua posse. O n. 4 permite a derrogação dos direitos de acesso aos elementos do processo quando o exercício dos mesmos puder constituir uma ameaça grave à vida ou aos direitos fundamentais de outra pessoa, a um interesse público importante,

31. 26 de Junho de 2007, Processo C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles contra Conseil des Ministres*.

32. Conclusões do Advogado-Geral Poiares Maduro, 14 de Dezembro de 2006, Processo C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles contra Conseil des Ministres*, par. 39.

33. 22 de Outubro de 2002, Processo C-94/00, *Roquette Frères SA* contra *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes e Comissão*, par. 46.

34. 26 de Junho de 2007, Processo C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles* contra *Conseil des Ministres*, par. 34.

35. 14 de Setembro de 2010, Processo C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals Ltd contra Comissão*, par. 43–47.

ou à segurança nacional. No entanto, mesmo nessas situações, a derrogação não pode prejudicar o direito a um processo justo e equitativo.

O Direito à Liberdade e à Segurança

O direito à liberdade e à segurança é garantido pelo Artigo 6º da Carta. Relativamente ao primeiro, poderá fazer-se referência ao *acquis* que foi desenvolvido pelo TEDH sob o Artigo 5º TEDH. A *Decisão-Quadro 2009/829 sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva* foi adoptada para assegurar o direito à liberdade e oferece alternativas à prisão preventiva, ao mesmo tempo que respeita o interesse público geral. Quanto ao direito à segurança, trata-se de um novo direito no horizonte. As questões que se colocam prendem-se com o seu conteúdo e com a extensão da sua conexão com a segurança que é oferecida aos cidadãos na área de liberdade, segurança e justiça.

Enquanto tais, as regras nacionais sobre quais crimes e que grau de suspeição justificam a manutenção de um suspeito em privação de liberdade, aplicam-se também a outros cidadãos europeus. Contudo, a maioria dos Estados-Membros aplica critérios relacionados com o risco de desaparecimento em caso de libertação provisória ou condicional do suspeito. Esse risco é frequentemente encarado como superior quando o suspeito não tem domicílio no Estado em causa. Se um Estado-Membro, por exemplo, aplicar critérios directamente relacionados com a nacionalidade, ou indirectamente, usando o domicílio como critério relevante, há uma possibilidade real de conflito com a proibição, decorrente do direito da União, de discriminação com base na nacionalidade (Artigo 18º TFUE). Esses efeitos negativos serão, em certa medida, mitigados pela *Decisão-Quadro 2009/829 sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva*, que declara, num esclarecedor 5º Considerando, que:

> "No que diz respeito à detenção de pessoas sujeitas a processo penal, existe o risco de tratamento desigual entre residentes e não residentes no Estado onde se realiza o julgamento: o não residente corre o risco de ser sujeito a prisão preventiva enquanto aguarda o julgamento, mesmo quando, em condições análogas, tal não seria o caso do residente. Num espaço europeu comum de justiça sem fronteiras internas, é necessário tomar medidas para garantir que uma pessoa sujeita a processo penal e não residente no Estado onde se realiza o julgamento não seja tratada de maneira diferente de um residente sujeito a processo penal."

Num esforço de intensificação do direito à liberdade e da presunção de inocência, a Decisão-Quadro tem como objectivo promover a aplicação de medidas não privativas da liberdade em alternativa à prisão. Enquanto o Artigo 2º,

n. 2, estabelece que a Decisão-Quadro não confere a ninguém o direito a beneficiar-se de uma medida não privativa de liberdade alternativa à prisão, ela certamente torna mais difícil que as autoridades de um Estado-Membro tenham uma actuação mais estrita quanto a suspeitos ou acusados estrangeiros do que quanto àqueles que são seus nacionais. O Considerando 18 da *Decisão-Quadro 2009/829 sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva* reitera que a Decisão-Quadro deve ser aplicada em conformidade com o direito que os cidadãos da União têm de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

Da jurisprudência do Tribunal resulta claro que não se pode considerar que os cidadãos da EU que façam uso dos seus direitos de circulação e cometam crimes renunciam, desse passo, às suas liberdades. Visto que nenhuma das liberdades é absoluta, os cidadãos da EU podem também ser sujeitos a restrições derivadas da suspeição da, ou da condenação pela, prática de crimes. O requisito da proporcionalidade aplica-se a ambas as restrições. Relativamente às pessoas acusadas, mas não definitivamente condenadas pela prática de crimes, a presunção de inocência também se aplica. Isso significa que o tipo legal de crime e os factos que sustentam a suspeição devem ser muito fortes. Da aplicação desses critérios não pode resultar que os cidadãos da EU sejam colocados numa posição menos favorável do que os cidadãos do Estado-Membro onde se encontram no que diz respeito à libertação provisória ou à fiança. Adicionalmente, o risco de fuga ao julgamento foi significativamente reduzido pela adopção do mecanismo do mandado de detenção europeu, e será ainda mais reduzido quando a *Decisão-Quadro 2009/829 sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva* for implementada na prática.

Presunção de inocência

A *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência* desenvolve, em detalhe, a disposição contida no Artigo 48º, n. 1, da Carta: "Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa." Aplicável em todas as fases do processo penal, a Diretiva determina que "o suspeito ou o arguido se presume inocente enquanto a sua culpa não for provada nos termos da lei" (Artigo 3). Esse direito, além de envolver um reconhecimento formal na fase de audiência, implica ainda que não sejam feitas referências pública sobre a culpabilidade do acusado enquanto a mesma não for provada (Artigo 4º). As autoridades que estão obrigadas a absterem-se de fazer tais referências públicas são não somente aquelas que estão envolvidas no processo penal, mas bem assim outras autoridades públicas, como ministros ou outros funcionários públicos (Considerando 17). A Diretiva proíbe não apenas referências verbais que violem

a presunção de inocência, mas também condutas não verbais que conduzam ao mesmo resultado. Isso encontra-se expresso nos Considerandos 20 e 21:

> "As autoridades competentes deverão abster-se de apresentar o suspeito ou o arguido como culpado, em tribunal ou em público, através da utilização de medidas de coação física — como algemas, caixas de vidro, gaiolas e imobilizadores da perna –, a menos que a utilização de tais medidas seja necessária por razões específicas — quer relacionadas com a segurança, incluindo para impedir os suspeitos ou os arguidos de causarem danos a si próprios ou a terceiros ou de deteriorarem bens, quer para impedir os suspeitos ou os arguidos de fugir ou de ter contacto com terceiros, como testemunhas ou vítimas. A possibilidade de aplicar medidas de coação física não implica que as autoridades competentes devem tomar uma decisão formal sobre o uso de tais medidas. Quando for possível, as autoridades competentes deverão também abster-se de apresentar os suspeitos ou os arguidos em uniforme prisional, em tribunal ou em público, para não criar a impressão de que essas pessoas são culpadas."

O Artigo 5º simboliza uma abordagem que sublinha o respeito pela dignidade do acusado e que visa prevenir a sua estigmatização.

O Artigo 6º é a mais importante disposição respeitante ao ónus da prova:

> "1. Os Estados-Membros asseguram que recai sobre a acusação o ónus da prova da culpa do suspeito ou do arguido, sem prejuízo da obrigação que incumbe ao juiz ou ao tribunal competente de procurarem elementos de prova, tanto incriminatórios como ilibatórios, e do direito da defesa de apresentar provas em conformidade com o direito nacional aplicável. 2. Os Estados-Membros asseguram que toda e qualquer dúvida quanto à questão da culpa deve beneficiar o suspeito ou o arguido, mesmo quando o tribunal aprecia se a pessoa em causa deve ser absolvida."

Direito ao Silêncio

Também em concretização do Artigo 48º da Carta, o Artigo 7º da *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência* reconhece o direito ao silêncio. Esse direito tem dois elementos essenciais: o direito ao silêncio propriamente dito e o direito à não autoincriminação. O exercício do direito à não autoincriminação não deve prevenir as autoridades competentes de reunirem provas que possam ser obtidas de modo legal através do uso de poderes de compulsão legalmente conferidos e que tenham uma existência independente da vontade dos suspeitos ou acusados. O Considerando 27 deixa claro que a determinação sobre se esses direitos foram violados se guia pela interpretação do TEDH a esse respeito.

Direito à Privacidade – A Inviolabilidade do Domicílio

Os Artigos 7º e 8º da Carta impõem os deveres de respeito pela vida privada e familiar e de protecção de dados de carácter pessoal.[36] O facto de as investigações da Comissão sobre violações da concorrência terem base num Regulamento de concorrência satisfaz os requisitos do Artigo 8º, n. 2 CEDH, que estabelece que qualquer interferência com a vida privada e familiar só pode ocorrer em conformidade com a lei.[37] Em *Hoechst* e em *Dow,* o Tribunal considerou que o direito à privacidade se limitava às pessoas físicas, e que, pelo contrário, as pessoas legais não se encontram protegidas pelo mesmo.[38] Quanto a esse assunto, a interpretação da CEDH pelo Tribunal desviou-se daquela que fora feita pelo TEDH. Alguns anos após o acórdão do Tribunal em *Hoechst* e em *Dow,* o TEDH reconheceu a inviolabilidade de residências não privadas como um direito sob o Artigo 8º CEDH.[39]

Interpretação e Tradução

Numa União multilingue como a UE, questões relacionadas com o direito a um processo justo e equitativo giram frequentemente em torno da capacidade do suspeito ou acusado de entender o processo. *A Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução* estabelece as regras relativas ao direito à interpretação e à tradução em processos penais, bem como nos processos de execução de mandados de detenção europeus. Esse direito é aplicado a suspeitos ou acusados desde o momento que lhes seja comunicado, por notificação oficial ou por qualquer outro meio, que são suspeitos ou acusados da prática de uma infracção penal e até ao termo do processo, até que seja proferida uma decisão definitiva sobre a questão de saber se cometeram a infracção, inclusive, se for esse o caso, até que a sanção seja

36. Uma específica Diretiva estabelece as regras aplicáveis à protecção de dados na cooperação em matéria penal. Ver a Diretiva 2016/680 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977.

37. 26 de Junho de 1980, Processo 136/79, *National Panasonic (UK) Limited contra Comissão*, par. 19-20.

38. 21 de Setembro de 1989, Processos apensos 46/87 e 227/88, *Hoechst AG contra Comissão*, par. 17–18; 17 de Outubro de 1989, Processo 85/87, *Dow Benelux NV contra Comissão*, par. 28–29. Contudo, o Advogado-Geral Mischo defendeu um direito fundamental à inviolabilidade das empresas. Ver Conclusões de 21 Fevereiro de 1989, Processos apensos 46/87 e 227/88, *Hoechst AG contra Comissão*, e Processo 85/87, *Dow Benelux NV contra Comissão*, par. 103.

39. TEDH, 16 de Dezembro de 1992, *Niemietz contra República Federal da Alemanha*, Series A-251B.

decidida ou um eventual recurso seja apreciado (Artigo 1º, n. 2, *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução*). Aplica-se em processos penais perante as autoridades de investigação e as autoridades judiciais, durante os interrogatórios policiais, todas as audiências no tribunal e as audiências intercalares que se revelem necessárias (Artigo 2º, n. 1). O n. 2 do Artigo 2º obriga os Estados-Membros a assegurem que seja disponibilizada interpretação para as comunicações entre o suspeito ou acusado e o seu defensor legal. A generalidade dos direitos previstos nessa Diretiva foi elaborada de uma maneira tão clara e inequívoca que a sua invocação não depende de implementação nos ordenamentos jurídicos nacionais. O Tribunal decidiu que, quando a lei nacional habilita os respectivos cidadãos a escolher em qual de várias línguas oficiais o processo penal deve ser conduzido, esse direito dever também ser reconhecido a outros cidadãos da UE.[40]

No primeiro caso em que o Tribunal teve a oportunidade de interpretar a *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução*, distinguiu o significado do Artigo 2º do do Artigo 3º:

> "No que respeita ao artigo 2.° da Diretiva 2010/64, que rege o direito à interpretação, resulta da própria redação deste artigo que este último, ao invés do artigo 3.° desta diretiva, que respeita à tradução escrita de certos documentos essenciais, se refere à interpretação oral de enunciados orais. Assim, de acordo com o artigo 2.°, n.os 1 e 3, da referida diretiva, apenas podem beneficiar do direito à interpretação os suspeitos ou acusados que não estão em condições de se expressarem, por si próprios, na língua do processo, seja por não falarem ou não compreenderem essa língua ou por apresentarem uma deficiência auditiva ou da fala."[41]

O Tribunal encarou os direitos do acusado no contexto da salvaguarda da justiça e equidade do processo. O resultado disso é que o acusado, quando chamado a prestar declarações orais por si próprio, tem o direito de fazê-lo na sua própria língua; conforme expressado pelo Advogado-Geral Bot, "a assistência linguística

40. 11 de Julho de 1985, Processo 137/84, *processo penal contra Robert Heinrich Maria Mutsch*. A lei belga dispunha que, na parte do país onde se fala a língua alemã, os nacionais belgas podiam escolher entre o alemão e o francês; no entanto, recusou essa prerrogativa a Mutsch, um trabalhador do Luxemburgo. Em 24 de Novembro de 1998, Processo C-274/96, *processos penal contra Horst Otto Bickel e Ulrich Franz, o Tribunal decidiu que se a lei italiana reconhece aos cidadãos italianos de língua alemã o direito de que os processos penais sejam realizados em alemão, esse direito teria de ser igualmente reconhecido a cidadãos não italianos falantes de alemão*.

41. 15 de Outubro de 2015, Processo C-216/14, *processo penal contra Gavril Covaci*, par. 30-31.

é, no âmbito do artigo 2.° da Diretiva 2010/64, exigível pela defesa «não só para compreender, mas também para se fazer compreender».”[42]

Contudo, no que toca à tradução de documentos carreados pela defesa, não há um direito de tradução. Nesse contexto, o Tribunal declarou:

> “Ora, exigir dos Estados-Membros, como sugerem, nomeadamente, G. Covaci e o Governo alemão, não apenas que permitam às pessoas em causa serem informadas, plenamente e na sua própria língua, dos factos que lhe são imputados e apresentarem a sua própria versão desses factos mas igualmente que assumam sistematicamente a tradução de qualquer recurso interposto pelas pessoas em causa contra uma decisão judicial que lhes é dirigida vai além dos objetivos prosseguidos pela própria Diretiva 2010/64.”[43]

O direito a interpretação estabelecido no Artigo 2º da Diretiva 2010/64 diz respeito à tradução por um intérprete da comunicação oral entre o suspeito ou acusado e as autoridades judiciais ou de investigação ou, quando relevante, o advogado, com exclusão da tradução escrita de quaisquer documentos escritos carreados pelos suspeitos ou acusados. A ideia subjacente ao Artigo 3º da Diretiva é a de que o acusado tem de ter conhecimento da acusação que pende sobre si. O preceito não integra um direito a que todos os elementos escritos do acusado sejam traduzidos.

O direito à tradução de documentos essenciais consagrado no Artigo 3º suscitará inevitavelmente maior discussão. Os Estados-Membros devem assegurar que aos suspeitos ou acusados seja facultada, em tempo razoável, uma tradução escrita de todos os documentos essenciais. O Artigo 3º, n. 2, estabelece que constituem documentos essenciais, entre outros, as decisões que imponham uma medida privativa de liberdade, a acusação ou a pronúncia, e as sentenças. Outros documentos podem ser considerados essenciais, mediante uma decisão nesse sentido por parte das autoridades competentes. Outro preceito que também suscitará muitas discussões em tribunal é o n. 4 do Artigo 3º, nos termos do qual as passagens de documentos essenciais que não sejam relevantes não têm de ser traduzidas. Os Estados-Membros devem suportar os custos de interpretação e tradução (Artigo 4º) e tomar medidas tendentes a assegurar que a interpretação e tradução satisfazem padrões de qualidade determinados (Artigo 8º).

42. Conclusões do Advogado-Geral Bot de 7 de Maio de 2015, Processo C-216/14, *processo penal contra Gavril Covaci*, ponto 60.

43. 15 de Outubro de 2015, Processo C-216/14, *processo penal contra Gavril Covaci*, par. 38.

Imparcialidade

O direito a um processo justo e equitativo integra o direito a um tribunal independente e imparcial. O Tribunal sustentou que o conceito de imparcialidade compreende dois aspectos:

> "Por um lado, o tribunal deve ser subjectivamente imparcial, isto é, nenhum dos seus membros deve manifestar ideias preconcebidas ou um juízo antecipado pessoal, presumindo-se a imparcialidade pessoal até prova em contrário. Por outro lado, o tribunal deve ser objectivamente imparcial, isto é, oferecer garantias suficientes para excluir a este respeito todas as dúvidas legítimas."[44]

O Tribunal de Justiça declarou que isto não impede um mesmo juiz de ter assento em duas câmaras e audiências e de subsequentemente conhecer o mesmo caso.

Direito à informação

Com o advento da *Diretiva 2012/13 sobre o direito à informação*, o legislador da União confirmou o seu intento de reforçar os direitos de suspeitos e acusados em processos penais nacionais e de pessoas procuradas ao abrigo de mandados de detenção europeu. O Artigo 2º, n. 1 da *Diretiva 2012/13 sobre o direito à informação* expõe claramente o seu âmbito de aplicação:

> "A presente diretiva é aplicável a partir do momento em que a uma pessoa seja comunicado pelas autoridades competentes de um Estado-Membro de que é suspeita ou acusada da prática de uma infração penal e até ao termo do processo, ou seja, até ser proferida uma decisão definitiva sobre a questão de saber se o suspeito ou acusado cometeu a infração penal, incluindo, se for caso disso, até que a sanção seja decidida ou um eventual recurso seja apreciado."

A Diretiva é também aplicável a procedimentos administrativos no contexto dos quais possa haver lugar a recurso para tribunais competentes em matéria penal.

---

44. 1 de Julho de 2008, Processos apensos C-341/06P e C-342/06P, *Chronopost SA (C-341/06 P), La Poste, (C-342/06 P), Union française de l'express (UFEX), com sede em Roissy-en-France (France), DHL Express (France) SAS, anteriormente DHL International SA, com sede em Roissy-en-France, Federal express international (France) SNC, com sede em Gennevilliers (France), CRIE SA, em liquidação judicial, com sede em Asnières (France) contra Comissão*, par. 54 (referências omitidas).

O direito à informação integra:

a) o direito de assistência de um advogado;

b) o direito à aconselhamento jurídico gratuito e às condições para a sua obtenção;

c) o direito de ser informado da acusação;

d) o direito à interpretação e à tradução;

e) o direito ao silêncio.

O Artigo 3º estabelece que essa informação deve ser prestada de modo célere e de maneira que permita que os beneficiários desse direito o exerçam de modo efectivo. Além disso, permite aos Estados-Membros prestarem informação oralmente ou por escrito, em linguagem simples e acessível, tendo em conta quaisquer necessidades particulares de suspeitos ou acusados vulneráveis. Isso enfatiza imediatamente alguns dos elementos frágeis desse direito conforme preconizado pela Diretiva. Poderemos esperar que todos os acusados que tenham sido informados dos seus direitos os compreendam? Isso foi compensado pela introdução, através do Artigo 4º, de uma Carta de Direitos. Essa Carta tem de ser entregue na forma escrita, e ao suspeito ou acusado deve ser permitido mantê-la na sua posse. O Artigo 4º estende os direitos, com:

> "a) O direito de acesso aos elementos do processo; b) O direito a que as autoridades consulares e uma pessoa sejam informadas; c) O direito de acesso a assistência médica urgente; e d) O número máximo de horas ou dias que os suspeitos ou acusados podem ser privados de liberdade antes de comparecerem perante uma autoridade judicial."

O n. 3 do Artigo 4º acrescenta que a Carta de Direitos deve também conter informações de base acerca de todas as possibilidades de impugnar a legalidade da detenção, de obter a revisão da detenção ou de requerer a libertação provisória. Deve notar-se que nem o Artigo 3º nem o Artigo 4º criam novos direitos na lei nacional, mas apenas criam um direito à informação sobre esses específicos direitos conforme os mesmos se aplicam na lei nacional. Contudo, o nível de protecção nunca pode ser inferior aos standards decorrentes da jurisprudência do TEDH.[45] A Diretiva cria regras mínimas, e os Estados-Membros podem elevar o nível de protecção. Os Estados-Membros devem assegurar a elaboração da Carta de Direitos em linguagem simples e acessível. Num anexo à *Diretiva 2012/13*

45. Ver o Considerando 40 da *Diretiva 2012/13 sobre o direito à informação*.

sobre o direito à informação, publicada no Jornal Oficial, foi publicada uma Carta de Direitos Modelo.[46]

O direito à informação sobre a acusação e suas alterações supervenientes é concretizado no Artigo 6º. Qualquer suspeito ou acusado tem o direito de receber prontamente informações sobre o ato criminoso de que sejam suspeitos ou acusados de ter cometido (Artigo 6º, n. 1). Os suspeitos ou acusados que sejam detidos ou presos têm também o direito de serem informados das razões para a sua detenção ou prisão (Artigo 6º, n. 2). No mais tardar quando da apresentação da fundamentação da acusação perante um tribunal, devem ser prestadas informações detalhadas sobre a acusação, incluindo a natureza e qualificação jurídica da infração penal, bem como a natureza da participação do acusado (Artigo 6º, n. 3).

O Direito de Informar um Terceiro da Privação de Liberdade

O Artigo 5º da *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado* atribui aos suspeitos ou acusados que se encontram privados de liberdade o direito de que pelo menos uma pessoa por si indicada seja informada da sua privação de liberdade sem demora injustificada. O legislador teve em mente pessoas com um familiar ou o empregador. No entanto, é ao detido ou preso que cabe a indicação da pessoa a informar. Pode haver derrogação temporária desse direito quando: a) houver necessidade urgente de evitar consequências negativas graves para a vida, a liberdade ou a integridade física de uma pessoa; b) houver necessidade urgente de prevenir uma situação em que o processo penal possa ficar gravemente comprometido (Artigo 5º, n. 3). O Artigo 6º consagra ainda um direito de comunicação com pelo menos um terceiro indicado pelo suspeito ou acusado. Esse direito pode ser limitado apenas "por motivos imperiosos ou por necessidades operacionais proporcionadas."

Suspeitos e acusados que se encontrem privados de liberdade e que não sejam nacionais do Estado em causa têm o direito de informar da privação de liberdade sem demora injustificada às autoridades consulares do Estado de que são nacionais (Artigo 7º).[47] Se assim o desejarem, têm ainda o direito de se comunicarem com essas autoridades. Em consequência desse direito de informação e comunicação, o n. 2 do Artigo 7º consagra um direito de ser visitado pelas autoridades consulares. Adicionalmente, consagra-se também um direito de conversar e

46. JO 2012, L 142/8, semelhantemente para pessoas detidas ao abrigo de um mandado de detenção europeu.

47. Esse direito existia já em virtude do Artigo 36º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

trocar correspondência com aquelas autoridades, bem como um direito de obter representação legal por intermédio delas, sob reserva do acordo das referidas autoridades e da vontade dos suspeitos ou acusados em causa.

O Direito de Estar Presente/de Ser Representado e Processos Penais in absentia

A *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência* também contém mais detalhes sobre um direito que é consagrado em termos mais gerais no Artigo 47º da Carta, que dispõe: "Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo." O Artigo 8º, n. 1 da *Diretiva 2016/343* estabelece a regra geral: "Os Estados-Membros asseguram que o suspeito ou o arguido tem o direito de comparecer no próprio julgamento." Reconhecendo embora a regra geral, o Artigo 8º, n. 2 da Diretiva prevê ao mesmo uma excepção, quando o suspeito ou arguido: "a) tenha atempadamente sido informado do julgamento e das consequências da não comparência; ou b) tendo sido informado do julgamento, se faça representar por um advogado mandatado, nomeado por si ou pelo Estado."

Semelhantemente ao formato usado no Artigo 4ºA da *Decisão-Quadro 2002/584 sobre o mandado de detenção europeu*, o Artigo 8º da *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência* enfatiza a diligência de que devem revestir-se as notificações ou outras formas de informar o acusado acerca do julgamento em curso ou a realizar. O direito a um processo justo e equitativo de uma pessoa acusada, conforme garantido no Artigo 6º CEDH, constitui a principal razão para harmonizar a aplicação do direito do acusado de estar pessoalmente presente. A Decisão-Quadro parte da presunção de que o direito do acusado de estar pessoalmente presente não é absoluto, e de que, em certas circunstâncias, o acusado pode, expressa ou tacitamente – desde que inequivocamente –, renunciar a esse direito.

A Decisão-Quadro reduz as possibilidades de recusar mandados quando um tribunal nacional tiver cumprido com as regras comuns sobre julgamentos nos quais o acusado não esteve presente. Essas condições relacionam-se com obrigações para o Estado de assegurar que o acusado é informado do julgamento, bem como com obrigações e direitos do acusado a um novo julgamento. Isso resulta do Artigo 4º da *Decisão-Quadro 2002/584 sobre o mandado de detenção europeu*. Em certa medida, poderá caracterizar-se esse preceito como expressão da noção de que o acusado não tem o direito de bloquear através da sua ausência a continuação do processo penal que corre contra si. Contudo, se as condições do Artigo 8º da *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência* não estiverem reunidas, o acusado tem "direito a um novo julgamento ou a outras vias de recurso que permitam a reapreciação do mérito da causa, incluindo a apreciação de novas provas, e pode conduzir a uma decisão distinta da inicial" (Artigo 9º).

Adicionalmente, há um direito a ser-se representado.[48] O direito à representação jurídica foi já reconhecido pelo Tribunal como parte integrante dos direito de defesa.[49] É algo estranho que a *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência* não refira o direito a ser-se representado. Uma simples declaração feita por um membro da Ordem do Advogados de um dos Estados-Membros – que, como advogado, está sujeito ao código de conduta profissional – dizendo que representa um determinado cliente é suficiente para determinar que o mesmo está mandatado para o representar.[50]

Prazo Razoável

O Artigo 47º da Carta reconhece a todos os cidadãos o direito a um julgamento equitativo, público e a realizá-lo dentro de um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial. Em vários casos de direito da concorrência, o Tribunal lidou com a questão da razoabilidade da duração do processo: "O carácter razoável do prazo é apreciado em função das circunstâncias próprias de cada processo e, designadamente, da importância do litígio para o interessado, da complexidade do processo, bem como do comportamento do demandante e das autoridades competentes."[51]

Recurso efectivo

O Artigo 47º da Carta impõe que haja a possibilidade de um recurso efectivo, bem como que o processo seja conduzido perante um tribunal imparcial. O direito ao recurso, ou a qualquer outro "remédio" efectivo, tem de ser aplicado sem discriminação. Um específico direito a recurso foi estabelecido no Artigo 12º da *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado* e no Artigo 10º da *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência*. O Artigo 8º da *Diretiva 2014/42 sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime* atribui garantias específicas às pessoas afectadas por aqueles congelamento e perda. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as ordens de congelamento sejam comunicadas à pessoa afectada logo que possível, após a sua execução. Essa comunicação deve indicar, pelo menos brevemente, a razão

48. Isso é reforçado pela *Decisão-Quadro 2009/299 sobre decisões proferidas* in absentia.

49. 22 de Outubro de 2002, Processo C-94/00, *Roquette Frères SA* contra *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes e Comissão*, par. 46.

50. 18 de Janeiro de 2007, Processo C-229/05, *Osman Ocalan (PKK) eSerif Valy (KNK) contra Conselho*, par. 116–122.

51. 2 de Outubro de 2003, Processo C-194/99 P, *Thyssen Stahl AG contra Comissão,* par. 155; 25 de Janeiro de 2007, Processos apensos C-403/04 P e C-405/04, *Sumitomo Metal Industries Ltd e Nippon Steel Corp. contra Comissão*, p. 116–122.

ou razões pelas quais a ordem foi emitida. Quando isso for necessário para evitar pôr em risco a investigação criminal, as autoridades competentes podem adiar a comunicação da ordem de congelamento à pessoa afectada.

Garantias Especiais em Caso de Menores Suspeitos ou Acusados

A *Diretiva 2016/800 sobre garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos* prevê uma série de regras específicas que podem ser sumariadas como oferecendo uma justiça benevolente para os menores ('*child-friendly justice*').

A Diretiva incide sobre os pontos fracos desses particulares acusados vulneráveis. A Diretiva aplica-se ao longo de todo o processo penal, até ser proferida a decisão final sobre a questão de saber se o suspeito ou arguido cometeu um ilícito penal, incluindo, se for o caso, até à determinação da pena e à decisão sobre um eventual recurso (Artigo 2º). Para essa específica categoria de acusados, a Diretiva regula um conjunto de direitos em maior detalhe do que o dos já regulados: direito à informação (Artigo 4º), direito à assistência por advogado (Artigo 6º), direito de protecção da privacidade (Artigo 14º), direito do menor de ser acompanhado pelo titular da responsabilidade parental durante o processo (Artigo 15º), direito do menor de estar pessoalmente presente e de participar do julgamento (Artigo 16º).

Contudo, também há direitos que não se encontram nas Diretivas gerais sobre direitos e garantias processuais: O direito a que o titular da responsabilidade parental seja informado (Artigo 5º); a obrigatoriedade de registo audiovisual do interrogatório (Artigo 9º). Mais intensa do que enquanto respeita a adultos é a obrigação de limitar a privação de liberdade enquanto respeita a menores (Artigo 10º) e a obrigação de apurar se é possível o recurso a medidas alternativas à privação de liberdade (Artigo 11º). Já constantes de outros instrumentos jurídicos, mas reiterados nessa Diretiva, são a obrigação de manter os menores, quando privados de liberdade, em locais separados daqueles onde se encontram adultos (Artigo 12º) e de tratar dos seus processos de um modo célere e diligente (Artigo 13º).

Verdadeiramente nova é a previsão do Artigo 7º sobre o direito a uma avaliação individual, através da qual deve assegurar-se "que as necessidades específicas do menor em matéria de proteção, ensino, formação e integração social sejam tidas em conta."

> "A avaliação individual serve para apurar e registar, de acordo com o procedimento de registo do Estado-Membro em causa, as informações sobre as características e circunstâncias individuais do menor que possam ser úteis para as autoridades competentes quando:
>
> a) se determinar se deve ser tomada alguma medida específica em favor do menor;

b) se avaliar a adequação e eficácia de eventuais medidas cautelares relativas ao menor;

c) se adotar alguma decisão ou linha de ação no processo penal, incluindo na determinação da pena."

Outro direito novo é o que consta do Artigo 8º, relacionado com o direito a ser examinado por um médico.

4. A posição das vítimas

O mais proeminente e detalhado instrumento jurídico é a *Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas*,[52] cujo propósito é garantir que as vítimas da criminalidade beneficiem-se de informação, apoio e proteção adequados e possam participar no processo penal.[53] O Artigo 2º *da Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas oferece* a definição de vítima: "[...] uma pessoa singular que tenha sofrido um dano, nomeadamente um dano físico, moral ou emocional, ou um prejuízo material diretamente causado por um crime".[54] Essa categoria essencial de vítima é estendida através de uma forma derivada de vitimização: "os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência da morte dessa pessoa."[55] No contexto de um reenvio

52. Essa Diretiva veio substituir, desde 16 de Novembro de 2015, *a Decisão-Quadro 2001/220 sobre o estatuto da vítima em processo penal*. Ela pode agora ser encarada como o conjunto geral de regras aplicável às vítimas. A Declaração 19 sobre o Artigo 8º TFUE solicita aos Estados Membros que tomem todas as medidas necessárias para suportar e proteger as vítimas de violência doméstica.

53. Em *Dell'Orto*, o *Tribunale di Milano* pediu ao Tribunal para confirmar precisamente quem e o que é uma "vítima" para efeitos da Decisão-Quadro. 28 de Junho de 2007, Processo C-467/05, *processo penal contra Giovanni Dell'Orto*. A Decisão-Quadro aplica-se apenas a pessoas físicas, ou também a pessoas legais? O Tribunal sustentou que a Decisão-Quadro se aplica apenas a pessoas físicas. Confirmado em 21 de Outubro de 2010, Processo C-205/09, *processo penal contra Emil Eredics, Mária Vassné Sápi*.

54. Obviamente, o legislador inspirou-se na jurisprudência do Tribunal. Ver *12 de Julho de 2012, Processo C-79/11, processo penal contra Maurizio Giovanardi e o., par. 46, onde a mesma terminologia é usada. Danos resultantes de um ilícito administrativo cometido por uma pessoa legal são demasiado remotos. A Decisão-Quadro não oferece uma definição de agressor, ver a esse respeito as Conclusões da Advogada-Geral Sharpston de 15 de Maio de 2012, Processo C-79/11, processo penal contra Maurizio Giovanardi e o., ponto 50.*

55. Artigo 2º, n. 2, *Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas* admite restrições baseadas na lei nacional.

prejudicial feito pelo *Fõvárosi Bíróság da Hungria*, o Tribunal declarou que uma vítima que tenha iniciado uma acusação particular deve ter a possibilidade de submeter prova. Isso não quer, necessariamente, dizer que a mesma tenha de obter o estatuto de testemunha.[56] A *Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas* divide as várias medidas nela contidas em quatro categorias: a primeira trata da prestação de informações e apoio (Artigos 3º-9º), a segunda diz respeito à participação no processo penal (Artigos 10º-17º) e a terceira, à protecção das vítimas e reconhecimento das vítimas com necessidades especiais de protecção (Artigos 18º-24º), a quarta e última secção contém disposições variadas (Artigos 25º-32º). Seguirei essa sistematização na minha apresentação da posição da vítima em processo penal.

Informação e apoio

O Artigo 3º atribui à vítima o direito de compreender e de ser compreendida. O Artigo 4º contém uma lista de várias formas de suporte acerca das quais as vítimas devem ser informadas. O Artigo 5º confere às vítimas o direito de receberem uma confirmação por escrito da recepção da denúncia formal por elas apresentada, da qual conste a descrição dos elementos básicos do crime em questão. As vítimas que pretendam denunciar um crime e que não compreendam nem falem a língua da autoridade competente têm a possibilidade de efetuar essa denúncia numa língua que compreendam, ou de receber a assistência linguística necessária para o fazer.[57] O direito básico conferido pelo Artigo 6º é o de receber informações acerca dos desenvolvimentos do seu processo.[58] Mais especificamente, acerca de qualquer decisão de não prosseguir ou de encerrar uma investigação, ou de não deduzir acusação contra o autor do crime, e, se houver acusação, da data e do local do julgamento e da natureza da acusação deduzida. O Artigo 6º, n. 2 menciona uma informação muito específica que deve ser prestada à vítima: detalhes de qualquer sentença final proferida em julgado, bem como informações sobre o andamento do processo penal.[59] Em consequên-

56. Ver 9 de Outubro de 2008, Processo C-404/07, *processo penal iniciado por György Katz contra István Roland Sós*.

57. Deve aqui notar-se que nenhuma referência foi feita à *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução* e que a formulação não equivale a um direito à tradução e interpretação. O direito à tradução apenas existe relativamente à confirmação por escrito da recepção da denúncia, conforme se menciona no n. 1 do Artigo 5º.

58. Decorre implicitamente do n. 4 que os Estados-Membros devem apurar junto à vítima se a mesma deseja ser informada. Ver também o Considerando 27, sobre qual é a morada para a qual deve ser enviada a informação.

59. Todas essas obrigações levantam a questão de saber quais são as consequências de a obrigação não ser respeitada. Será que isso dá origem a um novo julgamento? Pode o acusado invocar preceitos que atribuem direitos às vítimas?

cia do Artigo 6º, n. 3, as informações a transmitir à vítima quanto ao julgamento final ou à decisão de não prosseguir com o caso devem incluir a fundamentação da decisão em causa ou um resumo dessa fundamentação.[60] O n. 5 estabelece um direito interessante:

> "Os Estados-Membros devem assegurar que as vítimas tenham a possibilidade de ser notificadas, sem atrasos desnecessários, quando a pessoa detida, acusada ou condenada por crimes que lhes digam respeito for libertada ou se tiver evadido da prisão. Além disso, os Estados-Membros devem assegurar que as vítimas sejam informadas de todas as medidas relevantes tomadas para as proteger caso o autor do crime tenha sido libertado ou se tenha evadido da prisão."

Enquanto num primeiro olhar a intenção desse n. 5 parece clara, na medida em que interrelaciona a obrigação de ser informado com situações em que a privação de liberdade do acusado ou condenado cessa, o n. 6 acaba por torná-la ambígua ao dispor que a informação tem de ser prestada "pelo menos nos casos em que exista um perigo ou um risco identificado de prejuízo para as vítimas".[61]

O direito à interpretação é limitado ao processo penal, de acordo com o papel da vítima no respetivo sistema de justiça penal (Artigo 7º, n. 1). Aqui, de novo, o preceito especifica algumas situações que requerem pelo menos alguma interpretação. A interpretação pode ser feita com recurso à tecnologia moderna (Artigo 7º, n. 2). A informação a que a vítima tem direito deve ser traduzida em situações em que a vítima não domine a língua do processo (Artigo 7º, n. 3).[62] Como a informação que deve ser traduzida se cinge aos documentos essenciais, foi atribuída às vítimas a possibilidade de requerer a determinação de que certo documento é essencial, o que activa a obrigação de tradução (Artigo 7º, n. 5).[63]

60. O Considerando 30 declara que a referência a uma "decisão" no contexto do direito à informação, interpretação e tradução deve ser entendida apenas como referência ao veredicto de culpabilidade ou a outro elemento que ponha termo ao processo penal.

61. De acordo com o Considerando 32, isso relaciona-se com a natureza e a gravidade do crime e com o risco de retaliação. Estabelece-se também que a norma não deve aplicar-se a situações em que o crime é de pequena gravidade e em que, portanto, o risco de danos para a vítima é muito reduzido.

62. A determinação sobre se os serviços de tradução são necessários é feita pela autoridade competente do Estado-Membro e pode ser contestada pela vítima (Artigo 7º, n. 7).

63. O direito a requerer a tradução de documentos ou passagens "essenciais" para as vítimas levanta a questão sobre se esses são os mesmo documentos "essenciais" que devem ser traduzidos no interesse do acusado (Artigo 3º *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução)*.

Se isso não for prejudicial à justiça e à equidade do processo, a tradução pode ser prestada oral e sumariamente.[64]

O Artigo 8º, n. 1, estabelece que o apoio deve ser prestado em função das necessidades da vítima e da gravidade dos danos sofridos em consequência do crime.[65] O n. 3 do Artigo 8º prevê a atribuição à vítima de apoio especializado gratuito. Isso relaciona-se com abrigos ou outro tipo de alojamento provisório adequado destinado às vítimas que necessitem de um lugar seguro e a um apoio personalizado e integrado às vítimas com necessidades específicas, como as vítimas de violência sexual (Artigo 9º, n. 3). O n. 5 do Artigo 8º sublinha a disponibilidade não burocrática do serviço; ele não deve depender da apresentação de uma denúncia formal de um crime pela vítima às autoridades competentes.[66]

Participação em processos penais

O Capítulo 3 da *Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas,* que compreende os Artigos 10º a 17º, prevê várias formas de participação das vítimas. O Artigo 10º, n. 1 atribui à vítima o direito básico de ser ouvida durante o processo penal. Não se esclarece exactamente o conteúdo desse direito, e o n. 2 remete para a lei nacional a determinação das regras processuais ao abrigo das quais as vítimas podem ser ouvidas.[67] No caso de ser proferida uma decisão de não deduzir

64. Deve-se aqui notar que o Artigo 7º, n. 6, constitui a única referência à "equidade do processo". Há várias referências a "direitos da defesa", ver Artigo 7º, n. 2, Artigo 18º, n. 1, Artigo 20º, n. 1 e Artigo 23º, n. 1. Ter-se-á pretendido desligar o conceito de "equidade do processo" da defesa, fazendo-o reportar-se à posição da vítima?

65. O segundo elemento é reiterado no Artigo 9º, n. 2.

66. Isso está também espelhado no Considerando 10. O exercício dos direitos conferidos pela Diretiva não dependem da qualidade de nacional da vítima. Do mesmo modo, ser-se uma vítima não cria direitos de residência.

67. Nesse contexto, o Considerando 20 reveste-se de importância: "O papel atribuído às vítimas no sistema de justiça penal e a possibilidade de as vítimas participarem ativamente no processo penal variam de Estado-Membro para Estado-Membro em função do respetivo sistema nacional e são determinados por um ou vários dos seguintes critérios: saber se o sistema nacional prevê um estatuto jurídico de parte no processo penal, se a vítima tem a obrigação legal de participar ativamente no processo penal ou é chamada a participar ativamente nele, por exemplo, como testemunha, e/ou se a vítima tem o direito, segundo a legislação nacional, de participar ativamente no processo penal e procura fazê-lo, caso o sistema nacional não confira à vítima o estatuto jurídico de parte no processo penal. Cabe aos Estados-Membros determinar qual ou quais desses critérios se aplicam para determinar o âmbito dos direitos previstos na presente diretiva, caso existam referências ao papel da vítima no sistema de justiça penal pertinente."

acusação, os Estados-Membros devem garantir à vítima o direito de obter um reexame dessa decisão (Artigo 11º, n. 1).[68] O n. 2 procura compensar os sistemas processuais penais em que o estatuto de vítima só pode adquirir após uma decisão de acusação. Pelo menos as vítimas de crimes graves têm o direito de obter um reexame da decisão de não deduzir acusação.[69] Um pressuposto lógico desse direito ao reexame é o direito de ser informado. Isso mesmo se estabelece no n. 3 do Artigo 11º. No caso do conflito ter sido resolvido através de um acordo extrajudicial, apenas o n. 2 se aplica (Artigo 11º, n. 5), o que é bastante significativo, já que equipara os acordos extrajudiciais a decisões de procuradores. Isso está sujeito à condição – conforme refere o Considerando 45 – de que a resolução extrajudicial imponha uma advertência ou uma obrigação.

Pela primeira vez no direito penal europeu, a Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas trata extensamente da *justiça restaurativa*.[70] O Artigo 12º e o Considerando 46 conferem o direito de acesso a serviços de justiça restaurativa, se as seguintes condições se verificarem:

a) os serviços de justiça restaurativa só serem utilizados no interesse da vítima, salvo considerações de segurança, e terem como base o consentimento livre e informado da vítima, o qual é revogável em qualquer momento;

b) antes de aceitar participar do processo de justiça restaurativa, a vítima receber informações completas e imparciais sobre esse processo e sobre os seus resultados potenciais, bem como informações sobre as formas de supervisão da aplicação de um eventual acordo;

c) o autor do crime tomar conhecimento dos elementos essenciais do processo;

d) o eventual acordo ser concluído a título voluntário e poder ser tido em conta em qualquer processo penal ulterior;

e) as discussões não públicas no quadro de processos de justiça restaurativa serem confidenciais e o seu teor não ser posteriormente divulgado, salvo com o

O Considerando 41 considera que o direito a ser ouvido também se dá por cumprido quando as vítimas submetem declarações ou explicações por escrito.

68. O Considerando 43 declara que esse direito não abrange as decisões judiciais.

69. Significa isso que tanto o conceito de "vítimas" como o de "crimes graves" são conceitos europeus autónomos, e não conceitos a determinar com base na lei nacional.

70. O predecessor Artigo 10º da *Decisão-Quadro 2001/220 sobre o estatuto da vítima em processo penal já reconhecia esse princípio básico. Ver* 21 de Outubro de 2010, Processo C-205/09, *processo penal contra Emil Eredics, Mária Vassné Sápi*, par. 37. Ver também 15 de Setembro de 2011, Processos apensos C-483/09 e C-1/10, *processo penais contra Magatte Gueye e Valentín Salmerón Sánchez*, par. 73 e 74.

acordo das partes ou caso a legislação nacional assim o preveja por razões de reconhecido interesse público.

Protecção de vítimas e reconhecimento de vítimas com necessidades de protecção específica

É absolutamente claro que uma das prioridades da *Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas* é prevenir vitimização secundária e repetida (Considerandos 52-58). É aqui que vários interesses em jogo no processo penal conflituam, e, no Artigo 18º, o legislador demonstrou-se ciente disso. Por um lado, a fim de descobrir a verdade e satisfazer os direitos da defesa, será necessário interrogar intensivamente a vítima, o que pode ocasionalmente ser bastante desafiante para a vítima. Por outro lado, o próprio facto de se sujeitar a vítima a muitas questões pode reavivar nela terríveis memórias do crime. A vítima tem um interesse em ser protegida contra isso. O Capítulo 4 (Artigos 18º-24º) procura balancear os vários interesses em jogo. Sendo frequentemente inevitável interrogar a vítima, o Artigo 18º dispõe que isso deve ser feito de um modo que proteja a sua dignidade. Os interrogatórios das vítimas devem ser conduzidos sem demora injustificada (Artigo 20º, n. 1), o número de interrogatórios não deve exceder o estritamente necessário (n. 2), as vítimas podem ser acompanhadas por um representante legal (n. 3), e os exames médicos devem ser reduzidos ao mínimo (n. 4).

Duas categorias de vítimas podem necessitar de protecção específica. A primeira categoria é a das particularmente vulneráveis (Artigo 23º), e a segunda é a das crianças (Artigo 24º). O Artigo 22º prevê uma avaliação individual das vítimas, tendente a determinar se é necessária protecção específica e, se sim, de que espécie. Tal avaliação individual deverá ter em conta as características especiais da vítima, bem como o tipo e a natureza do crime e as suas circunstâncias (Artigo 22º, n. 2).[71] As medidas de protecção específica previstas no Artigo 23º durante a investigação penal (n. 2) são as seguintes:

> "a) as inquirições à vítima devem ser realizadas em instalações concebidas ou adaptadas para o efeito;
>
> b) as inquirições à vítima devem ser realizadas por profissionais qualificados para o efeito ou com a sua assistência;
>
> c) todas as inquirições à vítima devem ser realizadas pelas mesmas pessoas, salvo se tal for contrário à boa administração da justiça;

71. O n. 3 do Artigo 22º contém uma longa lista de exemplos a que deve ser dedicada "particular atenção". A lista é complementada pelos Considerandos 15-19. Em resultado disso, pode presumir-se que a maioria das vítimas terá direito à protecção específica.

> d) todas as inquirições de vítimas de violência sexual, violência baseada no género ou violência em relações de intimidade, salvo se forem realizadas por um procurador público ou por um juiz, devem ser realizadas por uma pessoa do mesmo sexo que a vítima, se essa assim o desejar, desde que a tramitação do processo penal não seja prejudicada."

As medidas de protecção específica previstas no Artigo 23º durante o processo penal (n. 3) são as seguintes:

> "a) medidas para evitar o contacto visual entre as vítimas e os autores do crime, nomeadamente durante os depoimentos, mediante o recurso a meios adequados, como tecnologias de comunicação;
>
> b) medidas para permitir que a vítima seja ouvida na sala de audiências sem nela estar presente, nomeadamente através do recurso a tecnologias de comunicação adequadas;
>
> c) medidas para evitar inquirições desnecessárias sobre a vida privada da vítima não relacionadas com o crime; e
>
> d) medidas para permitir a realização de audiências à porta fechada."

Em complemento às medidas previstas no Artigo 23º, o Artigo 24º estabelece que, quando a vítima for uma criança, os Estados-Membros devem assegurar que:

> "a)Nas investigações penais, todas as inquirições das crianças vítimas possam ser gravadas por meios audiovisuais, e que essas gravações possam servir como meio de prova em processo penal;
>
> b) Nas investigações e processos criminais, de acordo com o papel da vítima no respetivo sistema de justiça penal, as autoridades competentes designem um representante especial da criança vítima caso, de acordo com a legislação nacional, exista um conflito de interesses entre os titulares da responsabilidade parental e a criança vítima que impeça os referidos titulares de representar a criança vítima, ou caso a criança vítima não esteja acompanhada da sua família ou dela esteja separada;
>
> c) Caso a criança vítima tenha direito a advogado, tenha direito a assistência jurídica e representação, em seu próprio nome, nos processos em que exista ou possa existir um conflito de interesses entre a criança vítima e os titulares da responsabilidade parental."

Obviamente, todas estas medidas de protecção às vítimas têm um potencial impacto na posição do suspeito ou acusado. Outros direitos são menos propensos a afectar os direitos da defesa. O Artigo 19º consagra o direito de evitar o contacto entre a vítima e o autor do crime nas instalações em que decorre o processo

penal. As novas instalações dos tribunais devem ter zonas de espera separadas para as vítimas. Os Estados-Membros devem fazer o máximo para proteger a vida privada da vítima durante o processo penal (Artigo 21º).

5. Os direitos das vítimas no contexto dos direitos do acusado

A Diretiva 2012/29 sobre os direitos das vítimas refere-se ao contexto geral em que os direitos das vítimas devem ser ponderados e à sua relação com a justiça e equidade do processo. Enquanto a Diretiva reconhece a relação entre os direitos da defesa e os direitos da vítima, ela deixa uma significativa ambiguidade quanto aos direitos que devem, no fim das contas, prevalecer. Por exemplo, o Artigo 7º, n. 6, lida com a questão de um resumo ou tradução orais poderem ser fornecidos em vez de uma tradução escrita, desde que tal resumo ou tradução orais não prejudiquem a "equidade do processo", o que levanta a questão de saber se "equidade do processo" refere-se, aqui, à vítima ou ao acusado. O Artigo 7º, n. 8, dispõe que a interpretação e a tradução não devem prolongar injustificadamente o processo penal, pois isto é, obviamente, do interesse de todas as partes envolvidas, e pode relacionar-se quer com o direito do acusado de ser julgado em prazo razoável, quer com razões de mera eficiência processual.

Mais claras são outras referências aos "direitos da defesa", que não podem ser prejudicados enquanto da adopção de medidas específicas no interesse da vítima. Elas referem-se à utilização de tecnologia na interpretação ou tradução para as vítimas (Artigo 18º, n. 1), à protecção das vítimas durante investigações penais (Artigo 20º, n. 1) e à protecção das vítimas com necessidades específicas (Artigo 23º, n. 1). Todas essas referências presumem uma primazia dos direitos de defesa sobre os direitos das vítimas. Os direitos de defesa em causa não são especificados. Não há referências correlativas na outra parte: A vítima não é de todo referida nas Diretivas sobre os direitos do acusado.[72]

A Diretiva é silenciosa quanto às questões de saber como, por quem e quando uma pessoa é reconhecida como vítima. É certo que o Artigo 2º oferece uma definição do conceito de vítima, mas não especifica se é necessário existir uma ligação com o acusado, e se sim de qual espécie. Uma vítima é uma pessoa que sofreu danos directamente causados por um crime. Isso significa que, no reconhecimento de uma pessoa como vítima, tem de ser identificado um crime.[73], o

72. Isso é, na *Diretiva 2010/64 sobre o direito à interpretação e tradução*, na *Diretiva 2012/13 sobre o direito à informação* e na *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado*.

73. A Diretiva 2012/29 não desvenda como, quando e por quem cabe tal determinação deve ser feita. Se é ao tribunal nacional, poderá haver uma violação da presunção de

que não pressupõe a identificação de um autor do crime. O que é lógico, no sentido de que uma vítima pode já ser conhecida bastante tempo antes de a identidade do autor do crimes poder ser revelada ou mesmo descoberta, ou antes de o julgamento contra um específico acusado poder ter lugar. A Diretiva não exige expressamente a existência de um nexo causal entre o crime cometido contra a vítima e o acusado antes de admitir uma vítima como parte no processo penal.

Há uma presunção na Diretiva de que a vítima é a vítima do acusado sob julgamento, ou pelo menos a vítima de um crime. A questão é se isso pode violar a presunção de inocência do acusado e afectar a justiça e a equidade do processo, já que o acusado será confrontado com um adicional acusador a acrescer ao procurador. Nada na Diretiva sugere que uma alegada vítima possa não ser a vítima deste acusado.[74] Qual seria a consequência se, no final do processo, ficasse claro que a vítima:

– não é de todo uma vítima;

– não é uma vítima do acusado sob julgamento; ou

– não é uma vítima dos factos pelos quais o acusado foi julgado e condenado?

A Diretiva demonstra uma certa inclinação a favor da vítima. No Considerando 12, o autor do crime é definido como uma pessoa condenada, bem como um suspeito ou acusado. Não há um preceito semelhante para a vítima, enquanto pessoa relativamente à qual existe um julgamento final que ateste que a mesma é uma vítima. Aparentemente, a decisão de reconhecer alguém como vítima não pode ser contestada, nem pelo acusado nem por qualquer outro sujeito. Ao passo que, para o acusado, as alegações são testadas a intervalos regulares por uma entidade judicial imparcial (especialmente quando o mesmo se encontre privado de liberdade), o estatuto de vítima parece constituir uma decisão perene, que uma vez feita é válida para sempre, não sendo ademais claro qual é a autoridade competente para tal decisão. Quais são os critérios para se imputar a alguém o estatuto de vítima antes de o processo penal ter sido concluído com um julgamento?

É interessante notar que a necessidade de atribuir direitos às vítimas é evidente por si mesma. Alega-se que as vítimas são esquecidas e descuradas e que as

inocência caso a determinação de que uma pessoa é uma vítima coincida com a determinação de que a vítima é uma vítima do acusado.

74. Vários autores aconselham a que não se use a expressão "*alleged victim*", porque isso pode ter efeitos negativos sobre a vítima. Ver, por exemplo, M.E.I. Brienen/E.H. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems*, Nijmegen 2000, p. 1.169.

suas vozes têm de ser ouvidas.[75] Não é dada uma explicação ou um fundamento para a criação de direitos das vítimas que não a circunstância de isso constituir uma das prioridades da União. Groenhuijsen identificou já uma fadiga da questão dos direitos das vítimas ('*a victim fatigue*'), e sustentou que a atenção dedicada às vítimas foi já longe demais em alguns pontos.[76] Talvez isso seja assim para os profissionais forenses, mas certamente não o é para os legisladores e os políticos. Contudo, é relevante levantar a questão sobre qual é exactamente o propósito dos direitos das vítimas no contexto de um julgamento penal. Só sabendo esse propósito será possível conjugá-los com os outros direitos que estão em jogo nos processos penais.[77] Para a defesa, esse propósito foi claramente declarado: os direitos individuais servem à finalidade de garantir ao acusado um processo justo e equitativo, bem como a de proteger os direitos humanos.

As consequências de as vítimas desempenharem um papel de crescente importância nos processos penais são múltiplas. Isso requer esforços significativos por parte das autoridades em termos logísticos (informar as vítimas, assisti-las, conceder-lhes tempo para falarem durante a audiência), podendo conduzir a julgamentos mais demorados. No Tribunal Penal Internacional (TPI), a crescente participação de vítimas levou a significativas frustrações e demoras, especialmente em vista do relativamente elevado número de vítimas nesses processos.[78] Além desses elevados números, as verdadeiras vítimas não estão presentes nas audiências do TPI, sendo representadas por advogado. A participação massiva de vítimas contribui para prolongar ainda mais procedimentos que já de si são bastante complexos. Em 2008, a Câmara de Recurso do TPI aceitou que, para se ser admitido como vítima à luz do Estatuto de Roma, não é necessário provar-se

75. BRAUN, Kerstin. Giving Victims a Voice: On the Problems of Introducing Victim Impact Statements in German Criminal Procedure. n. 14, *German Law Journal*, 2013. p. 1889-1908.

76. *GROENHUIJSEN, M.. The development of international policy in relation to victims of crime. International Review of Victimology, n. 20, 2014.* p. 42.

77. As Diretivas sobre os direitos da defesa referem claramente que o seu propósito geral é o de conduzirem a processos justos e equitativos. Ver o Considerando 1 da *Diretiva 2013/48 sobre o direito de acesso a um advogado*, o Considerando 5 da *Diretiva 2010/64 ao direito à interpretação e tradução* e o Considerando 5 da *Diretiva 2012/13 ao direito à informação*.

78. Ver TONNELATO, Marianna. The Victim's Participation at a Crossroads: How the International Criminal Court Could Devise a Meaningful Victim's Participation while Respecting the Rights of the Defendant. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. n. 20. 2012. p. 315-359.

que se é vítima do acusado nem dos factos pelos quais o mesmo é acusado.[79] Desse modo, o TPI concebeu a participação das vítimas como algo que pode não ter qualquer relação com o acusado sob julgamento.

Uma outra questão que a Diretiva não resolve é a de saber quais são as consequências se um dos direitos das vítimas não for respeitado. Será o processo penal suspenso até que a violação seja reparada? Será o processo penal terminado, ou haverá um direito de compensação (financeira) da vítima? A Diretiva 2012/29 criou as condições para situações caóticas e incertas em processos penais em que é provável que as expectativas das vítimas e de outros participantes sejam severamente frustradas. Do lado do acusado, a atribuição de um papel de maior relevo a alegadas vítimas pode ser visto como representando a confrontação com um segundo procurador e criação de processos trilaterais. O crescentemente importante papel da vítima em processos penais levanta ainda algumas questões existenciais sobre qual é o propósito disso e sobre que propósito poderia ser alcançado no âmbito de um julgamento penal sem afectar os direitos de um acusado que se presume inocente. Apenas se isso for tornado claro, será possível respeitar todos os interesses envolvidos.

Há muitos desafios no horizonte quanto ao desenvolvimento de uma noção de processo justo e equitativo no direito da União. Comparativamente com a CEDH, é importante notar que um processo justo e equitativo na UE é parte de um contexto mais amplo de direitos individuais, predominantemente de direitos de circulação. Mais do que o Tribunal de Justiça relativamente à CEDH, o TEDH tem-se abstido de versar sobre o direito da União, o que se deve ao facto de o TEDH ter uma jurisdição mais claramente definida, a qual lida exclusivamente com a interpretação da CEDH. Em contraste, a CEDH constitui parte integrante dos princípios gerais que o Tribunal de Justiça tem de interpretar. Isso também justifica as conclusões de que o Tribunal de Justiça irá gradualmente emergir como instância primordial em matéria de direitos humanos na União. Apenas o Tribunal tem competência para reconciliar a CEDH e a Carta com as obrigações dos Tratados. Além disso, o mecanismo de controlo do TEDH sofre de uma crescente

79. Ver TPI, 11 de Julho de 2008, Judgement on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, *Prosecutor* v. *Thomas Lubanga Dyilo*, A. Ch., ICC-01/04-01/06, OA9OA10, KLIP, André; FREELAND, Steven. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*. Cambridge: Intersentia, 2014. v. 40,, par. 66: "neither rule 85 of the Rules nor the Rome Statute framework has the effect of restricting the participation of victims to the crimes contained in the charges confirmed by the Pre-Trial Chamber."

acumulação de casos, e o Conselho da Europa ainda não foi capaz de regular efectivamente a sobrecarga do TEDH.

O facto de na EU a cooperação em matéria penal acontecer em larga escala contribui para reforçar os direitos do acusados ou condenados. A abordagem mais integrada que tem lugar no âmbito do direito da União, colocando o direito a um processo justo e equitativo no contexto dos direitos de circulação, incrementando a confiança mútua entre os Estados-Membros e facilitando o reconhecimento mútuo, levará a uma diferente interpretação de direitos básicos que durante largo tempo julgávamos serem mais ou menos claros. Quanto à qualidade de Estados-Parte da CEDH que os Estados-Membros têm, refira-se que "a experiência demonstrou que essa qualidade [...], por si só, nem sempre assegura um grau de confiança suficiente nos sistemas de justiça penal dos outros Estados-Membros" (Considerando 5 da *Diretiva 2016/343 sobre a presunção de inocência* e Considerando 3 da *Diretiva 2016/800 sobre garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos)*. Qualquer que seja o exacto desfecho, a UE escolheu ter normas comuns aplicáveis em todos os Estados-Membros. Além disso, essas normas são feitas à medida das específicas circunstâncias da União que colocam em risco direitos e garantias processuais: uma União multilingue, onde as pessoas circulam livremente e onde os Estados-Membros cooperam de um modo tão intenso que, frequentemente, é difícil discernir em que Estado-Membro o processo está a correr.

6. Conclusão

Gostaria de sublinhar as vantagens dos desenvolvimentos dos direitos e garantias processuais na União Europeia. Acho que existem valores adicional aos direitos já conhecidos no contexto dos direitos humanos das Nações Unidas e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Naturalmente, temos que tratar o direito a um processo justo e equitativo como um direito geral. Os direitos mais específicos dão os pormenores das regras mínimas. O novo aspecto na União Europeia é que a interpretação dos direitos específicos não é feito na exclusão dos outros direitos, mas no contexto dos outros direitos ligados. É impossível garantir o direito ao acesso a um advogado sem respeitar o direito à informação. Esse direito, o direito à informação, é o direito chave a todos os outros direitos. Sem informação, a operalização das garantias processuais é quase simbólico. Finalmente, a União Europeia importou os *Miranda warnings*. A harmonização dos direitos da defesa tem outras consequências positivas. Elevar o nível dos direitos facilita a cooperação entre os estados. Quando as regras processuais são iguais, os estados terão mais confiança no outro sistema e menos dúvidas ao dar assistência.

Mas não realizamos o paraíso. Fora da implementação na prática, é necessário reconciliar os direitos do acusado com os da vítima. Nesse tempo, a sociedade gostaria de priorizar/favorizar os direitos das vítimas, o que tem consequências inevitáveis para a defesa, por isso, nesse contexto, é importante determinar o papel da vítima. Qual é exatamente o seu papel no processo penal? Devemos evitar que o melhoramento da posição da vítima resultará num processo penal com três partidos. Pessoalmente, acho que o direito do acusado a um processo justo e equitativo constitua o limite pelos direitos de vítima e que a vítima tem uma posição subordinada dos partidos regulares. Onde esse limite está, depende do caso a caso e é um dos grandes desafios que temos no processo penal, tanto na União Europeia como na América do Sul.

7. Referências

BRAUN, Kerstin. Giving Victims a Voice: On the Problems of Introducing Victim Impact Statements in German Criminal Procedure. n. 14. *German Law Journal*. 2013. p. 1889-1908.

BRIENEN, M. E. I.; HOEGEN, E. H. Victims of Crime. *European Criminal Justice Systems*. n. 22. Nijmegen: 2000.

CONVENÇÃO Europeia dos direitos do homem. 4 nov. 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf]. Acesso em: 28 jan. 2019.

CONVENÇÃO de Viena sobre relações consulares. 04 abr. 1963. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf]. Acesso em: 28 jan. 2019.

GROENHUIJSEN, M. The development of international policy in relation to victims of crime. International Review of Victimology. 2014.

KLIP, André. *European Criminal Law*. An Integrated Approach. 3. ed. Cambridge: Intersentia, 2016.

KLIP, André; FREELAND, Steven. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*. Cambridge: Intersentia, 2014. v. 40.

TONNELATO, Marianna. The Victim's Participation at a Crossroads: How the International Criminal Court Could Devise a Meaningful Victim's Participation while Respecting the Rights of the Defendant. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. n. 20. 2012. p. 315-359.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro de 2010*, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.280.01.0001.01.POR]. Acesso em: 28 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2012/13/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2012,* relativa ao direito à informação em processo penal. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:32012L0013]. Acesso em: 28 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012,* que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=PT]. Acesso em: 28 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2013/48/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2013,* relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013L0048&from=EM]. Acesso em: 28 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014,* sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0042&from=PT]. Acesso em: 28 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2016/680/EU do Parlamento Europeu e do Conselho 27 de abril de 2016*, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detenção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN]. Acesso em: 28 jan. 2019.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania, de Lélio Braga Calhau – *RBCCrim* 31/228-241 (DTR\2000\308).

Possíveis intersecções entre neurociência e a prova pericial no processo penal: abordagem crítica

Possible intersections between neuroscience and expert evidence in criminal procedure: a critical approach

Nereu José Giacomolli

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Torino. Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.
nereu@giacomolli.com

Maria Eduarda Azambuja Amaral

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Bolsista CAPES/BRASIL do INCT Forense. Mestre em Biologia Molecular pela PUCRS. Especialista em Perícia Criminal e Ciências Forenses pelo IPOG. Biomédica pela UFRGS. Graduanda em Direito pela PUCRS.
amaralmea@gmail.com; maria.azambuja@acad.pucrs.br

Recebido em: 30.10.2018
Aprovado em: 10.02.2019
Última versão dos autores: 13.02.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Nas últimas décadas, a explosão científica impactou diretamente o desenvolvimento das neurociências, com consequente aprimoramento de ferramentas empregadas para a análise neuropsicofisiológica. O desenvolvimento de ditas metodologias possui como principal objetivo a aplicação clínica. Há de se reconhecer que, para os fins projetados, tais técnicas possuem grande aplicabilidade. A problemática surge quando se procura importar, para a dogmática jurídico-penal, tais ferramentas. Tais metodologias afetam o *modus operandi*, sendo temerário não considerar o impacto que elas podem desempenhar sobre o Direito. Uma das preocupações versa sobre

Abstract: In the last years, the scientific explosion impacted the neurosciences' development, with an improvement of the tools for the neuropsychophysiological analysis. The clinical application is the main objective of theses methodologies. It is noticeable that for the purposes designed, such techniques have great applicability. The problem arises when one tries to import these tools for the legal system. Such methodologies affect the modus operandi, and it is reckless not to consider the impact they can have on the law. The direct and objective transfer of concepts and discoveries of neuroscience to legal dogmatics is one of the concerns. The

a transferência direta e objetiva de conceitos e descobertas da neurociência para a dogmática jurídica. A utilização de técnicas neurocientíficas poderá afetar diretamente institutos penais e processuais penais. A neurociência é uma realidade que deve ser enfrentada e cuidadosamente estudada, para que se possa entender tais aplicações e respectivas limitações, buscando sempre incorporar aquilo que possa acrescentar positivamente no âmbito jurídico. O presente artigo possui como escopo analisar alguns aspectos relacionados ao desenvolvimento da neurociência e identificar possíveis impactos gerados no âmbito criminal. Presta-se, ainda, a fazer uma abordagem da prova pericial e salientar suas principais características, levantando questionamentos acerca do tema, em face da intersecção entre a prova científica com as descobertas da neurociência.

Palavras-chave: Neurociência – Direito processual – Processo penal – Prova no processo penal – Prova científica.

use of neuroscientific techniques may directly affect penal institutes and criminal proceedings. Neuroscience is a reality that must be faced and carefully studied, so that these applications and their limitations can be understood, always seeking to incorporate what can add positively in the legal scope. The present study aims to analyze aspects related to the development of neuroscience and identify impacts generated in the criminal area. It also provides an approach to the expert evidence and highlight its main characteristics, raising questions about the subject, in the face of the intersection between the scientific evidence and the findings of neuroscience.

Keywords: Neuroscience – Criminal procedure – Proof – Scientific evidence.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Prova científica no âmbito criminal. 3. Neurociência e direito. 4. Problemática e o (possível) reducionismo acerca da utilização de técnicas da neurociência no direito processual. 5. Questões pontuais e exemplificativas associadas à utilização da neurociência no direito penal e processual penal. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia.

1. Considerações iniciais

Nas últimas décadas, houve um significativo desenvolvimento neurotecnológico, gerando impactos relevantes não só no âmbito médico, mas também em nível jurídico. Para Paulo Busato, as ciências naturais, também referenciadas como ciências duras[1], gozam de prestígio e poder. O autor acredita que, atualmen-

1. GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 15. Sobre a importância da redução do distanciamento entre as ciências humanas e algumas outras ciências: "o esforço em preservar as fronteiras conhecimento é um dos grandes problemas enfrentados pelas Universidades quando buscam a inovação. A base do pensamento das pesquisas conhecidas como "de ponta" reside no fato de que a linguagem técnica de uma área permite a ampliação de

te, a metodologia observacional domina o cotidiano, inserindo-se também na cultura e no conhecimento do processo penal. O autor salienta, ainda, que quem não apoia os argumentos provenientes de achados observacionais, "é um louco a nossos olhos".[2] Percebe-se, assim, no cenário atual, uma supervalorização das características basilares das ciências exatas, imputando à metodologia observacional um padrão de excelência que só a ela competiria. É a idealização, muitas vezes equivocada, de uma verdade inegável aos procedimentos metodológicos empregados nas ciências exatas. Deve-se salientar que toda metodologia possui limitações, as quais devem ser devidamente compreendidas, a fim de tentar identificar o raio de aplicabilidade de cada método desenvolvido.

A neurociência possui como objeto de estudo as diversas atividades do sistema nervoso, direcionando as suas investigações principalmente ao estudo do sistema nervoso central. As estruturas que compõem o aparato encefálico-cerebral[3] possuem significativa especialidade e complexidade. A funcionalidade

outra área. Esse exemplo pode ser constatado historicamente. Para tanto, basta pensarmos no século XVII, o qual se construiu a matriz das atuais ciências denominadas "exatas" ou "duras". A geometria alcançou o papel de fornecedor de paradigmas para todo o conhecimento científico. Nos finais do século XIX a biologia passou a explicar para alguns darwinistas, como Tylor, Spencer, Webb, que a sociedade evoluía em fases sucessivas, ou seja, a história das sociedades também estava sujeita às leis da natureza, tendendo a seguir linhas de desenvolvimento semelhantes, independente da localização espaço-temporal. Logo, necessariamente, a sociedade passaria da selvageria à barbárie, e, enfim, à civilização. Há, no entanto, que se ter presente que as linguagens – palavras, conceitos – não possuem transparência suficiente para expressar o próprio ato criativo, portanto, a arte é imprescindível".

2. BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

3. O sistema nervoso central é formado pelo encéfalo e pela medula espinal que controla o funcionamento de todos os órgãos enviando e recebendo informações de todas as partes do corpo humano. No encéfalo – cérebro, cerebelo e tronco – estão os centros que controlam as emoções, a compreensão, a linguagem e até os movimentos mais simples, além de conter órgãos responsáveis pelo paladar, audição, visão e olfato. O cérebro (ou telencéfalo) inclui os hemisférios cerebrais e os núcleos da base. Os hemisférios cerebrais são divididos em lobos, cada um deles associados com os ossos sobrejacentes de mesmo nome. Os lobos possuem a massa cerebral, composta por substância cinza e substância branca, e é nessas estruturas que se fazem as análises de imagens (ACADEMIA BRASILEIRA DE NEUROLOGIA. Disponível em: [http://abneuro.org.br/clippings/detalhes/507/o-envelhecimento-dos-neuronio]. Acesso em: maio 2018. V., também, BEAR Mark F.; CONNORS, Barry W.; PARADISO, Michael A. *Neurociências, desvendando o sistema nervoso*. Porto Alegre: Artmed, 2017. p. 179 e ss., acerca da estrutura do sistema nervoso.

cerebral é definida por uma heterogênea rede celular e bioquímica, a qual inclui conexões sinápticas e transmissões neuronais. Além dos neurônios cerebrais, diversos tipos celulares, como o complexo da glia, são indispensáveis para o correto funcionamento da atividade neural. Ainda mais, sabe-se que o cérebro está associado a toda estrutura corporal, sendo parte essencial para o funcionamento da fisiologia humana. Sabe-se ser o cérebro um órgão incrivelmente complexo, embora ainda sejam desconhecidas muitas de suas potencialidades e funções. Benjamin Libet, em 1979, quiçá por deter um pouco mais de ferramentas metodológicas, foi um dos primeiros cientistas a se aventurar na área das neurociências e procurar entender a complexidade cerebral. Libet articulou considerações acerca da obscuridade do cérebro, as quais podem questionar significantemente institutos, estruturação e conceitos de Direito Penal e Processual Penal.

Jordi Nieva Fenoll coloca uma das mais inquietantes e provocantes questões acerca da possível utilização da neurociência no Direito. Para o autor, a principal conclusão a que chegam "neurofilósofos" [4] versa sobre o fato de que o cérebro parece pensar e decidir independentemente de quaisquer elementos externos, posto que a reação detectada no cérebro de um sujeito apresenta-se previamente à sensação de vontade do referido indivíduo quando do momento de um ato.[5] Ou seja, poder-se-ia considerar o ser humano como uma marionete à serviço de seu cérebro, estando aquele condicionado a decisões independentes deste. Nesse ínterim, surge uma primeira problemática, a qual coloca a ideia de responsabilidade em xeque, uma vez que desapareceria o conceito de vontade atribuído à ação de um agente, com consequente desvanecimento do Direito Penal e da própria Psicologia.

Cabe salientar que as metodologias utilizadas e que direcionam a conclusão dos neurocientistas baseiam-se em análises morfofuncionais da estrutura

4. Jordi Nieva Fenoll, explicita ser muito fácil que o estudo neurocientífico fácil passe de uma neurociência autêntica para uma "neurofilosofía". Para ele, a neurofilosofía é evitada por pesquisadores da área, como René Molina e Daniel Gonzáles Lagier, os quais descobrem a perfeição das armadilhas retóricas e de argumentações dos pseudocientíficos, os quais parecem ter prazer com a exposição de falsas conclusões impactantes, que quiçá tenham sentido e influência na conhecida literatura de autoajuda. Tradução livre do autor (TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 12-13). V. também SEARLE, John. *Mente, cérebro e ciência*. Lisboa: Edições 70, 2018, as implicações sobre mente e corpo, em perspectiva filosófica.
5. NIEVA FENOLL, Jordi. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 13.

encefálica, principalmente por exames de ressonância magnética funcional, os quais possuem como base de análise o fluxo sanguíneo da região.[6] Tais estudos não só buscam associar um ato ou uma ação do indivíduo a uma região cerebral específica, bem como salientam que a resposta cerebral se apresenta previamente à tomada de decisão, focalizando todo o contexto decisional a apenas uma estrutura cerebral. Tais abordagens demonstram características reducionistas e potencialmente neolombrosianas, delimitando o debate acerca do evento de decisão a estruturas fixas. Em nosso entendimento, limita-se, assim, o debate teórico-científico acerca dos eventos relacionados à tomada de decisão, e desconecta-se o cérebro não só da estrutura corporal, bem como de todo o aparato emocional que, em tese, é inerente à toda a matéria em debate.

No âmbito das ciências penais e processuais, é de extrema importância que seja avaliado todo o contexto do fato ocorrido, bem como os elementos subjetivos e objetivos do indivíduo. Delimitar uma função mental a apenas uma estrutura cerebral, sem abarcar todo o sistema e, principalmente, os sentimentos envoltos no desenvolvimento do indivíduo, é de um reducionismo extremado. Incorporar metodologias científicas delimitadoras para dentro do processo penal, utilizando-as indiscriminadamente como elemento probatório em contextos de testemunho, é uma prática extremamente sensível e questionável. Assim, para que a neurociência possa ser utilizada na esfera processual penal, é necessário entender não só suas aplicações, bem como suas tecnologias e bases metodológicas, a fim de conseguir identificar qual o possível âmbito de aplicação e utilização da técnica que assegure a idoneidade dos institutos processuais e, principalmente, o respeito os valores intrínsecos da dignidade humana.

O presente artigo objetiva analisar alguns aspectos relacionados ao desenvolvimento da neurociência e identificar possíveis impactos gerados no âmbito criminal, bem como a sua intersecção com a prova científica. Busca-se desenvolver um debate crítico acerca da dualidade mente-cérebro, e quais as consequências geradas nesse contexto frente à utilização de metodologias de neurociência que abarcam a ideia de que a tomada de decisão pode estar associada apenas a uma estrutura cerebral. Presta-se, ainda, a fazer uma rápida abordagem da prova pericial e salientar suas principais características, levantando possíveis questionamentos acerca do tema e o entendimento presente atualmente no cenário jurídico Norte-Americano, onde se deu o grande debate acerca da prova científica.

6. UC San Diego, Scholl of Medicine. Center for Functional MRI. *What is fMRI?* Disponível em: [http://fmri.ucsd.edu/Research/whatisfmri.html]. Acesso em: maio 2018.

Diante de tantas questões de difícil entendimento, é de extrema importância que se reflita acerca do tema e que tais objetos de estudo sejam discutidos e analisados no âmbito das ciências criminais. O entrelaçamento de áreas tão distantes, quais sejam o Direito e a Medicina (ou, mais abrangente, as Ciências da Saúde), e que possuem metodologias e linguagens tão distintas, acaba por gerar debates, muitas vezes, eternos. De um lado, juristas preocupados principalmente com a defesa dos direitos fundamentais do ser humano, garantindo que esses não sejam violados e influenciados por metodologias ainda não amplamente dominadas. No extremo oposto, pesquisadores das ciências da saúde inquietos em busca de melhorias para o diagnóstico e tratamento dos pacientes, objetivando uma maior expectativa de vida do ser humano. Dois mundos distintos, com objetivos aparentemente convergentes, que visam à garantia do bem maior chamado vida, mas que diferem substancialmente em seus princípios basilares e fundamentos axiológicos. Assim, a incorporação de institutos de uma área do conhecimento que possui diferentes bases fundamentais para o Direito Penal e o Direito Processual pode gerar importantes consequências. Ademais, o diálogo entre áreas do conhecimento distintas é de extrema relevância para confrontar aproximações e afastamentos entre os diversos ramos do conhecimento e, principalmente, da admissibilidade ou não das novas técnicas de investigação e seus reflexos na prova científica no processo penal. Por fim, a interdisciplinaridade é a base para que se possa elevar a possibilidade de que elementos probatórios decorrentes do complexo desenvolvimento científico sejam utilizados e valorados da maneira adequada.

Para atingir os objetivos elencados e responder à problemática, o artigo estrutura-se em quatro partes. Num primeiro momento, a pesquisa trata da prova científica, em face da possível intersecção desta com as descobertas e metodologias da neurociência no âmbito criminal. A abordagem específica das neurociências e as imbricações com o Direito aparece em um segundo ponto para, em um terceiro momento, ser abordada a problemática e o (possível) reducionismo acerca da utilização de técnicas da neurociência no Direito Processual Penal. Após, aparecem algumas questões pontuais e exemplificativas associadas à utilização da neurociência no Direito Penal e Processual Penal. Por fim, as considerações finais retomam o problema, as hipóteses e os objetivos e as principais conclusões acerca da intersecção da neurociência e a prova científica no processo penal.

2. Prova científica no âmbito criminal

O processo penal segue um verdadeiro ritual na busca de conhecimento suficiente para que se possa realizar a reconstrução passada de um fato, com a finalidade de possibilitar que o julgador forme a sua convicção e emita uma sentença a

mais adequada possível. Os sistemas de convicção judicial estão imbricados com a cultura e os rituais, desde os oráculos, passando pela magia, até as técnicas contemporâneas de admissibilidade e valoração da prova.[7] Segundo Cordero, cada hipótese sobre o passado exige uma análise que a verifique.[8] Por isso, a prova se constitui em um elemento processual de extrema relevância, sendo o cerne do processo penal. Para Lopes Jr "as provas desempenham uma função ritual na medida em que são inseridas e chamadas a desempenhar um papel de destaque na complexidade do ritual judiciário".[9]

Através da prova se estabelece uma conexão entre o Direito Penal Material e o Direito Processual Penal. Como explica Coutinho,

> "instruir, então, pelo conhecimento do fato, tem um preço a ser pago pela democracia (não avançar nos direitos e garantias individuais), mas que há de ser pago a qualquer custo, sob pena de continuarmos em alguns pontos, sob a égide da barbárie, em e verdadeiro estado de natureza".[10]

Nesse contexto, a prova deve ser produzida a fim de auxiliar o magistrado na sua decisão e de assegurar os direitos fundamentais do acusado. A prova pericial[11], devido ao seu caráter científico, levanta uma relativa quantidade de

7. V. CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 27 e ss., o poder explicativo da cultura e sua imbricação com o as formas de resolução os conflitos e dos casos penais, bem como em p. 159 e ss., a funcionalidade e o poder do ritual na administração da justiça.
8. CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: 1986. p. 311.
9. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 344.
10. COUTINHO, Jacinto; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, n. 14, 2004. p. 77-94.
11. Taruffo, sobre a prova científica: "Outro aspecto muito importante diz respeito à qualidade e à credibilidade dos dados e informações científicos apresentados como meio de prova. A distinção básica trava-se entre 'boa' ciências e 'má' ciências, ou *junk science*. O problema surge porque, na experiência prática do uso de provas científicas, há centenas de casos de erros, mal-entendidos, uso de dados faltoso ou ponto confiáveis se passando por cientificamente corretos. Por outro lado, o domínio das ciências inclui também uma quantidade de métodos ou técnicas que, na verdade, carecem de validade científica e, portanto, não devem ser considerados fontes de prova confiáveis. A lista de tais 'ciências não científicas' ou 'pseudociências' é bem longa e inclui também métodos comumente aceitos como a grafologia, a análise de impressões digitais e o uso de máquinas da verdade. Mesmo testes científicos que foram considerados absolutamente confiáveis, como, por exemplo, o teste de DNA, estão agora sob cuidadoso escrutínio, podendo sua

questionamentos. Sabe-se que existem relevantes diferenças entre o modo de produção e de apresentação da prova científica nos diversos ordenamentos jurídicos. Na *commom law,* o mecanismo para apresentação da prova pericial baseia-se na condição de testemunha do perito, além de ser apresentado pelas partes. Já, na *civil law,* o perito não é uma testemunha e a prova pericial não possui nada de semelhança com a prova testemunhal. Enquanto a testemunha oferece ao magistrado o seu conhecimento pessoal, o perito municia o mesmo com informações técnicas, sendo um assistente do tribunal.[12]

O substantivo ciência ou o adjetivo científico são frequentemente valorados como terminologias epistemológicas sinônimas de sólido, bom ou confiável.[13] Nesse contexto, de modo recorrente a prova científica é supervalorizada sem que se conheçam as nuances que envolvem desde a coleta do material até a produção do laudo. Assim, não se trata de procurar uma definição à ciência, mas buscar condições necessárias e suficientes para que se possa entender o que se enquadra como prova científica a partir de uma base sólida e o que pode ser considerado não científico.[14]

As provas científicas são de extrema importância na prática processual, entretanto, seu desenvolvimento deu-se de forma tão acelerada que não houve uma progressão paralela de um processo de cautelas e de controles em relação às mesmas. Bem pelo contrário, por usualmente vir de laboratórios oficiais de polícias científicas, tais provas têm sido acompanhadas de uma aura de infalibilidade que impacta diretamente no processo penal, sem quaisquer questionamentos mais aprofundados. Essa crença de que a validade e o valor das provas científicas estão acima de qualquer outro meio de prova chama atenção, "porque nada é menos científico do que assumir como válido um conhecimento sem um prévio controle de seus postulados ajustados a uma metodologia científica".[15] Em relação à validade da metodologia das provas científicas, há muitas técnicas que podem ser realizadas, e nem

validade ser impugnada" (TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 96).

12. TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 88-91.
13. VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 86.
14. VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 88. Também sobre o assunto: VÁZQUEZ-ROJAS, Carmen. Sobre la cientificidad de la prubea científica en el proceso judicial. *Anuario de psicología jurídica 2014*. n. 24, v. 1. p. 65-73.
15. ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.) Éstandares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 182.

todas detém reconhecimento na comunidade científica, de modo que a validade do método e, consequentemente, seus resultados podem ser questionados.[16]

É de conhecimento comum que os exames laboratoriais periciais estão intimamente associados à questão ambiental e temporal. Lopes Jr. salienta que "a qualidade da perícia depende, em grande parte, das condições em que estiver o lugar ou objeto a ser periciado".[17] Ou seja, a imediatidade é característica fundamental de um exame pericial adequado. Material perdido, extraviado ou, ainda, contaminado dificulta o trabalho do perito. Entre este e outros tantos questionamentos que circundam a questão da prova pericial, é que o debate acerca do tema é de extrema importância.

O caso *Daubert*[18] surgiu em tal contexto efervescente de prova pericial e de desenvolvimento neurocientífico.[19] Após *Daubert*[20], a Suprema Corte Norte-Americana,

16. ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.) Éstandares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 184.
17. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 427.
18. O caso *Daubert ocorreu na* década de 1980, quando os pais de duas crianças, ajuizaram um pedido de indenização contra a empresa farmacêutica Merrell Dow, alegando que a ingestão pré-natal do medicamento Bendectin, comercializado pela empresa, teria causado sérios problemas de malformação nas crianças. Tal medicamento era utilizado para prevenir indisposições durante a gravidez. O casal Daubert entrou com o testemunho de oito outros especialistas, que basearam suas conclusões de que Bendectin poderia causar defeitos congênitos a parir de estudos em animais, análises de estrutura química e a "reanálise" não publicada de estudos estatísticos publicados anteriormente. O tribunal entendeu que tal evidência não atendia ao padrão aplicável de "aceitação geral" para a admissão de depoimentos de especialistas. O caso durou aproximadamente 15 anos. O Tribunal, após ouvir peritos especializados na área e estudar sobre o assunto, citando Frye v. Estados Unidos, 54 App. D. C. 46, 47, 293 F.1d 13, 1014, entendeu que a opinião de especialistas baseada apenas em uma técnica científica é inadmissível a menos que a técnica seja "geralmente aceita" como confiável na comunidade científica. Os Daubert, embora tenham perdido sua demanda, trouxeram um problema jurídico relevante, a partir do qual foi possível refletir sobre o elemento probatório científico e do qual nasceu o *standard* que levou a nomenclatura de Daubert. Percebe-se, assim, que em tal caso a Corte Norte Americana entendeu que, para uma prova científica ser valorada, deve-se, antes de qualquer coisa, ser baseada em técnicas científicas conhecidas como "padrão-ouro", as quais são aceitas e reconhecidas na comunidade científica internacional, tendo confiável reprodutibilidade, eficácia e eficiência, bem como publicação aceita em periódicos científicos de relevante impacto. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.,* 509 U.S. 579 (1993). Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf]. Acesso em: set. 2018.
19. V. DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientífica*. Milão: Giuffrè, 2005, p. 179 e ss., a trilogia Daubert-Joiner-Kumho, a qual diz respeito ao controle judicial da prova científica.

em 1993, criou critérios de admissibilidade da prova científica, os quais possibilitam inferir que a prova científica gerada é de qualidade, confiável e relevante. Entre os requisitos mínimos definidos pela Suprema Corte, destaca-se: a prova deve reunir as técnicas e as teorias sobre as quais os testes foram analisados para que o ditame pericial possa ser admitido em juízo, ou seja, deve ser submetida a verificação empírica; deve ser realizado o teste de revisão conhecido como do duplo-cego, sendo este previamente publicado em uma revista internacional indexada de impacto relevante na comunidade científica; deve possuir uma pequena taxa de erro, ou seja, deve ser reprodutível; e, por fim, a metodologia deve ter sido admitida pela comunidade científica como uma técnica relevante.[21] Na dicção de Knijnik, "o debate proposto por *Daubert* na verdade foi o pano de fundo em que se examinou o renitente paradoxo pericial caracterizado pela irrupção da ciência na instrução processual, seja ela qual for, via de regra pode meio da atuação de um perito".[22]

Entretanto, deve-se salientar que, além de *Daubert,* mais dois casos julgados pela Suprema Corte Norte-Americana foram importantes para estabelecer o padrão de admissibilidade dos testemunhos acerca da prova científica nos tribunais

20. KNIJNIK, Danilo sobre o caso *Daubert*: "De fato, como será examinado mais adiante, somente cinco anos mais tarde, no caso *kumho*, em 1999, a Suprema Corte deixaria ainda mais explícito o caráter aberto, flexível e exemplificativo dos critérios inicialmente sugeridos não a título de *checklist*, mas a título de critérios passíveis de discussão, com larga amplitude argumentativa. Expressamente – e não há razão para que a aplicação do art. 479 do CPC se afaste desse postulado –, "nossa ênfase na palavra 'pode' reflete a descrição de *Daubert* sobre a regra 702 (da *Federal Rules of Evidence*), como de tipo flexível, verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais. *Daubert* deixaria claro que os fatores mencionados não constituem um teste ou *checklist* definitivo. E *Daubert* acrescenta que a função de guardião deve ser vinculada aos fatos do caso particular", pelo que "os fatos identificados em *Daubert* podem ou não ser pertinentes em determinar-se a confiabilidade, dependendo da natureza do assunto, da expertise particular do perito e o assunto objeto de seu depoimento". Definitivamente, "não se pode nem incluir, nem excluir, para todos os casos e a todo tempo, a aplicabilidade dos fatores mencionados em *Daubert*, nem para subconjuntos de casos classificados por categorias de *experts* ou pelo tipo de prova. Muito depende das circunstâncias particulares do caso em julgamento" (KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 88).
21. JOAN PICÓ y JUNOY. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 94.
22. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 20.

norte-americanos. Juntamente com *Daubert,* os casos *General Eletric Co. vs Joiners*[23] *e Kuhmo Tire Co., Ltd. vs. Carmichael*[24] ficaram internacionalmente conhecidos como a "Trilogia Daubert".[25]

23. O caso *Joiner* ocorreu nos anos de 1997, quando Joiner, um ex funcionário da empresa General Eletric, diagnosticado com câncer de pulmão de pequenas células, entrou com uma ação no Tribunal da Georgia, alegando que sua doença foi desencadeada por exposição a alguns agentes químicos potencialmente tóxicos, como furanos, dioxinas e bifenilpoliclorados. Tratava-se de uma ação contra a empresa por exposição laboral do indivíduo a elementos químicos. Joiner levou como testemunha especialistas que alegavam que uma das consequências da exposição a tais elementos químicos é justamente o desenvolvimento de câncer. A corte decidiu em favor da empresa, justificando que não havia provas o suficiente que demonstrassem que o indivíduo teria sido exposto a dioxinas e furanos e, principalmente que os especialistas não conseguiram comprovar que havia alguma correlação entre a exposição a tais elementos químicos e o desenvolvimento de câncer de pulmão. A Corte de Apelação decidiu que o Tribunal Distrital errou ao excluir o testemunho dos peritos, justificando que "as regras federais de prova que regem os depoimentos de especialistas mostram uma preferência pela admissibilidade" e, portanto, aplicaram um padrão de revisão particularmente rigoroso à exclusão do testemunho de especialistas pelo juiz. A Corte de Apelação entendeu que o Tribunal Distrital havia cometido dois erros fundamentais. Primeiro, excluiu o testemunho dos especialistas porque "tirou conclusões diferentes da pesquisa que os especialistas apresentaram". A Corte de Apelações opinou que um Tribunal Distrital deve limitar seu papel de determinar a "confiabilidade legal do testemunho de perito, deixando que o júri decida a correção das opiniões de especialistas concorrentes". Em segundo lugar, o Tribunal Distrital considerou que não havia nenhuma questão genuína de fato relevante sobre a exposição de Joiner a furanos e dioxinas. A Corte de Apelação entendeu que isso também foi incorreto, porque o testemunho no registro fundamentou a proposição de que houve tal exposição. A Suprema Corte Norte Americana reverteu a decisão da Corte de Apelação, por entender que "nada em Daubert ou nas Regras Federais de Evidência exige que um Tribunal Distrital admita uma prova de opinião ligada a dados existentes apenas pelo ipse dixit do perito. Um tribunal pode concluir que existe simplesmente uma lacuna analítica excessiva entre os dados e a opinião proferida" e, portanto, "o Tribunal Distrital não abusou de sua discrição ao fazê-lo". Ou seja, foi entendido que é necessário que se tenham características mínimas a serem valoradas (Critério *Daubert*) para que se possa ser admitida uma prova científica, sem simplesmente extrapolar dados científicos obtidos em experimentações pré-clínicas para o âmbito clínico. *General Eletric Co. v. Joiner,* 522 U.S. 136 (1997). Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/136/case.pdf]. Acesso em: set. 2018.

24. A decisão do caso *Kuhmo* deu-se em 1999, também levando em consideração questões relacionadas a depoimentos de peritos. Patrick Carmichael estava dirigindo um veículo quando o pneu estourou e o veículo tombou, resultando na morte de um passageiro e consequente ferimento nos outros. Os sobreviventes e o representante do falecido entraram com uma ação contra o fabricante do pneu e seu distribuidor (Kumho Tire),

A partir dessa trilogia, a Suprema Corte Norte Americana reconheceu que a Regra 702[26] das Regras Federais de Provas, a qual rege a admissibilidade de

alegando que o pneu que falhou estava com defeito. Eles embasaram sua ação em parte significativa com os depoimentos de um analista de falhas de pneus, Dennis Carlson, Jr., o qual testemunhou enfatizando que possível um defeito na fabricação do pneu foi a causa do acidente. A opinião de Dennis foi baseada apenas em uma inspeção visual e tátil do pneu e na teoria de que, na ausência de pelo menos dois dos quatro sintomas físicos específicos indicando abuso de pneus, a falha do pneu do modo como ocorreu foi causada por um defeito de fabricação. A empresa Kuhmo Tire recorreu solicitando que fosse retirado dos autos o testemunho do especialista Dennis, alegando que a metodologia contrariou as Regras Federais de Evidência número 702. Corte Distrital reconheceu que deveria agir como um "guardião" de confiabilidade sob *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 US 579, 589,* em que este Tribunal declarou que A regra 702 impõe uma obrigação especial a um juiz de primeira instância para assegurar que o testemunho científico não seja apenas relevante, mas confiável. O Tribunal Distrital entendeu havia indícios insuficientes da confiabilidade da metodologia de Carlson. A Corte de Apelação sustentou que a Corte Distrital havia cometido um erro legal ao aplicar *Daubert*, acreditando que *Daubert* limitava-se ao contexto científico e que os fatores de *Daubert* não se aplicavam ao testemunho de Carlson, o qual se caracterizava por ser baseado em habilidade ou experiência. A Suprema Corte Norte Americana reverteu a decisão do Tribunal de Apelação, pois entendeu que a obrigação *gatekeeping* de Daubert aplica-se não apenas ao testemunho "científico", mas a todos os testemunhos de especialistas. A regra 702 não distingue entre conhecimento "científico" e conhecimento "técnico" ou "outro especializado", mas deixa claro que qualquer conhecimento desse tipo pode se tornar objeto de depoimento especializado. É a palavra da regra "conhecimento", não as palavras (como "científico") que modificam essa palavra, que estabelecem um padrão de confiabilidade probatória. 509 U. S., a 589-590. Daubert referia-se apenas ao conhecimento "científico" porque essa era a natureza do conhecimento que estava em questão. A decisão do Tribunal Distrital de não admitir o testemunho pericial de Carlson era legal. O Tribunal Distrital não questionou as qualificações de Carlson, mas excluiu seu depoimento porque inicialmente duvidou de sua metodologia e, posteriormente, achou que não era confiável depois de examinar a perícia detalhes e considerando a defesa dos entrevistados. As dúvidas que desencadearam a investigação inicial do tribunal foram razoáveis, assim como a conclusão final do tribunal de que Carlson não poderia determinar com segurança a causa do fracasso do pneu em questão. A questão não era a confiabilidade da metodologia de Carlson em geral, mas sim se ele poderia determinar com segurança a causa da falha do pneu em questão. Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. Disponível em: [https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/526/137.html] Acesso em: set. 2018.

25. A trilogia estabeleceu um padrão para admissibilidade de testemunhos científicos nos tribunais de justiça nos Estados Unidos. Disponível em: [www.swgtread.org/daubert--trilogy]. Acesso em: set. 2018. V. também DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientífica*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 179 e ss., acerca dessa trilogia.

26. Disponível em: [www.courts.state.nh.us/rules/evid/evid-702.htm]. Acesso em: set. 2018.

depoimentos de especialistas, não faz distinção relevante entre conhecimento "científico" e conhecimento "técnico" ou "outro especializado" e que a lógica probatória subjacente à decisão do Tribunal em *Daubert* não se limita ao conhecimento "científico". A Suprema Corte salientou que seria difícil, se não impossível, que os juízes administrassem regras probatórias que dependessem da distinção entre conhecimento "científico" e conhecimento "técnico" ou "outro especializado", pelo fato de não existir uma linha clara que os divida. Para a Corte Suprema, a Regra 702 estabelece um padrão de confiabilidade probatória e faz-se necessário uma investigação pertinente e reconhecida como precondição para a sua admissibilidade.

A Suprema Corte também aproveitou a oportunidade do caso *Kuhmo* para esclarecer sua decisão em *Daubert*, enfatizando que a investigação do Tribunal de primeira instância sobre esses fatores era "flexível" e que estes não "constituem uma lista de verificação definitiva ou um teste". A Suprema Corte reconheceu que os fatores de *Daubert* não são taxativos e podem ou não ser pertinentes para avaliar a confiabilidade, dependendo do assunto especializado em questão. Entretanto os pontos estabelecidos em *Daubert* devem ser levados em consideração para a valoração do elemento probatório. Ainda mais, o juiz de primeira instância deve possuir uma margem de flexibilidade para, em um caso específico, poder decidir se um dado testemunho um especialista é considerado confiável e possui elementos probatórios admissíveis.

Assim, é de extrema importância questionar-se em que momento a "verdade"[27] científica torna-se um elemento processual pertinente.[28] Desse modo, surgem três pontos relevantes no estudo da neurociência e da prova. Um primeiro

27. Sobre a verdade, Coutinho: "justamente porque a coisa é uma parte; ela *é* e *não é*; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa." Para um melhor entendimento da questão, exemplifica-se, com a ideia de Coutinho. Uma moeda possui duas faces, quais sejam cara e coroa. Quando uma moeda é atirada e, posteriormente, segura-se a moeda na mão, é visto apenas uma face da moeda. Na face que é avistada, é onde encontra-se a verdade. Portanto, a verdade está apenas em parte da moeda, e não no todo. Desse modo, é impossível que se chegue a uma verdade real, ou seja, na verdade do todo. Busca-se, portanto, uma verdade formal, a certeza na parte (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, n. 14, 2004. p. 77-94.

28. DALBIGNAT-DEHARO apud KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21.

seria sobre as limitações empíricas que tais potenciais meios probatórios significam para o litígio. Uma segunda questão versa sobre o uso da neurociência em um processo judicial e o possível reducionismo acerca da temática. A terceira, por sua vez, trata da exploração da ética na utilização dessas provas no meio jurídico, abordando questões como privacidade, dignidade, autonomia.

Acredita-se que a neurociência possa proporcionar um apoio indutivo ao magistrado, sem que se possa extrair conclusões definitivas a partir de exames neurocientíficos, tendo em vista que esses foram desenvolvidos inicialmente para auxiliar na clínica médica. Antonio Damásio bem desenvolve a temática em seu livro *O erro de Descartes*. O autor salienta, ainda, que há diferenças entre a vida real e as tarefas laboratoriais, como a escala de tempo dos acontecimentos considerados nas tarefas que se apresentam claramente condensados frente ao que ocorre na realidade, ou seja, não se dá *real-time*. Ademais, Damásio aponta que, "em algumas circunstâncias, o processamento no tempo real pode requerer a retenção de informação na mente – representação de pessoas, objetos ou cenas, por exemplo – por períodos mais longos, especialmente se surgem novas opções ou consequências que requerem comparação". É debatido, ainda, pelo autor, que nesses tipos de teste muitas vezes as situações são apresentadas apenas por meio da linguagem, enquanto na realidade as situações apresentam-nos uma mistura maior de material imagético e linguístico. Ou seja, somos frequentemente "confrontados com pessoas e com objetos; com imagens, sons, aromas etc.; com cenas de intensidades variadas; e com todo o tipo de narrativas verbais ou pictóricas que criamos para acompanhá-los".[29]

Além disso, em algumas ocasiões, os testes laboratoriais ainda não são capazes de detectar as alterações reais presentes no indivíduo. Damásio acentua haver doentes com anomalias profundas que podem apresentar um excelente desempenho em testes de inteligência. Continua dizendo que a doença cerebral pode existir, mas os testes de laboratório falham na medição de limitações significativas, situando-se a problemática nos testes, e não nos sujeitos examinados.[30]

Nesse contexto, entendemos que a prova científica não pode ser considerada sinônimo de uma verdade pura e imutável, na perspectiva do velho e ultrapassado tarifamento probatório. Faz-se necessário uma visão crítica acerca da prova, avaliando principalmente as condições em que o elemento probatório foi

29. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 63-64.

30. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 57.

produzido, qual a metodologia de coleta e de processamento que foi utilizada, se existe ou não o reconhecimento científico internacional acerca da técnica empregada e, principalmente, se há segura reprodutibilidade e confiabilidade nesta (cadeia de custódia). Ainda mais, deve ser compreendido que, muitos dos testes realizados no âmbito da neurociência são excelentes para o emprego na clínica, mas sua incorporação no Direito Processual Penal enfrenta barreiras pelo fato de que, na maioria das vezes, o teste é realizado em situações em que não representam a realidade em que os fatos ocorrem ou as decisões são tomadas na vida de um indivíduo.

Deve-se reconhecer que prova científica, quando atendendo a todos os requisitos necessários de admissibilidade, possui papel significativo para compor um conteúdo probatório robusto, auxiliando o juiz no seu entendimento acerca do caso. Entretanto, deve-se reconhecer que ela nunca poderá servir como elemento probatório único, nem mesmo ser considerada a única verdade presente em um fato, principalmente quando o seu conteúdo não for concordante com os outros elementos de prova presentes.

3. Neurociência e direito

O grande debate assenta em uma (possível) dialética entre a prova científica[31] e a formação do juízo. Deve-se ter muito cuidado para não cair no reducionismo quando o objeto de estudo é a prova científica. Erin Murphy[32] propõe uma interessante polarização que distingue entre a primeira e a segunda geração de prova científica. As técnicas de primeira geração seriam aquelas que possuem como característica uma aplicação limitada a um reduzido número de casos, possuem caráter experiencial, com raras utilizações de instrumental sofisticado, sendo

31. Lopes Jr, sobre as perícias: "Quanto às perícias, é importante afastar o endeusamento da ciência, ainda com forte presença no Direito. Como sublinhou Denti, "o progresso da ciência não garante uma pesquisa imune a erros e seus métodos, aceitos pela generalidade dos estudiosos em um determinado momento, podem parecer errôneos no momento seguinte. Trata-se de uma afirmação inspirada numa das mais notórias bases do relativismo de Einstein e que devemos sempre recordar: o todo saber é datado e tem prazo de validade, pois toda a teoria (e conhecimento) nasce para ser superada" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 424).
32. MURPHY, Erin. The new forensics: criminal justice and the second generation of scientific evidence. *California Law Review,* n. 95, 2007. p. 726-728. Disponível em: [https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=californialawreview]. Acesso em: set. 2011.

utilizadas praticamente para corroborar com outros materiais probatório. Entre essas técnicas, salientam-se aquelas amplamente utilizadas nas perícias forenses, como a balística, a papiloscopia e a busca de rastros de utilização de instrumentos. As de segunda geração, por outro lado, possuem aplicabilidade em uma vasta gama de delitos. Elas demonstram um grau muito mais avançado de competência científica, além de utilizarem tecnologias sofisticadas e altamente especializadas, podendo apontar dados relevantes para a elucidação do caso e, finalmente, que possuem amplo e direto impacto sobre os direitos fundamentais do indivíduo, na sua intimidade e na capacidade de autodeterminação. Entre as técnicas de segunda geração, podem ser mencionadas a utilização de DNA e a neurociência.

Para Corda, "as neurociências forenses parecem ter uma potencialidade de chegar até as últimas consequências a segunda geração das provas científicas".[33] Ou seja, diante de uma perspectiva processual, a neurociência tem apresentado características de uma *novel science,* trazendo novos instrumentos probatórios técnico-científicos e de extrema especialização, embora embebidos em um contexto ainda muito controverso e problemático. As neurociências ainda representam um saber bastante jovem e imaturo, mesmo no contexto clínico e, portanto, sua incidência no âmbito criminal é muito questionável e desvela características que parte da comunidade científica situam como neolombrosianas.

A fascinação dos neurocientistas nesse diálogo com o Direito (principalmente o penal material e instrumental) funda-se na possibilidade de também serem vinculadas raízes biológicas à delinquência. O avanço da neurociência deu-se principalmente nos anos sessenta. Nasce, nos anos 1980, a neurociência cognitiva, desenvolvida por George Miller e Michael Gazaniga, a qual possui como objeto a determinação de como o funcionamento do cérebro dá lugar a uma atividade mental.[34] Nos últimos anos, essa ciência tem desenvolvido uma série de metodologias bastante sofisticadas de investigação para analisar a estrutura e a função cerebral. Entre as técnicas desenvolvidas e principalmente utilizada destaca-se a Ressonância Magnética Funcional (*FMRI – Functional Magnetic Ressonance Imaging)*[35] *e* a Tomografia por Emissão de Pósitron (*PET Scan)*.[36]

33. CORDA, Alessandro. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 115.

34. CORDA, Alessandro. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 110.

35. A Imagem por Ressonância Magnética Funcional é uma técnica baseada na detecção da variação de fluxo sanguíneo em resposta a uma atividade neural. Ela é amplamente utilizada para realizar o mapeamento cerebral devido à sua boa resolução espacial. No mais simples experimento, o sujeito alterna entre períodos de tarefas e de controle,

A neurociência cognitiva busca identificar se o comportamento ético está incorporado no ser humano como espécie e em que medida esse comportamento é fonte de regras sociais. Nesse ponto recai, também, o risco das neurociências no campo do Direito. Segundo Popper[37], a evolução cultural é possibilitada pela evolução biológica (genética) de tal modo que a linguagem, proveniente dessa evolução, viabiliza um campo de discussão e de aparecimento da ética. Nesse âmbito, há duas correntes: uma que defende que os seres humanos possuem ideias inatas daquilo que é moralmente bom ou mal; outra, que acredita que não nascemos com nenhuma pré-ideia, e que tudo é aprendido socialmente. Na perspectiva da primeira corrente, acredita-se que é possível aprender e formular conteúdos morais, pois o ser humano detém uma estrutura que possibilita aprender esse tipo de linguagem. Assim, claramente vê-se que o Direito pode ser afetado por algumas investigações realizadas na área da neurociência. Abrindo o leque desses impactos, percebe-se uma possível influência na teoria geral do Direito, caindo em um questionamento acerca do racionalismo como base para tomar decisões e agir, pois, se não há racionalidade, não há ação e, portanto, apenas movimento. Logo, o Direito não teria legitimidade para tratar sobre tal.

Taruffo[38] salienta que após uma busca avançada da bibliografia acerca do tema, deduz-se que os métodos neurocientíficos utilizados têm uma base sólida[39],

como 30 segundos olhando para um estímulo, alterando com 30 segundos de olhos fechados. Os dados da ressonância são analisados para identificar em quais áreas do cérebro há alterações de padrões e são ativadas pelo estímulo (UC San Diego, Scholl of Medicine. Center for Functional MRI. *What is fMRI?* Disponível em: [http://fmri.ucsd.edu/Research/whatisfmri.html]. Acesso em: maio 2018).

36. Tomografia por emissão de pósitron é um tipo de metodologia de imagem que utiliza substâncias radioativas, conhecidas como *tracer*. Essa metodologia é utilizada para identificar quais os órgãos ou tecidos que estão atuando, ou seja, que estão ativos naquele momento. Ainda mais, é possível identificar o tamanho, a posição, a forma e a função do órgão. O *PET Scan* é usualmente utilizado para o escaneamento e/ou identificação de patologias como câncer. Entretanto, pode ser amplamente utilizado para checar a função cerebral, identificar a origem de epilepsia e controlar o fluxo sanguíneo (NIH National Library of Medicine. Medline Plus. *PET Scan*. Disponível em: [https://medlineplus.gov/ency/article/003827.htm]. Acesso em: maio 2018).

37. POPPER, Karl. *Conocimiento objetivo*: un enfoque evolucionista. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 236-259.

38. TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 16.

39. Embora muitos estudos sejam desenvolvidos acerca do tema, parece-me ingênuo acreditar cegamente que as bases científicas são sólidas o suficiente. Cabem aqui dois

afastando-se qualquer possibilidade de erro. Assim, sua possível utilização como prova não estaria afetada pelos principais problemas que afetam a prova científica. Portanto, parece que as técnicas de investigação desenvolvidas no âmbito das neurociências, em princípio, são admissíveis. O problema acerca do emprego desse tipo de metodologia como prova no processo assenta-se na sua efetiva relevância como objeto à decisão judicial. Ou seja, deve-se estabelecer quando e em quais condições a neurociência pode proporcionar conhecimento que possa ser utilizado como prova no debate público e contraditório do processo.

Taruffo[40] aponta que a grande questão não é saber se um comportamento físico é resultado de uma lesão cerebral, posto que essa é uma questão bastante fácil para a neurociência; a dificuldade se encontra no fato de tentar determinar se uma lesão cerebral incide, ou seja, modula ou altera o comportamento do sujeito, a ponto de refletir sob a vontade do mesmo. Tais questionamentos surgem por duas razões: a primeira delas recai sobre o fato de não existir, na estrutura cerebral, uma área da capacidade, cujo funcionamento se possa verificar para definir

questionamentos: sabe-se que a estrutura cerebral é a mais complexa de todo o aparato fisiológico humano. Ainda mais, os impulsos nervosos e as conexões sinápticas, responsáveis por todas as ações voluntárias e involuntárias, são influenciadas por uma variedade de fatores, inclusive por diferentes tipos celulares que compõem o aparato cerebral. Além disso, sabe-se que o cérebro, além de ser responsável por todo o correto funcionamento biológico humano, possui estruturas e funções desconhecidas e não muito bem estudadas, com o inconsciente humano. Logo, um primeiro questionamento aborda se realmente seria possível identificar e avaliar questões acerca de uma estrutura que não é ainda completamente compreendida. Um segundo ponto acerca do tema versa sobre a instrumentalização utilizada para os exames e diagnósticos desenvolvidos pela neurociência e utilizados em processos judiciais. Cabe lembrar que além de ser algo idealizado pelo humano, ou seja, passível de falhas, é um instrumento amplamente tecnológico, submetido a diversos algoritmos e calibrações que devem estar perfeitamente alinhados e conectados para que o equipamento funcione de maneira correta. Ainda mais, é notório que a própria ciência sabe que não existe uma verdade única, uma verdade suprema, mas sim apenas um diagnóstico de algo pontual, submetido a técnicas daquele momento e que podem, não tardiamente, em face à exponencialidade do desenvolvimento científico, serem questionadas e refutadas. Portanto, muito embora sejam utilizadas metodologias chamadas "padrão-ouro", pode ser que, daqui a um ano ou dois, surjam novas metodologias, com novas características e aplicações, que se torem as novas referências. Em se tratando de processo, no atual contexto brasileiro, em que a maioria dos casos demora anos para ser julgados, essa inconstância entra como um elemento negativo da utilização de metodologias de neurociência como elementos probatórios.

40. TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 17.

se esse está normal ou se há possíveis anomalias de identidade, a fim de concluir se o sujeito é capaz ou não; a segunda, versa sobre o fato dos testes neurocientíficos descreverem a situação do sujeito no momento em que são realizados, sendo impossível que proporcionem alguma prova acerca de questões do passado. Na melhor das hipóteses, os testes podem gerar algum elemento atual que pode ser útil para a reconstrução do fato passado. Ainda mais, nos Estados Unidos, onde as metodologias de neurociência são mais presentes nas decisões judiciais, percebe-se que a sua utilização é admitida habitualmente em processos civis para a identificação de dano biológico e suas consequências. Entretanto, no campo da justiça penal, a sua aplicação aparece muito mais problemática. Isso não só devido às questões já citadas e à necessidade de garantia direitos fundamentais do acusado, mas também pelo custo elevado de tais técnicas.

É evidente, ainda, que o Direito é um sistema de normas que só tem sentido enquanto seus interlocutores sejam capazes de compreendê-las, bem como identificar seus efeitos em caso de violação. Assim, o Direito está dirigido a seres racionais, que podem obedecer ou infringir as leis, e, portanto, afeta diretamente o universo racional e emocional humano, influenciando diretamente na tomada de decisão.

Outra questão pertinente ocupa-se da liberdade, da responsabilidade e da imputabilidade, conceitos estritamente relacionados no Direito. A existência do ser humano é baseada na ideia de liberdade, supondo que somos livres. Assim, seria oportuno questionar se a responsabilidade de nossos comportamentos é direcionada apenas pela pessoa, pelos seus genes, ou pelos seus processos neurológicos. Seriam nossos comportamentos produto de uma seleção natural? Ou somos seres dotados de uma vontade livre e imputamos valores morais aos comportamentos? Será que a neurociência e a moral estão radicalmente separadas? Qual a influência da neurociência no âmbito da dignidade humana? O debate recai sobre o entendimento de liberdade. Nessa discussão, surgem questionamentos acerca da segurança jurídica do acusado, do livre-arbítrio, da legitimidade da prova, da imputação de culpabilidade, dentre outros. Serão desenvolvidos, a seguir, alguns pontos relevantes que estão associados a tais problemáticas, tendo em vista a relevante complexidade do assunto e raio de abrangência das referidas novas tecnologias no Direito Processual.

4. Problemática e o (possível) reducionismo acerca da utilização de técnicas da neurociência no direito processual

É provável que haja um ponto de conexão entre as problemáticas da neurociência e processo judicial e procura-se, nesse ponto, tentar identificar uma

questão central, para qual a maioria dos questionamentos da utilização das técnicas de neurociência no processo judicial possa convergir. A metodologia de Imagem por Ressonância Magnética Funcional surge, para muitos defensores da neurociência, como a técnica padrão-ouro para a determinação da função cerebral. Essa técnica pretende verificar a existência de uma conexão entre uma tarefa realizada, ou seja, uma decisão, uma fala, um gesto, e o fluxo sanguíneo cerebral em uma estrutura específica. Alguns neurocientistas salientam que tal técnica pode ser utilizada como um possível detector de mentiras, em que se procura identificar quais as áreas do cérebro que são ativadas quando a pessoa emite uma mentira. Nesse ponto cabem algumas colocações.

Embora se supusesse que a técnica supracitada possa detectar reações cerebrais associadas à mentira, é impossível que se saiba exatamente qual é a mentira. Ou seja, a técnica pode até identificar a atividade cerebral, mas não identifica a mentira em si. Múltiplas interrogações surgem acerca do tema. A testemunha pode estar mentindo, mas não possuir controle do seu próprio estímulo emocional e, portanto, a "área da mentira" não ser ativada; ou a testemunha pode não estar mentindo e mesmo assim a região ser ativada por alterações do sistema nervoso emocional da pessoa diante da situação; ou a pessoa pode estar mentindo e crer estar dizendo a verdade, por ter um conhecimento errôneo acerca dos fatos; ou, ainda, é possível que o testemunho seja verdadeiro frente a fatos falsos.[41]

Estudos já demonstraram que essas conexões são bastante problemáticas (referente à confiabilidade dos participantes, à representatividade do número experimental e à reprodutibilidade). Além disso, o contexto de realização dos testes se distancia significantemente da realidade dos Tribunais quando do momento da declaração. Desse modo, é possível identificar que a utilização da neurociência no âmbito processual traz à tona questões teóricas fundamentais.

Cabe, portanto, questionar-se se é possível reduzir a mente apenas ao cérebro, identificando as atividades mentais apenas como atividades cerebrais. Os defensores da neurociência vão dizer que sim, adotando uma perspectiva teórica materialista e determinista, de modo que toda a vida mental, espiritual, sentimental e cognitiva se reduziria apenas ao cérebro e suas conexões cerebrais. O homem seria, assim, uma espécie de máquina do cérebro. Essa interpretação cai na falácia de atribuir apenas a uma parte do sujeito, qual seja o cérebro, habilidades e funções próprias do indivíduo na sua totalidade, na sua complexidade. Pode-se dizer que é preciso ter cérebro para pensar, querer e agir, mas é questionável

41. JOAN PICÓ y JUNOY. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 91-92.

afirmar que o cérebro decide e raciocina por si só e, tampouco, que juízos morais se associam a estruturas cerebrais fixas.

Por anos foi defendido que em algumas circunstâncias as emoções perturbam o raciocínio, sendo anteriormente muito indicado que fossem mantidas as emoções afastadas de qualquer processo racional. António Damásio expôs suas ideias acerca da razão e da emoção em sua célebre obra já citada anteriormente neste artigo.[42] O autor propõe que há certos aspectos no processo das emoções e dos sentimentos que são indispensáveis para a racionalidade. Assim, cria um campo de interação entre a razão e a emoção que, por anos, foram cartesianamente separadas, sendo, anteriormente, apenas a racionalidade considerada importante para o processo de tomada de decisão.

António Damásio acredita que os sentimentos nos levam para um local apropriado de tomada de decisão, em que é possível utilizar dos instrumentos da lógica. O autor salienta que a incerteza faz-se presente sempre que precisamos fazer um juízo moral, decidir sobre o rumo de uma relação ou escolher meios de planejamento de vida.[43] Assim, toda a maquinaria fisiológica "racional", juntamente com as emoções e os sentimentos, auxiliam o ser humano na difícil tarefa de realizar previsões diante de um futuro indefinido e de planejar atos concordantes com tais previsões e decisões.

Segundo Damásio, *O erro de Descartes* traz-nos infinitos questionamentos sobre o tema. Analisando o caso de Phineas Gage[44], que ocorrera em 1848, o autor

42. Para o autor, *O erro de Descartes* consistiu na "separação abissal entre o corpo e a mente, entre a substância corporal, infinitamente divisível, com volume, com dimensões e com um funcionamento mecânico, de um lado, e a substância mental, indivisível, sem volume, sem dimensões e intangível, de outro; a sugestão de que o raciocínio, o juízo moral e o sofrimento adveniente da dor física ou agitação emocional poderiam existir independentemente do corpo. Especificamente: a separação das operações mais refinadas da mente, para um lado, e da estrutura e funcionamento do organismo biológico, para outro" (DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 2019).

43. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 17.

44. O caso de Phineas Gage ocorreu 1848, na Nova Inglaterra. Phineas era um jovem de 25 anos de idade, capataz de construção civil que sofrera um acidente durante uma operação laboral. Phineas trabalhara para a Estrada de Ferro Rutland & Burlington e sua função consistia em assentar os trilhos da ferrovia. Em uma dada ocasião, Phineas tivera que explodir uma rocha que se encontrava em seu caminho, para poder liberar um espaço mais plano para a construção da Estrada. Para tal, colocou pólvora

salienta que, à época do acontecimento, embora a neurociência ainda estivesse engatinhando, duas perspectivas fomentaram os debates. Uma primeira acreditava que as funções associadas à mente, como memória e linguagem, nunca poderiam ser associadas a apenas uma região cerebral em específico, mas sim a um conjunto completo de funções cerebrais encadeadas. Por outro lado, outros estudiosos acreditavam que o cérebro detinha delimitada especialização, ou seja, que certas áreas do cérebro possuíam determinadas funções mentais. O debate entre ideias tão polarizadas, que se prolongou por mais de um século, foi um claro reflexo de uma imaturidade científica no âmbito neurocientífico e que, perceptivelmente, subsiste até os dias de hoje na comunidade acadêmico-científica internacional.[45]

Nesse contexto, Damásio sugere que a razão humana depende de diversos centros e sistemas cerebrais, e que, além disso, possui íntima relação com o resto do corpo humano. Ou seja, o cérebro, o corpo e a mente não possuem uma separação estrutural-fisiológica, encontrando-se intimamente associados, demonstrando uma estreita relação de influência mútua para que seja mantido o correto

---

e areia, calcando esta com uma barra de ferro, para dar seguimento ao procedimento. Entretanto, Gage, distraído por um instante, começou a calcar a pólvora diretamente com a barra de ferro, sem colocar a areia. Isso provocou uma faísca na rocha, e a carga explosiva arrebentou-lhe o rosto, causando uma transecção da barra de ferro no rosto, mais precisamente na parte cerebral referente ao lobo frontal. Gage conseguiu, incrivelmente, permanecer vivo e saudável. Entretanto, passou a desenvolver comportamentos incomuns, principalmente no que tange à conduta social. Embora Phineas tivera a capacidade laboral e mantivera seu convívio social, não mais possuía limites éticos, muito embora estivesse em boas condições racionais. Desenvolvera comportamentos antissociais, bem como hábitos estranhos àqueles que demonstrava antes do acidente. Nas palavras de Damásio, "Esses novos traços de personalidade estavam em nítido contraste com os hábitos moderados e a considerável energia de caráter que Phineas Gage possuía antes do acidente. Tinha tido uma mente bastante equilibrada e era considerado, por aqueles que o conheciam, um homem de negócios astuto e inteligente, muito enérgico e persistente na execução de todos os seus planos de ação. Não existe qualquer dúvida de que, no contexto de seu trabalho e da sua época, tinha sido bem-sucedido. Sofreu uma mudança tão radical que seus amigos e conhecidos dificilmente o reconheciam. Observavam entristecidos que Gage já não era Gage. [...] O problema não residia na falta de capacidade física ou competência, mas no seu novo caráter" (DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 29).

45. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 32.

funcionamento do corpo-humano.[46] Assim, percebe-se que a neurofisiologia é algo muito mais complexo, que requer muita atenção e, principalmente, muito estudo e investigação acerca do tema. Para o autor, não existe uma resposta simples para o grande enigma do cérebro e mente. Há uma variedade de respostas ligadas aos diversos componentes e níveis do aparato cerebral. Assim, é necessária uma abordagem técnica para que se possa compreender todos os níveis.

Além disso, Damásio aponta que as investigações podem ser embasadas em experimentações animais, que se desenvolvem significantemente mais rápido do que análises experimentais realizadas em humanos, devido às suas limitações éticas.[47] Cabe salientar que os resultados encontrados a partir de ensaios pré-clínicos realizados em modelos animais não podem ser extrapolados diretamente para aplicações em seres humanos. É necessário realizar adequações e seguir uma sequência de experimentos para que se possa chegar de análises pré-clínicas até investigações clínicas, assegurando sempre que a saúde do paciente não seja prejudicada.

Ainda mais, é imprescindível que seja frequentemente evocada a necessidade da interação entre o ser humano e o contexto social para a formação do indivíduo como "eu" completo. Nas palavras de Damásio, "para se compreender satisfatoriamente o modo como o cérebro cria a mente e o comportamento humano, é necessário considerar seu contexto social e cultural. E é isso que torna a empresa tão espantosamente difícil".[48]

Como já descrito, António Damásio defende a hipótese de que não há uma independência fisiológica entre corpo, cérebro e mente.[49-50] Para o autor, "devido

46. "Descobrir que um certo sentimento depende da atividade num determinado número de sistemas cerebrais específicos em interação com uma série de órgãos corporais não diminui o estatuto desse sentimento enquanto fenômeno humano (*O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 20).

47. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 228.

48. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 228.

49. Damásio, sobre a distinção entre cérebro e mente: "A distinção entre doenças do "cérebro" e da "mente", entre problemas "neurológicos" e "psicológicos" ou "psiquiátricos", constitui uma herança cultural infeliz que penetra na sociedade e na medicina. Reflete uma ignorância básica da relação entre o cérebro e a mente. As doenças do cérebro são vistas como tragédias que assolam as pessoas, as quais não podem ser culpadas pelo seu estado, enquanto as doenças da mente, especialmente aquelas que afetam a conduta e as emoções, são vistas como inconveniências sociais nas quais os doentes têm muitas

ao *design* do cérebro, o conhecimento geral necessário depende de vários sistemas localizados, não numa única região, mas em regiões cerebrais relativamente separadas".[51] Assim, seria impossível que houvesse um reducionismo a ponto de imputar às atividades mentais apenas sinais cerebrais. Damásio reitera suas ideias, defendendo que possivelmente há um conjunto de sistemas no cérebro humano que destina-se ao processo de pensamento, visando sempre a finalidade de um raciocínio claro para uma tomada de decisão tanto em um contexto pessoal como social. Para o autor, o mesmo sistema que está envolvido no processo de raciocínio também está abarcado por um contexto emocional e sentimental e dedica-se ao processamento dos sinais do corpo.[52]

Durante toda a obra, o autor demonstrou que pessoas com problemas cerebrais focados no lobo frontal possuem alterações na noção de emoções e na tomada de decisão, afetando, principalmente, a personalidade e a capacidade de planejar o futuro enquanto ser social. O autor sugere que é possível que, em tais indivíduos, o conhecimento permaneça intato e acessível, mas que as estratégias de raciocínio estejam comprometidas. Ainda mais, é descrito que a diminuição concomitante da razão e dos sentimentos não surge apenas após uma lesão pré-frontal, sendo consequência também de lesões em outras regiões cerebrais específicas, sugerindo uma interação entre diversos sistemas subjacentes aos processos de emoção e razão.[53]

Damásio salienta que outras pessoas, no entanto, "não possuem qualquer doença neurológica e comportam-se, ainda assim, como Gage, por razões que

responsabilidades. Os indivíduos são culpados por imperfeições de caráter, por modulação emocional deficiente, e assim por diante; a falta de força de vontade é, supostamente, o problema primário" (DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 57).

50. "Não é apenas a separação entre mente e cérebro que é um mito. É provável que a separação entre mente e corpo não seja menos fictícia. A mente encontra-se incorporada, na plena acepção da palavra, e não apenas cerebralizada" (DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 119).
51. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 91.
52. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 80.
53. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 67.

têm a ver com seus cérebros ou com a sociedade em que nasceram". Assim, é possível perceber que a função cerebral, mesmo daqueles que não apontam qualquer problema ou alteração estrutural cerebral, possui influências diretas no contexto fisiológico e em elementos externos e sociais. O autor reitera que é de extrema importância compreender a natureza de seres humanos que possuem ações destrutivas tanto para si como para terceiros, para que possamos resolver, de modo mais humano, os problemas a eles relacionados. Para Damásio, não é o encarceramento nem a pena de morte que contribuem para o entendimento dos problemas associados a tais indivíduos ou para a resolução dos conflitos. Nas palavras do autor, "de fato, devíamos levar mais longe essa questão e interrogar-nos acerca da nossa irracionalidade que marcou a grande queda de Phineas Gage".[54]

Dessa maneira, é indispensável que entendamos que há uma íntima associação entre mente-cérebro-corpo, sem que se possa separar e avaliar uma resposta fisiológica isoladamente. É necessário considerar o contexto em que o indivíduo está inserido. Assim, caímos em um reducionismo cartesiano[55] claro toda a vez que associarmos a atividade mental apenas a certas estruturas cerebrais específicas.

5. Questões pontuais e exemplificativas associadas à utilização da neurociência no direito penal e processual penal

Um dos principais problemas diz respeito à questão do livre-arbítrio. Muitos dos neurocientistas acreditam ter superado tal problemática. De acordo com a maioria dos estudiosos das neurociências, as análises cerebrais têm demonstrado que a liberdade do homem é uma grande ilusão, ou seja, uma ficção gerada pelo próprio cérebro. Benjamin Libet foi um grande estudioso da área. Para realizar seus experimentos[56], ele reuniu uma série de voluntários, posicionados, cada

54. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 38.

55. Damásio, sobre a separação cartesiana: "A separação cartesiana pode estar também subjacente ao modo de pensar de neurocientistas que insistem em que a mente pode ser perfeitamente explicada em termos de fenômenos cerebrais, deixando de lado o resto do organismo e o meio ambiente físico e social – e, por conseguinte, excluindo o fato de parte do próprio meio ambiente ser também um produto das ações anteriores do organismo. Protesto contra essa restrição, não porque a mente não esteja diretamente relacionada com a atividade cerebral, pois obviamente está, mas porque essa formulação restritiva é forçosamente incompleta e insatisfatória em termos humanos" (Ibid., p. 220).

56. LAGIER, Daniel González. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 27.

um, em frente a um cronômetro. Pediu que cada um dos voluntários tomasse uma decisão, levantasse o dedo e indicasse em qual posição estaria o ponteiro do cronômetro no momento da decisão consciente de mover o dedo. Através de eletrodos, Libet registrava o momento em que aparecia um potencial preparatório, ou seja, o momento em que era detectada uma atividade elétrica no cérebro dos voluntários, e contrastava com o momento em que cada voluntário datava a sua decisão consciente de mover o dedo. Desses experimentos, Libet concluiu que o cérebro realiza uma determinada ação antes mesmo de que estejamos conscientes de que tomamos a decisão correspondente. Isso nos leva a concluir que a decisão consciente não possui efeito nenhum na ação realizada e, portanto, é apenas uma impressão de que estamos agindo livremente.

Sobre os experimentos de Libet, Busato enfatiza que eles foram realizados em situações em que a decisão seria tomada espontaneamente, sem uma antecedente determinação ou planejamento. Isso possibilitou descobrir que os impulsos cerebrais dos sujeitos associados ao movimento eram detectados uma fração de segundo antes de que os sujeitos estivessem conscientes de sua própria intenção de fazer o movimento. Segundo ele, o experimento demonstrou que o potencial elétrico gerado pelo cérebro começa, em média, 0,8 segundo antes do ato motor que se suporia voluntário. Nessa análise, a percepção consciente do ato como voluntário é precedida de uma atividade cerebral inconsciente. A partir disso foi possível a Libet concluir que a decisão percebida como consciente não poderia escolher nem iniciar a ação, a qual estaria condicionada por um potencial de prontidão.[57]

Partindo de tais experimentos, conclui-se que, sendo a liberdade uma mera ilusão, não poderíamos ser considerados os responsáveis pelas nossas ações e, portanto, haveria uma negação do livre arbítrio. Entretanto, há muitas questões que devem ser discutidas sobre esse ponto.

Primeiramente, como já descrito, recaímos em um reducionismo em pensar que a ação é determinada apenas por um sinal prévio do cérebro. Segundo, é pretenso demais cogitar que a resposta a tais problemas seja puramente empírica, ignorando uma reflexão maior acerca dos conceitos de liberdade e de sujeito agente. Caminharíamos para um determinismo universal, em que apenas o cérebro e não nossa vontade consciente seriam a causa das nossas ações.[58]

Mais uma vez, se as ações de uma pessoa são predeterminadas por seus processos neuronais e não se conduzem a partir do livre-arbítrio, conclui-se que

57. BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51.

58. LAGIER, Daniel González. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 30.

não há sentido em dizer que há culpabilidade em ações ilegais, visto que o autor das mesmas seria, na realidade, uma espécie de vítima indefesa da sua atividade cerebral que não pode ser controlada através da sua vontade.[59] É possível dizer que temos vontade livre quando há pelo menos três condições: podermos eleger, em um conjunto de possibilidades, mais relevante; sermos, por si só, a fonte das ações, ou seja, não depender de algo que não temos controle; e termos a possibilidade de agir de modo diferente pela existência de alternativas.

Pois bem, utilizando tais metodologias de neurociência, pressupõem-se que não está em nossas mãos a possibilidade de escolha dentre as alternativas disponíveis e, portanto, não somos livres e não seríamos responsáveis pelos próprios atos. Como colocam Fábio Roque e Fernanda Ravazzano, "a partir daí, os critérios de imputação de responsabilidade seriam arbitrários, pois estariam assentados sobre uma liberdade que não existiria".[60] Hassemer salienta que aquele que, por qualquer razão, negue que os seres humanos possam ser responsáveis pelo que fazem, elimina uma peça-chave, tanto no ordenamento jurídico quanto em nosso mundo. Enfatiza que o reconhecimento como pessoa vulnera o fundamento normativo de nosso trato.[61]

Outra questão ocupa-se do próprio experimento. Há condições específicas em que são realizados e que devem ser analisadas. Ainda, a identificação da decisão consciente e o momento em que o sujeito observa e registra o fato requerem tempo. Ademais, é possível identificar uma separação entre o sujeito e o cérebro, como se fossem duas peças de lego que são montadas para gerar o ser. Ainda, é possível questionar que há muitas interpretações dos resultados, dado que a metodologia utilizada é muito simples e restrita, como levantar um dedo, olhar uma imagem ou ouvir um som. O que, no máximo, se pode concluir, é o fato de que simples ações cotidianas, como mexer a mão, ver televisão, identificar sons, não requerem uma deliberação racional complexa, podendo ser um pouco mecanicista.[62] Tais experimentos se mostram pouco sólidos para desvelar

59. WEIBER, Bettina. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 147.

60. ARAÚJO, Fábio Roque da Silva de; BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. A aplicação da neurociência ao direito penal: rumo a um direito penal do autor?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA,* out. 2017.

61. HASSEMER Winfried. Neurociências y culpabilidad en Derecho penal. *Dret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, abr. 2011.

62. LAGIER, Daniel González. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.p. 28.

a complexidade de uma decisão e, portanto, parece ingênuo ampliar o raio de abrangência de tais metodologias e os fazer incidir no conceito de livre arbítrio, como se esse fosse algo facilmente mensurável.

Outro ponto interessante a ser analisado diz respeito aos testemunhos. Uma das provas mais utilizadas no processo penal é justamente a testemunhal, sendo, em muitos casos, a única fonte de evidência possível em determinado caso. Em alguns casos, inclusive os próprios peritos prestam o testemunho para sanar questões associadas à prova pericial produzida. Estudos da neurociência têm questionado duas principais ramificações desse assunto.[63] Uma primeira seria o fato de que alguns experimentos demonstram que as pessoas incorporam com facilidade os detalhes falsos e, portanto, muitas vezes associam atos pontuais a momentos que não se relacionam. Segundo António Damásio, "todos possuímos provas concretas de que sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas uma *interpretação*, uma nova versão reconstruída do original".[64]

Estudos acerca das falsas memórias corroboram com a ideia de Damásio. Di Gesu, após alentada pesquisa, salienta que há um momento entre a aquisição e a evocação da memória, neste tempo é onde deve ocorrer a fixação da memória. A fixidez da memória, entretanto, varia de acordo com a velocidade das tecnologias[65] e poder-se-ia aqui dizer, também, de acordo com a intensidade do momento em que o indivíduo está inserido. Ou seja, tendemos a esquecer com facilidade notícias veiculadas em telejornais, bem como detalhes importantes de uma cena de assalto. Nesse sentido, Viriló salienta que não há memória sem esquecimento e, portanto, que o conteúdo da memória está associado com a velocidade do esquecimento.[66] Quanto mais o tempo passa, sem que relembremos os fatos e retomemos a memória, a fixidez dá lugar à liquidez. No âmbito jurídico penal, é imprescindível que seja demonstrada a concepção de memória em diferentes

63. GALICIA, René Molina. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 68.

64. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 105.

65. DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 125.

66. VIRILIO, Paul. O paradoxo da memória do presente na era cibernética. Entrevista com Paul Virilio concedida a Frederico Casalegno. *Memória cotidiana*: comunidades e comunicação na era das redes, 2006. p. 98.

prismas, pois dela depende o processo de reconstrução do fato delituoso frente à ausência de outras provas. Ou seja, o processo depende da lembrança dos testemunhos e, portanto, a memória "além de presentificar os vínculos obrigacionais, contribui, mesmo que de forma deficitária, para a vivificação do delito".[67]

A segunda questão trata sobre a característica de temporalidade. O objetivo da memória é proporcionar a uma pessoa uma história coerente de acontecimentos. As memórias são reconstruídas com o tempo, são produtos de algo que tenhamos vivenciado, sendo dinâmicos e maleáveis. Assim, diz-se que a memória se molda com o tempo. Nesse sentido, estudos têm demonstrado que a veracidade de testemunho pode se perder com o passar dos dias. Ou seja, se uma informação está incompleta, o cérebro fará o possível para inventar outra que cumpra com as condições requeridas, inclusive gerando possíveis falsas memórias, como já citado acima.

Além disso, deve-se salientar que a maneira como as perguntas são formuladas podem conduzir a testemunha a relembrar detalhes que talvez possam nunca ter ocorridos.[68] Nesse âmbito, novas metodologias de interrogatório vêm sendo desenvolvidas, utilizando análises de comunicação verbal e microexpressões faciais. Aparentemente, tais técnicas superam a possível "detecção de mentira" por equipamentos de neurociências, sendo 50% mais sensíveis e precisas.[69]

Outra problemática criada pelos teóricos da neurociência abrange, por exemplo, a eventualidade de que uma lesão cerebral possa determinar um comportamento delitivo, eliminando ou reduzindo a voluntariedade. Nesse caso, a determinação da lesão deveria ser decisiva para a declaração de culpabilidade do imputado. Contudo, não se sabe qual deveria ser a relevância desse resultado na relação com suas consequências jurídicas. Alguns dizem que deveria ser afastada toda a culpabilidade e, portanto, a responsabilidade penal. Outros acreditam que a determinação da lesão não exclui a culpabilidade, mas devem ser levados em conta os efeitos de uma possível redução de pena. Há, ainda, um terceiro entendimento acerca do tema, que assenta no fato de que não haveria sentido em se falar de voluntariedade do comportamento criminal, uma vez que isso seria simplesmente um efeito determinado pela atividade neuronal de uma parte do cérebro

67. DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 135.

68. GALICIA, René Molina. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 69.

69. GALICIA, René Molina. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 70.

e, portanto, não teria sentido em fazer uma distinção entre comportamento voluntário e involuntário.

Desse modo, sendo considerados involuntários todos os comportamentos, as categorias penais baseadas em voluntariedade e consciência perderiam o sentido. Poder-se-ia, inclusive, questionar a exclusão do conceito de responsabilidade subjetiva do Direito Penal, sempre que adotadas as atuais descobertas da neurociência. O fato é de que as intenções não são apenas processos cerebrais e a intencionalidade não se coloca em uma zona do cérebro, uma vez que a consciência resulta de um contato com o mundo externo. No cérebro não existe uma zona da responsabilidade, onde as dinâmicas neuronais determinam um comportamento criminoso.

Outro tema polêmico e problemático diz respeito à fixação da maioridade penal. Investigações de neurociência demonstram que o desenvolvimento estrutural do cérebro começa a partir dos 16 anos e que as principais alterações estruturais cerebrais ocorrem em regiões associadas à emoção, ao controle de impulsos e à avaliação de riscos e de recompensa. Para a neurociência, os jovens possuem um déficit relevante na capacidade de ponderação, se comparados com os adultos, tendo uma maior dificuldade para inibir seus comportamentos e controlar seus impulsos, devido a uma complexa modificação no córtex pré-frontal durante esse período da vida. Ainda mais, na medida em que é defendido que a maturação cerebral durante a adolescência segue um padrão específico e previsível que é consistente com padrões previsíveis de mudanças comportamentais, a evidência neurocientífica reforça o argumento básico de que os adolescentes são, por natureza, menos maduros que os adultos.

Nos EUA, a influência da neurociência na tomada de decisão legal vem crescendo rapidamente, sendo que as referências ao desenvolvimento do cérebro do adolescente aparecem regularmente nas decisões de primeira instância. A discussão acerca do assunto deve recair sobre os limites legais que necessitam ser estabelecidos entre adolescentes e adultos. Para isso a neurociência serve de apoio, juntamente com a ciência comportamental. Em última análise, a lei normalmente está preocupada com o comportamento humano e não com o funcionamento cerebral. Nesse contexto, faz muito mais sentido confiar em um teste de direção do que em uma varredura cerebral para decidir se alguém deve receber uma carteira de motorista, por exemplo.[70]

70. STEINBERG, Laurence. The influence of neuroscience on US Supreme Court decisions about adolescents criminal culpability. *Nature Reviews Neuroscience*. 2013 Jul;14(7):513-8.

Observa-se que experimentos neurocientíficos focam apenas um ponto e ignoram que a capacidade de decisão se prolonga no tempo. Seria um salto errôneo associar um ato voluntário a um processo interno predeterminado inconscientemente sem que houvesse relação com o meio. É preciso cautela e consolidação das pesquisas para não cairmos em um neolombrosianismo e em um determinismo biológico acerca do delito. Não se trata de associar a criminalidade a estruturas cerebrais e padrões funcionais. Trata-se de propor alguns critérios mediante as diferenças identificadas cientificamente entre a capacidade psíquica de um jovem e de um adulto. Foi com base nesse tipo de consideração que a Suprema Corte Norte Americana, em 2005, no caso *Roper vs. Simmons*[71], aboliu a pena de morte em crimes cometidos por jovens menores de 18 anos. O voto foi apoiado em investigações neurocientíficas que demonstraram que jovens e adultos não são iguais e, portanto, não podem ser sancionados da mesma maneira.

Uma última questão recai sobre o raciocínio e a tomada de decisão. Como já bem descrito anteriormente, estudos[72] afirmam que a tomada de decisão não é baseada apenas em aspectos racionais, tendo influências externas e emocionais[73], e que, além disso, está intimamente relacionada ao contexto local.[74] É necessário entender que, por trás do ato de julgar, existe um ser humano "que também implode em suas questões existenciais, em seus porquês, em suas emoções, nos sentidos que busca da vida e nas próprias expectativas e intenção do que pretende comunicar na sentença".[75] É o autoconhecimento transposto para a decisão tomada. Ou seja,

71. *Roper vs. Simmons* (03-663) 543 U.S. 551 (2005). Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/03-633.ZO.html]. Acesso em: maio 2018.

72. Um estudo realizado nessa área baseia-se no jogo do ultimato, utilizado também para entender a teoria dos jogos. O jogo consiste em dois participantes, em que um recebe uma quantia e deve dividir entre os dois. O segundo, então, aceita ou rejeita a divisão. De acordo com o modelo do ator racional, o ator 1, que divide o dinheiro, deveria propor o menor valor acima de zero para o ator 2, pois assim maximizaria suas ações. O ator 2, portanto, deveria aceitar qualquer valor acima de zero, pois é a única opção que tem. Entretanto, isso normalmente não ocorre. Estudos de neurociência demonstraram que aqueles que possuem a área do cérebro relacionada com a emoção ativada tendem a rejeitar a oferta, enquanto aqueles que tiveram a área da cognição mais ativada tendem a aceitar a proposta.

73. FARRELL, Anne M.; GOH, Joshua O. S.; WHITE, Brian J. Financial incentives differentially regulate neural processing of positive and negative emotions during value-based decision-making. *Frontier in Human Neuroscience.* 2018 Feb 13; 12:58.

74. VLAEV, Ivo. Local choices: rationality and the contextuality of decision-making. *Brain Sciences.* 2018 Jan; 8(1):8

75. Sobre a temática, Giacomolli salienta que "é um tributo do ser-no-mundo o entendimento

como António Damásio já descrevera, a mera razão não é suficiente para que uma decisão seja tomada.[76] Tais fatos não podem ser ignorados.

Debate pertinente faz-se em relação à dor e o dano causado por outrem. A dor é um fato fundamentalmente subjetivo, processado corticalmente. Desse conceito se deduzem duas questões: a impressão que algo é produzido por meio dos sentidos e como isso se manifesta interiormente.[77] Assim, uma das grandes preocupações processuais encontra-se na possibilidade de um declarante estar mentindo e superestimando a dor sofrida, como aumentar a dor de sequelas pós-traumáticas, a fim de elevar uma indenização. Assim, como a dor muitas vezes está associada com o dano moral, o ordenamento jurídico busca objetivar essa dor, presumindo sua existência a partir da prova de dano moral ou físico.

A justificação para essa objetivação da dor recosta-se no fato de evitar desigualdades que poderiam produzir indenizações muito díspares em danos similares e de garantir a segurança jurídica. Entretanto, para tal, é necessário que a prova da dor seja produzida. Tanto na dor física quanto na psíquica, mecanismos têm sido desenvolvidos para graduar a existência e a intensidade da dor. A metodologia mais utilizada é a *visual analogue scale* (VAS), a qual infere a escala de dor (de zero a dez)[78] através de uma entrevista com o próprio paciente. A neurociência tem utilizado avaliações de imagem computadorizada para detectar a região cerebral que é ativada quando se aplicam estímulos de dor, procurando identificar a região

---

de si mesmo. O entendimento de si na interação com o mundo existencial que o habita e lhe atribui sentido, sendo que o sentido conferido às coisas é uma projeção desse seu mundo interior. Esse entendimento é necessário e instrumentaliza o juiz no ato de julgar. Dessa forma, o juiz nunca decide de forma neutra. Será sempre sujeito da tradição que lhe servirá de sustentáculo no ato de julgar, nunca parando de repor-se, e de superar-se, pois a sua realidade, como a de outros seres, é a transposição de sentido projetada pelo ser contextualizado na sua percepção da existência e existindo nela" (GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade nas decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 102, abr.-jun. 2006. p. 287-307).

76. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 12-17.

77. JOAN PICÓ y JUNOY. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 84.

78. Muito embora esse teste seja amplamente utilizado, cabe salientar que ainda assim é substancialmente subjetivo. O número zero seria indicativo de "não dor", enquanto o número dez representaria uma dor insuportável. Contudo, diferenciar as dores dos números intermediários, como 4, 5 e 6 seria extremamente subjetivo.

da "matriz da dor".[79] Assim, talvez seria possível dizer que a dor sai de um âmbito subjetivo e adentra em uma área mais objetiva. Contudo, as imagens geradas não identificam a origem e nem a intensidade da dor. Desse modo, caso tais metodologias possam ser consideradas fontes probatórias no Direito Processual Penal, haveria um questionamento acerca do reducionismo científico perante a complexa natureza humana, com consequente geração de elementos probatórios potencialmente frágeis e com embasamento científico inconsistente.

As perspectivas das neurociências como prova judicial possibilitam um questionamento de diversos institutos de Direito Penal Material e Processual Penal. É prematuro aceitar ou descartar as descobertas. Contudo, podemos afastar aspectos impróprios e aproveitar os aspectos positivos dessa nova perspectiva. Como exemplo, citamos o caso que Burens e Swerdlow[80] descreveram. Um indivíduo de 40 anos, professor e pai de família, repentinamente, desenvolveu um estranho interesse por pornografia infantil, fato que o levou a assediar seus alunos. O professor foi denunciado, julgado e condenado à prisão. Durante o cumprimento da pena, descobriu-se que havia um grande tumor cerebral na zona orbitofrontal do condenado. Realizou-se uma operação e, sete meses depois, o professor foi posto em liberdade. Meses depois, o homem voltou a desenvolver dores de cabeça e comportamentos semelhantes ao anterior. Uma nova utilização de metodologias de neurociência demonstrou um novo crescimento tumoral, levando o suposto acusado à operação novamente, o que resultou na redução de suas tendências sexuais tidas por anômalas. Nesse caso, as técnicas de neuroimagem foram essenciais para encontrar uma explicação para o comportamento criminoso do homem e permitiram identificar que a conduta delitiva não era mais do que o resultado de uma doença, da qual o homem não deveria ser responsabilizado.

6. Considerações finais

A evolução tecnológica tem auxiliado significantemente na qualidade de vida da população de um modo geral. Entretanto, também tem trazido muitos questionamentos e desvelado novos problemas. Na era da tecnologia da computação avançada, buscamos sempre respostas rápidas, diretas, e procuramos encontrar soluções para todas as dúvidas geradas. Supervalorizamos as características

79. JOAN PICÓ y JUNOY. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 90.

80. BURNS, Jeffrey M.; SWERDLOW, Russell H. Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign. *Arch Neurol.* 2003;60(3):437-440.

basilares das ciências exatas, imputando à metodologia observacional um padrão de excelência que só a ela competiria. Idealizamos, muitas vezes de modo equivocado, uma verdade inegável aos procedimentos metodológicos empregados nas ciências exatas. Não obstante, a velocidade do desenvolvimento científico é extremamente elevada, de modo que se faz necessário valorar criticamente os avanços da neurociência e oferecer argumentos críticos aos defensores que sustentem a possibilidade de tais técnicas serem utilizadas indiscriminadamente no âmbito forense.

Estudos neurocientíficos associam uma atividade mental à uma estrutura específica cerebral, além de desenvolver experimentos que relatam o condicionamento das decisões individuais à função cerebral. Importante frisar que as metodologias neurocientíficas baseiam-se em análises morfofuncionais da estrutura encefálica, principalmente por exames de ressonância magnética funcional, os quais se baseiam no fluxo sanguíneo da região.

É importante que se reconheça que tais metodologias possuem grande aplicabilidade nas ciências médicas. Entretanto, incorporar tais experimentos e técnicas à esfera jurídica ainda é prematuro e há, pelo menos, que ser contextualizado com as perspectivas da ciência humana a ser considerada. Aplicar a metodologia sem qualquer cuidado, utilizando as mesmas ferramentas aplicadas para a clínica na detecção de uma enfermidade cerebral, a fim de avaliar o testemunho do réu, por exemplo, desvela uma aplicação possivelmente neolombrosiana, reduzindo e delimitando o debate acerca do evento de decisão a estruturas fixas.

A prova científica possui impacto significativo no processo penal; entretanto, em certos casos, e principalmente em metodologias ainda imaturas, é preciso ter um posicionamento crítico. Faz-se necessário um conjunto básico de informações que possam embasar tal metodologia e que outorguem uma maior confiança ao julgador. Ou seja, como desenvolvido no caso *Daubert*, não é qualquer metodologia experimental que pode ser constitutiva de uma prova científica.

No âmbito das ciências penais e processuais penais, a busca por um entendimento de todo o contexto é de extrema importância para a realização da retrospectiva do fato, levando em consideração elementos subjetivos e objetivos do indivíduo. Balizar uma função mental a apenas uma estrutura cerebral é de extremo reducionismo. Incorporar metodologias científicas ainda não bem determinadas para dentro do processo penal, utilizando-as de modo descomedido como elemento de prova, é muito sensível e questionável. Logo, para que se possa utilizar elementos neurocientíficos na esfera processual penal, faz-se necessário compreender suas aplicações, tecnologias e bases metodológicas empregadas,

a fim de identificar os possíveis âmbitos de aplicação e utilização de tais técnica que avalize a idoneidade dos institutos processuais e, principalmente, o respeito os valores intrínsecos da dignidade humana.

Após uma vasta busca bibliográfica, fez-se possível identificar diversos aspectos relacionados ao desenvolvimento da neurociência e apontar impactos que podem vir a ser gerados no âmbito criminal. No ordenamento jurídico Norte-Americano, foi possível identificar um campo de fala solidificado acerca da matéria, como exemplificado pela trilogia Daubert. Percebeu-se, ainda, a presença de um debate científico internacional aprofundado acerca da dualidade mente-cérebro, o qual se imiscui com as temáticas de tomada de decisão e, consequentemente, com o Direito Penal e Processual Penal. Diversas consequências podem ser geradas quando da utilização acrítica de metodologias neurocientíficas, principalmente no que tange à tomada de decisão.

Portanto, em relação à aplicação das neurociências no Direito Penal e Processual Penal, é preciso ter cautela, caso contrário, nas palavras de Falavigno, "o que restaria da ciência penal, por consequência? Apenas a de resignar-se, deixando aos profissionais da saúde mental a tarefa de orientar, se possível, a decisão inicial daqueles que venham a cometer fatos não desejados pela sociedade".[81]

Por fim, uma nota prática, descrita por Damásio:

> "a solução para o problema da violência social não virá apenas de se considerar os fatores sociais e se ignorar os fatores neuroquímicos correlacionados, nem virá da atribuição das culpas a um único agente neuroquímico. É necessária a consideração de *ambos* os tipos de fatores, sociais e neuroquímicos, em proporção adequada".[82]

7. Bibliografia

ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.) Éstandares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ACADEMIA BRASILEIRA DE NEUROLOGIA. Disponível em: [http://abneuro.org.br/clippings/detalhes/507/o-envelhecimento-dos-neuronio]. Acesso em: maio 2018.

81. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Discussões criminológicas e penais em neurociência. *Revista Diké*, v. 6, n. 1, 2017. p. 35.

82. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 86.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva de; BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. A aplicação da neurociência ao direito penal: rumo a um direito penal do autor?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, out. 2017.

BEAR Mark F.; CONNORS, Barry W.; PARADISO, Michael A. *Neurociências, desvendando o sistema nervoso*. Porto Alegre: Artmed, 2017.

BURNS, Jeffrey M.; SWERDLOW, Russell H. Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign. *Arch Neurol*. 2003;60(3):437-440.

BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Madrid: Marcial Pons, 2014.

CORDA, Alessandro. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: 1986.

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

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. 2008. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DOMINIONI, Oreste. *la prova penale scientífica*. Milão: Giuffrè, 2005.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *Discussões criminológicas e penais em neurociência*. Revista Diké, v. 6, n. 1, 2017.

FARRELL, Anne M.; GOH, Joshua O. S.; WHITE, Brian J. Financial incentives differentially regulate neural processing of positive and negative emotions during value-based decision-making. *Frontier in Human Neuroscience*. 2018 Feb 13; 12:58.

GALICIA, René Molina. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade nas decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p. 287-307, abr.-jun. 2006.

HASSEMER, Winfried. Neurociências y culpabilidad en derecho penal. *InDiret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, abr. 2011.

JOAN PICÓ y JUNOY. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LAGIER, Daniel González. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

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

MURPHY, Erin. The new forensics: criminal justice and the second generation of scientific evidence. *California Law Review,* n. 95, p. 726-728, 2007. Disponível em: [https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=californialawreview]. Acesso em: set. 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NIH National Library of Medicine. Medline Plus. *PET Scan*. Disponível em: [https://medlineplus.gov/ency/article/003827.htm]. Acesso em: maio 2018.

POPPER, Karl. *Conocimiento objetivo*: un enfoque evolucionista. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

SEARLE, John. *Mente, cérebro e ciência.* Lisboa: Edições70, 2018.

STEINBERG, Laurence. The influence of neuroscience on US Supreme Court decisions about adolescents' criminal culpability. *Nature Reviews Neuroscience*. 2013 Jul;14(7):513-8.

TARUFFO, Michele. *A prova.* Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

UC San Diego, Scholl of Medicine. Center for Functional MRI. *What is fMRI?* Disponível em: [http://fmri.ucsd.edu/Research/whatisfmri.html]. Acesso em: maio 2018.

VÁZQUEZ-ROJAS, Carmen. Sobre la cientificidad de la prubea científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica 2014,* n. 24, v. 1, p. 65-73.

VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial.* Madrid: Marcial Pons, 2015.

VÁZQUEZ, Carmen (Org.). Éstandares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

VIRILIO, Paul. O paradoxo da memória do presente na era cibernética. Entrevista com Paul Virilio concedida a Frederico Casalegno. *Memória cotidiana*: comunidades e comunicação na era das redes, 2006.

VLAEV, Ivo. Local choices: rationality and the contextuality of decision-making. *Brain Sciences.* 2018 Jan; 8(1): 8.

WEIBER, Bettina. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Liberdade da vontade, neurociência e culpabilidade, de Maria Luiza Gorga e Guilherme Lobo Marchioni – *RBCCrim* 114/99-129 (DTR\2015\9160);
- Liberdade de ação *versus* neurociências no direito penal da culpabilidade, de Paulo César Busato – *RBCCrim* 145/487-529 (DTR\2018\17988); e
- Neurociências e culpabilidade em direito penal, de Winfried Hassemer, Traduzido por Helena Regina Lobo da Costa – *RBCCrim* 100/211-225 (DTR\2013\407).

O governo da vida que "não vale nada": capital humano e extermínio na Amazônia

The government of life that "is not worth anything": human capital and extermination in the Amazon

Amanda Laysi Pimentel dos Santos
Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).
Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Instituições e Dispositivos Punitivos (CESIP).
pimentel.amanda9@gmail.com

Jean-François Yves Deluchey
Doutor em Ciência Política pela Universidade da Sorbonne Nouvelle (Paris 3).
Professor-Associado da Universidade Federal do Pará.
Coordenador do Centro de Estudos sobre Instituições e Dispositivos Punitivos (CESIP).
jfdeluchey@gmail.com

Recebido em: 01.05.2018
Aprovado em: 11.01.2019
Última versão do (a) autor (a): 16.02.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho visa abordar a problemática do extermínio da juventude popular da região amazônica, analisando a sua relação com a consolidação do neoliberalismo como conjunto de práticas governamentais. Partindo do referencial teórico foucaultiano de *capital humano* e *racismo de Estado* e tendo como base a análise de entrevistas realizadas com familiares de vítimas de extermínio da região, buscamos compreender em que medida os dispositivos da racionalidade neoliberal de governar, típica da atual fase do capitalismo contemporâneo, tem contribuído com o processo de legitimação da morte da juventude das camadas populares na Amazônia.

Abstract: The present work aims to address the problem of the extermination of the popular youth of the Amazon region, analyzing its relation with the consolidation of neoliberalism as a set of governmental practices. Based on the Foucaultian theoretical reference of *human capital* and *state racism* and based on the analysis of interviews with relatives of victims of extermination in the region, we sought to understand to what extent the devices of the neoliberal rationality to govern, typical of the current Phase of contemporary capitalism, has contributed to the process of legitimizing the death of the youth of the popular strata in the Amazon. In the end,

Santos, Amanda Laysi Pimentel dos; Deluchey, Jean-François Yves.
O governo da vida que "não vale nada": capital humano e extermínio na Amazônia.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 157. ano 27. p. 287-315. São Paulo: Ed. RT, julho 2019.

Constatamos, no final, que essa razão neoliberal, por meio de seus dispositivos normativos e institucionais, tem possibilitado o extermínio dessa população à medida que apenas considera como sujeito de direitos àqueles indivíduos que se adaptam à regra da consolidação do mercado, devendo os inadaptados à ordem mercadológica enfrentar as diversas formas de violência, dentre as quais, sendo o extermínio o símbolo maior.

Palavras-chave: Neoliberalismo – Capital humano – Extermínio – Juventude – Amazônia.

we find that this neoliberal reason through its normative and institutional mechanisms has allowed the extermination of this population, since it only considers as subject of rights to those individuals who adapt to the rule of market consolidation, Those who are not adapted to the market order, to face the various forms of violence, of which extermination is the greatest symbol.

Keywords: Neoliberalism – Human capital – Extermination – Youth – Amazon.

Sumário: 1. Introdução. 2. O valor da vida humana nas sociedades neoliberais. 3. O capital humano da juventude popular. 4. Capitalismo, racismo e extermínio da juventude. 5. O extermínio da juventude na Amazônia. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia.

Eu não sei as estatísticas dos outros municípios, mas eu acho que aqui é um dos mais violentos. É uma tristeza! Cada barulho que a gente vê, a gente já imagina que tem um morto. Cada barulho de tiro, tiro que a gente escuta, a gente já imagina que tem um morto e às vezes, matam até de dois a dois. É muito triste, uma tristeza, uma tristeza!
(DONA ROSA, Igarapé-Miri/PA).

1. Introdução

Nos últimos anos, tornou-se muito comum no Brasil deparar-se com notícias que difundem a ideia de que a violência nas cidades é o principal problema a ser combatido pelas autoridades públicas e de que os principais produtores dessa violência e do caos social são os jovens das camadas populares. Tal visão tem sido fortalecida pelo uso da força policial como argumento de legitimidade da violência e pelo aparecimento de grupos de extermínio e milícias, compostos por agentes públicos e particulares, que se utilizando dos famosos jargões "bandido bom é bandido morto", "vagabundo" e "cidadão de mal", por exemplo, têm caracterizado essa juventude como classe perigosa, que deve ser mantida apartada do convívio em sociedade.

Consideradas como verdadeiras ervas daninhas sociais, a juventude popular tornou-se hoje o alvo principal das políticas de segurança pública e das expressões da violência social e institucional. Não é à toa que, de acordo com os dados do Mapa da Violência (2016)[1], a juventude é a principal vítima de morte por ar-

1. WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2016:* Homicídios por arma de fogo. Brasília, UNESCO, 2016.

mas de fogo do país. O estudo aponta que enquanto no conjunto da sociedade o crescimento de homicídios por arma de fogo cresceu 592,8% no período compreendido entre 1980 e 2014, entre os jovens o número subiu para 699,5%. A maioria das vítimas possuem em comum a raça, o gênero e a idade: 94,4% são homens e, proporcionalmente, mata-se 158,9% mais negros do que brancos, isto é, morrem 2,6 mais negros do que brancos no Brasil.

Além desses dados, a ocorrência de chacinas e ações de grupos de extermínio têm se multiplicado em todo país, demonstrando que as consequências mais graves desse problema se traduzem no extermínio de vidas, constituídas majoritariamente por jovens pobres, negros e do sexo masculino. Tais mortes, no entanto, ao invés de causar repulsa, têm recebido amplo apoio de boa parte da sociedade, da mídia e do próprio Estado, que consideram o extermínio dessas vidas como algo benéfico à saúde da população como um todo. Na Amazônia paraense, essa realidade não tem sido diferente. A CPI das milícias (2015)[2], instaurada pela Assembleia legislativa do Estado do Pará, confirmou as repercussões desse espantoso cenário de produção de mortes em massa da juventude das camadas populares ao apurar a existência e atuação de grupos de extermínio e milícias no Estado.

Diante desse contexto, o presente trabalho propõe-se a fazer uma reflexão sobre o extermínio da juventude popular, buscando compreender em que medida a morte dessa população é legitimada pelos dispositivos da racionalidade neoliberal de governar, típica da atual fase do capitalismo contemporâneo. Partimos com Michel Foucault, a partir de sua teoria do *capital humano*, da ideia de que o neoliberalismo constitui hoje não apenas uma política econômica, mas, sobretudo, uma razão política que busca conduzir a existência dos indivíduos em sociedade conforme os ditames do capital. Nessa ordem, apenas os indivíduos que se adaptam à regra da consolidação do mercado, acumulando competências e habilidades valorizadas pelo mercado, são considerados como normais, úteis e dignos de vida, enquanto os não adaptados a esse regime, como as populações marginalizadas como um todo e, em especial neste trabalho, a juventude popular, por não se adequarem a tal regra, são vistos como anormais, inúteis e indignos de viver, devendo, por isso, enfrentar as consequências impostas aos que não seguem o modelo de vida neoliberal, tendo suas vidas desqualificadas e até mesmo retiradas, como nos casos de extermínio que este trabalho busca demonstrar.

2. ESTADO DO PARÁ. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARÁ. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito que apurou a atuação de grupos de Extermínio e Milícias no estado do Pará* – Janeiro de 2015.

Utilizamos também a noção de *racismo de estado* de Foucault, para compreender quais as funções que os discursos e práticas que desqualificam as vidas da juventude popular exercem no cenário neoliberal, que classifica as pessoas como úteis e inúteis diante de sua conformação ou não ao capital. Nossa hipótese, desse modo, é que a razão neoliberal de governar, por meio de seus dispositivos normativos e institucionais, e pela utilização de discursos e práticas racistas, tem possibilitado o extermínio dessa população à medida que apenas considera como sujeito de direitos aqueles indivíduos que se adaptam à regra da consolidação do mercado, devendo os inadaptados à ordem mercadológica enfrentar diversas formas de violência, dentre as quais, sendo o extermínio o símbolo maior.

Para fazer essa análise, além dos referenciais teóricos foucaultianos de *capital humano* e *racismo de estado,* utilizamo-nos de entrevistas realizadas com familiares de vítimas de extermínio da região entre os meses de outubro e novembro de 2016, aprovado pelo CEP (Comitê de Ética em Pesquisa) da Universidade Federal do Pará (UFPA). No total, foram feitas 16 entrevistas, mas, para este trabalho, lançamos mão de seis delas, uma vez que podem demonstrar de forma mais clara a relação existente entre o acúmulo de capital humano e o extermínio da juventude popular.

2. O valor da vida humana nas sociedades neoliberais

Tornou-se bastante corriqueiro nas últimas décadas, especialmente a partir dos anos 1980, definir o neoliberalismo como uma teoria econômica inspirada pela ideologia do mercado como realidade natural do sistema capitalista dito "globalizado". Tal visão tem sido fortalecida pelas famosas políticas de austeridade e privatização adotadas por vários governos e defendidas principalmente pelos setores empresariais.

Essa forma de interpretar o neoliberalismo, associando-o apenas a uma política econômica, a nosso ver, constitui um obstáculo para compreender a sua real operacionalidade sobre o tecido social. Isso porque, mesmo com consequências catastróficas e graves retrocessos sociais, as políticas neoliberais ainda continuam a se desenvolver e aprofundar, tendo ampla aceitação por grande parte da sociedade.

Nesse sentido, atentos ao risco de reduzir o neoliberalismo a uma mera teoria econômica, Pierre Dardot e Christian Laval defendem, com Michel Foucault, que o neoliberalismo é, antes de tudo, uma racionalidade e uma forma de conduzir a existência dos indivíduos em sociedade, o que explicaria o seu sucesso e prolongamento durante todos esses anos.

> "O neoliberalismo, antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma *racionalidade* e, como tal, tende

> a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados. A racionalidade neoliberal de governar tem como característica principal a generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação[3]."

Por conta disso, não podemos apenas falar de "política neoliberal" como se o neoliberalismo fosse somente uma opção política governamental contingente aos governos que assumem a liderança. Ele tem de ser estudado através de ferramentas que deem conta de suas várias dimensões, até a dimensão infraindividual, por meio de uma análise fina que permita compreendê-lo enquanto nova arte de (nos) governar.

Essa análise propõe, desse modo, compreender, sobretudo, como o neoliberalismo tem produzido formas de existir, agir e pensar, constituindo um novo modo de experimentar a vida social, ou, em outras palavras, propõe-se a desvendar "a forma como fomos levados a nos comportar, a nos relacionar com os outros e com nós mesmos"[4].

O filósofo Michel Foucault, em sua obra "Nascimento da Biopolítica", dedicou parte das suas pesquisas a compreender esse funcionamento. Para ele, o neoliberalismo corresponde a uma *governamentalidade*, isto é, uma arte de governar composta por um conjunto de tecnologias governamentais de controle que visam adaptar as diversas formas de vida humana ao modelo hegemônico de vida. Nesse sentido, é preciso compreender que a noção de governo foucaultiana é diferente daquela que comumente conhecemos, pois, para ele, trata-se aqui "[...] não da instituição 'governo', mas da atividade que consiste em reger a conduta dos homens no interior de um quadro e com instrumentos de Estado"[5].

Essa arte de governar constitui-se, em toda uma série de estratégias, para influenciar o comportamento humano a se adequar às finalidades da ordem econômica. Por conta disso, para os neoliberais será importante criticar, bem como refundar as bases em que se assentava o liberalismo clássico, de forma que toda atividade humana das pessoas venha a conformar-se às normas hegemônicas do capital. Nessa lógica, comenta Foucault:

> "O que a análise deve tentar esclarecer é qual cálculo, que aliás pode ser despropositado, pode ser cego, que pode ser insuficiente, mas qual cálculo fez

3. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17.
4. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian, op. cit., p. 16.
5. FOUCAULT, Michel. *Dits et* écrits. Paris: Gallimard, 1994a. v. 3. p. 819.

> que, dados certos recursos raros, um indivíduo ou indivíduos tenham decidido atribuí-los a este fim e não àquele. A economia já não é, portanto, a análise da lógica histórica de processo, é a análise da racionalidade interna, da programação estratégica da atividade dos indivíduos[6]."

Nesse novo cenário, a função do trabalhador, e do próprio trabalho em si, ganha nova conotação, uma vez que serão vistos não apenas como força de trabalho a ser explorada pelo empregador, mas como sujeitos econômicos ativos que devem transformar o seu trabalho em conduta econômica racionalizada e calculada. É preciso, dessa forma, "Situar-se, portanto, do ponto de vista do trabalhador e fazer, pela primeira vez, que o trabalhador seja na análise econômica não um objeto, o objeto de uma oferta e de uma procura na forma de força de trabalho, mas um sujeito econômico ativo"[7].

Com essa nova dimensão do neoliberalismo, a figura do trabalhador assalariado perde espaço para a figura do homem economicamente ativo, que ao direcionar sua atividade humana para o ingresso no mercado de trabalho formal, obterá, em contrapartida, uma renda que permitirá a sua sobrevivência no meio social, bem como o seu reconhecimento enquanto sujeito útil e apto à ordem neoliberal vigente. Essa renda é expressa, sobretudo, na renda salarial que cada trabalhador recebe pelos serviços prestados ao seu empregador.

Foucault aponta, no entanto, que nem todas as pessoas poderão fazer uso dessa renda, uma vez que, para poder alcançá-la, será necessário, antes de tudo, possuir um certo capital, a que ele denomina como *capital humano*. Esse capital é constituído por uma série de aptidões e competências, fatores físicos e psicológicos que as pessoas necessariamente precisam possuir e acumular para serem consideradas como sujeitos aptos à ordem neoliberal[8].

Para ele, existem duas formas de capital humano: o inato e o adquirido. O primeiro faz referência a certas qualidades aparentemente inatas e hereditárias que apenas alguns indivíduos possuem, enquanto o segundo refere-se à grande maioria da população, que, por não possuir esse capital na sua forma inata ou por via de nascimento, precisa buscar adquiri-lo por meio do acúmulo de habilidades e competências. Vemos, dessa forma, que é "[...] muito mais do lado do adquirido, ou seja, da constituição mais ou menos voluntária de um capital humano no

6. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*: curso no Collége de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 307.
7. Ibidem, p. 308.
8. Ibidem, p. 306.

curso da vida dos indivíduos, que se colocam todos os problemas e que novos tipos de análise são apresentadas aos neoliberais" [9].

Mas em que consiste formar esse capital humano? Consiste, essencialmente, embora não se limite apenas a isso, em "[...] formar portanto essas espécies de competência-máquina que vão produzir renda, ou melhor, que vão ser remuneradas por renda, quer dizer o quê? Quer dizer, é claro, fazer o que se chama de investimentos educacionais"[10]. Dessa forma, não é mais a concepção da força trabalho, mas a de capital-competência que é o cerne desse novo sistema, fazendo com que os indivíduos busquem adequar seus comportamentos e realizar esses "investimentos" em si durante todo o curso de suas vidas com o objetivo de alcançar o capital necessário para adentrar no mercado de trabalho.

O neoliberalismo, portanto, vai requerer dos indivíduos que façam investimentos em si próprios, produzindo novas formas de vida, em que seus comportamentos, suas formas de pensar e de se relacionar estejam adequadas ao objetivo de adquirir as competências necessárias para estar apto à ordem mercadológica neoliberal. Assim, o indivíduo torna-se o único responsável por aquilo que vai acontecer com ele, impondo a si mesmo a coerção e culpabilização pelo seu sucesso ou fracasso econômico.

Esse novo sujeito, investidor de si mesmo, que é criado pelo neoliberalismo, assemelha-se à própria figura da empresa, à medida que investe para obter lucros. É por isso que para Foucault esse sujeito neoliberal faz a referência à figura do *homo oeconomicus*, isto é, de um homem que é empresário de si mesmo, pois faz despesas de investimentos para obter certa melhoria[11]. É esse modelo de vida, moldado pelo capital, que vai permitir transformar o homem em um empreendedor, ou seja, em um sujeito que aposta nas regras do jogo econômico, montando um plano de ação individual para realizar seus objetivos.

Governar na era neoliberal significa, dessa maneira, não apenas limitar a ação do Estado em relação às leis do mercado, mas, principalmente, usar os instrumentos de Estado para fazer com que os indivíduos governem a si mesmos conforme os ditames das regras mercadológicas. Por isso, para Dardot e Laval, o modelo do homem empresarial constitui o motor da sociedade neoliberal, sendo esse o sustentáculo do capital contemporâneo.

9. Ibidem, p. 315.
10. Ibidem, p. 315-316.
11. Ibidem, p. 317.

> "A *governamentalidade empresarial* está ligada a uma racionalidade de conjunto que tira força de seu próprio caráter abrangente, já que permite descrever as novas aspirações e as novas condutas dos sujeitos, prescrever os modos de controle e influência que devem ser exercidos sobre eles em seu comportamento e redefinir as missões e as formas de ação pública. Do sujeito ao Estado, passando pela empresa, um mesmo discurso permite articular uma definição do homem pela maneira como ele quer ser 'bem-sucedido', assim como pelo modo como deve ser 'guiado', 'estimulado', 'formado', 'empoderado' para cumprir seus objetivos [12]."

Vemos assim que a função do poder na era neoliberal não é algo negativo, repressivo, que diz "não" ou que castiga, como comumente se pensa o poder em termos de contrato, cessão ou alienação. Pelo contrário, aqui a função do poder é primeiramente positiva, como dizia Foucault[13], à medida que ele busca fazer com que as subjetividades humanas se dobrem em favor das suas demandas, no caso, que os indivíduos se tornem sujeitos empresariais.

Logo, no neoliberalismo, o indivíduo apenas vai ser considerado como sujeito útil e normal e, portanto, aferir os lucros dessa ordem, se dirigir sua vida em termos de empreendimento individual, acumulando capital humano para si e vendo no outro um possível concorrente na realização dos seus objetivos. Não se adequar a esse estilo de vida corresponde a uma anomalia que vai impossibilitar ou desqualificar a participação do sujeito no jogo econômico.

A vida humana, dessa forma, adquire um valor positivo ou negativo, de acordo com a acumulação de capital humano que cada um consegue alcançar durante o curso de suas vidas, sendo essa a pedra angular do mito do mérito, tão presente nas sociedades contemporâneas. Esse mito do merecimento tem um horizonte social preciso: qualquer indivíduo que destoe da imagem do homem branco e rico, que representa o modelo de vida empresarial, passa a ser socialmente desclassificado, estigmatizado, e marginalizado, como o negro, a mulher, o gay, o pobre. A governamentalidade neoliberal se apresenta assim como máquina

12. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian, op. cit., p. 328.

13. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987. p.161: "É preciso parar de sempre descrever os efeitos do poder em termos negativos: 'ele exclui', ele 'reprime' ele 'recalca', ele 'censura', ele 'abstrai', ele 'mascara', ele 'esconde'. De fato, o poder produz; ele produz real; produz domínios de objetos e rituais de verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção".

normalizadora, que por meio de diversos dispositivos[14], define o que é normal ou anormal de acordo com o critério de utilidade do modelo empresarial.

Essa razão neoliberal constitui o pano de fundo de nossas reflexões sobre os dispositivos normativos neoliberais face ao apagamento físico da sociodiversidade na Amazônia. Para esse objetivo, a Amazônia é uma região rica para observação empírica dos referidos fenômenos. Com efeito, a Amazônia, com nove milhões de quilômetros quadrados, é o maior conjunto de florestas tropicais do planeta. Seria temerário para qualquer pesquisador listar, ainda que com o maior rigor requerido, a extensa riqueza de recursos naturais, de povos, tribos, e formas biológicas e sociais de vida que povoam e vivem da e na região amazônica. Apenas a título de exemplo, encontram-se na Amazônia brasileira, segundo o WWF, 67% dos mamíferos, 76% dos primatas, 59% das aves e 32% dos anfíbios registrados no país. A diversidade de árvores na Amazônia varia entre 40 a 300 espécies diferentes por hectare[15].

Em meio a essa biodiversidade, a Amazônia também é caracterizada por uma sociodiversidade excepcional. De acordo com o Censo 2010 do IBGE[16], vivem na Amazônia cerca de 306.000 indígenas, reunidos em aproximadamente 80 povos, aos quais se somam outras populações tradicionais (quilombolas, ribeirinhos etc.) e as não menos diversas populações urbanas e periurbanas da região amazônica. Essa pluralidade social expressa-se em formas diversas de viver, de falar a sua língua, em diferentes graus e formas de relacionamento endógeno e exógeno, sendo marcadamente caracterizada por dinâmicas de diálogo e intercâmbio entre suas práticas, mas também por conflitos interpessoais. A maior parte desses conflitos e intercâmbios são produzidos em consequência da presença forte de empresas multinacionais e projetos faraônicos de "desenvolvimento" por eles criados.

Com efeito, a sociodiversidade na Amazônia enfrenta hoje em dia perigos tanto impactantes quanto a biodiversidade por consequência da instalação dos grandes projetos de desenvolvimento e das grandes obras de infraestrutura que são as hidrelétricas, portos, campos de extração minerária ou o *agrobusiness*. As consequências

14. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder.* Rio de Janeiro: Graal, 2000. p 244: "[...] um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode tecer entre estes elementos".
15. MEIRELLES FILHO, João Carlos. *O livro de ouro da Amazônia*: mitos e verdade sobre a região mais cobiçada do planeta. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
16. IBGE. CENSO DE 2010.

pesam sobre a existência de todas as formas de vida (biológicas e sociais) presentes na Amazônia, em uma variedade de manifestações. Em decorrência desses fenômenos, as formas de vida na Amazônia, com todas as suas singularidades, têm sido cada vez mais acometidas por diversas expressões de violência social e institucional. Os alvos dessa violência estão dispersos por todo o território amazônico, abrangendo as áreas rurais e urbanas, tendo como consequências mais graves o simples *apagamento* de formas modernas e tradicionais de vida na Amazônia, tais como, por exemplo, a morte da juventude das camadas populares das grandes cidades, o que levou, inclusive a instauração da CPI das milícias no Estado do Pará, que comprovou a atuação destas no território amazônico, especialmente no Estado do Pará, apontado pelo Atlas da Violência de 2018 como o 4º Estado com maior taxa de homicídio por 100 mil habitantes do país, enquadrando-se no cenário maior de mortes em massa da juventude já apontados por diversos estudos[17].

Essa razão neoliberal de governar, que classifica as pessoas como úteis e inúteis diante da sua conformação ou não ao capital, constitui o pano de fundo das reflexões deste trabalho, que busca compreender em que medida os dispositivos da racionalidade neoliberal de governo contribuem para o apagamento de formas de vida inadaptadas ao regime empresarial do capitalismo contemporâneo. Para tanto, escolhemos como objeto de estudo o extermínio da juventude popular da região amazônica, entendida aqui como margem do mercado, realizando um total de 16 entrevistas com familiares de vítimas de extermínio entre os meses de outubro e novembro de 2016[18].

Nas entrevistas realizadas nesta pesquisa, buscou-se trabalhar com os referenciais teóricos foucaultianos de *capital humano* e *racismo de estado* na tentativa de demonstrar se existe relação entre a morte dos jovens exterminados e o acúmulo de capital humano que fizeram durante o curso de suas vidas, conforme se verá a seguir.

3. O capital humano da juventude popular

O Mapa da Violência (2016), outro importante estudo sobre homicídios no Brasil, pontua que as principais vítimas de morte por arma de fogo no Brasil são

17. O Atlas da Violência é uma publicação anual que continuamente tem afirmado que a principal vítima de morte por arma de fogo no país é a juventude. CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2018*. Fórum Brasileira de Segurança Pública e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2018. p. 03-04.

18. CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

os jovens. O estudo afirma que, enquanto no conjunto da sociedade o crescimento de homicídios por arma de fogo cresceu 592,8% no período compreendido entre 1980 e 2014, o número subiu para 699,5% dentre os jovens (faixa etária de 15 a 29 anos). Além da idade, as vítimas possuem em comum a cor e o gênero: 94,4% são homens e, proporcionalmente, mata-se 158,9% mais negros do que brancos, isto é, morrem 2,6 mais negros do que brancos no Brasil. Embora não traga o fator renda explícito, dos referidos marcadores infere-se que é a juventude das camadas populares as principais vítimas dessa violência.

Assim, iniciamos uma série de entrevistas com familiares de vítimas de violência, procurando saber primeiramente como era a vida da vítima e de sua família, desde a infância até o momento de sua morte. O objetivo inicial dessas indagações era entender se essas pessoas se configuravam como sujeitos empreendedores, se faziam investimentos em si, buscando obter as competências necessárias para se adequar ao modelo de vida do capital, isto é, se investiam, sobretudo, em educação e em formação profissional.

Dessa forma, a entrevistada Rosa, ao falar de seu filho, Vitor, morto aos 27 anos, comenta que a infância dele foi marcada por dificuldades nos estudos, em decorrência de morarem à margem de um rio, em uma cidade do interior do Pará, onde não havia escola nas proximidades, o que levou seu filho a estudar apenas até a 5ªsérie.

> "[...] [os meus filhos] estavam perdendo os estudos já e quando eu cheguei aqui na cidade, a minha filha mais velha tinha 7 anos e eles não tinham tido acesso nem ao ensino infantil. Nessa fase, eles passam por uma série de conhecimento em jardim I, jardim II e eles não tiveram acesso à escola nenhuma, por conta da gente morar em um rio e a escola ficava muito distante. Eu não tinha aquela visão de que o conhecimento formal seria algo relevante pro futuro deles. Depois que a gente se mudou, a gente percebeu que precisava estudar mesmo e a gente se mudou pra colocar eles na escola. A partir daí que a gente foi perceber a grande dificuldade que eles tiveram no início da vida escolar deles. Já foi da terceira filha em diante, que chegou aqui com menos idade, que já foi bem melhor. Eu já passei a estudar também e comecei a ter uma outra visão. Passei a batalhar por uma educação melhor pros meus filhos e entendi que eles precisavam pra não passar pelo o que eu passei, eles precisavam estudar desde pequenininho. Só que os dois mais velhos não tiveram essa oportunidade, mas até então ainda chegaram a estudar. Ele parou na 5ª série e ela na 6ª[19]."

19. ROSA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

Na presente fala, Rosa relata os problemas que a maioria das crianças pobres das zonas rurais da Amazônia paraense enfrenta para estudar, principalmente por conta da ausência de escola nessas localidades ou ainda pela existência de apenas uma para atender um grande número de crianças, o que dificulta a aprendizagem e repercute em uma precária formação escolar. Essa realidade levou dona Rosa a se mudar com toda a sua família para o centro urbano mais próximo, uma vez que, como dito por ela mesma, começou a entender "[...] que o conhecimento formal seria algo relevante pro futuro deles", pois "[...] na minha concepção, isso seria pra mim dar um futuro melhor pra eles, que eles não passassem dificuldades, que eu pudesse trabalhar pra dar pra eles".

A preocupação de Rosa com a formação dos seus filhos corrobora com a visão apresentada aqui sobre o neoliberalismo, segundo a qual os indivíduos são intimados a transformam-se em sujeitos empreendedores, que investem em si mesmos tal qual uma empresa para poder se apresentar como sujeito competidor na sociedade. Viver na sociedade neoliberal pressupõe, portanto, que os indivíduos dediquem suas vidas a participar do jogo econômico estabelecido pelo grande capital, na tentativa não somente de construir um futuro de estabilidade financeira, mas de seu reconhecimento como sujeitos úteis e normalizados.

Embora seja evidente que a subjetivação empresarial esteja presente nas práticas e discursos desses agentes, as dificuldades da vida social, principalmente das famílias mais pobres, impede que possam ter acesso aos meios formais de formação educacional e profissional, o que promove, por vezes, a sua exclusão do jogo econômico e, portanto, do reconhecimento enquanto sujeito normalizado nesse contexto. A juventude popular é hoje o principal alvo desse processo de classificação/exclusão, pois diante das dificuldades inerentes ao processo de marginalização social, não conseguem realizar tais investimentos, ocupando, dessa maneira, posições sociais desvalorizadas pela ordem de mercado ou optando por caminhos extralegais, como, por exemplo, a criminalidade, na tentativa de se adaptar ao sistema.

Podemos perceber tal realidade quando a entrevistada Suelem, esposa de Rodrigo, vítima de extermínio, diz que seu marido parou os estudos na 5ª série, pois morava com a tia no interior e nas idas e vindas de mudanças de um lugar para o outro, resolveu pausar a escola. Em decorrência dessas dificuldades, ela comenta que o marido, durante quase boa parte de sua vida, trabalhou "na rua", fora do mercado de trabalho formal.

> "ENTREVISTADO: Olha, estudar muito ele não estudou. Ele estudou até a 5ª série. Naquele tempo ainda era quinta série, porque agora já é... 6º ano. [...] Ele parou porque ele sempre morou com a tia dele e lá com a tia dele, foi essa tia

> que criou ele, eles ficavam mudando de lugar, indo pro interior e vindo pra cá e não paravam, porque não tinham casa, na verdade. Não tinham lugar certo pra morar, aí eu acredito que seja por causa disso também.
>
> ENTREVISTADOR: E ele trabalhava?
>
> ENTREVISTADO: Pra te dizer a verdade, ele sempre trabalhou na rua. Ajudando em obra, negócio de pedreiro e antes dele morrer, há uns dois anos, ele trabalhou em uma firma. Ele chegou a trabalhar ainda de carteira assinada, mas isso depois de muito tempo, quando já estava comigo[20]."

Da mesma forma, comenta Lourdes em relação ao seu filho, Eduardo, que com 26 anos foi assassinado por um grupo rival de bairro na cidade paraense de Igarapé-Miri, que tem uma população estimada em 60.675 habitantes[21]. Segundo Lourdes, desde cedo seu filho foi deixando os estudos por ter dificuldade para aprender e os únicos trabalhos que conseguiu realizar foram relacionados à construção civil, como pedreiro e ajudante de pedreiro.

> "ENTREVISTADO: Ele parou. Ele estudou até a 5ª série e aí parou. A escola que ele sempre estudou sempre foi de classe especial, porque ele sempre teve essa dificuldade, de não saber cor.
>
> ENTREVISTADOR: Ele tinha dificuldade de aprendizado?
>
> ENTREVISTADO: Tinha, tinha! Ele não sabia cor, ele não sabia nada. Ele sempre estudava na classe especial. Aí depois de um tempo, ele não quis mais ir e começou a trabalhar com o pai dele. [...] Tudo o que mandavam ele fazer, ele fazia. Se mandassem ele carregar essa areia, ele ia e carregava. Se dissesse carrega essa lenha, ele carregava. Era assim o trabalho dele. [...] Ele era muito trabalhador mesmo, trabalhava muito[22]."

Aqui podemos perceber uma forte relação entre capital humano e força de trabalho. O indivíduo que não conseguir acumular um capital humano suficiente para competir no mercado de trabalho formal, encontra-se obrigado a usar de forma desmedida a sua força de trabalho para compensar a falta de competitividade. Devido à penibilidade e ao esgotamento consequente desse uso desmedido

20. SUELEM. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.
21. Dados obtidos no site do IBGE. Disponível em: [http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=150330]. Acesso em: 05.03.2017.
22. LOURDES. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

do corpo, e influência de outros empresários de si em um processo contínuo de alienação do corpo e da capacidade de protagonismo individual, alguns jovens preferem ingressar em uma atividade reconhecida como criminosa, cujas condições de trabalho e cujo rendimento, apesar de perigoso, revela-se finalmente menos penoso e mais gratificante financeira e socialmente do que o exercício de um trabalho desqualificado no mercado informal. A observação empírica mostra que existem pontos evidentes entre as duas formas de informalidade.

A entrevistada Marta, por exemplo, mãe de José, de 18 anos, morto por um investigador de polícia em Belém, destaca que à semelhança dos demais, seu filho estudou até a 5ª série, parando por causa das constantes mudanças de casa e de uma briga entre grupos rivais que se instalou na escola em que estudava, tendo trabalhado apenas uma vez em uma oficina mecânica, passando depois a cometer crimes e a usar drogas.

> "ENTREVISTADO: Ele estudou até a quarta série. Não, a quarta não. Até a quinta série. Ele estudou na época que ele fez 13, 14 anos. Ele tinha atrasado por causa dessa coisa nossa de ir pra lá, voltar pra cá, ele foi pra escola muito tarde. Mas aí com 13 anos, ele estava na quinta série. Aí quando ele foi, eu coloquei ele pra fazer a terceira etapa e ele não concluiu a terceira etapa. Aí ele completou 15 anos e com 15 anos... [chegou a trabalhar] numa oficina. Ele era fascinado por carro. Ele aprendeu a dirigir nem sei como, era tanta a fascinação que ele tinha por carro. A minha irmã, Diana, conseguiu uma vaga pra ele numa oficina de um amigo. Lá ele trabalhou uns três meses, mas foi o único local que ele trabalhou. Nunca, nunca trabalhou mais. Aí ele teve mulher, pegou filho e não tinham dinheiro[23].

Esses dados mostram que os jovens acima citados (Vitor, Eduardo, José e Rodrigo) guardam muitas semelhanças entre si. Com idades entre 18 e 32 anos, todos encontram-se, com a exceção de Rodrigo, na faixa etária jovem, segundo disposição do Estatuto da Juventude[24]. Seus familiares os declararam, em maioria, como negros ou pardos e os quatro estudaram até a 5ª série do ensino fundamental, não mais dando prosseguimento aos estudos. Além disso, em decorrência lógica da ausência de formação educacional formal, realizaram trabalhos mais desvalorizados pela ordem do mercado, como as profissões de pedreiros, ajudante de pedreiro e mecânico.

23. MARTA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

24. Estatuto da Juventude: Art. 1º, § 1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade.

A análise desses perfis permite observar que Vitor, Eduardo, José e Rodrigo, não conseguiram realizar investimentos em si para adquirir capital humano. Pelas dificuldades impostas ou por opção própria e pessoal, largaram os estudos e exerceram trabalhos fora do mercado formal, tendo alguns ainda optado pelas vias extralegais, como a criminalidade. Suas vidas, desse modo, situaram-se fora da dimensão de existência e do estilo de vida imposto pelo neoliberalismo, não se conformando as normas hegemônicas do capital.

Por essa condição, são sujeitos considerados inúteis, já que não seguem o modelo de vida empresarial imposto pela governamentalidade neoliberal. Não são brancos, nem ricos, e não buscam sê-lo pelas vias formais apresentadas. Pelo contrário, em maioria, são negros, pobres, moradores de periferias e favelas, que não servindo ao capital econômico, são vistos como anormais, marginais, sujeitos perigosos ao convívio social.

Vemos, desse modo, que o valor da vida humana varia de acordo com os investimentos e cálculos de custo e benefícios que cada um deve fazer em relação a si mesmo. Nesse contexto, a vida apenas vai ser valorada como digna se houver nela investimentos em capital humano, e caso não haja, como é o caso dos jovens que vêm sendo exterminados, ela será considerada menos digna, podendo ser discriminada, seus corpos encarcerados e até mesmo eliminados pelos dispositivos de repressão criminal.

Percebe-se, dessa maneira, que existem certos elementos financeiros, culturais, psicológicos e físicos que são valorizados pelas sociedades neoliberais e que os indivíduos precisam possuir para serem considerados como dignos ou não de viver. Se você for branco, pertencer a classes sociais mais altas e buscar adquirir as competências e qualidades valorizadas pela ordem do mercado, sua vida é valorizada e, portanto, vista como algo bom; mas, por outro lado, se for negro, pertencente a classes mais subalternizadas e não corresponder às expectativas mercadológicas, a vida passa a ser considerada como algo sem valor e, dessa maneira, vista como algo ruim.

A juventude popular, conforme já verificado anteriormente, não tem correspondido ao acúmulo desses elementos, à medida que não tem conseguido adquirir o capital humano necessário para ser considerada como sujeito útil ao capital. Vem sofrendo, dessa forma, as consequências impostas aos que não seguem ao modelo de vida empresarial, tendo suas vidas desqualificadas e até mesmo retiradas, como nos casos de extermínio que este trabalho tem demonstrado.

4. Capitalismo, racismo e extermínio da juventude

Nos últimos anos, a ocorrência de morte de jovens tem aumentado consideravelmente, como se pôde notar pelos dados apresentados. Essa realidade tem

sido fortalecida na Amazônia paraense, principalmente pelo uso da força policial como argumento de legitimidade da violência e do aparecimento de grupos de extermínio e milícias, composto por agentes da segurança pública e particulares, que tem ocasionado diversas chacinas por todo o território brasileiro, tendo a juventude popular como principal alvo a ser eliminado.

A CPI das milícias da Assembleia Legislativa do Estado do Pará apurou a existência e a atuação de grupos de extermínio e milícias no Estado, demonstrando que a consequência mais grave desse processo se traduz no extermínio de vidas, constituídas, majoritariamente, por jovens pobres, negros e moradores das periferias da região.

Ao invés de causar repulsa, o que vem se percebendo, no entanto, é que a ocorrência de tais mortes tem recebido amplo apoio de boa parte da sociedade, da mídia e do próprio Estado, que consideram o extermínio dessas vidas como algo benéfico à população como um todo. Esse é o apontamento feito pelo deputado estadual Carlos Bordalo, relator da CPI das milícias no Pará:

> "Nos estudos feitos no Pará percebem-se duas dimensões nefastas do fenômeno da morte de jovens negros e pobres. A primeira evidencia-se pelo discurso de legitimação dos assassinos e pela criminalização das vítimas, tidas sempre como "vagabundos", "devedor", "maconheiro" ou "com passagem", este discurso sintetizado na expressão "bandido bom é bandido morto" é martelado diariamente por jornalistas e veículos de comunicação na imprensa escrita, falada e televisionada de forma que se tornou um mantra já assinalado por grande parte da população, inclusive pela população que está sujeita a estes matadores[25]."

Esses discursos desqualificadores que recaem sobre os jovens exterminados têm uma função específica dentro da ordem política neoliberal. Isso porque, seguindo Michel Foucault, o poder no neoliberalismo tem duas funções: *fazer viver* e *deixar morrer*; o primeiro referindo-se aos indivíduos que correspondem às expectativas das normas hegemônicas do capitalismo e que, por isso, têm suas vidas respeitadas e valorizadas, e o segundo refere-se às pessoas que se localizam fora dessa ordem e que, por não serem úteis ao capital, podem enfrentar as diversas formas de coerção e desqualificações expressas nesses discursos. A partir da racionalidade neoliberal, grupos como pobres, negros, gays, mulheres e

25. BORDALO, Carlos. Situação dos casos de extermínio de jovens negros a partir dos registros da comissão de direitos humanos da assembleia legislativa do estado do Pará. In: OLIVEIRA, Anna Claudia Lins (Org.). *Segurança Pública e Justiça*: Direitos Humanos na Amazônia. Belém: Anna Claúdia Lins, 2015. p.141.

populações tradicionais, entre muitos outros, sofrem formas de rebaixamento e discriminação na sociedade, já que não correspondem ao modelo de normalidade da vida neoliberal.

Para Ana Flauzina, em seu livro "Corpo Negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro", as mortes de jovens negros no Brasil justifica-se pela premissa desumanizadora imposta às pessoas escravizadas desde o regime escravocrata no país. Partindo desse referencial teórico foucaultiano, a autora afirma que "as funções de todo o regimento da vida dentro do privado ou em um ambiente político contaminado por seus fundamentos, sempre estiveram associadas à função de morte , como forma de garantia simbólica e material das relações de subserviência, mesmo quando toda a base do empreendimento se relacionava à vida"[26]

Esse *deixar morrer*, segundo Foucault, vem sendo aceito pela sociedade à medida que o neoliberalismo tem se utilizado do racismo como argumento de convencimento da população de que a morte desses grupos representa a melhora do convívio social. Racismo entendido aqui não apenas como violência racial contra negros, mas como "[...] o corte entre o que deve viver e o que deve morrer"[27]. E na ordem neoliberal, quem deve morrer são aqueles que não cederam suas formas de vida ao processo de normalização imposto pela lógica de mercado neoliberal, isto é, todos aqueles que destoam do modelo de homem empresarial. Tais sujeitos representam um perigo à vida normalizada criada pelo capitalismo contemporâneo e, por conta disso, sobre eles recai uma série de discursos que desqualificam suas vidas e que permitem, inclusive, a sua eliminação do convívio social.

> "Em outras palavras, tirar a vida, imperativo de morte, só é admissível, no sistema do biopoder, se tende não a vitória sobre os adversários políticos, mas à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento, diretamente ligado a essa eliminação, da própria espécie ou da raça. A raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização[28]."

Nesse ambiente, produz-se morte para se produzir vida normalizada. Isso explica, portanto, o fato de grande parte da juventude popular ser alvo de discursos

26. FLAUZINA, Ana. *Corpo Negro caído no chão*: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006, 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 95.
27. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collége de France (1975-1976). São Paulo: Martins fontes, 2000. p.304.
28. Idem, *Em defesa da sociedade*: curso no Collége de France (1975-1976), p. 306.

e instituições que os consideram como verdadeiras ervas daninhas sociais, "bandidos", "mal-educados", cidadãos de mal", que podem ser eliminados pelo sistema de repressão criminal, pois estão fora da normalidade neoliberal[29]. Mídia, órgãos da segurança pública e cidadãos comuns reproduzem esses discursos, que desqualificam tais vidas como se fossem inferiores, que acaba justificando o extermínio dessa população.

Isso se mostra muito evidente principalmente no contato das vítimas com a polícia e com o sistema penal como um todo. Não é à toa que segundo dados do Anuário da Segurança Pública de 2016[30], a polícia brasileira é uma das que mais mata e morre no mundo. Entre 2009 e 2015, foram identificadas 17.688 mortes decorrentes de intervenções policiais. Por outro lado, no mesmo período citado anteriormente, policiais brasileiros morreram 113% mais em serviços do que policiais americanos, por exemplo.

Em várias partes das entrevistas realizadas, podemos observar que há relatos dos familiares que apontam para um tratamento diferenciado vivido não apenas pelas vítimas, mas por eles mesmos, especialmente a respeito do contato com a polícia e com o sistema penal. Percebe-se que esse tratamento possui claramente cunho discriminatório, pois se baseia na ideia racista de que tais pessoas são menos dignas de tratamento respeitoso que as demais, inclusive pelas instituições estatais. A entrevistada Suelem comenta que seu marido era maltratado pela polícia, que o via como traficante e, por esse motivo, passível de humilhação e desrespeito.

> "ENTREVISTADOR: Como ele era tratado pela polícia?
>
> ENTREVISTADO: Olha, como eu te falei, ele era visto por alguns como traficante mesmo, porque ele não trabalhava, mas ele gostava de andar bem vestido. Aí eles queriam saber da onde vinha a roupa que ele usava, que coitado, era Gina (cunhada) que dava pra ele. Ele, pelo fato de ser grandão, a mesma visão que os muleques tinham dele, a polícia também tinha. Ele chegou a apanhar na praça, por causa de um blusão que ele tava usando que era caríssimo, que ele ganhou da Diana (prima). Aí o policial simplesmente queria tirar o blusão

29. DELUCHEY, Jean-François Y; MALCHER, Farah S. *Direito, desigualdade e sociodiversidade*: novos caminhos para pesquisa. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – BRASÍLIA/DF, 2016, Brasília – DF. SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS. Brasília: CONPEDI, 2016. v. 1. p. 272.

30. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 2016.

> dele e ainda deu nele lá na praça. Na cabeça dele ele não podia ter um blusão daquele[31]."

Além disso, Suelem também conta outro episódio em que teve a casa invadida pela polícia por conta de uma acusação de roubo que seu marido sofreu. A polícia, mesmo sem averiguar a veracidade dos fatos, o que depois veio a se esclarecer como engano, revirou a casa, bateu em Rodrigo e ainda humilhou sua sogra, pois achavam que ela estava ajudando a acobertá-lo.

> "Isso a gente percebe desde a prisão dele, eu tava vindo aqui na rua e aí eu vi eles [polícia] batendo na porta. Perguntei o que eles queriam e disseram que queriam falar com o negão que morava aqui. [...] Ele disse que ele tinha sido acusado de um roubo da loja do seu Aníbal, uma loja lá da esquina. Disse que se a gente não abrisse a porta, eles iam arrebentar. Aí chamamos as meninas e se aglomeramos aqui e batemos, batemos, batemos na porta [...] e aí como ele não acordou, eles meteram o pé. Quando eles se jogaram pra cá pra dentro, nós se jogamos junto com ele. Eles algemaram ele na cama dormindo. Pegaram os braços dele e levaram. Aí fomos em cima, mas levaram ele. Foi um dia que a delegacia estava com uma ação e não pode receber e aí levaram ele pro quartel, espancando ele. Levaram ele, a mamãe correu atrás dele, foi tentar ver. Nesse dia, ela tinha uma consulta no Saúde da mulher, em Belém e ela precisava ir. Aí na viagem das 11h30 ela viajou pra Belém, quando o ônibus dela chegou na Maromba, a polícia cercou e fez a maior humilhação pra ela. Mandaram ela tirar a sacola dela que ela ia levando o roubo. Ela só tinha farinha, açaí e camarão e levando uma roupa dela. Quando eles vieram de lá, já tinham pegado o cara que tinha roubado, um lá da Matinha e com todo o roubo da loja do homem. Aí depois o dono da loja veio, depois dele já ter apanhado muito, pediu desculpas. Essa pra mim foi demais, me marcou. A humilhação foi demais[32]!"

Também a entrevistada Lourdes relata o abuso de tratamento realizado pela polícia. Para ela, os policiais consideram os jovens que vivem no seu bairro (batizado significativamente de "África", devido ao grande número de moradores negros) como perigosos e criminosos e que, por isso, tratam eles e todos os moradores de forma desrespeitosa.

31. SUELEM. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

32. SUELEM. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

> "É, muitas das vezes, a própria polícia, ela só sabe ver um lado, ela não sabe ver o outro. Às vezes tudo o que acontece, pra eles é os meninos da África. Eles não procuram saber se é, se não é, o que foi que aconteceu, não! Eles vêm logo pra cá pra dentro. Se acontece em um bairro uma coisa, eles vêm logo aqui direto. Isso às vezes revolta a população da rua, porque eles só sabem ver um lado, o outro lado não. A gente sabe que eles não são perfeitos, porque perfeito mesmo só Deus, mas eles têm que ver os dois lados da moeda, não um só lado. [...] Chamam de vagabundo, é assim, é só assim que eles chamam, chamam de vagabundo pra todo mundo[33]."

Marta faz denúncias ainda mais graves sobre a ação da polícia no bairro periférico em que mora em Belém do Pará, o Jurunas. Ela afirma que além de não cumprir seu papel, a polícia contribui para a produção de mais mortes.

> "Quando a polícia chega lá, quer matar também. Polícia quando vai pra lá, que aconteceu algo mais grave, que mataram fulano, chamam a ROTAM pra matar mais ainda. Não é pra educar, não é pra orientar, é pra matar mais ainda! Eles não fazem nada, é só pra ir pra matar também[34]."

Essa desqualificação progressiva da vida que a juventude popular vem sofrendo e a que Foucault denominou *racismo de estado*, é a justificativa utilizada pelo neoliberalismo para legitimar a eliminação dos grupos marginais como o perigo a ser retirado do convívio social normalizado. A conceituação do extermínio passa, portanto, pela produção desses discursos desqualificadores de vida, que classificam os indivíduos como bons e maus, de acordo com a sua adequação ou não ao projeto político vigente. Interessante, nesse sentido, os apontamentos de Cruz-Neto e Minayo:

> "Em primeiro lugar, o extermínio é parte de um projeto político de grupos que se arrogam o direito e o poder de selecionar camadas da sociedade a serem eliminadas, expulsas ou circunscritas. [...] A retórica que justifica o extermínio é a divisão da sociedade não em classes, mas entre os bons e benfeitores do povo (os que propõem o extermínio) e os maus e malfeitores (os alvos do extermínio)[35]."

33. LOURDES. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.
34. MARTA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.
35. CRUZ-NETO, Otávio e MINAYO, Maria Cecília de S. *Extermínio*: violentação e banalização da vida. Cad. Saúde Pública [online], v. 10, p. 199-212, 1994. p. 202-203.

O neoliberalismo permite encenar, nesse contexto, uma racionalidade que se articula com a promoção de uma vitalidade do corpo social, a qual leva, na prática, à certa eugenia que visa eliminar os que socialmente parecem mais fracos. O extermínio, dessa maneira, aparece como um projeto de eliminação de vidas consideradas inferiores e supérfluas, que representam um perigo para as vidas dignas da sociedade (úteis à economia).

O contexto geral em que se observa esse cenário espantoso confirma as observações realizadas por Zaffaroni na sua obra "Em busca das penas perdidas", onde aponta para a situação crítica do penalismo latino-americano, caracterizado hoje pela perda da racionalidade das penas infligidas pelo sistema penal, à medida que a sua real operacionalidade não guarda relação alguma com os discursos jurídicos- penais que ele mesmo sustenta. Segundo ele, essa irracionalidade se mostra muito facilmente, pois "A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas [...]" [36].

A criminóloga brasileira Vera Regina Pereira de Andrade afirma, desse modo, que o sistema penal pode ser identificado principalmente pela sua "eficácia invertida"[37], isto é, pela contradição entre as suas promessas, que não cumpre, e suas funções reais, que cumpre sem declarar e que se expressam, sobretudo no espetáculo midiático canalizado no ódio sobre a figura do jovem negro, morador de favelas e periferias.

Diante disso, pode-se afirmar que a repressão na governamentalidade neoliberal não tem por objetivo ressocializar, educar ou garantir direitos aos indivíduos. Pelo contrário, as ações do Estado e seus aparelhos ou mesmo dos grupos de extermínio demonstram a função real e precípua desse sistema, que é eliminar as vidas que não interessam ao capital. De acordo com Deluchey:

> "Isto considerado, é possível que as principais funções dos dispositivos de repressão criminal sejam readaptar os que não estão mais agindo segundo a regra do mercado, e excluir os que já estão distanciados, em relação aos quais

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 12.

37. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo*: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista Sequência, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. p. 170.

> o mercado avalia que eles próprios se colocaram definitivamente por fora do jogo econômico[38]."

A prática do extermínio, portanto, constitui-se hoje como um dos mais importantes dispositivos a serviço da governamentalidade neoliberal, pois é por meio dele que se assegura que apenas as vidas consideradas como boas pelo capitalismo possam sobreviver, valendo destacar, segundo Coimbra & Nascimento, que:

> "Se no capitalismo liberal os jovens pobres foram recolhidos em espaços fechados para serem disciplinados e normatizados na expectativa de que fossem transformados em cidadãos honestos, trabalhadores exemplares e bons pais de família; hoje, no neoliberalismo, não são mais necessários ao mercado, são supérfluos, suas vidas de nada valem, daí o extermínio[39]."

O racismo vem legitimando, dessa forma, a função assassina do regime capitalista, que apenas preocupado com a reprodução dos interesses das classes ultradominantes, tem eliminado do meio social todas as formas de vidas inadaptadas ao mercado que representam um obstáculo ao seu projeto político-econômico.

5. O extermínio da juventude na Amazônia

A juventude popular, cujas condutas e modos de viver são considerados como fora da ordem do "normal" e do "útil", tendo como regime de veridicção o mercado fundado na acumulação de capital financeiro, simboliza um perigo à sociedade capitalista neoliberal. Esse perigo é a principal justificativa apresentada para que a violência expressa em dispositivos institucionais e normativos no Brasil seja utilizada contra essa população.

Apesar das consequências às vidas inadaptadas ao regime neoliberal serem diversas, sem dúvida o extermínio é a mais grave delas e vem sendo cometido tanto por forças institucionalizadas, como o Estado e suas instituições, por exemplo, a polícia, como por grupos de extermínio e milícia, que vêm realizando chacinas e execuções sumárias cotidianamente.

---

38. DELUCHEY, Jean-François Y. O lado B da liberdade: reprimir na era neoliberal. In: LEMOS, Flavia Cristina Silveira et al. *Estudos com Michel Foucault*: transversalizando em psicologia, história e educação1. ed.- Curitiba, PR: CRV, 2015. p. 69.
39. COIMBRA, C.; NASCIMENTO, M. L. Ser jovem, ser pobre é ser perigoso? *JOVENes – Revista de Estudios sobre Juventud*. v. 9. n. 22, jan.-jun., 338-355. México: 2005. p. 343.

Podemos observar essas situações nas entrevistas. Um dos casos que chamou mais atenção foi o da cidade de IgarapéMiri, no Pará, onde foi formado um grupo de extermínio que tinha como supostos integrantes o próprio prefeito, Ailson Amaral, conhecido como Pé de Boto, seus funcionários, policiais e alguns particulares. Esse grupo, investigado na CPI das milícias do Estado, foi acusado de realizar mais de uma centena de homicídios, latrocínios, entre outros crimes, conforme consta nos dados recolhidos pela CPI. Um dos casos de extermínio realizados por esse grupo foi o do jovem Eduardo de 18 anos, conforme revela sua avó, Márcia.

> "ENTREVISTADOR: Quem o matou?
>
> ENTREVISTADO: Foi o filho do Rose. Rose era empregado do funcionário do prefeito, chamado Pé de Boto. Esse Rose era quem fazia a lista das pessoas pra matar. Ele é funcionário da prefeitura, mas hoje em dia tá preso, porque o prefeito perdeu o cargo e teve uma grande confusão entre eles de desvio de dinheiro e essas coisas e ele foi preso pela [polícia] federal. Agora estão pagando pelo que fizeram.
>
> ENTREVISTADOR: Mas ele era policial?
>
> ENTREVISTADO: Não! Simplesmente um funcionário que queria ser 'o cara' lá. Aí quando chegava a equipe da execução, sempre tinha alguém que dizia "olha, chegou o satanás. Não saiam!". Quem estava naquela relação, perdeu a vida. Teve um pai que tirou o do filho, foi lá com o prefeito, pressionou o prefeito e ele disse 'se o nome do teu filho tiver na relação, tu tira, mas se tiver... é porque vai embora mesmo'. Aí ele tirou e pronto: ele tá vivo até hoje.
>
> ENTREVISTADOR: Ou seja, eles tinham uma lista e quem estivesse nessa lista, eles mandavam matar.
>
> ENTREVISTADO: É! Mandavam matar.
>
> ENTREVISTADOR: Essa lista era feita com conivência da prefeitura?
>
> ENTREVISTADO: Não, só ele e os matadores.
>
> ENTREVISTADOR: Eles quem? O prefeito?
>
> ENTREVISTADO: É, o prefeito e os matadores[40]."

A situação em Igarapé-Miri chegou a ser tão grave que, conforme relatos das entrevistadas, um número alto de jovens do município foi exterminado, fazendo com que a população ficasse imersa no medo, conforme conta dona Rosa.

40. MÁRCIA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

> "A gente vai num velório de um menino quando matam, eu fui em um, do filho de uma amiga, que eu cheguei lá e olhei na sala e não tinha uma mãe que eu olhasse e não tivesse perdido um filho desse jeito! Todas a mães que estavam ali, estavam sofrendo tanto quanto eu! Faz 7 anos que eu coloco a cabeça no travesseiro e pergunto pra Deus, o quê que eu posso fazer. 'Senhor, me conta em sonho, o que eu posso fazer pra acabar com isso, pra minimizar pelo menos, porque acabar é impossível, já que isso é mundial, mas pelo menos pra minimizar, é uma cidade pequena'. [...] Eu não tenho a estatística de quantos eu já perdi, mas eu acho que uns 30 só da África. Da Padre Emilio, eu contei até 16. Essa quantidade de jovens que tiveram suas vidas ceifadas, que poderiam estar estudando, estar com suas famílias, trabalhando e não estão aqui![41]"

Luiza, outra entrevistada e também moradora de Igarapé-Miri, teve dois familiares mortos, sua irmã, Laura, de 27 anos, morta por engano, e seu cunhado Fábio, morto aos 29 por um grupo de extermínio de outro bairro da cidade. Ela comenta que, além do grupo de extermínio comandado pelo ex-prefeito, havia outros em bairros que se consideravam rivais, que continuam a matar deliberadamente na cidade, o que tem contribuído para o crescimento do número de mortos.

> "ENTREVISTADO: Olha, eu acho que aqui na rua, não tenho exatamente o número, mas foram mais de 20 e poucas pessoas.
>
> ENTREVISTADOR: Mortas?
>
> ENTREVISTADO: Mortas. Ou quase 30.
>
> ENTREVISTADOR: Alguém tem esse número ao certo?
>
> ENTREVISTADO: Olha, eu não tenho, porque quando eu começo a parar pra pensar pra contar nos dedos, eu me sinto mal, porque se a gente parar pra pensar, a gente enlouquece. Olha, o genro da tia Maria [vizinha] tava sentado na porta da casa dele, uma hora dessas e eu tava aqui com 15 dias de operada. O cara passou na moto normalmente, normal, normal, normal! Ainda freiou na lombada, ele puxou a arma e matou ele lá na frente da casa dele, na frente de todo mundo. Ele tava com uma criança no colo. Então é uma situação que a gente vive aqui que é muito triste, muitas crianças aqui que ficaram sem pai, sem mãe. É uma situação muito complicada. Às vezes eu fico pensando, eu fico preocupada com essas crianças, essas que perderam pai, mãe, vão se criar revoltados. Tem que ter um cuidado, pra que isso não venha refletir mais tarde na

41. ROSA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

> vida deles, que eles sigam um bom caminho. Esse mundo é complicado, aqui na nossa rua, parece que vai ficando vazia. Aqui não tem mais aquela alegria que tinha antes, mudou completamente.[42]"

Já Marta, que teve seu filho morto por um investigador de polícia em Belém, que, inconformado com os assaltos que o jovem realizava, resolveu que seria melhor tirar a sua vida, tendo também vários sobrinhos exterminados, comenta que a situação se tornou insustentável. Resolveu não mover nada contra o investigador, pois não acredita que o caso fosse solucionado: "Deixei na mão de Deus, que com esse tipo de gente não adianta a gente ir, a gente não tem condições, somos muito fracos pra esse tipo de gente". Ademais, conta que as consequências do extermínio são de tamanha gravidade que teme pela própria vida.

> "Uma coisa muito feia, muito feia mesmo. A gente não pode testemunhar, porque se testemunhar morre. Se falar, morre. Se se envolver, morre. Enfim, é um crime organizado, uma coisa que eu não sei, não tenho nem palavras pra tanta coisa que a gente não fala nem dos outros bairro, só do bairro em que nós vivemos, em que fomos nascido e criado. São coisas assim que se tu tiver marcado pra morrer, não adianta tu te enterrar em um buraco, porque tu vai morrer. Não tem ninguém, não tem nenhuma autoridade, não vai juiz, não vai promotor, não vai ninguém atrás. Ninguém vai preso, ninguém! Nunca ouvi dizer que 'esse aqui foi preso, porque matou fulano', nenhum! É um descaso total, total. [...][43]."

Também Rosa, mãe de Vitor, resolveu não procurar o poder judiciário por medo de retaliação das pessoas que tiraram a vida de seu filho, que foi morto dormindo, sem saber claramente o real motivo de sua morte, bem como quem o matou.

> "Minha filha, a gente não pode nem falar sobre isso. Porque se a gente falar, a gente morre. Eu tenho minhas filhas ainda e 11 netos, que eu tenho que ter muita cautela, porque Deus o livre de acontecer alguma coisa com uma das minhas filhas de novo. Eles podem vir matar elas, os meus netos. Eu não pude nem correr atrás de justiça, o meu delegado nessa história, o meu juiz é Deus. Só pra ele que eu me entrego todos os dias nas minhas orações, pra ele fazer justiça.[44]."

42. LUIZA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.
43. MARTA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.
44. ROSA. In: CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

O que se percebe, diante de todos esses relatos, é que o extermínio da juventude popular, precedida pela desqualificação de suas vidas, apenas vem confirmar uma sentença que a sociedade neoliberal há muito tempo lhe designou. Por estarem fora do jogo econômico e não se constituírem como sujeitos empreendedores com capacidade para investir em si, foram excluídos de todo o processo de integração na sociedade, sendo considerados dessa forma não apenas como inúteis ou anormais, mas também como não dignos de serem detentores de direitos, como se pode observar na retirada de suas vidas ou mesmo na negação dos seus direitos mais básicos, como educação e moradia, por exemplo.

Assemelham-se, desse modo, à figura do *homo sacer* apresentada pelo filósofo Giorgio Agamben, à medida que, por serem considerados como sujeitos inadaptados à ordem vigente, recebem um tratamento não humano, localizando-se fora do âmbito da garantia dos direitos, podendo até serem matáveis sem punição ou comoção alguma, pois "[...] esta é a esfera na qual se pode matar sem cometer nenhum homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, mutável e insacrificável é a vida que foi capturada nesta esfera."[45].

Dessa forma, apesar de haver uma racionalidade jurídico-dedutiva, como dizia Foucault, que prevê a adequação do governo aos limites da soberania e aos direitos que deve garantir, é a via radical-utilitarista, pautada nas leis de mercado, quem dita as regras do jogo social. Nela, portanto, o "[...] limite da competência do governo será definido pelas fronteiras da utilidade de uma intervenção governamental"[46], e não na ordem jurídica em si, uma vez que na governamentalidade neoliberal apenas uma racionalidade é aceita como válida: a do *homo oeconomicus*, que apenas considera como sujeito de direito aqueles que se adaptam à regra da consolidação do mercado, devendo os não adaptados enfrentar as diversas formas de violência expressas em dispositivos institucionais e normativos, como a prática do extermínio.

O extermínio da juventude popular, desse modo, apresenta-se como um importante dispositivo da governamentalidade neoliberal, pois ao punir os inadaptados ao sistema econômico vigente, assegura que apenas as vidas úteis à economia do capital possam sobreviver, devendo aquelas que representam um obstáculo ao desenvolvimento do seu projeto político-econômico sofrer com o processo de desqualificação e criminalização de suas vidas, que vão desde a negação dos seus direitos básicos a seu não reconhecimento como sujeito de direitos na ordem social.

45. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 91.

46. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 55.

6. Considerações finais

A análise das entrevistas realizadas com os familiares das vítimas de extermínio da região e dos referenciais teóricos de *capital humano* e *racismo de estado* nos permitiu observar que a juventude das camadas populares, pelas dificuldades impostas pela estrutura desigual da sociedade, não consegue realizar os investimentos em capital humano que a ordem neoliberal requer. Suas vidas, dessa forma, situam-se fora do estilo de vida imposto pelo neoliberalismo ao não se conformarem com as normas hegemônicas do capital.

Por não servirem aos interesses do capital econômico, são vistos como inúteis e anormais, representando, desse modo, um perigo à vida normalizada criada pelo capitalismo contemporâneo, tendo, por isso, suas vidas menos valorizadas, podendo ser discriminadas, seus corpos encarcerados e até mesmo eliminados pelos dispositivos de repressão criminal, como se pôde perceber nos casos de extermínio estudados nesta pesquisa.

Confirmando, portanto, as repercussões da racionalidade neoliberal de governar, as práticas de extermínio demonstram como a juventude popular é considerada por essa ordem de dominação como vidas sem valor, que por localizarem-se fora da dimensão de existência do capitalismo, tem sofrido com as consequências imposta pelo capital neoliberal a todos aqueles que representam um obstáculo aos seus interesses.

Embora tais consequências às vidas inadaptadas ao regime neoliberal sejam diversas, sem dúvida o extermínio é a mais grave delas e vem sendo cometido tanto por forças institucionalizadas, como o Estado e suas instituições, por exemplo, a polícia, como por grupos de extermínio e milícia, que vêm realizando chacinas e execuções sumárias cotidianamente, o que demonstra que tais práticas estão a serviço da governamentalidade neoliberal, pois garantem que apenas as vidas úteis à economia do capital possam sobreviver, devendo as vidas não úteis a essa economia enfrentar a violência expressa em dispositivos institucionais e normativos, da qual o extermínio é o símbolo maior.

7. Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*. n. 52, p. 163-182. Florianópolis jul. 2006.

BORDALO, Carlos. Situação dos casos de extermínio de jovens negros a partir dos registros da comissão de direitos humanos da Assembleia Legislativa do estado do Pará. In: OLIVEIRA, Anna Claudia Lins (Org.). *Segurança pública e justiça*: Direitos Humanos na Amazônia. Belém: Anna Claúdia Lins, 2015.

CADERNO DE CAMPO. *Entrevistas concedidas a Amanda Laysi Pimentel dos Santos*. Belém, out.-nov. 2016.

COIMBRA, C.; NASCIMENTO, M. L. Ser jovem, ser pobre é ser perigoso? *Jovenes – Revista de Estudios sobre Juventud*, México, v. 9, n. 22, p. 338-355, jan.-jun. 2005.

CRUZ-NETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. *Extermínio*: violentação e banalização da vida. Cad. Saúde Pública [online], v. 10, p. 199-212, 1994.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad.: Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELUCHEY, Jean-François Y; MALCHER, Farah S. *Direito, desigualdade e sociodiversidade*: novos caminhos para pesquisa. XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF, 2016, Brasília – DF. Sociedade, conflito e movimentos sociais. Brasília: CONPEDI, 2016. v. 1. p. 261-281.

DELUCHEY, Jean-François Y. O lado B da liberdade: reprimir na era neoliberal. In: LEMOS, Flavia Cristina Silveira et al. *Estudos com Michel Foucault*: transversalizando em psicologia, história e educação 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2015.

ESTADO DO PARÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Pará. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito que apurou a atuação de grupos de Extermínio e Milícias no estado do Pará* – Janeiro de 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão.* Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Dits et* écrits. Paris: Gallimard, 1994a. v. 3.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collége de France (1975-1976). São Paulo: Martins fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Graal, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*: curso no Collége de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública.* São Paulo, 2016.

FLAUZINA, Ana. *Corpo negro caído no chão*: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006, 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad.: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2016*: Homicídios por arma de fogo. Brasília, UNESCO, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- As relações entre punição e estrutura social no Brasil: a prática de extermínio e o racismo como "modo de ser" do sistema penal, de Romulo Fonseca Morais – *RBCCrim* 139/247-276 (DTR\2017\7106);
- O processo de Eldorado dos Carajás e sua perspectiva na criminologia dos massacres, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 128/151-195 (DTR\2017\219); e
- Política criminal ambiental na Amazônia: preservação do ambiente e sobrevivência humana, de René Ariel Dotti – *RBCCrim* 59/184-222 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/181-211 (DTR\2006\837).

A luta antiprisional na Califórnia

The anti-prison struggle in California

Paulo Cesar Malvezzi Filho
Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de São Paulo.
Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie.
paulo@carceraria.org.br

Rodolfo de Almeida Valente
Doutorando e mestre em Sociologia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp.
Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie. Advogado e pesquisador.
rodolfoav@yahoo.com.br

Recebido em: 15.08.2018
Aprovado em: 11.01.2019
Última versão do(a) autor(a): 12.02.2019

Áreas do Direito: Penal; Internacional; Direitos Humanos

Resumo: O recente declínio da população prisional dos Estados Unidos chama a atenção por se dar exatamente no país em que o encarceramento em massa surgiu pela primeira vez. No presente artigo, a abordagem de tal declínio é centralizada nos processos sociais ocorridos na Califórnia, estado mais rico e populoso dos Estados Unidos e um dos principais líderes da chamada "virada punitiva". Por meio de abordagem materialista, histórica e dialética, são investigadas as mediações sociais que dinamizam esse processo de redução da população carcerária, os movimentos sociais que as produzem e as suas articulações históricas. Nas considerações finais, o processo brasileiro de encarceramento em massa é problematizado a partir da experiência da luta antiprisional na Califórnia.

Palavras-chave: Encarceramento em massa – Califórnia – Desencarceramento – Lutas antiprisionais – Abolicionismo.

Abstract: The recent decline in the prison population of United States calls attention because it happens precisely in the country where mass incarceration first emerged. In this paper, the approach of this phenomenon is centered on social processes in California, the richest and most populous state in the United States, and a leading leader of the so-called "punitive turn". Through a materialist, historical and dialectical approach, the social mediations that dynamize this process of reduction of the prison population, the social movements that produce them and their historical articulations are investigated. In the closing remarks, the Brazilian process of mass incarceration is problematized from the experience of the anti-prison struggle in California.

Keywords: Mass Incarceration – California – Discarceration – Anti-prison movements – Abolitionism.

Sumário: Introdução. 1. Outras histórias americanas. 2. Regime "Lei e Ordem", contrainsurgência e encarceramento em massa. 3. Califórnia: Golden Gulag. 4. Califórnia [II]: quando novas personagens entram em cena. 5. O desencarceramento arrancado e o estado atual da luta antiprisional. Notas finais: os caminhos abertos pela organização popular na Califórnia. Referências bibliográficas.

Breaking rocks out here on the chain gang
Breaking rocks and serving my time
Breaking rocks out here on the chain gang
Because they done convicted me of crime
Hold it steady right there while I hit it
Well reckon that ought to get it
Been
Working and working
But I still got so terribly far to go...
(Nina Simone)[1]

Introdução

Em tempos de "encarceramento em massa", fenômeno contemporâneo de abrangência global (WACQUANT, 2007), é chamativo o fato de que, na Califórnia, estado mais rico dos Estados Unidos da América, esteja em movimento um processo sistêmico de redução da população carcerária. De 2007 a 2016, observa-se encolhimento de 173.312 para 128.643 pessoas presas nos presídios estaduais (25,7%). Sob o recorte de gênero, tratou-se de uma queda de 11.392 para 5.769 mulheres encarceradas (49%) e de 159.581 para 122.874 homens encarcerados (23%). Em termos relativos, dado que a população em geral do estado da Califórnia aumentou de 36,2 milhões em 2007 para 39,3 milhões em 2016, o percentual de redução no período é ainda mais expressivo: 31%.

É importante frisar que o padrão racial da seletividade penal permanece inabalável: dados de 2014 apontam que 28,6% das pessoas presas na Califórnia são negras enquanto o mesmo recorte representa apenas 5,7% dos habitantes do estado norte-americano (NELLIS, 2016).

1. Trecho da canção *Work Song* – livre tradução: *Quebrando pedras aqui na cadeia/Quebrando pedras e cumprindo minha pena/Quebrando pedras aqui na cadeia/Porque eles me julgaram culpada/Segure-a firme aí, enquanto eu a quebro/Bem acho que deveria considerar/Que estou/Trabalhando e trabalhando/ Mas ainda falta muito até o fim [...]*

Se, a princípio, a postura do governo da Califórnia aponta para uma inflexão no interior das instâncias decisórias do aparelho estatal ante a "crise orçamentária"[2], da qual derivaria, sem maiores mediações sociais, a reversão das políticas de encarceramento em massa para uma política metódica de redução da população carcerária, uma visita, ainda que virtual, à experiência do movimento antiprisional local desborda outras perspectivas e possibilidades de enfrentamento à expansão punitiva para além dos quadrantes das chamadas "políticas públicas".

Sem descuidar de colocar em evidência que tipos de ações e medidas foram adotadas pelo Estado da Califórnia a fim de frear o crescimento massivo da população carcerária e mesmo reduzi-lo, o propósito aqui é pôr acento na experiência popular expressa nas ações organizadas pelas comunidades negras direta e prioritariamente atingidas pela violência estatal nos Estados Unidos, com particular atenção ao processo californiano. Firmado em revisão bibliográfica e historiográfica, em levantamento de dados oficiais e em pesquisa documental de materiais produzidos por movimentos sociais nos Estados Unidos e no Brasil desde os anos 1970, o presente ensaio foi construído com o intento de demonstrar como a resistência organizada pelos movimentos antiprisionais foram e são determinantes à queda do número de pessoas presas e, igualmente, à prevenção cotidiana contra a formação de novas ondas punitivas invariavelmente direcionadas à população de descendentes de ex-escravos.

1. Outras histórias americanas

Nós queremos a liberdade imediata para todas as pessoas pretas mantidas em prisões e cadeias federais, estaduais, dos condados e municipais.[3]

Nos anos 1960 e 1970, os Estados Unidos, jactantes do autoproclamado título de "terra da liberdade", foram tomados pelos levantes dos movimentos negros contra a opressão racial sob a pulsão do movimento pelos direitos civis (ou "movimento pela liberdade negra"[4]) e das estratégias de autodefesa presididas pelo programa

2. Cf. matéria do *The New York Times* (2010) traduzida e publicada pelo portal UOL: [https://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2010/03/24/crise-orcamentaria-da-california-obriga-libertacao-de-presos.jhtm].
3. Ponto 8 do Programa de dez pontos do Partido Panteras Negras.
4. Cf. Angela Davis: "o movimento pela liberdade era amplo. Não tratava apenas da conquista de direitos civis dentro de uma estrutura que, em si, não mudaria. Tem havido

revolucionário do *Partido Panteras Negras*. A eclosão dos movimentos de resistência negra deriva de uma dinâmica de transformações na dominação racial branca desde o final da Guerra Civil (1861-1864) que requer revisitação, breve que seja.

Já no curso da *Guerra Civil* (*Guerra de Secessão*), a ação direta da população negra escravizada foi determinante à transfiguração da luta nortista pela manutenção da União em uma luta também pela abolição da escravidão: as fugas massivas das fazendas sulistas (compreendidas por W. E. B. Du Bois como *Greve Geral*[5]), do ponto de vista do governo Lincoln, precipitavam o desfecho da guerra e a integração do país, forçando a *Proclamação da Emancipação* em 1863 (FERNANDES; MORAIS, 2007).

Como lembra o historiador Eric Fonner: "ainda que nenhuma abolição tenha se dado inteiramente sem violência, apenas no Haiti e nos Estados Unidos o fim da escravidão resultou de guerras terríveis nas quais os negros armados desempenharam um papel crucial" (FONNER, 1988: 73)[6].

A sombra da Revolução Negra no Haiti, aliás, assim como das diferentes experiências de emancipação nos países do Caribe, foi projetada tanto na imaginação da população negra resistente à escravidão quanto no processo de recomposição do poder nos Estados Unidos, ditado, substancialmente, pela questão do acesso à terra e do primado do trabalho assalariado nos termos de um ajuste social para a manutenção do controle branco dos meios de produção.

---

uma tentativa de cooptar esse movimento com o propósito de criar uma memória histórica que se encaixe no quadro mais estrito dos direitos civis. [...] não era apenas questão de adquirir direitos formais para participar plenamente da sociedade [...]. Era uma questão de liberdades concretas" (DAVIS, 2018: 111).

5. Cf. Bianchi: "em sua clássica análise do período, publicada originalmente em 1935, o historiador negro W. E. B. Du Bois (1868-1963), considerou que a fuga de escravos das plantações do Sul durante a guerra teve o alcance de uma verdadeira greve geral: "esses escravos têm um enorme poder em suas mãos. Simplesmente parando de trabalhar eles podem ameaçar de inanição a Confederação. Caminhando para os campos da Federação eles mostraram a vacilantes nortistas a possibilidade de usá-los facilmente e, ao mesmo tempo, privar os inimigos de usá-los em seus campos" (DU BOIS, 1999, p. 121). Para Du Bois, foi essa greve geral dos trabalhadores negros a causa principal da derrota dos exércitos confederados. Acossados atrás de suas próprias linhas os escravistas tiveram que escolher entre perder a guerra e perder suas plantações" (BIANCHI, 2014: 213-4).
6. Conquanto não seja possível falar de uma guerra civil nas proporções daquelas ocorridas no Haiti e nos Estados Unidos, também no Brasil a população negra teve papel ativo e determinante em sua emancipação formal. Para uma análise abrangente, ver Clóvis Moura (MOURA, 2014a; 2014b) e Maria Helena Pereira Toledo Machado (MACHADO, 2010).

Finda a Guerra Civil, foram promulgadas a *Décima Terceira Emenda* da constituição estadunidense, em 1865, abolindo-se a escravidão, e, em 1866, a *Lei de Direitos Civis*, por meio da qual os atributos da cidadania foram estendidos a toda a população negra estadunidense. A materialização de tais medidas liberalizantes, entretanto, foi condicionada às dinâmicas do *tempo de transição* para a reunificação do país no período histórico conhecido como *Reconstrução*.

Nos primeiros anos, prevaleceu a perspectiva conservadora da presidência (em contraponto ao relativo "progressismo" do Congresso), aberta à manutenção dos "direitos de propriedade" dos senhores brancos do Sul e aos esforços para a criação de uma força de trabalho dependente do regime de grande lavoura. Nesse interregno, denominado *Reconstrução presidencial* (1866-1867), uma série de leis restritivas da liberdade da população negra recém-emancipada, conhecida como *Códigos Negros* (*Black Codes*), foi elaborada e aprovada nos estados do Sul como medida contraposta à resistência dos ex-escravos que "literalmente, deram as costas para as *plantations* onde trabalhavam, causando pânico e indignação entre os proprietários" (ALEXANDER, 2017: 68): leis de criminalização da *vadiagem*, leis de *aprendizado*[7], sujeição dos trabalhadores a punições criminais em caso de desobediência e "desrespeito em relação ao patrão" (FONNER, 1988: 90), etc.

Em resposta à gana sulista por manter as principais condições escravocratas de reprodução da grande lavoura, sobreveio a denominada *Reconstrução Radical* ou *Reconstrução Negra* (1867-1877), desfraldada a partir das eleições para o Congresso de novembro de 1866, ocasião em que "os republicanos obtiveram dois terços das duas Casas, e a liderança radical assumiu alguns postos-chave no governo" (FERNANDES e MORAIS, 2007: 143).

No decorrer da *Reconstrução Radical* houve, temporariamente, maior garantia aos "direitos" dos arrendatários negros sob o fluxo ascendente do movimento de reivindicação do "direito à subsistência" (FONNER, 1988), isto é, da liberdade de prover suas necessidades básicas por meios autônomos de produção e reprodução da vida.

O conjunto de medidas favoráveis à inserção da população negra estadunidense em condições mínimas de "cidadania", conquanto tenha permitido melhorias no cotidiano e alguma inserção no sistema político (pese embora a grave ausência de reforma agrária), foi elidido por uma campanha racista e terrorista em defesa da

7. Cf. Eric Fonner: "uma lei de aprendizado permitia aos patrões brancos tomarem a si os órfãos negros ou as crianças cujos pais eram incapazes de sustentá-los, tendo 'os antigos senhores de tais menores a preferência'" (FONNER, 1988: 89).

"redenção" do Sul, mobilizada, sobretudo, pela *Ku Klux Klan* – seita genocida que liderou ações de linchamento, tortura e assassínio de pessoas negras.

Descerra-se aí a fenda pela qual irromperá a *Redenção,* movimento reacionário que põe fim ao período da *Reconstrução*, "breve momento ao sol" vivido pela população negra liberta (DU BOIS *apud* ALEXANDER, 2017: 59):

> "A campanha terrorista provou-se muito bem-sucedida. A "redenção" resultou na retirada das tropas federais do Sul e no efetivo abandono dos afro-americanos [...] Novamente, leis de vadiagem e outras leis definindo atividades como "injúria" e "gestos insultantes" como crimes foram aplicadas vigorosamente contra negros. A perseguição agressiva contra esses crimes abriu um enorme mercado de trabalho forçado, em que os prisioneiros eram contratados como trabalhadores pelo maior licitante privado. [...] A Décima Terceira Emenda à Constituição dos Estados Unidos aboliu a escravidão, mas permitiu uma exceção importante: a escravidão permanecia apropriada como punição por um crime." (ALEXANDER, 2017: 72-73)

Advém do movimento da *Redenção* a primeira escalada massiva da população prisional estadunidense, em sua maioria negra, disparada estrategicamente para submeter novamente a população negra a formas muito próximas, talvez piores, àquelas empregadas no regime escravista de exploração, repressão e controle, agora sob a capa do "combate à criminalidade".

De algum modo, fez-se realidade o prognóstico quase profético de Alexis de Tocqueville e Gustave de Beaumont feito décadas antes em relatório sobre o sistema penitenciário estadunidense de 1832, onde já se relacionava a decadência do sistema escravista à hipertrofia penal: "precisamente porque a escravidão parece caminhar para a ruína, ver-se-á durante muito tempo crescer no Sul o número de libertos, e com ele o número de criminosos" (TOCQUEVILLE; BEAUMONT, 2010:76].

Concomitantemente, em ação coordenada a fim de forjar um consenso social racista e, com isso, cooptar as parcelas pobres brancas da população, constituiu-se uma enfiada de leis que restringiam os direitos da população negra e discriminavam sua existência em todas as dimensões da vida, com disposições proibitivas cada vez mais violentas e esdrúxulas.

Essa nova ordem racial, calcada no controle e no "suborno racial" (ALEXANDER, 2017), ficou historicamente conhecida como *Jim Crow*, termo cuja origem remonta o personagem teatral negro encenado satiricamente por um ator branco em meados do século XIX.

A partir das décadas de 1940 e 1950, o regime *Jim Crow* começou a desmoronar diante da crescente organização da população negra contra a segregação. Depois

do julgamento do caso *Brown versus Board of Education*, em que a Suprema Corte abolia a segregação nas escolas e vinculava os estados do Sul à autoridade de sua decisão, desencadearam-se ações do terrorismo branco contra a população negra e quaisquer outros grupos ou pessoas engajadas na luta antissegregação.

A ofensiva racista pela continuidade do *Jim Crow*, em lugar de inibir o já crescente *Movimento dos Direitos Civis*, motivou a intensificação de suas ações diretas e a massificação dos levantes antissegregação, culminando na superação formal do regime instaurado pela *Redenção* com a promulgação da *Lei de Direitos Civis de 1964* e da *Lei de Direito ao Voto de 1965*.

Em que pesem a vitória do movimento e a projeção para um movimento pacifista ainda mais amplo "das Pessoas Pobres" (ALEXANDER, 2017: 83), a repressão sanguinária aos "distúrbios de Detroit" (1967), o assassinato de *Martin Luther King* (1968) e o advento da primeira grande recessão do pós-guerra (1973) aprofundaram as condições objetivas de acirramento crescente do conflito entre os interesses da luta antirracista por transformação das bases sociais e econômicas do país e os interesses do grande capital e da classe política branca gestora dos aparelhos estatais.

Nesse contexto, o *Partido Panteras Negras*, organização revolucionária de autodefesa negra criada em 1966, cresce por meio de programas comunitários de autocuidado e da organização de ações diretas de monitoramento da atuação policial nas comunidades negras, inicialmente no estado da Califórnia (principalmente nas cidades de Oakland e Los Angeles), mas igualmente em diversos outros estados e cidades do país[8].

A massificação do viés revolucionário da luta antirracista alcançou também o interior do sistema prisional estadunidense e foi alvo de sistemática perseguição estatal. Em 21 de agosto de 1971, George Jackson, membro da *Família da Guerrilha Negra* (grupo de ação e autodefesa fundado por Jackson no interior da prisão) e ligado ao *Partido Panteras Negras*, foi assassinado na penitenciária de San Quentin, Califórnia. Jackson tinha como mote político a "transformação da mentalidade criminal negra em mentalidade revolucionária negra" (CAMP, 2016: 76) e, com ações e escritos, influenciou diversos grupos de prisioneiros negros[9].

8. As/os Panteras Negras sintetizaram seu programa político em um plano de 10 pontos; para acessá-lo: [www.pbs.org/hueypnewton/actions/actions_platform.html].

9. Nota contextual: no dia 7 de agosto de 1970, o irmão de George, Jonathan Jackson, também membro da Família da Guerrilha Negra, então com 17 anos, participou de uma ação direta para resgatar James McClain durante um julgamento em que este era réu. Durante a fuga, Jonathan, o juiz, levado como refém, e outras duas pessoas foram mortos. À época, Angela Davis estava diretamente engajada na campanha de mobilização

Um desses grupos, formado por prisioneiros da penitenciária de "segurança máxima" de Attica, em Nova Iorque, auto-organizava ali encontros para educação política em que seus membros liam e debatiam textos de Du Bois, Marx, Lênin, Trótsky, Douglass, etc. A execução de Jackson por agentes do estado precipitou a organização de um levante pelos prisioneiros de Attica, levado a cabo no dia 9 de setembro de 1971 (pouco mais de duas semanas depois do assassinato de Jackson).

Fruto dos encontros auto-organizados, uma análise conjunta do sistema prisional estadunidense, enquanto mecanismo de controle social e racial a serviço dos interesses capitalistas, foi concebida pelos insurgentes de Attica e permeou a pauta de reivindicações publicizada no curso do levante. No "manifesto de Attica", lido pelo porta-voz do movimento, Elliott James Barkley, situava-se o levante no interior das insurgências que eclodiam nos guetos e em outras penitenciárias espalhadas pelo país, definindo-o como "apenas o som antes da fúria daqueles que são oprimidos" (*apud* CAMP, 2016: 69).

---

social pela libertação dos "Irmãos Soledad", Fleeta Drumgo, John Clutchette e George Jackson (companheiro de Angela Davis), e de todos os prisioneiros de San Quentin. Davis foi detida e processada sob a acusação de ser proprietária da arma que Jonathan usava. Quando George foi executado, Angela Davis estava presa na Cadeia do Condado de Marin (Califórnia). Três meses antes, ela escrevera da prisão um artigo em que explicitava a contra-insurgência operada por meio do sistema prisional – e, especificamente, em San Quentin: "de acordo com Louis S. Nelson, diretor da prisão de San Quentin, 'se as prisões da Califórnia se tornarem conhecidas como escolas para a revolução violenta, a Direção de Adultos seria negligente se não mantivesse xs detentxs por mais tempo' [...]. Se isso for considerado inadequado, as autoridades recorrem a todo o espectro de castigos corporais brutais, inclusive assassinato não contestável. Em San Quentin, Fred Billingslea foi exposto ao gás lacrimogêneo até a morte, em fevereiro de 1970. W. L. Nolen, Alvin Miller e Cleveland Edwards foram assassinados por um agente penitenciário em janeiro de 1970, na prisão de Soledad. 'Suicídios' inexplicáveis e incomuns ocorreram com uma incrível regularidade nas cadeias e prisões do país. É evidente que o estratagema se torna uma arma poderosa dentro do espectro da repressão carcerária, especialmente por causa da disponibilidade de informantes, prisioneirxs suscetíveis a fazer qualquer coisa por um preço. Os Irmãos Soledad e os Três de Soledad são exemplos decisivos de vítimas de estratagemas. Ambos os casos envolvem ativistas militantes que foram acusados de matar agentes carcerários da prisão de Soledad. Em ambos os casos, o apoio generalizado foi aceso dentro do sistema prisional da Califórnia. Eles serviram para ligar as necessidades imediatas da comunidade negra com uma luta enérgica para quebrar o reduto fascista nas prisões e, portanto, abolir o sistema prisional na sua forma atual" (DAVIS, 1971) (*sic*). Desdobramento de imensa mobilização global por sua liberdade, Angela Davis foi absolvida de todas as acusações em junho de 1972.

Passados quatro dias da tomada de Attica, o governador de Nova Iorque, Nelson Rockefeller, determinou a invasão militar da penitenciária. No massacre perpetrado pelas forças armadas do estado contra os insurgentes desarmados, ao menos 39 pessoas foram mortas, entre prisioneiros (29) e reféns (10), naquela que ficou marcada como a "segunda-feira sangrenta". Entre as vítimas estava Barkley, sobre quem Russel Oswald, Comissário de Serviços Correcionais de Nova Iorque, diria mais tarde: "não era um grande criminoso. [Ele] estava em uma unidade de segurança máxima porque foi considerado um militante nato" (*apud* CAMP, 2016: 69).

De forma premeditada, o massacre executado com rajadas de armas, torturas e deliberada negação de atendimento médico aos presos feridos foi televisionado amplamente. Para o governador Nelson Rockefeller, tratava-se de interditar a imaginação insurgente e demonstrar espetacularmente o preço que as pessoas pagariam pela rebelião (CAMP, 2016)[10].

2. Regime "Lei e Ordem", contrainsurgência e encarceramento em massa

Angela Davis aborda a *Revolta de Attica*[11] como ponto histórico em que a possibilidade de abolir as prisões foi colocada (e derrotada) concretamente: "nos

10. Nesse sentido, Jordan Camp lembra que o governo, articulado com a grande mídia, pautou capas de jornais em que se representava a imagem dos prisioneiros amotinados, não como insurgentes organizados contra a opressão e a violência racial e carcerária, mas como uma turba indisciplinada e caótica. O governo chegou mesmo a disseminar a informação mendaz de que os prisioneiros teriam mutilado e matado os agentes prisionais reféns a facadas. Tal mentira, arquitetada pelo governo e irradiada pela grande mídia, seguiu como molde da memória oficial do massacre, ainda que, um dia depois, tenha sido frontalmente contrariada por um relatório de autópsia que demonstrava que os reféns foram mortos por ferimento de balas de fogo e que nenhum dos prisioneiros portava arma de fogo (CAMP, 2016). Para um estudo sobre a atuação da grande mídia na produção de representações deformadas de rebeliões prisionais, vale conferir a pesquisa "Narrativas Brancas, Mortes Negras", realizada pela INNPD (Iniciativa Negra por uma Nova Política sobre Drogas), CELACC-USP (Centro de Estudos Latino-Americanos sobre Cultura e Comunicação), Ponte Jornalismo e Alma Preta. Disponível em: [www.almapreta.com/editorias/o-quilombo/os-padroes-de-manipulacao-da-midia-e--o-projeto-de-encarceramento-em-massa].

11. Para um quadro minucioso da Revolta de Attica: CUNNINGHAM, Dennis; DEUTSCH, Michael; FINK, Elizabeth. *Remembering Attica Forty Years Later.* Prison Legal News, v. 22, n. 09, 2011. Disponível em: [www.prisonlegalnews.org/news/2011/sep/15/remembering-attica-forty-years-later/].

anos 1970 houve um momento em que se levou a sério o abolicionismo. Foi mais ou menos na época da rebelião de Attica, quando as pessoas – estou falando de jornalistas, advogadas e advogados, juízas e juízes proeminentes – começaram a pensar seriamente a respeito de algo que não fosse o aprisionamento. No fim das contas, o pêndulo oscilou para a direção oposta" (DAVIS, 2018: 37)[12].

Já na década de 1960, germinavam os primeiros chamados de *lei e ordem* veiculados, sobretudo, como *leitmotiv* eleitoral a sugerir a conexão entre o ascenso do movimento negro de direitos civis e o suposto vicejo da desordem, do caos e da criminalidade (WACQUANT, 1999; ALEXANDER, 2017). O ponto decisivo da virada punitiva, no entanto, dificilmente pode ser desvinculado do contexto geral de revoltas negras nos guetos e em unidades prisionais e, precisamente, da *Revolta de Attica*. Por esse caminho, Camp argumenta que o massacre à rebelião, em sua dimensão político-performática, marcou a assunção pelo governo Nelson Rockefeller da responsabilidade pela construção de uma resposta do *status quo* à crise econômica e ao crescimento exponencial do movimento antirracista.

Enquanto, na esfera federal, Nixon evocava as drogas como inimigo primeiro da nação e dava carta (literalmente) branca para Edgar Hoover (diretor do FBI de 1924 até a sua morte, em 1972) destruir, por todos os meios necessários, o *Partido Panteras Negras*, Rockefeller transformava Nova York em um laboratório do neoliberalismo punitivista inspirado por sua própria perversa obra em Attica. A intervenção violenta, militar, é transformada em momento natural, certo e inevitável no contexto da construção de um *novo senso comum racista* que atina para os medos gerados pela crise social e econômica. A formulação racializada de Attica enfeixava-se à organização racializada das cidades como sinônimo de criminalidade e decadência urbana (CAMP, 2016).

Sob o rescaldo do massacre, a situação de Nova York foi representada por *think tanks* comprometidos com a reestruturação neoliberal como ingovernável em decorrência do "excesso" de liberdades civis que estariam conectadas com a "lógica criminal" dos movimentos antirracistas (CAMP, 2016). Tal retórica

12. Na mesma direção: "antes de ser fator determinante na racialização e estratificação do poder, em 1973, o sistema penitenciário foi pesquisado pela Comissão Nacional Consultiva sobre a Justiça Criminal que reconheceu o acúmulo de fracassos e propôs o fechamento dos centros para jovens detentos e a paralisação de construção de penitenciárias por uma década. Defendia-se, ainda, a implementação de programas de educação dos detentos. A intenção dos penalistas revisionistas era destinar à reclusão a minoria dos detentos, ou seja, os autores dos crimes mais violentos. Por quase três décadas, houve uma ligeira redução no número de prisioneiros – 109 por 100 mil habitantes em 1950 para 96 por 100 mil habitantes em 1970" (DUARTE; QUEIROZ; GARCIA, 2016: 154).

embalou o governou Nelson Rockefeller que, em ressonância à declaração de Nixon contra as drogas, promulgou a Lei de Drogas de Nova York (*Lei Rockefeller de Drogas*) pela qual foram criadas as chamadas "sentenças mínimas obrigatórias": no mínimo 15 anos de prisão a quem fosse apanhado com entorpecentes, ainda que se tratasse de "pequeno/a infrator/a".

No desenho do aparato penal que Rockefeller edificava sob o alvorecer da "era do assalariamento fragmentado e descontínuo" (WACQUANT, 2007: 44), o inimigo tinha cor e endereço precisos: jovens negros das comunidades pobres de maioria negra, assoladas pelas mazelas da desindustrialização, do desemprego e do subemprego.

A iniciativa contrainsurgente de Rockefeller se pulverizou por todo o território estadunidense, mas as políticas de *Law and Order* somente ganharam contornos mais definitivos com a declaração de "Guerra às Drogas" lançada pelo presidente Ronald Reagan em 1982. Dali em diante, houve um incremento sem precedentes no orçamento federal para ações antidrogas. Particularmente, depois do advento do suntuoso *programa Byrne* de subsídios federais aos estados aderentes do programa de "Guerra às Drogas", houve uma "proliferação de forças-tarefas de narcóticos" (ALEXANDER, 2017: 126) e um rápido alinhamento institucional dos departamentos policiais aos ditames da guerra interna contra "o crime".

Ainda que, à época, as chamadas "taxas de criminalidade" estivessem estagnadas ou mesmo em processo de queda (WACQUANT, 1999) e não houvesse um surto de uso de entorpecentes justificador da "Guerra às Drogas" (ALEXANDER, 2017)[13], a produção do consenso racialmente determinado em torno do "combate ao crime" se beneficiou da crise social e econômica e da exploração do ressentimento das classes médias brancas em face do avanço dos levantes negros por melhorias em suas condições de existência.

Transcorridas quatro décadas desde a *Revolta de Attica*, o número de pessoas encarceradas nos Estados Unidos passou de cerca de 200 mil para mais de 2 milhões. A população negra é vastamente sobrerrepresentada no cárcere e prisioneira da "Guerra às Drogas"[14], apesar do fato de que tanto o consumo como o

13. Michelle Alexander enfatiza a "estranha coincidência de que uma crise de drogas ilegais surgiu repentinamente no interior da comunidade negra depois – e não antes – de a Guerra às Drogas ter sido declarada. De fato, a Guerra às Drogas começou em um momento em que o uso de drogas ilegais estava em declínio" (ALEXANDER, 2017: 41).

14. Cf. *National Association for the Advancement of Colored People-NAACP*. Disponível em: [www.naacp.org/criminal-justice-fact-sheet/].

comércio de entorpecentes sejam praticados em igual proporção por pessoas brancas e negras:

> "A ideia de que o uso e as vendas de drogas acontecem majoritariamente no gueto é pura ficção. O tráfico de drogas ocorre lá, mas ocorre também em todos os outros lugares dos Estados Unidos. Não obstante, a taxa de homens negros que têm dado entrada em prisões estaduais sob acusações relacionadas a crimes de drogas é mais de treze vezes maior que a de homens brancos. O racismo inerente à Guerra às Drogas é uma das principais razões por que 1 em cada 14 homes negros estava atrás das grades em 2006, em comparação com 1 em cada 106 homens brancos. Para os jovens negros, as estatísticas são ainda piores: 1 em cada 9 homens negros entre 20 e 35 anos estava atrás das grades em 2006, e tantos mais estavam sob alguma forma de controle penal – como liberdade assistida ou condicional. Essas disparidades gritantes simplesmente não podem ser explicadas pelos índices de criminalidade relacionados a drogas ilícitas entre afro-americanos." (ALEXANDER, 2017: 160)

3. Califórnia: Golden Gulag

Estado em que foi fundado o *Partido Panteras Negras*, a Califórnia não apenas seguiu a marcha da virada punitiva estadunidense, como se destacou, sobretudo, por ter aprofundado a lógica do *Law and Order* com a implementação, em 1994, das denominadas *Three Strikes and You're Out Laws*[15]: em 1980, eram aproximadamente 24 mil pessoas presas; no final de 1993, a população prisional saltou para cerca de 119 mil e, em 2003, para 162 mil. Em 2007, como anotado alhures, a população prisional da Califórnia atingiu o seu ápice: 173.312 mil pessoas aprisionadas[16].

15. A "lei do três crimes e você está fora" californiana previa penas de "25 anos até prisão perpétua" para pessoas reincidentes condenadas pela terceira vez, independentemente da gravidade do crime. Segundo Wacquant: "a Califórnia põe em prática uma versão particularmente brutal, pela qual mais de 500 infrações (incluindo faltas menores, como um simples furto numa loja) qualificam como 'terceiro *strike*', determinando prisão perpétua" (WACQUANT, 2007: 122-3).

16. Uma vez que os dados referentes a pessoas presas em unidades federais (por crimes federais) e, sobretudo, em unidades municipais (as chamadas *Local Jails* são, em geral destinadas a pessoas detidas pela polícia que aguardam julgamento e àquelas condenadas a penas de detenção inferiores a um ano), são inconsistentes – de acordo com Wacquant: "cada setor possuiu seu próprio sistema de contagem, que não é rigorosamente idêntico ao longo do tempo, o que explica as inconsistências e as diferenças nos dados (inclusive quando provêm da mesma fonte) (WACQUANT, 1999: 41) –, considera-se

Além das leis *Three Strikes,* um conjunto de outros expedientes jurídicos foi fundamental à construção do novo aparato penal de aprisionamento massivo articulado à "Guerra às Drogas" e à "Guerra ao Crime": o chamado "sentenciamento determinado", adotado supostamente para afastar a arbitrariedade judicial, mas que acabou, na prática, por condicionar a proliferação de sentenças mais severas; a "verdade do sentenciamento", pela qual foram impostos prazos altos de tempo mínimo de cumprimento da pena de prisão (entre 75% e 100%) para a concessão da liberdade condicional vigiada; e as denominadas "sentenças obrigatórias", legislação federal de 1986 pela qual se estabeleceu uma lista de penas mínimas, obrigatórias e irredutíveis para crimes relacionados a drogas, estendida posteriormente a outros tipos de crimes (WACQUANT, 2007).

Sobre as dinâmicas operativas do que chama de "Novo Jim Crow", Michelle Alexander argumenta que a reestruturação punitiva construída como resposta aos levantes negros dos anos 1960 e 1970 e à crise econômica foi exitosa em seu objetivo de reposição da dominação branca em razão de um processo de construção de consenso racial formalmente neutro e baseado em duas etapas.

Por um lado, foi concedida "discricionariedade ilimitada" às polícias e às promotorias com relação à decisão sobre quem abordar, revistar e acusar, "assegurando assim rédea solta a crenças e estereótipos raciais conscientes e inconscientes" (ALEXANDER, 2017: 164). No que diz respeito particularmente ao papel das promotorias, o manejo dos instrumentos das "sentenças obrigatórias" e do "*three strikes*" conferiu ao Ministério Público um poder extraordinário para negociar acordos[17] e teve como desdobramento principal a disparada do número de pessoas negras condenadas a longas penas de prisão por terem "confessado" a culpabilidade diante da ameaça legal de provável condenação à pena de prisão perpétua em caso de recusa do acordo ofertado[18].

Por outro lado, o racismo operado pela ilimitada discricionariedade dos órgãos policiais e de acusação foi racionalizado e neutralizado pelos tribunais, cuja jurisprudência se consolidou no sentido de impor à pessoa acusada que

aqui somente os dados referentes a prisões estaduais sistematizados pelo *Departamento Correcional e de Reabilitação da Califórnia* (CDCR)".

17. "Transações penais" pelas quais a pessoa acusada confessa o crime em troca de uma pena mais branda a ser imposta sem julgamento.

18. Cf. Alexander: "simplesmente ao denunciar alguém por um crime com uma sentença obrigatória de dez a quinze anos ou perpétua, os promotores são capazes de forçar pessoas a se declararem culpadas para não se arriscarem a passar uma década ou mais na prisão" (ALEXANDER, 2017: 144).

alegava ser vítima de preconceito racial o ônus de produzir a draconiana prova da intencionalidade da discriminação racista. O *caso McCleskey* é citado por Alexander como o desencadeador principal do processo de fechamento dos tribunais às alegações de racismo nas abordagens policiais: nele, a Suprema Corte descartou a apresentação de um vasto estudo empírico (estudo Baldus) que evidenciava a discriminação racial como critério de atuação de promotores e tribunais e assentou a necessidade de apresentação de evidências de preconceito racial consciente para validar acusações de violação da *Décima Quarta Emenda*[19].

Conjuga-se às transformações nos dispositivos legais de criminalização a formulação de um programa de expansão prisional economicamente viável. Ruth Wilson Gilmore, em seu *Golden Gulag*: prisons, surplus, crisis, and opposition in globalizing (GILMORE, 2007), aborda o processo específico de expansão prisional no estado da Califórnia a partir dos anos 1980. Apoiada na noção de crise de excedentes econômicos, Gilmore acrescenta à leitura da virada punitiva como resposta contrainsurgente aos levantes negros dos anos 1960 e 1970 a identificação de um novo arranjo que ela nomeará de "militarismo pós-keynesiano" e que, na Califórnia, foi particularmente desenvolvido a partir do declínio da indústria militar e da inversão de seus ativos para a formação do *agribusiness*.

Segundo Gilmore, houve a acumulação de quatro tipos de excedentes: *excedente financeiro,* provocado pelo crescimento da produtividade da terra e consequente disparada da taxa de juros e das formas de renda da terra; *excedente de terras cultiváveis*, uma vez que, desde o final dos anos 1970, parte substancial dessas terras foi urbanizada e outra parte foi exclusa do agronegócio dado o acirramento da competição internacional no sistema produtivo agrícola; *excedente de mão de obra*, efeito da reestruturação produtiva que se expressou como mecanismo de destruição da organização proletária de modo a disponibilizar um

19. Ainda nos termos de Alexander: "em 1987, quando a histeria da mídia com os crimes de drogas dos negros estava no auge e os noticiários policiais estavam saturados de imagens de criminosos negros algemados em salas de audiências de tribunais, a Suprema Corte decidiu, em McCleskey *versus* Kemp, que o preconceito racial nas condenações, mesmo que demonstrado por meio de estatísticas confiáveis, não poderia ser alegado com base na Décima Quarta Emenda na ausência de evidência clara de intenção consciente de discriminar [...] Nos anos após o julgamento do caso McCleskey, os tribunais inferiores, de maneira condizente, rejeitaram alegações de discriminação de raça no sistema de justiça criminal, considerando que disparidades raciais flagrantes não merecem escrutínio estrito na ausência de prova de discriminação racial explícita – justamente a prova que não pode ser produzida na era da neutralidade racial" (ALEXANDER, 2017: 173-177).

crescente contingente de força de trabalho diante do achatamento de salários e da eliminação de postos de trabalho; e, por fim, *excedente de capacidade estatal*, que resultou da pressão sobre o estado keynesiano sobrante e da correlata diminuição do endividamento público em razão do encolhimento dos investimentos sociais.

Tal conjunto de excedentes ancorou o lançamento do maior projeto de construção de prisões do mundo. Em solução definida pela autora como *the prison fix* ("o reparo prisional"[20]), a Califórnia coloca em marcha, a contar de 1982, um plano de expansão prisional que será seguidamente reforçado nos anos seguintes e por meio do qual logrará liberar boa parte dos excedentes contingenciados.

Favorecido pela consolidação nacional das políticas *Law and Order* provindas da "Guerra às Drogas" e da "Guerra contra o Crime", o governo da Califórnia pôde manejar a situação de superlotação prisional para avalizar, publicamente, a contratação de empréstimos via emissão de títulos públicos para a expansão prisional, mesmo diante de um cenário de austeridade fiscal.

O projeto de expansão prisional, por outro viés, absorvia tanto parte do excedente de terras, ora destinado à construção de presídios e à ativação econômica das áreas contíguas, como parte do excedente de mão de obra empregada para a construção de presídios e para estruturar os "serviços prisionais".

Precisamente, no decurso da marcha da expansão prisional da Califórnia, há uma transformação do perfil da população prisional. Entre 1982 e 2000, as respectivas porcentagens de pessoas negras e latinas presas ultrapassam a porcentagem de pessoas brancas presas, invertendo a proporção da população em geral.

Na síntese de Gilmore: "a estrutura das novas leis, que se intersecciona com a estrutura da crescente população excedente relativa e o uso concentrado pelo estado de leis criminalizadoras em Southland produziram uma mudança racial e étnica refinada na população prisional" (GILMORE, 2007: 111).

Ao mesmo tempo, alterou-se a proporção dos tipos de crimes justificadores das prisões: em 1980, 63,5% da população prisional da Califórnia estava presa por crimes violentos, 24,2% por crimes contra a propriedade e 7,4% por crimes relacionados a drogas; em 2000, a proporção é invertida: 25,3% por crimes violentos, 16% por crimes contra a propriedade e 39% por crimes relacionados a drogas.

20. Tradução de Rodolfo Arruda Leite de Barros (BARROS, 2016).

4. Califórnia [II]: quando novas personagens entram em cena

Não acredito que possamos confiar nos governos para fazer o trabalho que apenas os movimentos de massa podem fazer.
(DAVIS, Angela, 2018: 46)

A voracidade do complexo de reestruturação punitiva, por exitosa que tenha sido como estratégia contrainsurgente para *deter* os levantes negros dos anos 1960 e 1970, não foi capaz de destruir a capacidade das comunidades negras de reorganizar suas práticas autônomas de criação da vida e da resistência. Desde o início dos anos 1990, diante do crescente assédio genocida à juventude negra nas comunidades mais pobres da Califórnia[21], surgem novos movimentos sociais que passarão a constituir um obstáculo concreto à expansão policial e prisional.

A *Revolta de Los Angeles* (*LA Riots*), em 1992, foi o ponto de inflexão determinante à emergência de novos movimentos organizados. Em 3 de março de 1991, Rodney King foi espancado por quatro policiais brancos durante uma *blitz* do LAPD (*Los Angeles Police Department*). Lançado ao chão e algemado, Rodney foi golpeado dezenas de vezes com socos, pontapés, golpes de cassetete e choques elétricos, em massacre que foi gravado por um cinegrafista amador e divulgado amplamente. Passado um ano, os quatro policiais foram absolvidos pelo júri, desencadeando levantes, saques e quebra-quebras que colapsaram a cidade por uma semana. Diante da dimensão que tomou a revolta, foi realizado novo júri em que dois dos quatro policiais foram condenados.

Em uma dimensão menos visível, também na passagem de 1991 a 1992 um pequeno grupo de mulheres negras começa a se organizar no subúrbio de Los Angeles para fazer frente à violência policial. No dia 29 de novembro de 1991, George Noyes, que se mudara para Sacramento exatamente para se afastar de uma gangue da qual era membro, passava férias na casa de sua mãe, no *Imperial Courts* (extenso conjunto habitacional no subúrbio de Los Angeles) quando foi abordado e executado por um agente do LAPD conhecido na comunidade pela constância com que perseguia e abordava brutalmente jovens negros.

Noyes poderia ter sido mais um jovem negro morto pela polícia em nome da "Guerra às Drogas". Dessa vez, no entanto, o sentimento de revolta – que aflorava nas comunidades desde a pulverização das imagens do espancamento de King

21. Em 1990, Mike Davis dizia em seu *Cidade de Quartzo*: "em consequência da guerra das drogas, todo adolescente não-saxão na Califórnia Meridional é agora um prisioneiro da paranóia das gangues e da demonologia associada" (DAVIS, 1993: 253).

em março – não foi superado pelo pavor que as ações cotidianas do LAPD suscitavam[22]. Barbara Meredith, tia de George, e seus filhos, Gilbert e Jocelyn (primos dele), iniciaram uma mobilização envolvendo toda a família e a comunidade para, de início, promover uma investigação popular sobre o assassínio de George. Logo formaram o *Comitê de Justiça para George Noyes* (*George Noyes Justice Committee*) que passou a se reunir no salão multiuso do *Imperial Courts*.

A primeira ação do Comitê foi para garantir a realização do funeral de George com a presença de toda a família e amigos de George, que viviam espalhados ao longo da região então fragmentada por gangues rivais. Com muita habilidade, tiveram êxito em convencer os membros das gangues a compactuarem uma trégua de um dia para a realização do cortejo fúnebre. O processo de construção autônoma da paz fortaleceu a organização e transmitiu uma mensagem importante para todas as comunidades locais, provendo, conforme Gilmore, "forma material e simbólica para o que viria em seguida" (GILMORE, 2007: 202).

Passo a passo, o sentimento de fragmentação da comunidade provocado pelo extensivo e violento monitoramento policial e pela rivalidade entre as gangues foi dando lugar a um *senso de coletividade* aguçado pelo luto organizado das mães e pelo gradual reconhecimento por membros de gangues da importância do poder coletivo perante o cenário de desolamento econômico e de violência estatal cada vez mais fatal aos jovens negros das comunidades.

O Comitê seguiu organizado e começou a incomodar seriamente o LAPD ao mobilizar cada vez mais famílias nas ações de questionamento da execução de George e de outros casos de malfeitos policiais. Ao final de uma atividade de arrecadação de fundos para o Comitê organizada em 16 de fevereiro de 1992, policiais do LAPD apareceram na porta para prender Gilbert sob a acusação de assalto à mão armada de dez dólares.

22. Sobre a sistemática perseguição racial pela LAPD, diz Alexander: "em Los Angeles, paradas em massa de jovens homens e rapazes afro-americanos resultaram na criação de um banco de dados que contém nome, endereço e outras informações biográficas da esmagadora maioria dos jovens negros da cidade. O [LAPD] justificou esse banco de dados como uma ferramenta para rastrear gangues ou atividades 'relacionadas a gangues'. No entanto, o critério de inclusão no banco de dados era notoriamente vago e discriminatório. Ter um parente ou amigo em uma gangue e usar *jeans* largos já seria o suficiente para que um jovem fosse incluído no que a Aclu chama de 'lista negra'. [...] Em 1992, o ativismo civil levou a uma investigação que revelou que oito em cada dez pessoas não brancas em toda a cidade estavam em uma lista de suspeitos de serem criminosos" (ALEXANDER, 2017: 206).

Gilbert era membro de uma das gangues e principal articulador da construção da paz entre elas desde o funeral de seu primo. Convicta de que a acusação contra Gilbert fora forjada para inibir a crescente organização da comunidade em torno do *Comitê de Justiça para George Noyes*, Barbara começa a articular campanha pela libertação de Gilbert (*Free Gilbert Jones*). Poucos meses depois, adveio a *Revolta de Los Angeles* (entre 25 de abril e 2 de maio), evento histórico que impactou tanto a organização estatal da violência quanto a organização popular da resistência.

Do ângulo estatal, os "distúrbios" implicaram um duplo esforço de reestruturação policial com o objetivo de refazer a legitimidade do "monopólio estatal do uso da força" diante da "opinião pública" e de racionalizar a intervenção militar utilizada para a repressão dos levantes. O ostensivo policiamento posto em prática para sufocar os levantes é configurado, desde então, como experimento formativo da nova doutrina militar das chamadas "operações militares urbanas de 'baixa intensidade'" ou "guerra de quarta geração", segundo a qual as manifestações populares passam a ser divisadas como atos de "insurgência urbana" e as ruas da cidade como potenciais campos de batalha (GRAHAM, 2016: 72).

No lado oposto, a rebelião em Los Angeles significou uma rápida abertura de horizonte para lutas que já vinham se organizando silenciosamente nas comunidades negras. A condenação de Gilbert depois de seu caso ser remetido a um juízo branco e "antigangue", em contraste com o escandaloso favorecimento aos policiais no julgamento pelo espancamento de Rodney King, motivou Barbara a expandir as articulações com outras mães que tiveram seus filhos presos. Juntas, passaram a organizar protestos regulares no centro de Los Angeles para denunciar os abusos policiais e as prisões ilegais e, em novembro de 1992, fundaram o coletivo *Mothers Reclaiming Our Children* ("Mães recuperando nossos filhos") ou, simplesmente, *Mothers ROC*[23].

Ao relembrar que, um mês antes da eclosão da revolta, as gangues de Los Angeles se encontraram em uma mesquita independente para assinar uma declaração inédita de paz, Gilmore situa o surgimento das *Mothers ROC* no mesmo ambiente histórico: "de fato, os distúrbios [de 1992] não produziram a trégua [entre as gangues]; antes, a trégua, as Mothers ROC e a insurreição eram todas expressões das mesmas condições objetivas que caracterizaram as relações entre o estado e as 'comunidades precarizadas' negras, pardas e outras

23. Todas as informações sobre o Comitê de Justiça para George Noyes e a Mothers ROC foram extraídas da leitura do capítulo 5 do livro *Golden gulag*: prison, surplus, crisis, and opposition in globalizing, em que Ruth Gilmore produz uma ampla etnografia sobre o surgimento desses movimentos (GILMORE, 2007: 181-240).

comunidades pobres no decurso da desindustrialização de Los Angeles" (GILMORE, 2007: 204).

As "ROCers" agruparam centenas de mães (também alguns pais) que já travavam a luta cotidiana e solitária pela liberdade e contra a desumanização e as opressões sofridas por seus entes queridos presos em unidades adultas ou juvenis. Nas reuniões semanais regulares, cultivavam os princípios da escuta cuidadosa e da quebra do silenciamento a que estavam até então constrangidas pela opressão totalitária da "Guerra contra o Crime" e assim se organizaram para incidir de ponta a ponta no sistema penal.

Sobre as bases da solidariedade política, o conhecimento acumulado individualmente passou a ser elaborado coletivamente e compartilhado em diversas ações de agitação e articulação com outras mães. Campanhas de liberdade, de transferência de prisioneiros para unidades mais próximas de seus familiares, monitoramento de audiências judiciais, entre outras ações diretas, compuseram a estratégia das ROCers e permitiram a elaboração de uma análise sistemática e em termos coloquiais das estruturas sociais, econômicas e políticas que moviam o sistema penal.

Entre as diversas ações organizadas pelas ROCers, destaca-se a persistente sequência de estudos e debates para o enfrentamento das leis do *Three Strikes and You're Out*, avaliada por elas, no decorrer da experiência cotidiana, como a principal arma para o encarceramento da juventude negra ao lado da escalada da construção de prisões (privadas, inclusive).

Depois de um ano de construção coletiva, promoveram, em janeiro de 1996, o *Three Strikes Awareness Month* ("Mês da Conscientização sobre o *Three Strikes*"), durante o qual foram realizadas conferências, intervenções em programas de rádio e televisão e panfletagens nos arredores de tribunais e de unidades prisionais. O movimento desaguou na articulação de uma ampla frente de combate ao *Three Strikes*: formada por famílias, organizações e presos de todo o estado da Califórnia, a *Families to Amend California's 3 Strikes* (FACTS) se consolidou como ampla campanha para a derrubada daquela que era considerada a "lei para as comunidades negras"[24].

Ruth Gilmore inscreve a formação da *Mothers ROC* na tradição dos movimentos de mulheres do terceiro mundo, especialmente das mulheres palestinas, sul-africanas, salvadorenhas e das argentinas *Madres de la Plaza da Mayo*. Calcadas nessa

24. Na síntese formulada a partir dos debates internos entre mães negras e mães latinas componentes das ROCers: "você tem que ser branco para ser processado sob a lei branca, mas não precisa ser negro para ser processado sob a lei negra" (GILMORE, 2007: 225).

tradição de *maternidade social*, as ROCers, gradual mas decisivamente, refutaram o isolamento provocado pela criminalização de seus filhos e pelo sequestro jurídico do problema e constituíram uma rede centrada no assentamento coletivo de uma organização que transbordou os espaços de contestação determinados pelas instituições legais do racismo burocraticamente organizado. Para tanto, empenharam-se no desafio de produzir uma outra posição diante do presente de barbárie policial e prisional, umbilicalmente ligado ao passado de massacres raciais.

Nas palavras de Gilmore: "não se trata de uma defesa da domesticidade tradicional como uma esfera separada; ao contrário, [o conceito de maternidade social para as ROCers] representa a ativação política em torno da crescente conscientização das formas específicas pelas quais o lar contemporâneo é um local saturado pelo Estado racial neoliberal" (GILMORE, 2007: 239).

As ROCers, partindo do fundamento do *autocuidado solidário e comunitário* e de uma pequena organização formada em resposta a uma crise local (assassinato de George Noyes), se desdobraram em um par de organizações (*Mothers ROC* e *FACTS*) para firmar, desde baixo, uma enfática oposição à expansão militarista[25].

Outras organizações de enfrentamento à violência policial e ao encarceramento em massa surgiram nos anos 1990 e 2000. Entre 1997 e 1998, foi formado o *Critical Resistance* ("Resistência Crítica"), que tem entre suas fundadoras Angela Davis e a própria Ruth Gilmore. O movimento foi responsável pela organização de uma Conferência realizada em 1998, em Berkeley (Califórnia), com mais de 3.000 militantes, egressas e egressos do sistema prisional, familiares de pessoas presas, sindicalistas, religiosos, feministas, etc., e na qual, durante os três dias de atividades, debates e elaboração, foi concebida a estratégia de enfrentamento da expansão do sistema penal como luta pela eliminação do "complexo industrial da prisão" (*Prison Industrial Complex* – PIC), de horizonte explicitamente abolicionista.

Categoria forjada, originariamente, por Mike Davis[26], o "complexo industrial da prisão" é a chave para divisar a punição estatal, não em sua conexão fictícia

25. Gilmore faz um importante relato sobre como a tentativa de institucionalizar as ROCers colocou em crise os fundamentos da autonomia e do autocuidado solidário do movimento e fez com que parte importante de suas componentes – incluindo Barbara – passasse a jogar mais energia na construção do FACTS: "em retrospectiva, parece que os processos burocráticos (para se tornar uma organização não governamental certificada pelo estado) revigorou poucos enquanto alienou muitos" (GILMORE, 2007: 234).

26. DAVIS, Mike. Hell Factories in the Field: A Prison-Industrial Complex. *The Nation*, fev. 1995.

com a noção jurídica de "crime", mas sim em suas relações estruturais com as dinâmicas históricas da economia política (DAVIS, 2003)[27]. Tal ponto de vista foi enriquecido pela práxis das diversas células de ação do *Critical Resistance*, que, com o tempo, ganhou projeção nacional.

Um exemplo bastante emblemático foi a campanha pela abolição das *Gang Injunctions* em Oakland (Califórnia), espécies de operações intensificadas das agências policiais em localizações previamente circunscritas como zonas de "crime organizado" – e, invariavelmente, comunidades ou partes de comunidades pobres e negras. Partindo de um entendimento da gentrificação da cidade e das ações militarizadas como partes articuladas no interior do "complexo industrial da prisão", o *Critical Resistance* de Oakland e mais uma dúzia de grupos locais lançaram a *Stop Injunctions Coalition* – STIC, campanha baseada no interior das comunidades atingidas numa estratégia de auto-organização comunitária de crítica à ação policial e, ao mesmo tempo, de construção de práticas autônomas e não violentas de resolução de questões e conflitos internos, dispensando

27. Para uma crítica da concepção do "complexo industrial prisional", ver: WACQUANT, Loïc. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. *Novos Estudos*, 80, mar. 2008. Neste artigo, em revisão de teses contidas em *Punir os Pobres* e apesar de admitir que o sistema prisional estadunidense cumpre contemporaneamente também o papel de instrumento de gestão do "trabalho não-regulamentado, [d]a hierarquia etnorracial e [d]a marginalidade urbana", Wacquant refuta aquilo que chama de "mito demoníaco do 'complexo industrial prisional'" por aferi-lo (de modo reducionista, a nosso ver) como uma visão simplista formulada por "ativistas" que estariam a tomar o processo de encarceramento em massa como mero produto de interesses privados por lucro. Como se observou nas análises de Ruth Gilmore, de Angela Davis e do *Critical Resistance*, a abordagem a partir do "complexo industrial da prisão" é bastante mais mediada e parte do pressuposto básico de desmistificar a noção estritamente jurídica de "crime". Tem, ademais, em seu favor, o fato bastante expressivo de servir como denominador comum das lutas antiprisionais mais avançadas da Califórnia e de todos os Estados Unidos na contemporaneidade. A sistemática implicância de Wacquant com as lutas calcadas na categoria do "complexo industrial da prisão" parece estar ligada mais a uma perspectiva de arrivismo acadêmico-teórico do que a razões críticas e práticas, como parece evidente em um artigo posterior em que afirma, novamente para criticar a concepção do "PIC": "nossa inspiração teórica não deve vir de Karl Marx e Frantz Fanon, mas de Emile Durkheim, Max Weber e Pierre Bourdieu, na medida em que a prisão contemporânea está no centro de uma instituição política – um concentrado de recursos materiais e violência simbólica – e não um equipamento econômico ou uma organização racial" (WACQUANT, 2010: 617).

radicalmente o acionamento da polícia. A coalização vigorou de 2009 a 2015 e terminou vitoriosa com a extinção oficial das *Injunctions*[28].

A perspectiva crítica ao "complexo industrial da prisão" tornou-se igualmente parâmetro de atuação para muitos outros movimentos e organizações, como a *California Coalition for Women Prisoners* – CCWP ("Coalização da Califórnia pelas Mulheres Presas"), fundada em 1995, e o *All of Us or None* ("Todas/os nós ou ninguém"), fundado em 2003 (também em Oakland)[29]. Todos esses movimentos são formados também por pessoas egressas do sistema prisional e têm por princípio o desenvolvimento e a articulação de suas ações em conjunto com as pessoas que se encontram aprisionadas.

A estratégia de desmantelamento do "complexo industrial da prisão" é multifacetada e inclui, entre outras, ações diretas para impedir a construção de novos presídios, fortalecimento de formas de diálogo com a população carcerária, marchas e atos públicos de protesto e constantes campanhas para a redução da população prisional; no interior dos presídios, são comuns a organização de pautas de reivindicações e a articulação de greves de fome.

Mais recentemente, em 2013, como resposta à absolvição de um segurança privado que, em fevereiro de 2012, em Sanford (Flórida), assassinou Trayvon Martin, jovem negro de 17 anos, foi criada a *Black Lives Matter* ("Vidas Negras Importam"), uma rede global de movimentos de enfrentamento ao genocídio negro. A *Black Lives Matter* rapidamente se espalhou pelos Estados Unidos, sobretudo depois do assassinato de Michael Brown, jovem negro de 18 anos, pela polícia de Ferguson (Missouri) desencadear uma série de levantes (*Revoltas de Ferguson*) em 2014. Na Califórnia, há quatro organizações locais da *Black Lives Matter*: em Long Beach, em Sacramento, em Los Angeles e na Bay Area (abrangendo Oakland, Berkeley e São Francisco).

28. Para um relato detalhado: [https://stoptheinjunction.wordpress.com/].

29. Cf. Julia Sudbury: "em 1998, quando a Critical Resistance (CR), principal organização abolicionista, organizou uma conferência chamada "CR: Além do Complexo Industrial Prisional", o complexo industrial-prisional (PIC) era um conceito pouco conhecido. A conferência inovadora atraiu aproximadamente 3.000 estudantes, educadores, ativistas, advogados, ex-prisioneiros e suas famílias para três dias de *workshops*, painéis, apresentações culturais e ação direta, e atraiu grande atenção da mídia. Como resultado da reunião, grupos que se opunham a prisões começaram a surgir em todo o país, e a rubrica do complexo industrial prisional surgiu como uma ferramenta popular de explicação e organização" (SUDBURY, 2009: 26).

5. O desencarceramento arrancado e o estado atual da luta antiprisional

Sem a participação efetiva das pessoas encarceradas, não existe campanha. Isso é um fato. Muitas pessoas encarceradas contribuíram para que se chegasse à consciência da abolição do complexo industrial-prisional. Talvez nem sempre seja fácil garantir a participação de pessoas encarceradas, mas, se elas não estiverem envolvidas e não forem reconhecidas como iguais, o fracasso é certo.
(DAVIS, Angela, 2018: 39)

Entre 1º e 26 de julho de 2011, detentos de 13 presídios da Califórnia articularam greve de fome contra as condições degradantes de superlotação dos presídios, excesso de confinamento em solitária, a tortura (física e mental), as chantagens para extorquir delações, entre outras violações. Em 8 de julho de 2013, nova greve de fome foi desencadeada, dessa vez em 20 presídios da Califórnia para contra-atacar as mesmas agressões estatais.

Na data de rememoração dos 45 anos da *Revolta de Attica*, mais de 70 mil prisioneiros trabalhadores de mais de 20 estados (Califórnia inclusa) entraram em greve. A convocação foi feita pelo *Incarcerated Workers Organizing Committee* ("Comitê de Organização de Trabalhadores/as Encarcerados/as") com apoio do sindicato *Industrial Workers of the World* – IWW ("Trabalhadores Industriais do Mundo"), com a seguinte chamada:

> "Em 9 de setembro de 1971, os prisioneiros assumiram o comando e fecharam Ática, a mais famosa prisão do estado de Nova Iorque. No dia 9 de setembro de 2016, promoveremos uma ação para fechar as prisões em todo o país. Nós não apenas exigiremos o fim da escravidão nas prisões, nós mesmos vamos acabar com ela nos negando a sermos escravos. [...] Protestos não-violentos, paralisações do trabalho, greves de fome e outras recusas para participar de rotinas e necessidades carcerárias aumentaram nos últimos anos. A greve prisional na Geórgia em 2010, as massivas greves de fome na Califórnia e a paralisação do *Free Alabama Movement* em 2014 têm chamado mais atenção, mas estão longe de ser as únicas demonstrações de poder da população prisional. Grandes greves de fome, por vezes eficazes, ocorreram na Penitenciária Estadual de Ohio, na *Menard Correctional* em Illinois, em *Red Onion* na Virgínia, assim como em muitas outras prisões. O florescente movimento de resistência é diversificado e interconectado, incluindo centros de detenção de imigrantes, prisões femininas e instalações juvenis. No outono passado, mulheres presas na cadeia de *Yuba County*, na Califórnia, se juntaram a uma greve de fome iniciada por mulheres mantidas em centros de detenção de imigrantes na Califórnia, Colorado

> e Texas. [...] Avante, levante-se e junte-se a nós. Contra a escravidão da prisão. Pela libertação de todos/as."[30]

No mesmo manifesto convocatório, o *Comitê de Organização de Trabalhadores Encarcerados* ainda conclama a fundamental solidariedade dos movimentos extramuros, especialmente daqueles que se levantaram contra os assassinatos de "Mike Brown, Sandra Bland e tantos outros e outras", lembrando da centralidade do projeto de encarceramento em massa na estrutura social de perpetuação da escravidão negra e de controle dos guetos.

A intensa e crescente conexão entre os movimentos de resistência nas comunidades negras ativas dentro e fora dos cárceres tem sido uma contundente ameaça ao programa de edificação massiva de muros, materiais e simbólicos, para, nas palavras de Michelle Alexander, jogar "a comunidade negra contra si mesma, desfazendo relações familiares e comunitárias, dizimando redes de apoio mútuo e intensificando a vergonha e o ódio contra si vividos pela atual casta de párias" (ALEXANDER, 2017: 55).

O fato é que o movimento antiprisional, fortemente ligado aos movimentos negros de libertação dos séculos anteriores, colocou em xeque a posição agressiva do estado da Califórnia sob o oratório do *Law and Order*. Diante da dilatante aspiração dos movimentos pela extinção das instituições do "complexo industrial da prisão", o governo da Califórnia se viu às voltas com a necessidade de fazer concessões, ainda que tentando deslocar o debate para o terreno seguro da "racionalização do sistema criminal".

É neste exato contexto que, desde 2000, o governo da Califórnia, por meio do *California Department of Corrections and Rehabilitation* – CDCR (Departamento Correcional e de Reabilitação da Califórnia), produz semestralmente projeções plurianuais de população prisional e, de 2007 para cá, a partir das causas de aprisionamento identificadas, postula, adota e monitora medidas administrativas, judiciais e legislativas com o objetivo de reduzir o número de pessoas presas.

O processo de redução da população carcerária é promovido, a princípio, mediante a flexibilização das sanções por violações técnicas da liberdade condicional e da implementação da liberdade condicional irrevogável (*non-revocable parole*), do aumento do valor limiar em dólar para a consideração de crime contra

30. Acesso à íntegra da convocatória: [https://iwoc.noblogs.org/post/2016/04/01/announcement-of-nationally-coordinated-prisoner-workstoppage-for-sept-9-2016/].

a propriedade e da expansão de créditos[31] para pessoas presas que participam de atividades de educação e similares.

Tais medidas absorveram parte das reivindicações da *Californians United for a Responsible Budget* – CURB (Californianos/as Unidos/as por um Orçamento Responsável), coalização fundada em 2003 e então constituída por 43 organizações (hoje são 70) – incluindo as já citadas *Critical Resistance, California Coalition for Women Prisoners* e *All of Us or None*[32] – com o objetivo de pressionar o estado a reduzir a população carcerária, fechar prisões e inverter os gastos securitários-militares com prisões e policiamento em investimentos sociais para o fortalecimento das comunidades pobres (SUDBURY, 2009).

A trajetória de declínio da população prisional da Califórnia, com as contínuas ações das diversas organizações e movimentos sociais em coalização, foi reafirmada como programa de desencarceramento em 2011. Na sequência da decisão histórica em que a Suprema Corte definiu a superlotação das prisões da Califórnia como situação equivalente à *pena cruel* e determinou que o estado reduzisse a população prisional a 137,5% da capacidade declarada no prazo de dois anos (caso *Brown vs. Plata*, 2011), a Califórnia aprovou, ainda em 2011, a legislação do *Public Safety Realignment* ("Realinhamento da Segurança Pública")[33], pela qual consolida as alterações anteriores no regime de liberdade condicional, substitui a liberdade condicional pelo regime da supervisão comunitária para crimes não violentos e redistribui prisioneiros/as condenados/as a penas inferiores a um ano para cadeias municipais.

Muito embora o estabelecimento de um programa explícito de reversão do encarceramento massivo tenha inegável carga simbólica, na prática, a legislação de *Realinhamento*, em si, pouco avançou em relação às medidas que já vinham sendo adotadas desde 2007 em resposta à pressão dos movimentos antiprisionais.

Possivelmente mais significativa do que a legislação do *Realinhamento* tenha sido a aprovação em consulta popular da *Proposição 36* (eleições de 6 novembro de 2012) pela qual, em atendimento parcial à campanha iniciada pelas *Mothers ROC* quase 17 anos antes, foi promovida a revisão da Lei dos *3 Strikes and You're*

31. Os créditos compõem o critério subjetivo (algo relativamente próximo ao "bom comportamento carcerário" do ordenamento brasileiro) de classificação para o acesso a benefícios, como a liberdade condicional, por exemplo.

32. A lista de organizações que compõem a coalização pode ser conferida em: [www.curb-prisonspending.org/#1476180604782-5feb1bfb-8dc5].

33. A legislação de Realinhamento da Segurança Pública é formada, basicamente, pela *Assembly Bill* 109 e pela *Assembly Bill* 117.

Out para restringir a sentença de prisão perpétua somente aos casos de nova condenação por "crime violento" e determinar a sua aplicação retroativa.

Tal mudança, além de expressar um relativo avanço jurídico-político e uma respeitável vitória social do movimento antiprisional californiano, sobreveio no mesmo momento em que o governo da Califórnia pleiteava junto à Suprema Corte o adiamento do prazo para cumprimento da decisão de 2011 sob o argumento de que a continuidade do processo de desencarceramento estaria a denotar "ameaça à segurança pública".

A Suprema Corte refutou o pedido e mesmo o *The New York Times*, em editorial veiculado em agosto de 2013, repudiou a tentativa do Governo da Califórnia de sustar o programa de desencarceramento, lembrando que "na verdade, o problema da Califórnia não é crime excessivo, mas punição excessiva". No mesmo editorial, o principal jornal dos Estados Unidos reconhece, implicitamente, o êxito do movimento antiprisional nas ações para fazer corroer o consenso social em torno da Lei do *3 Strikes*: "os californianos deixaram claro que não aceitam mais as justificativas tradicionais para a condenação extrema. Em novembro passado, os eleitores votaram a Proposição 36, que restringe o uso da lei do *three-strikes* para crimes não violentos, mesmo para os prisioneiros atuais. Não foi apenas para economizar dinheiro; pesquisas de opinião mostraram que quase três quartos dos que apoiaram a proposição afirmaram sentir que a lei era dura demais"[34].

A corroborar tal tendência histórica de desestabilização do apelo oficial (e racial) às políticas *Law and Order,* a população da Califórnia aprovou mais duas proposições favoráveis ao programa de redução da população carcerária: em 4 de novembro de 2014, foi aprovada a *Proposição 47*, por meio da qual a maioria dos "não sérios e não violentos crimes contra a propriedade" e crimes de porte de drogas para uso pessoal foram desclassificados para mera contravenção; nas eleições de 8 de novembro de 2016, foi igualmente votada e aprovada a *Proposição 57*, que aumenta o número de crimes não violentos abrangidos pela possiblidade de concessão da liberdade condicional e autoriza o *Departamento de Correções e Reabilitação da Califórnia* (CDCR) a conceder créditos por reabilitação, comportamento ou realizações educacionais. Na mesma eleição de 2016, a população californiana votou ainda pela legalização da maconha.

O processo de redução da população carcerária no estado da Califórnia é inegável, assim como inegável é o peso determinante dos movimentos antiprisionais

34. Livre tradução. Para acessar o texto original do editorial de 10 de agosto de 2013 do *The New York Times*: [www.nytimes.com/2013/08/11/opinion/sunday/californias-continuing-prison-crisis.html].

para que a aparentemente invencível marcha do *Law and Order* se encontre hoje em processo de desaceleração.

Nos últimos anos, o Departamento de Correções e Reabilitação da Califórnia (CDCR) tem afinado seguidamente seus métodos de avaliação de estatísticas e de projeção da população prisional com base na tendência de impacto de proposições e alterações legislativas, judiciárias e administrativas. De acordo com o relatório mais recente (*Fall 2017 Population Projections*[35]), apesar de a série de quedas da população prisional ter sido interrompida em 2017[36], o programa de desencarceramento deve prosseguir, com previsão de redução do número de pessoas presas em unidades estaduais de 131.260 para 124.433 até o ano de 2022.

É muito cedo, entretanto, para celebrar a vitória contra o encarceramento em massa e, mais ainda, contra o "complexo industrial prisional", como aponta Alessandro De Giorgi ao problematizar o aspecto performático do processo de desencarceramento californiano:

> "Desde seu início, o plano de realinhamento resultou em uma redução significativa na população prisional estadual da Califórnia – de 160.700, em 2011, a aproximadamente 131.000, em 2014 – colocando o estado em conformidade com o teto ordenado pela corte (Lofstrom e Raphael, 2015: 2). Como era de se esperar, entretanto, ao mesmo tempo em que a população prisional estadual declinava, as cadeias locais testemunhavam um constante aumento em suas populações confinadas. De acordo com recentes estimativas, mais de um terço da redução total na população correcional do estado foi contrabalançado pelo paralelo aumento nas populações das cadeias (ibid.: 1) – um exemplo clássico de transencarceramento. Ademais, a questão não é algo meramente numérico. Além de absorver uma fração expressiva do declínio nos prisioneiros estaduais, o crescente recurso às cadeias locais para alojar pessoas condenadas a sentenças de prisão mais longas levanta questões

35. O Departamento de Correções e Reabilitação da Califórnia (CDCR) emite relatórios semestrais, sempre na primavera (*spring*) e no outono (*fall*). O relatório de outono-2017 pode ser acessado em: [www.cdcr.ca.gov/Reports_Research/Offender_Information_Services_Branch/Projections/F17Pub.pdf]. Para acesso a todos os relatórios desde outono de 2000: [www.cdcr.ca.gov/Reports_Research/Offender_Information_Services_Branch/Population_Reports.html].

36. Nos termos do relatório "Fall 2017" do CDCR, o aumento da população prisional em 2017 está associado a tendências de longo prazo relacionadas a grupos de prisioneiros condenados por "crimes violentos" ou sentenciados à prisão perpétua e que não foram afetados pelas proposições aprovadas, e também a um inesperado aumento (2,6% entre 2015-2016 e 2016-2017) nos acordos judiciais para pena de prisão.

> importantes sobre as condições, notoriamente abismais, de detenção dentro dessas instalações, as quais não foram construídas para esse propósito." (DE GIORGI, 2017: 43-44) (*sic*)

Ainda que, mesmo considerado o total da população aprisionada na Califórnia (em cadeias municipais e em presídios estaduais e federais), seja irrefutável a redução do número de pessoas presas[37], a questão do "transencarceramento" apontada por De Giorgi é um alerta para a potencial ampliação da rede punitiva por meios e vias institucionais menos evidentes[38].

Na visão dos setores mais dinâmicos da luta pela reversão do encarceramento em massa, há outras preocupações. Anos antes da aprovação do *Realinhamento* e das *Proposições 36, 47 e 57*, Julia Sudbury, que é militante do *Critical Resistance*, publicara, em 2009, um artigo intitulado "Reforma ou Abolição? Usando mobilizações populares para desmantelar o 'complexo industrial da prisão'" em que, qual o título sugere, argumenta que "as táticas de base usadas pelo movimento antiprisional na última década para transformar a compreensão popular do encarceramento em massa abriram a porta para novas possibilidades políticas em um momento de crise econômica" (SUDBURY, 2009: 26).

Ao identificar a diversidade de organizações que compõem a ampla oposição ao uso da prisão como panaceia social, Sudbury diferencia, nesse conjunto, o movimento antiprisional das ONGs que trabalham para a reforma da justiça criminal. Nas suas palavras:

---

37. Consideradas todas as pessoas presas em cadeias municipais e em presídios estaduais e federais, a população prisional da Califórnia declinou de 250.300 em 2005 para 202.700 em 2016 (cf. *Bureau of Justice Statistics – BJS*. Disponível em: [www.bjs.gov/]).

38. Cf. De Giorgi: "No volume editado que primeiro popularizou o conceito entre estudiosos da punição e da sociedade (LOWMAN; MENZIES; PALYS, 1987), o termo "transencarceramento" foi introduzido para descrever a tendência de sistemas contemporâneos de controle social e penal em confundir os limites entre diferentes instituições encarregadas de confinamento, tratamento, punição e disciplina de populações desviantes – de escolas a prisões, de hospitais psiquiátricos a correções comunitárias. O termo, cunhado pelos editores daquele volume como uma resposta crítica à retórica *mainstream* da "desinstitucionalização" e do "desencarceramento" – particularmente relacionada ao fechamento de hospitais psiquiátricos estatais nas décadas de 1960 e 1970 – efetivamente capta a ambivalência estrutural da desinstitucionalização nos Estados Unidos. Nas palavras dos autores, o termo sugere que "o que tem sido recentemente descrito como 'desencarceramento' não é mais que um momento de oscilação entre modelos inclusivos e exclusivos de controle social; um modelo transcarcerário de controle é alimentado mais por uma corrente alternada do que por uma direta" (DE GIORGI, 2017: 40-41).

> "Primeiro, em vez de encarar a prisão como uma sanção necessária que talvez deva ser usada com menos frequência ou tornada mais eficaz e humana, a militância antiprisional vê as prisões e cadeias como uma forma de violência estatal racializada que deve ser desmantelada como parte de uma agenda de justiça social mais ampla. Em segundo lugar, enquanto as organizações voluntárias fornecem pesquisas importantes, trabalho de políticas, *lobby* e serviços diretos, suas atribuições raramente incluem a organização da comunidade ou a mobilização em massa. [...]. ONG's [que trabalham pela reforma da justiça criminal] podem e influenciam as políticas de governo, mas não podem gerar o poder popular necessário para criar o tipo de reorganização social e econômica fundamental para desmantelar o que se tornou uma indústria multimilionária. Além disso, o modelo sem fins lucrativos de mudança social pode minar a mobilização de base porque produz especialistas pagos que são vistos como pessoas com mais legitimidade do que as comunidades diretamente afetadas e tendem a evitar protestos populares que podem levar a conflitos com o Estado. [...] Para enfrentar o encarceramento em massa e seus corolários – o excesso de propaganda e a criminalização de comunidades pobres e racializadas – militantes antiprisionais nos Estados Unidos passaram a acreditar que é necessário a participação ativa e a liderança das comunidades diretamente afetadas, incluindo jovens racializados de baixa renda." (SUDBURY, 2009:26) (*sic*)

Por essas razões, Sudbury defendia a continuidade da estratégia do *Critical Resistance* de popularizar o conceito de abolição das prisões e, sobretudo, de organização política e social no interior das comunidades diretamente atingidas, dentro e fora das prisões, pela violência organizada pelo estado, situando as ações de solidariedade com a população carcerária para enfrentar as condições desumanas das prisões, não em um plano reformista que possa legitimar e até se hipostasiar em dispositivo de expansão do "complexo industrial da prisão", mas nos termos daquilo que Angela Davis descreve como "reformas não-reformistas" (*apud* SUDBURY, 2009: 27)[39], isto é, em necessária conexão com o horizonte de abolição do "complexo industrial da prisão"[40].

39. Cf. Angela Davis: "por mais importantes que sejam algumas reformas [...] os quadros que dependem exclusivamente das reformas ajudam a produzir a ideia estonteante de que nada se encontra além da prisão [...] a questão mais imediata hoje é como evitar a expansão das populações carcerárias e como levar o maior número possível de mulheres e homens presos de volta ao que as pessoas presas chamam de 'o mundo livre'" (DAVIS, 2003: 20).

40. Em abordagem próxima ao ponto de vista de Sudbury, Michelle Alexander, ao criticar o protagonismo midiático de advogados e organizações de "litigância estratégica" nas lutas antirracistas, afirma: "a noção de que o novo Jim Crow [encarceramento em massa] pode ser desmantelado por meio da litigância tradicional e de estratégias de reforma

Aprovadas as principais modificações institucionais entornadas ao programa de desencarceramento na Califórnia, outra militante do *Critical Resistance*, a já citada Ruth Gilmore, escreveu, mais recentemente (2015), um artigo em que aborda "o estado preocupante do movimento antiprisional". Alinhada com os pressupostos tratados por Sudbury, Gilmore chama a atenção para quatro tendências críticas.

Primeiramente, observa-se a formação de um novo "consenso bipartidário" (os novos "novos realistas") ancorado na cooptação do vocabulário e das pautas criadas pelo movimento antiprisional desde os anos 1990 e na sua deformação a serviço de um plano reformista e oportunista[41]. Desse movimento oportunista, tem se desdobrado uma tentativa deliberada de desidratar as organizações antiprisionais, o que inclui cortes de financiamentos:

> "Por que a retirada de recursos? Do ponto de vista dosnovos "novos realistas", as organizações que construíram o movimento [antiprisional] nas últimas duas décadas são profundamente irrealistas: suas políticas são radicais demais, seus membros de base são pouco profissionais ou não instruídos ou muito jovens ou ex-encarcerados e seus objetivos são muito opostos ao *status quo*. Qual é o *status quo*? Simplificando, o capitalismo exige desigualdade e o racismo o consagra. Assim, a criminalização e o encarceramento em massa são guerras de classe, como explicaram Platt e Takagi em 1977." (GILMORE, 2015)

A segunda tendência apontada por Gilmore relaciona-se às ações desse grupo de novos "novos realistas" tendentes a centrar os recursos no enfrentamento ao limitado papel exercido pelas empresas gestoras de prisões privadas, que custodiam apenas cerca de 5% do total da população prisional nos Estados Unidos. Tal estratégia deixa de fora uma infinidade de agentes econômicos que exploram outros lucrativos nichos no vasto parque prisional "público", como a indústria da comunicação telefônica nas prisões, que em 2015 movimentou 1,2 bilhões de

política totalmente desconectadas de um movimento social maior parece fundamentalmente equivocada. [...] Se continuarmos a contar a nós mesmos os mitos populares a respeito do progresso racial ou, ainda pior, se dissermos a nós mesmos que o problema do encarceramento em massa é grande demais, é assustador demais para que façamos algo a respeito e que nós deveríamos, em vez disso, direcionar nossas energias para batalhas que possam ser facilmente vencidas, a história nos julgará de maneira dura" (ALEXANDER, 2017: 53).

41. Cf. Gilmore: "*slogans* como "*education, not incarceration*" obscurecem intencionalmente as distinções vitais entre os novos "novos realistas" e as organizações de base cujo trabalho distorcem. Infelizmente, muitos que apontam a cínica apropriação de princípios táticos ou destacam as diferenças estratégicas subjacentes são acusados de sectarismo ou coisa pior" (GILMORE, 2015).

dólares com a cobrança de tarifas exorbitantes de presos e seus familiares e criando um verdadeiro oligopólio[42].

Em terceiro lugar, Gilmore critica a tendência de reprodução da seletividade penal no interior das campanhas reformistas, expressa na defesa prioritária de "criminosos não violentos ou não sérios" em reforço à suposição tácita de que as demais pessoas presas não seriam dignas de solidariedade. Segundo ela:

> "Isso ajuda a obscurecer o fato de que categorias como crimes "sérios" ou "violentos" não são naturais ou autoevidentes e, mais importante, que seu uso é parte de um aparato racial para determinar "periculosidade". Por exemplo, os defensores da Proposição 47 da Califórnia publicaram um artigo "bipartidário" amplamente elogiado no Los Angeles Times, escrito por Newt Gingrich e B. Wayne Hughes Jr., no qual os autores argumentaram que "a Califórnia tem usado excessivamente o encarceramento. As prisões são para as pessoas de quem temos medo, mas temos as enchido com muitas pessoas das quais estamos apenas com raiva". Observe o uso da palavra "medo". Os novos "novos realistas", com suas reformas de cima para baixo, estão tentando determinar quem constitui "nós"; pior ainda, eles também reforçam um sistema, uma ideologia e um banco de imagens da justiça criminal que justificavam o testemunho do grande júri de Darren Wilson[43] – assim como justificava as ações de Bernhard Goetz três décadas atrás." (GILMORE, 2015)

Por fim, Gilmore aponta a tendência desse grupo de construir oposição oportunista e virulenta aos movimentos mais críticos e à esquerda baseada na redução pragmática do sentido do encarceramento em massa a um epifenômeno que dispensa reflexões mais aprofundadas sobre suas bases materiais e históricas de viabilidade e transformação: o racismo e a pobreza estruturais e o capitalismo em sua fase mais destrutiva, devoradora e terminal.

Em reflexão sintônica ao alerta de De Giorgi sobre as maleabilidades do "transencarceramento", Gilmore questiona:

> "se, por exemplo, a Proposição 47 realmente libera verbas que podem ser empenhadas pelos distritos escolares, quem pode garantir que o dinheiro vai para programas educacionais reais, e não para policiais escolares, disciplina escolar e programas de exclusão escolar?" (GILMORE, 2015)

42. Cf. matéria do *The New York Times* (2015). Disponível em: [www.nytimes.com/2015/03/31/us/steep-costs-of-inmate-phone-calls-are-under-scrutiny.html].

43. Oficial da polícia municipal de Ferguson que atirou e matou Michael Brown, jovem negro de 18 anos, em 9 de agosto de 2014 (vide p. 20).

É importante enfatizar que o processo de "preservação pela transformação" das políticas de segregação racial por meio da hipertrofia e da seletividade do sistema penal, dissecado por Michelle Alexander, só pôde se dar de forma tão rápida e agressiva, e à sombra do vitorioso movimento pelos direitos civis, em razão da incompreensão de muitos acerca da sua verdadeira natureza e fundamentos. "Não é apenas como lutamos para ganhar, mas o quanto estamos preparados para as vitórias" (GILMORE, 2015) e para as consequentes reações orquestradas (*backlash*) que elas desencadeiam.

Os principais movimentos antiprisionais seguem ativos e atentos às contradições de que são feitos os caminhos rumo à abolição das prisões, das punições e do complexo industrial capitalista que delas não prescindem. O *Critical Resistance*, por exemplo, estruturado em quatro cidades[44], apoia-se na manutenção de um *Conselho Consultivo Comunitário* (formado por pessoas da academia, de movimentos e organizações e também por prisioneiras e prisioneiros), em campanhas permanentes de doação e na venda de camisetas, livros, cartazes e do jornal *The Abolitionist* (publicado em espanhol e em inglês e distribuído gratuitamente para mais de 5.500 pessoas presas) para manter os fundamentos da autonomia e da radicalidade crítica diante das tensões da luta pela abolição do "complexo industrial da prisão".

Apesar das adversidades e das tentativas de neutralização e deformação, o movimento antiprisional na Califórnia e nos Estados Unidos, ao menos quando visto de longe, parece estar firme e com os pés no chão. Uma boa evidência de seu pleno vigor é a chamada de mais uma greve nacional de prisioneiras e prisioneiros a ser desencadeada em 21 de agosto em resposta à rebelião ocorrida em 15 de abril na *Lee Correctional Institution*, na Carolina do Sul, que resultou na morte de sete prisioneiros.

Em extensa pauta de demandas nacionais, o movimento grevista, abertamente articulado com movimentos externos, exige: liquidação imediata das condições degradantes de encarceramento; fim imediato da escravidão nas prisões (trabalhos não assalariados ou remunerados abaixo do salário mínimo estadual); garantia da liberdade de manifestação e reclamação das pessoas presas; fim imediato da legislação *Law and Order* de sentenças obrigatórias e do excesso de sentenciamento e de negação de liberdade condicional a pessoas negras; fim imediato das leis de recrudescimentos penal contra gangues que visam as comunidades negras; maior acesso a programas de reabilitação e fim de restrições em razão da rotulação por "crime violento"; além da pela garantia do direito ao voto.

44. Oakland e Los Angeles no estado da Califórnia, Portland no estado de Oregon e New York City.

Nos termos da carta publicada pelo movimento, de 21 de agosto a 9 de setembro de 2018 (47 anos da *Revolta de Attica*), mulheres e homens aprisionados por todos os Estados Unidos agirão por meio de greves de trabalho, *sit-ins* (protestos pacíficos), boicotes e greves de fome[45]. Articulada interna e externamente sob o lema *Slavery Never Ended* ("A Escravidão nunca Acabou"), o movimento grevista tem o objetivo declarado de travar o maquinário do "complexo industrial da prisão" e exigir o fim da escravidão das prisões.

Notas finais: os caminhos abertos pela organização popular na Califórnia

O que nos separa do passado não é um abismo, mas uma mudança de posição.
(KLUGE, Alexander[46])

De maneira bastante evidente, o exemplo da Califórnia endossa a percepção que há muito se aponta sobre as estatísticas prisionais: longe de derivarem da "evolução da criminalidade" ou do "aumento da violência", os números do sistema prisional de cada país, mais ou menos estarrecedores, são produto de escolha substancialmente política. Para Niels Christie, "são decisões político-culturais que determinam a estatística carcerária, e não o nível ou a evolução da criminalidade" (CHRISTIE, 1999: 51); em sentido similar, Zaffaroni afirma que "cada país tem o número de presos que decide politicamente ter"[47].

Tais decisões, entretanto, não são determinadas por meras posições ideológicas dessa ou daquela facção partidária, tampouco por mero arbítrio ou boa vontade do governante de turno, mas sim pelas dinâmicas do quadro real de forças sociais e das estratégias de dominação da classe que detém os meios de produção. É sob esse aspecto que a experiência da Califórnia é tanto mais pedagógica.

Como demonstrado, as pequenas conquistas contidas no programa de desencarceramento californiano foram determinadas pela rearticulação das lutas antirraciais e pela formação de um emergente movimento antiprisional cuja força tornou-se tanto mais incontornável quanto mais conectado ao passado das rebeliões negras e ao aprendizado haurido das sucessivas derrotas sofridas no decurso da epopeia estadunidense.

Walter Benjamin, na tese 6 "Sobre o conceito de história", afirmava: "articular historicamente o passado não significa reconhecê-lo 'tal como ele foi'. Significa

45. Vide: [https://incarceratedworkers.org/news/iwoc-endorses-national-prison-strike-and-pledges-support].

46. Citação de abertura do filme *Despedida de Ontem* (1966).

47. Vide: [www.brasildefato.com.br/node/14487/#].

apoderarmo-nos de uma recordação quando ela surge como um clarão num momento de perigo" (BENJAMIN, 2013: 11). Esse contraponto radical ao historicismo (que faz das tensões históricas uma reta linear e consumativa) parece caracterizar bem o processo de reorganização das lutas antirraciais nos Estados Unidos e, em particular, na Califórnia.

Pela escavação do *continuum* da resistência negra, pelo reencontro com as tradições ancestrais de *maternidade social* e pela rememoração crítica dos movimentos de libertação negra desde a *Guerra Civil* até as lutas dos anos 1960 e 1970, o novo movimento antiprisional logrou articular o passado para fazer experiência de resistência diante dos perigos presentes. A retórica do "neutralismo racial", da "guerra às drogas e ao crime" e do *Law and Order* e as diversas armadilhas opostas à trajetória das novas lutas só puderam e podem ser enfrentadas com a radicalidade que provém desse olhar atento e dialético aos elementos submersos pela marcha da história oficial.

É nesse sentido que as *Mothers ROC* puderam retomar pacientemente os princípios da comunidade solidária e do autocuidado; que, na Conferência organizada pelo *Critical Resistance* em 1998, os movimentos antiprisionais puderam elaborar a estratégia de abolição do "complexo industrial da prisão"; que se pôde identificar no encarceramento em massa o "Novo Jim Crow" (ALEXANDER, 2017) e nas tentativas de enquadrar as lutas antiprisionais o "novo 'novo realismo'" ou o "novo consenso bipartidário" (GILMORE, 2015); que, enfim, a população prisional grevista, articulada com os coletivos antiprisionais externos, pode rememorar a *Revolta de Attica* e se colocar em confronto contra o escravismo que, sob novas formas e circunstâncias históricas, ainda vigora.

O contato com a experiência do movimento antiprisional da Califórnia desafia a busca por uma nova posição diante do processo de eclosão do encarceramento em massa no Brasil. Como se sabe, apesar de a promulgação da "Constituição cidadã" de 1988 e seu inédito acervo de direitos sociais terem acenado para uma "virada social" depois do entardecer do regime ditatorial civil-militar, o que predicou o regime democrático da chamada "Nova República" foi, ao revés, a "virada punitiva".

Os dados são bem conhecidos, mas não é demais repisar: entre 1994 e 2014, a população carcerária brasileira saltou de aproximadamente 129 mil para algo em torno de 622 mil pessoas presas[48]: recrudescimento de 382%. No mesmo período, a população brasileira em geral cresceu cerca de 25%. A despeito de haver mais de 1.500 tipos penais (crimes definidos em lei) no ordenamento jurídico

48. Conforme levantamento de 2016 do Depen, há ao menos 726.712 pessoas adultas presas no país.

brasileiro, afere-se que 74% da população prisional está privada de liberdade em razão de crimes contra o patrimônio ou comércio ilegal de drogas (o que abrange não mais do que dez crimes); 61,67% é composta por pessoas negras; 55,07% tem até 29 anos; 90,5% sequer concluiu o ensino médio; a população feminina, ainda substancialmente menor do que a masculina, cresce em ritmo maior, muito em razão da "Guerra às Drogas".

Não é possível ignorar o papel das instituições militares e militarizadas herdadas pela ditadura de 24 anos, tampouco o caráter "neoliberal" do novo dispositivo policial-prisional em expansão na escalada genocida que se dimana dos anos 1990 para cá. Entretanto, cerrar aí a questão, ao mesmo tempo que confina nas estacas do campo institucional as possíveis saídas para a reversão da expansão punitiva, obscurece o tenso e aberto cenário brasileiro presente na antessala da chamada "transição democrática".

Sob tal enquadramento, são pouco lembradas as diversas formas de lutas autônomas e comunitárias que vicejavam nas periferias e apontavam para caminhos de organização social bem distintos daquele que foi percorrido até aqui (SADER, 1988). Menos lembrado ainda é o surgimento e a ascensão do *Movimento Negro Unificado* (MNU) em 1978 como resposta à violência policial contra a população negra.

Em contraste com a reivindicação dos ativistas da anistia pelos "direitos dos perseguidos políticos" e pela reabilitação do acesso às vias institucionais de disputa de poder, o MNU enunciava que *todo preso negro é um preso político*. De abrangência nacional, o movimento foi composto por diversos pequenos coletivos negros, entre os quais estava um movimento de presos da Casa de Detenção, na capital paulista, chamado *Netos de Zumbi*. Em carta escrita para ser lida no ato de fundação do MNU, os *Netos de Zumbi* faziam ecoar do interior da principal penitenciária de São Paulo à escadaria do Teatro Municipal seu grito de liberdade:

> "Do fundo do grotão, do exílio, levamos nosso sussurro a agigantar o brado de luta e liberdade dado pelo Movimento Unificado Contra a Discriminação Racial. Nós presidiários brasileiros contamos com nosso grupo unificado contra a discriminação racial. E aqui estamos no lodo do submundo, mas dispostos a dar nossos corpos e mentes para a ação de luta, a denunciar também a discriminação dentro do sistema judiciário aqui no maior presídio da América do Sul. [...] Também tem o seguinte: se [direito humano] for algo do qual dependemos da sociedade branca para nos conscientizar, algo que se consiga com docilidade de servos, não apresente! Já estamos fartos de palavras, demagogias, por isto somos um grupo, por isso gritamos sem cessar. Somos negros, somos Netos de Zumbi! (E vovô ficaria triste se nos entregássemos sem luta.)." (SILVA *in* MNU, 1988: 8-9)

Na marcha do processo de "transição democrática", o MNU, guiado por princípios de autonomia organizativa e de autodefesa e por uma análise afiada sobre a nova fase do genocídio que estava por vir[49], perdeu espaço para os seguimentos que se atrelavam aos novos espaços institucionais de "participação cidadã" e gradualmente foi isolado[50].

É importante reter que, antes de ser desencadeado o processo de encarceramento em massa e de expansão policial-militar, havia um movimento organizado em escala nacional para resistir autônoma e comunitariamente a um perigo que já podiam prever de alguma forma.

O amplo espaço de resistência aberto pelas lutas dos anos 1979 e 1980, todavia, não ficou vazio. Entre 1982 e 1992, houve dois massacres na Casa de Detenção: no primeiro, ocorrido em 29 de março de 1982, sob o governo biônico de Maluf, 16 pessoas foram assassinadas pela Polícia Militar; no segundo, mais conhecido, ocorrido em 2 de outubro de 1992, ao menos 111 presos desarmados foram assassinados depois de o então governador Fleury ordenar a chacina. Entre os dois massacres, sobretudo a partir do governo Montoro e suas políticas de "humanização da prisão", nasceu e cresceu um campo que passaria a ser conhecido com o tempo como "Sociologia da Violência".

---

49. Cf. carta em resposta à síntese de avaliação política do I Encontro Nacional de Entidades Negras (1991) publicada no Boletim Informativo do MNU n. 5 (jan. 1993): "as classes dominantes desse País estão levando à frente o projeto de genocídio dos Países desenvolvidos, contra os povos não brancos do 3º mundo. O negro e outros povos oprimidos estão sendo obrigados a radicalizarem na luta contra o racismo e o neo-colonialismo no mundo, e os setores majoritários do ENEN não se percebem da importância da autonomia e independência do Movimento Negro como princípio fundamental no processo de libertação do negro. Essa é a divergência de fundo entre estes setores, que são atrelados a partidos e igrejas e o Movimento Negro Unificado que está buscando criar uma proposta de sociedade através do ponto de vista do negro, não aceitando que organizações externas a nossa realidade nos dê linha, nos diga o que fazer. [...] alertamos que não basta ser independente do Estado, é preciso ter uma política de autonomia e independência em relação ao Estado, às igrejas, e partidos. À organização que assim estiver constituída caberá dialogar com governos, partidos e outro tipo de organização para avançarmos na luta da população negra. O MNU, nos seus 14 anos cometeu muitos erros, no qual se incluiu a perda de sua autonomia, mas superou essa fase e, teremos paciência, trabalhando para que esses setores majoritários, atrelados, superem essa fase e se unam a um processo de luta mais avançado que busca colocar o negro que é a maioria da população no centro das transformações desse País" (apud VALENTE, 2018: 231).

50. Apesar do isolamento imposto pela processo de institucionalização das lutas sociais nos anos 1980 e 1990, o MNU até hoje é um movimento ativo e organizado e, especialmente desde 2014, tem se reestruturado nacionalmente. Neste ano, o MNU celebra 40 anos de existência e de luta contra o racismo e o genocídio (vide: [http://mnu.org.br/mnu-inicia-celebracao-dos-40-anos-em-marcha-contra-o-racismo/]).

Caracterizado, basicamente, por refutar qualquer perspectiva de conflito de classes e por reivindicar a autonomia "científica" dos estudos sobre "segurança pública", o campo da "Sociologia da Violência" foi formado historicamente por pesquisadores que ocuparam postos de gestão nos governos de São Paulo, do Rio de Janeiro e no governo federal. De acordo com Adalton Marques: "desde o seu nascimento, a Sociologia de Violência também fez de si uma espécie de fala decisiva acerca da melhor maneira de governar o problema da criminalidade urbana. Com efeito, ela é, muito exatamente, uma conselheira de governo. Uma ciência de estado" (MARQUES, 2017: 175).

Nessa relação íntima com a gestão da "segurança pública", os representantes da "Sociologia da Violência" tiveram papel crucial no processo de expansão securitária lastreada em razões humanitárias. Especificamente no rescaldo do Massacre do Carandiru, duas organizações basilares da "Sociologia da Violência" – Comissão Teotônio Vilela/CTV e Núcleo de Estudos da Violência/NEV – participaram "de maneira múltipla e destacada" (MARQUES, 2017: 235) da elaboração do relatório da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) do Ministério da Justiça sobre o massacre em que se recomendava a construção de novos presídios.

Mais à frente, já no governo FHC, é construído, sob coordenação do NEV, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em que se previa a construção de novos presídios como medida para reduzir a superlotação e evitar "novos Massacres do Carandiru", diretriz renovada no II Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), elaborado sob a relatoria de Paulo Sérgio Pinheiro (CTV), então secretário de Direitos Humanos do Governo Federal.

Também com o apoio técnico do NEV, foi lançado o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP) por meio do qual foram empenhados imensos recursos públicos para o combate ao narcotráfico e ao crime organizado, com uma série de medidas direcionadas ao aperfeiçoamento e expansão das forças policiais e à construção de novas unidades prisionais (MARQUES, 2017). Em São Paulo, tal *expansão fundada em razões humanitárias* resultou no aumento das 21 unidades prisionais existentes no final do governo Franco Montoro às 168 atuais.

Nos governos Lula e Dilma, sob o mote da "Segurança Pública com Cidadania", a política de expansão penal articulada com a razão humanitária tomou ainda mais fôlego, com diversas ações de "intensificação da adesão popular" (LOPES, 2009: 25) às agências policiais. Como assevera Marques:

> "A duplicação da capacidade carcerária e o investimento maciço no combate à criminalidade não são coisas apenas de governos autoritários e conservadores. A despeito das tendências intrapartidárias, das avaliações de conjunturas e dos acidentes de percurso, todas gestões estão encadeadas pela mesma técnica de governo. E, embora não se trate de um detalhe desprezável, o fato de serem gestões

> do mesmo partido político (PSDB) é um dado simplista. Veremos que seu arquirrival político, o PT, apesar de ainda aguardar o debute no governo estadual de São Paulo – de onde se pode, de fato, administrar o sistema penal – e de se atrasar para cumprir seu expediente em segurança pública, permeará, em nível federal, a mesma extensão enunciativa, ampliando-a. Ambos os partidos, pelo menos no que toca a questão da Segurança, são atravessados pela mesma razão administrativa: gerenciamento democrático da segurança." (MARQUES, 2017: 163)

Não se pretende aqui, obviamente, lançar uma explicação definitiva para um fenômeno histórico complexo e saturado de determinações como o da expansão punitiva-securitária contemporânea, mas sim procurar nas relações sociais concretas e no processo de captura burocrática dos conflitos de classe durante a chamada "transição democrática" as condições sociais que permitiram a edificação de um consenso "público" relativamente estável em torno da "guerra contra o crime" e da prioridade de investir em "Segurança Pública".

Parece bem pouco provável que, sem a institucionalização das lutas sociais no processo de "transição democrática", o isolamento das frações mais dinâmicas do movimento negro e a construção de um consenso humanitário (e apoiado por um discurso "científico") em torno da expansão securitária fosse possível um avultamento tão rápido dos aparelhos securitários, em especial do sistema prisional, hoje o que mais cresce no mundo.

No atual e tormentoso momento histórico do Brasil, a pauta da "segurança pública", cada vez mais substantiva nos debates eleitorais, ainda pendula entre o punitivismo justiceiro dos partidos de direita e os programas de racionalização humanitária da punição dos partidos de esquerda, ambos garantes do genocídio agenciado pelos dispositivos securitários. O aprendizado com o imaginário de abolição das prisões e das instituições policiais levantado do chão das lutas antiprisionais californianas reforça a emergência de revisitar os caminhos que nos trouxeram até aqui para que, da construção de uma posição crítica, seja possível ao movimento antiprisional brasileiro articular as centelhas do passado com os perigos de agora.

Referências bibliográficas

ALEXANDER, Michelle. *A Nova Segregação*: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

BARROS, Rodolfo Arruda Leite de. Uma leitura de Golden Gulag: rediscutindo a economia política da pena e uma aproximação com o debate sobre a expansão prisional em São Paulo. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, n. 3, set.-dez. 2016.

BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Organização e tradução João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BIANCHI, Álvaro. Lincoln, Marx e a guerra civil nos Estados Unidos. *Revista Outubro*, 2º sem. 2014.

CAMP, Jordan. *Incarcerating the Crisis* – Freedom Struggles and the Rise of the Neoliberal State. Berkeley: University of California Press, 2016.

CHRISTIE, Niels. Elementos para uma geografia penal. *Revista de Sociologia e Política*, n. 13: 51-57, nov. 1999.

DAVIS, Angela. Political Prisoners, Prisons, and Black Liberation. In: DAVIS, Angela Y (Ed.). *If They Come in the Morning: Voices of Resistance*. New York: Verso, 2016 (1971).

DAVIS, Angela. *Are Prisons Obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.

DAVIS, Angela. *Mulheres, Cultura e Política*. São Paulo: Boitempo, 2017.

DAVIS, Angela. *A Liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018.

DAVIS, Mike. *Cidade de Quartzo*. São Paulo: Página Aberta, 1993.

DE GIORGI, Alessandro. *Cinco Teses sobre o Encarceramento em Massa*. Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa; GARCIA, Rafael de Deus. A Rebelião da Prisão de Attica (Nova Iorque, 1971): opressão racial, encarceramento em massa e os deslocamentos da retórica da igualdade. *Revista de Estudos Criminais*, v. 15, n. 61, p. 149-177, 2016.

DU BOIS, W. E. B. *Black Reconstruction in America*: 1860-1880. New York: Free Press, 1998.

FERNANDES, Luiz Estevam; MORAIS, Marcus Vinícius. *História dos Estados Unidos*: das origens ao século XXI. São Paulo: Contexto, 2007.

FONNER, Eric. *Nada além da liberdade*. A emancipação e seu legado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

GILMORE, Ruth Wilson. *Golden gulag*: prison, surplus, crisis, and opposition in globalizing. Los Angeles: University of California Press, 2007.

GILMORE, Ruth Wilson. The Worrying State of the Anti-Prison Movement. *Social Justice Journal*, fev. 2015.

GRAHAM, Stephen. *Cidades Sitiadas*: o novo urbanismo militar. São Paulo: Boitempo, 2016.

LOPES, Edson. *Política e Segurança Pública* – Uma Vontade de Sujeição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

MACHADO, Maria Helena Pereira Toledo. *O plano e o pânico*: movimentos sociais da década da abolição. São Paulo: Edusp, 2010.

MARQUES, Adalton José. *Humanizar e expandir: uma genealogia da segurança pública em São Paulo*. 2017. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal de São Carlos – UFSCar, São Paulo, 2017.

MOURA, Clóvis. *Dialética radical do Brasil negro*. São Paulo: Anita Garibaldi, 2014a.

MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*: quilombos, insurreições, guerrilhas. São Paulo: Anita Garibaldi, 2014b.

MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO (MNU). *1978-1988*: 10 anos de luta contra o racismo. São Paulo: Confraria do Livro, 1988.

NELLIS, Ashley. The Color of Justice: Racial and Ethnic Disparity in State Prisons. *The Sentencing Project*, 2016.

SADER, Eder. *Quando novos personagens entraram em cena*: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo, 1970-80. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SUDBURY, Julia. Reform or abolition? Using popular mobilizations to dismantle the 'prison-industrial complex'. *Criminal Justice Matters* 77, p. 26-28,2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de; BEAUMONT, Gustave de. *Sobre o Sistema Penitenciário dos Estados Unidos e sua aplicação na França*. Série Ciências Sociais na Administração, Departamento e Jurídico da Administração, FGV-EAESP. São Paulo: FSJ, 2010.

VALENTE, Rodolfo de Almeida. *Guerra de Classe e "Segurança Pública": sobre as conexões estruturais entre a organização política da violência e a ordenação das relações produtivas no Brasil contemporâneo*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – IFCH, Unicamp, 2018.

WACQUANT, Loïc. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política*, n. 13: 39-50, nov. 1999.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres* – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. *Novos Estudos*, 80, mar. 2008.

WACQUANT, Loïc. Prisoner reentry as myth and ceremony. *Dialectical Anthropology*, v. 34: 605-620, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Constituição e encarceramento no Brasil: a revalorização da pena de prisão na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), de Luiz Guilherme Mendes de Paiva – *RBCCrim* 147/479-524 (DTR\2018\19330);
- 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
- Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira, de Fernando Nogueira Martins Júnior – *RBCCrim* 151/215-259 (DTR\2018\22756).

Narrativas judiciais de violências contra LGBT em decisões sobre danos morais nos tribunais de justiça (2012-2015)

Judicial narratives of violence against LGBT in decisions about moral damages in the courts of justice (2012-2015)

Vitor Nunes Lages

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades – GPRAJ/UnB.
vitornlages@gmail.com

Evandro Charles Piza Duarte

Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
evandropiza@gmail.com

Recebido em: 16.06.2018
Aprovado em: 11.01.2019
Última versão dos autores: 28.01.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo apresenta a violência lgbtfóbica relatada em decisões judiciais no Brasil, a partir da análise qualitativa-quantitativa de 98 histórias contadas em decisões que verificam a responsabilidade civil por dano moral. Os relatórios judiciais examinados constam em decisões de segunda instância dos Tribunais de Justiça dos Estados, publicadas entre 2012 a 2015. Identificam-se o perfil das vítimas e dos agressores, segundo sua identidade de gênero, orientação sexual, raça e classe social; as motivações declaradas das agressões, as diversas formas de manifestação da violência narradas nas decisões e a distribuição de responsabilidades civis. Os objetivos são compreender (i) a reprodução pelo judiciário da heteronormatividade nas disputas por direitos e (ii) como essas disputas, por meio

Abstract: This article presents the violence against LGBT reported in judicial decisions in Brazil, from the qualitative and quantitative analysis of 98 stories related in decisions that aimed to verify the suitability of civil liability for moral damages. The judicial reports examined are held in second instance decisions of the Courts of Justice of the states, published between 2012 and 2015. The study identified the profile of victims and aggressors (according to their gender identity, sexual orientation, race and social class), as well as the declared motivations for the aggression, the various means of violence reported in the decisions and the distribution of civil responsibilities. The purpose is to understand (i) the reproduction of the heteronormativity in disputes for rights by the judiciary and (ii)

das narrativas judiciais, são indicadores dos mecanismos sociais que sustentam a cisheteronormatividade.

Palavras-chave: Reparação de danos – Responsabilidade civil – Heteronormatividade – Violência lgbtfóbica – Poder Judiciário.

how these disputes, through judicial narratives, are indicators of the social mechanisms that underpin cis-hetero-normativity.

Keywords: Repair of damages – Civil liability – Heteronormativity – Violence against LGBT – Judicial power.

Sumário: 1. Introdução. 2. Distribuição geográfica das decisões dos tribunais de justiça: concentração regional e interiorização dos litígios. 3. Para compreender as decisões judiciais desde a crítica da heteronormatividade e da cisnormatividade. 4. Sujeitos e narrativas dos relatórios judiciais de danos morais. 5. As formas de expressão da heteronormatividade e da cisnormatividade nas violências lgbtfóbicas: os direitos em disputa. 6. Local de ocorrência das violências, atribuição da responsabilidade civil e os discursos judiciais sobre identidade de gênero. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo pretende contribuir para a compreensão do modo como a produção do direito está atravessada pela cisheteronormatividade[1], especialmente nos casos em que as instituições jurídicas se deparam com as demandas por direitos de pessoas LGBT[2-3].

1. O conceito de cisheteronormatividade será abordado no tópico 3.
2. Optou-se pela expressão *LGBT*, a mais usada (no Google Scholar, em publicações de 2015-2018, por exemplo, verifica-se que para *LGBTI* aparecem 8.670 resultados, para *LGBTQ,* 16.900 resultados, para *LGBT*, 25.300), muito embora não se tenha uma discordância teórica quanto às demais. Porém, incluir as pessoas intersexuais (I) nesse relato faria sentido se essas pessoas tivessem sido localizadas nos processos, mas não houve nenhum caso. Nesse caso, parece importante, ressaltar essa ausência. Por sua vez, não se encontrou bissexuais (B) nos processos, mas sua presença está justificada pelas pesquisas que demonstram haver uma parcela significativa de bissexuais entre os identificados como *gays* e lésbicas. Usa-se o termo *lgbtfobia* e, às vezes, *violência contra a população LGBT*, porém, a primeira expressão não se identifica com a segunda, pois aquela indica um sistema de poder mais amplo, e esta, a forma concreta de expressão desse poder.
3. Agradeço à Capes que, mediante a concessão de bolsa de pesquisa pós-doutoral (2018-2019), permitiu a elaboração desse texto, como parte da pesquisa em andamento na Universidade da Pensilvânia, no Population Studies Center, sob orientação do Professor PHD Tukufu Zuberi.

A pesquisa aqui apresentada desenvolveu-se mediante a busca exploratória nos sites de jurisprudência dos Tribunais de Justiça de todos os Estados brasileiros e do Distrito Federal, visando a localização de decisões judiciais prolatadas em segunda instância referentes à temática da violência lgbtfóbica. Buscou-se decisões em que agressões, de todas as formas, tenham sido narradas como fundamento de demandas de reparação cível por danos morais, individuais ou coletivos.[4] Foram localizadas 98 decisões, publicadas no período de 2012 a 2015, a partir de palavras-chave relacionadas a pessoas LGBT e/ou a formas de discriminação.[5] O artigo analisa os relatórios que são uma parte do conteúdo das decisões judiciais na qual os magistrados buscam narrar os fatos relatados pelas vítimas, agressores, testemunhas e representantes legais (advogados ou defensores).

A construção metodológica se deu pelo emprego de uma técnica de método misto, com procedimento de coleta de dados quantitativos e qualitativos, em relação ao grupo de processos encontrados (CRESWELL, 2010, p. 90), com uso de técnicas qualitativas de levantamento e análise de dados (a partir do marco da violência lgbtfóbica relatada em processos judiciais por dano moral) (DINIZ & GUERRIERO, 2008, p. 1-2).

O procedimento de busca de decisões em segunda instância, por meio de palavras-chave, tem sido utilizado para pesquisa exploratória de padrões judiciais sobre matérias relativas à população LGBT na esfera cível. Todavia, como afirma Gabriela Rondon LOUZADA, a opção contém as seguintes inconsistências: i) "a deficiência do grau de indexação eletrônica das bases de dados pesquisadas, ou seja, a classificação incompleta das peças judiciais com base em parâmetros

4. Os dados foram coletados e analisados inicialmente em trabalho de conclusão do curso de Direito da Universidade de Brasília (LAGES, 2016).

5. Os termos pesquisados foram: homofobia, lesbofobia, bifobia, transfobia, travesti, "transsexual", transgênero, transexual, lésbica, homossexual, homossexualidade, "homossexualismo", *gay*, intersexo, intersex, "hermafrodita", lesbianidade, bissexual, e assexual, cada um destes termos em conjunto com a palavra "cível". Os mais recorrentes foram *homossexual*, *homofobia*, *transexual* e *travesti*, nessa ordem. Numa primeira etapa foram localizados mais de 600 processos sob os termos elencados. As demandas encontradas eram muito variadas, tais como solicitação de cirurgia de transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde, medicamentos hormonais ao SUS, alteração de nome e/ou sexo no registro civil de pessoas transexuais, processos sobre direito de família, previdenciário e sucessões. Porém, a maioria não condizia com o padrão estabelecido. Num segundo momento da coleta, a partir do total de decisões localizadas pela busca exploratória, foram separadas e selecionadas todas as que se referiam somente a danos morais por atos de violência lgbtfóbica.

conceituais que possibilitem o acesso a informações buscadas" (2014, p.32): ii) a imprecisão da ferramenta de busca; iii) há demandas distribuídas a Varas de Família que possivelmente obtiveram a concessão do sigilo e, por consequência, foram omitidas dos resultados finais das buscas eletrônicas, muito embora os processos encontrados pela pesquisa tenham sido distribuídos a Varas Cíveis, onde o segredo de justiça não é comumente aplicável[6]; iv) essa opção permite acesso apenas aos acórdãos[7] dos tribunais; v) "não se pode dizer que o resultado encontrado seja estatisticamente representativo da compreensão jurisprudencial do Brasil como um todo sobre o tema, pois os casos estudados sem dúvida fazem parte de uma amostra de conveniência" (LOUZADA, 2014, p. 32).

Entretanto, a produção de dados sobre a população LGBT é demasiado escassa. Nos EUA, é longo o debate sobre a quantificação do grupo, sendo mais comum estatísticas consistentes na área da saúde e de padrões de matrimônio.[8]

6. "Em regra, ampla publicidade deve ser conferida aos atos judiciais, para que se garanta o controle democrático da atividade jurisdicional pelas cidadãs – conforme prevê a Constituição Federal nos Art. 5º, LX e Art. 93, IX, e o Código de Processo Civil nos artigos 155 e 444. No entanto, estes mesmos dispositivos já preveem as hipóteses de sigilo legalmente permitidas, quando interessa à própria parte que aspectos pessoais não sejam desnecessariamente expostos – geralmente, em ações de direito de família. Considera-se, nesses casos, que há um interesse primordial em preservar a dignidade das pessoas envolvidas na demanda" (LOUZADA, 2014, p. 32).
7. "Perante os tribunais, os recursos são normalmente apreciados por três juízes – o relator, o revisor e o vogal – proferindo cada qual seu voto e tomando-se o resultado dessa votação como conclusão do julgamento. Para a conclusão do julgamento, basta que a maioria dos julgadores (dois, no caso normal) esteja de acordo com certo resultado, não sendo necessário atingir a unanimidade." Portanto, a conclusão do julgamento se dá pelo acórdão, instrumento que apresenta "a decisão do colegiado" (MARINONI, 2013, p. 528 e 529).
8. De acordo com Rebecca Dibernardo & Gary J. Gates, os dados disponíveis sobre a população LGBT são limitados. Em 1990, o "Censo dos EUA" tornou-se a primeira grande base de dados demográficos populacionais a incluir informações sobre a população LGBT, identificando apenas casais de pessoas do mesmo sexo que não são casadas e vivem juntas. Pesquisadores descobriram recentemente erros na coleta de dados sob esta categoria feita pelo Censo e pela ACS a partir do ano 2000. (2013, p. 604-613). Marieka Klawitter & Victor Flatt defendem a importância dessas fontes de dados, pois "forneceu uma oportunidade única para explorar os efeitos da legislação antidiscriminatória sobre o bem-estar econômico de *gays* e lésbicas", ao permitir, pela primeira vez, que se identificassem enquanto "parceiros não casados", especialmente para análises de emprego e renda. Porém, não é uma fonte representativa de todas as pessoas lésbicas, *gays* ou bissexuais, justamente porque não capta sua pluralidade, apenas aquelas pessoas que vivem juntas (1998, p. 659).

No Brasil, a principal coleta, sobre a coabitação de pessoas do mesmo gênero, iniciou em 2010.[9] A produção de dados importantes, como o número de mortes provocadas por ódio, é garantida pelos esforços de associações civis.[10] Nesse cenário, malgrado as limitações apontadas, a busca de metodologias alternativas[11] para identificar integrantes desse grupo e produzir informações sobre os padrões de discriminação social tem sido relevante, sobretudo para incentivar o debate público, sensibilizar a sociedade e aumentar a participação dos governos e das agências de fomento à pesquisa.

Os objetivos, mediante a apresentação dos sujeitos e das narrativas judiciais, são compreender: a) a reprodução pelo judiciário da cisheteronormatividade nas disputas por direitos; b) como essas disputas, por meio das narrativas, são indicadores dos mecanismos sociais que sustentam a heteronormatividade e a cisnormatividade no cotidiano da população LGBT.

9. O Censo de 2010 do IBGE foi a primeira pesquisa do Estado sobre as pessoas LGBT. O Instituto contabilizou a população que reside com cônjuges do mesmo gênero, através do método da autodeclaração das pessoas entrevistadas, tanto da sua identidade de gênero (apesar de constar a categoria "sexo"), quanto da residência com o cônjuge do mesmo gênero. A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República analisou as denúncias de violências lgbtfóbicas recebidas por meio do Disque Direitos Humanos, ou "Disque 100", desta Secretaria, da Ouvidoria do Sistema Único de Saúde (SUS), e da Ouvidoria da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM). A Secretaria divulgou três relatórios anuais. (BRASIL, 2012; 2013; 2016). Apesar dessas pesquisas, ainda não existem perguntas referentes à identidade de gênero ou orientação sexual no Censo Demográfico, do IBGE, ou em pesquisas com periodicidade anual, a exemplo da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), também realizada pelo Instituto.
10. O primeiro relatório do Grupo Gay da Bahia sobre assassinatos de LGBT, referente a 2011, aponta 266 assassinatos neste ano (GGB, 2012). No ano seguinte, houve um aumento do número percebido (+27,06%), saltando para 338 assassinatos (GGB, 2013). No ano de 2013, o número registrado foi de 312, recuando um pouco desde o ano anterior (-7,69%), mas ainda bem maior que o primeiro ano pesquisado (+17,29%) (GGB, 2014). Em 2014 e em 2015, os números permaneceram no mesmo patamar (317 e 318, respectivamente) (GGB, 2015; 2016), voltando a crescer significativamente em 2016, com 343 vítimas de assassinatos LGBT, um crescimento de 7,86% em relação ao ano anterior, e de 28,95% em relação ao primeiro relatório do Grupo (GGB, 2017). Por fim, o último relatório publicado pelo Grupo, correspondente ao ano de 2017, registrou novo aumento significativo de assassinatos, foram 387, aumentando em 12,83% desde o ano anterior, e em 45,49% desde o primeiro relatório (GGB, 2018).
11. No caso específico, a amplitude dos termos utilizados na busca eletrônica reforça a perspectiva da representatividade das demandas judiciais.

2. Distribuição geográfica das decisões dos tribunais de justiça: concentração regional e interiorização dos litígios

As decisões judiciais foram localizadas em oito dos 27 Tribunais de Justiça.[12] A maior parte das decisões é dos Tribunais das regiões Sudeste e Sul do País, totalizando 94 relatórios (95,92%), concentrando-se nos Tribunais de SP (36,73%%) e do RS (37,75%). Há apenas três casos oriundos da região Centro-Oeste (3,06%) e um da região Norte (1,02%). Não foi localizada decisão nos Estados da região Nordeste.

Apesar dessa concentração geográfica, não se pode afirmar que não haja outras demandas, pois as decisões e sua indexação em *sites* de jurisprudência são dados administrativos sujeitos às particularidades locais quanto a seu armazenamento e disponibilidade. Essa apresentação, portanto, visa informar a origem dos dados analisados, não tendo a pretensão de esgotar o registro das formas de violências. Não obstante, há de se considerar o aperfeiçoamento dos sistemas e a melhoria da qualidade dos dados para identificar um grupo de demandas nas quais houve recurso.[13]

12. A atividade jurisdicional do Estado necessitou de uma "estratégia" de "repartição da massa de casos entre os vários órgãos do Poder Judiciário". A estratégia definida pela Constituição Federal, em seu Capítulo II (referente ao *Poder Judiciário*), do Título IV (que trata da *Organização dos Poderes*), é a que divide a jurisdição entre a "chamada "justiça comum", que se divide em "justiça federal" e "justiça estadual", e a "justiça especial", que se divide em "justiça do trabalho", "justiça eleitoral" e "justiça militar". Tais justiças têm órgãos judiciários superiores (tribunais) e inferiores (juízes) distribuídos em todo o País. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) constituem órgãos de sobreposição" (MARINONI, 2012, p. 148 e 149). A justiça estadual "conta com um Tribunal de Justiça – órgão de segundo grau dividido em Câmaras e Seções, cada qual composta por inúmeros juízes – e vários órgãos de primeiro grau espalhados pelas comarcas, e que em uma comarca, conforme a sua dimensão, podem existir diferentes órgãos – como as varas cíveis, as varas criminais, as varas de família, etc." (MARINONI, 2012, p. 149 e 150). Neste artigo trataremos de casos levados inicialmente a varas cíveis da justiça estadual.

13. Nas pesquisas empíricas do direito que utilizam a busca de jurisprudência via internet como método de levantamento de dados, é consenso de que "os julgados disponíveis ao público para acesso por meio da Internet consistiam em apenas uma amostra do total de casos decididos pelos tribunais – uma amostra cujos critérios de escolha não estavam explícitos e que, portanto, não garantiam ao usuário que o resultado de sua pesquisa online representasse fidedignamente a posição dos tribunais sobre o tema pesquisado". Entretanto, essa política de disponibilização de decisões judiciais ainda está

Em relação ao aspecto temporal, há um aumento do número de decisões. Onze foram proferidas em 2012, 21 em 2013, 33 em 2014, e 33 em 2015. Consideradas as ressalvas apresentadas, sugerem-se alguns caminhos para explicar o crescimento no número de decisões judiciais ao longo do tempo, relacionados ao registro, à expectativa quanto ao judiciário e aos conflitos sociais: a) o desenvolvimento da tecnologia da informação nos Tribunais resultou em mais recursos para publicitar decisões nas respectivas plataformas digitais. b) os atores judiciais (advogados, defensores, membros do ministério público, servidores do Judiciário, magistrados) têm utilizado cada vez mais termos e indexadores que dizem respeito à violência lgbtfóbica, facilitando a localização; c) os atos de violência lgbtfóbica estão cada vez mais judicializados, ou seja, as pessoas procuram mais a justiça cível para exigirem a efetivação do direito à não-discriminação; d) o debate público tem levado a redefinição das percepções sociais sobre a violência lgbtfóbica; e) por último, houve um aumento das violências motivadas por lgbtfobia no Brasil ao longo do período, o que se refletiu no aumento de decisões judiciais. Esses caminhos não se excluem e possivelmente todas essas circunstâncias tenham contribuído para o crescimento dos números de decisões judiciais cíveis sobre violência lgbtfóbica.

A hipótese de aumento da violência lgbtfóbica encontra amparo em estudos sobre o recrudescimento da agenda política conservadora (RIBEIRO, 2017; SILVA & SANTOS, 2015; FACCHINI, 2012; SANTANA, 2017). Ademais, conforme a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, há uma subnotificação de casos. Na ausência de dados oficiais, tem-se recorrido à análise de reportagens jornalísticas (MAIA, 2016). Assim, por exemplo, de acordo com o Grupo Gay da Bahia, principal ONG que realiza esse trabalho, de 2011 a 2017, os assassinatos aumentaram 45,49%. (GGB, 2012; 2013; 2014; 2015; 2016; 2017).

em construção, tendo iniciado apenas com a publicação da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011), que se direciona, também, ao Judiciário. A partir de então, o CNJ "tem buscado estruturar a política de acesso às decisões judiciais", editando, em 2009, a Resolução 79, que estabelece como princípios a transparência das atividades do Poder Judiciário e a preferência pelo meio eletrônico para realizá-la; e, em 2010, a Resolução 121, que disciplina a divulgação de dados processuais eletrônicos na internet, estabelecendo dados básicos para consulta como "número, classe e assuntos do processo; nome das partes e seus advogados; movimentação processual; e inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos". Para demonstrar o progresso da política, no ano de 2012, o STF disponibilizou em seu banco de dados eletrônico, disponível em seu site e de acesso livre, 51% das decisões julgadas no ano, enquanto no ano de 2008 foram apenas 26% (VEÇOSO et al, 2014, p. 107).

Por sua vez, há a possibilidade de que a concentração dessas demandas resulte da concentração nas referidas regiões de grupos de LGBT com mais acesso aos serviços de justiça ou com maior capacidade individual de empreender litígios. A existência de recursos judiciais pode ser indicador da capacidade (econômica e/ou institucional) e da necessidade de empreender litígios complexos para a garantia de direitos.

Ao se considerar a totalidade dos processos analisados, após a decisão de primeira instância, houve recurso de iniciativa das autoras (vítimas) em 64 processos (75,51%), e dos réus (agressores) em 56 (57,14%). Em 21 processos houve recursos simultâneos de ambas as partes (21,43%). Especificamente no Estado de SP, houve recurso de iniciativa das autoras em 21 processos (58,33%), e dos réus em 23 (63,89%). Em oito processos houve recursos simultâneos de ambas as partes (22,22%). Tendo em vista que 50% dos processos têm como réu empresas constata-se que, nesses processos, houve recurso de iniciativa das autoras em 30 (61,22%), e dos réus em 29 (59,18%). Em dez houve recursos simultâneos de ambas as partes (20,41%). Tendo em vista que em 48,98% dos processos têm autoras pobres, com determinação de gratuidade de justiça e da assistência judiciária gratuita, constata-se que, nesses processos, houve recurso de iniciativa das autoras em 40 (83,33%), e dos réus em 21 (43,75%). Em 13 houve recursos simultâneos de ambas as partes (27,08%). Nos casos de assistência judiciária gratuita, a defensoria pública de cada estado encarregou-se da defesa judicial das vítimas, corroborando no caso de pessoas pobres, o argumento da necessidade de litígios complexos e da participação dessas instituições.

Por fim, em relação à distribuição geográfica, os processos tiveram início em 55 comarcas.[14] 52 casos de violências ocorreram em cidades pequenas ou médias (que vão até 500 mil habitantes), sendo que 27 em cidades pequenas (menores que 100 mil habitantes), e 25 em cidades médias (de 100 mil a 500 mil habitantes). Por sua vez, em 45 processos, a violência ocorreu em grandes cidades, com mais de 500 mil habitantes (IBGE, 2010). Essa distribuição reforça a percepção de que as disputas judiciais não se dão apenas nos grandes centros urbanos, muito embora estejam concentradas no Sul e Sudeste.[15-16]

14. Em um caso não foi possível identificar a comarca de origem do processo.
15. Em pelo menos um caso pode-se perceber que houve nomeação de advogado dativo, pela falta de defensoria pública na localidade.
16. Em um caso não foi possível identificar a cidade onde ocorreu a violência.

3. Para compreender as decisões judiciais desde a crítica da heteronormatividade e da cisnormatividade

No decorrer do processo judicial, os sujeitos processuais, em petições escritas ou audiências orais, confrontam-se para esclarecer e comprovar quais os atos de violência, quem os perpetrou, se essas violências ocasionaram danos passíveis de reparação cível e de quem é a responsabilidade pela sua reparação. Os relatórios judiciais são resumos feitos pelos desembargadores (magistrados de segunda instância) e/ou seus assessores do todo ou de parte desse conjunto de informações fornecidas ao longo do processo por autoras, rés, testemunhas, peritas, policiais e juízes de primeira instância. Portanto, trata-se de um texto que opera um processo de subjetivação[17], resultado de interpretações, capaz de omitir determinados aspectos e realçar outros, distorcer de modo intencional ou não, produzir simplificações para corroborar uma tese defendida. Logo, os fatos narrados nos relatórios não são a descrição "objetiva" dos fatos, tal qual ocorreram, mas narrativas, ou seja, estão vinculadas ao regime de verdade, jurídica e cisheteronormativa.

Inicialmente, há o regime de verdade jurídica que diz respeito às regras peculiares do direito em relação à prova dos fatos e, especialmente, ao fato de que o sistema jurídico não narra apenas fatos, mas os constrói discursivamente para operar uma decisão. Logo, estrutura sua gramática pela modelação da narrativa em razão desse objetivo. Fundamentar, convencer, provar, adequar-se ao conceito jurídico são algumas das possibilidades do destino da narrativa jurídica. Cada uma delas modula o conteúdo de uma forma peculiar, por exemplo, os meios de prova podem ser condicionados pelo sistema jurídico que exclui algumas formas de provar algo (provas ilegais e ilícitas) ou que valora determinadas testemunhas, impedindo ou limitando o valor de sua palavra (parentes ou amigos, por exemplo).

Ao mesmo tempo, as narrativas judiciais, as decisões e o sistema normativo estão construídos de modo a nomear sujeitos masculinos e femininos, pressu-

17. Para Marinoni & Arenhart, a verdade (absoluta) dos fatos nunca será conhecida, pois há um processo de "subjetivação" da realidade, que acontece no processo, e também na ciência. A reconstrução de um fato ocorrido no passado é sempre influenciada por aspectos subjetivos de quem o assistiu, ou de quem recebe e valora a evidência concreta. E no processo soma-se que a verdade vem permeada de certas particularidades, que muitas vezes excluem a possibilidade de que o magistrado efetivamente a encontre, como a inadmissibilidade de certos meios de prova, ou ainda o condicionamento da eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (2013, p. 252-254).

pondo a "divisão natural" de gêneros, ou os conceitos legais podem estar informados por realidades concretas de determinado grupo, mas formalmente apresentar-se como abstrato e universal.

Nesse sentido, trata-se aqui apenas de alguns indícios das múltiplas dimensões na construção de uma narrativa sobre as identidades de gênero e sexuais ou sobre o modo como a heteronormatividade e a cisnormatividade impactam a construção dos discursos dos operadores da justiça, dos agressores e das vítimas demandantes.[18]

Nesse contexto, a categoria sexo tem sido central tanto na produção do direito moderno quanto na produção de dados estatísticos. Malgrado o senso comum associe a sexualidade e o gênero à biologia, essa perspectiva naturalizante retira a oportunidade de questionar o seu caráter construído desde a perspectiva social e política. As etiquetas natural e não natural induzem facilmente à oposição entre o normal e o anormal. Todavia, têm-se demonstrado como essas identidades (homem e mulher ou heterossexual e homossexual) são concebidas e definidas pelas relações sociais, moldadas pelas redes de poder de uma sociedade em seu contexto histórico (LOURO, 2000, p. 61-62).

A propósito, para Judith Butler, em *Problemas de gênero: feminismo e a subversão da identidade,* a identidade de gênero é performativamente construída, através de expressões de gênero, pois a essência de uma identidade de gênero não existe. O corpo torna-se sexuado a partir dos discursos que se criam sobre a sexualidade e esses discursos marcam a criação do conceito de um "sexo natural". Tais discursos fazem parte, portanto, de um complexo de poder que atribui significados aos corpos, a suas funções biológicas e suas afetividades. O sexo é, portanto, produto do regime da sexualidade, de poderes e saberes que o criam (BUTLER, 2013, p. 199-201). Na identificação de dados estatísticos, como o do

18. Cisnormatividade é a "expectativa" de que as pessoas sejam sempre cis, ou seja, pessoas que se identificam ao sexo binário a elas atribuídas, que "modula ações sociais como a educação de crianças, políticas e práticas de indivíduos e de instituições, e a organização do mundo social pelos quais as pessoas são contadas e o sistema de saúde é organizado" (BAUER et al, 2009, p. 356). E heteronormatividade é "um padrão de sexualidade que regula o modo como as sociedades ocidentais estão organizadas", e "um significado que exerce o poder de ratificar, na cultura, a compreensão de que a norma e o normal são as relações existentes entre pessoas de sexos diferentes" (PETRY & MEYER, 2011, p. 196). Ambas mantêm vínculo estreito e são mutuamente sustentadas (BONASSI, et al, 2017, p. 50). Dessa forma, a *cisheteronormatividade* assemelha-se conceitualmente à "matriz de inteligibilidade heterossexual" de Butler (2003, p. 38-39), abordada a seguir.

IBGE, por exemplo, apesar da forma essencialista como esses dados são lidos comumente, é sabido que a identificação do sexo do entrevistado ou entrevistada é uma categoria autodeclarada, ou seja, há uma multiplicidade de pessoas em que o gênero performado pode não corresponder a esse código biológico.[19]

Segundo Michel Foucault, em *A história da sexualidade: a vontade de saber*, a partir do século XIX, o Estado passa a incluir a sexualidade em seus processos de gestão, classificação, especificação e controle. Esse processo serviria para administrar a fecundidade e o crescimento da população, mas também como forma de construir uma sociedade mais saudável e pura, livre dos sujeitos degenerados, que representariam um risco biológico aos demais. Contra o que imagina o senso comum, segundo a hipótese foucaultiana, a sexualidade não sofreu uma repressão ao longo dos séculos. Ao contrário, teria ocorrido a proliferação da temática da sexualidade nas mais variadas estruturas da sociedade: na família, nas escolas, nos consultórios médicos. Desde então, deve-se falar do sexo, regulá-lo para o bem de todos, fazer com que funcione num padrão aceitável, saudável, num "padrão ótimo". Um conjunto de perversões sexuais passou a ser catalogado pela medicina, e a justiça penal regia-a sob a forma de crimes antinaturais. Esses discursos ganharam força, sob a justificativa de proteger e prevenir, e apontaram perigos por toda parte em relação à sexualidade, irradiando assim, diversos discursos sobre o sexo, incitando uma periculosidade sobre ele. Provocou-se, dessa forma, uma maior incitação a falar sobre sexualidade (FOUCAULT, 1999, p. 32-38).

Os discursos sobre o gênero e a orientação sexual nas narrativas jurídicas estão marcados por essas ideias de anormalidade, de patologização, de perigo, e especialmente pela preocupação com a "desordem" que determinado comportamento pode trazer à "certeza" da cisnormatividade e da heteronormatividade. Os debates judiciais sobre os direitos dos LGBT, em vez de revelarem um progresso

19. O método de coleta dos dados para o Censo de 2010 do IBGE (último publicado pelo instituto), por exemplo, foi, em sua maior parte, através de recenseadores e recenseadoras, que, por meio de entrevista presencial, registraram as respostas das pessoas entrevistadas num computador de mão, e, em casos excepcionais, por meio do questionário via internet. Havia duas opções de questionário, um mais básico e outro mais detalhado, distribuídos de acordo com dados estatísticos dos municípios (IBGE, 2014, p. 20). Ambos continham a pergunta sobre "sexo", cujas opções de resposta (já predeterminadas) consistiam em "masculino" ou "feminino". Informação coletada no *site* do IBGE referente ao censo 2010, na subseção *questionários* da seção *coleta* ([censo2010.ibge.gov.br]). Após a decisão do STF na ADI 4275 sobre a possibilidade de adequação do registro civil ao gênero declarado por pessoas trans, resta ainda mais evidenciado o caráter performativo e convencional do gênero que é apreendido (e construído) pelos discursos.

linear na cidadania, com sua a expansão para novos sujeitos e aumento de novos direitos, revelam o quanto é contraintuitivo a igualdade dessas pessoas para os sistemas jurídicos que regulam normas cotidianas, tais como casamento, distribuição de bens, salários e uso de lugares públicos. A decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) sobre a união estável de casais do mesmo "sexo", demonstrou como era necessário muito esforço argumentativo para se enfrentar o óbvio: as normas sobre a vida privada, regulada e protegida pelo Estado, não eram neutras, pois constituídas dentro de um paradigma cisheteronormativo.

Na sociedade contemporânea, essa marcação negativa de corpos, afetos e "identidades" produziu um efeito paradoxal, especialmente no campo político e jurídico. Se as rotulações surgiram para classificar as pessoas que fugiam da norma heterossexual e cisgênero, ou seja, "para inferiorizar as pessoas que não seguem o padrão classificado como saudável-natural-santificado", a criação das identidades LGBT deu, todavia, oportunidades para as pessoas reconhecerem-se a si mesmas e às outras, tirando-as da invisibilidade e adquirindo maior poder político (TOLEDO, 2008, p. 48). As etiquetas serviram, de modo contraditório, para a produção de uma persona "em potência" que, ao narrar a indecifrável experiência de experimentar a si mesma, narra também as dimensões opressoras do poder que pretende circunscrevê-la. A construção política de histórias individuais e coletivas de insatisfação com os lugares estabelecidos nos sistemas de reconhecimento social e jurídico parecem estar no cerne da tensão de produção de discursos e práticas sociais contra-hegemônicas em relação aos sistemas classificatórios do gênero e da orientação sexual (DUARTE & GUELFI, 2007).

Desse ponto de vista, uma dessas práticas centrais tem sido a tentativa contínua de produzir a visibilidade e experimentar a discursividade das diferenças negadas pelas categorias hegemônicas. A distinção entre cisgênero e transgênero apresenta-se como um "operador conceitual" que, por seu uso, tornou "possível nomear um conjunto de pessoas (cisgênero, cissexual)", capaz de "denunciar violências que as populações travestis, transexuais, transgêneras e não binárias estão submetidas por não se adequarem à normalidade suposta, esperada e compulsória" (BONASSI, 2017, p. 23).[20]

20. Para a compreensão desse termo é preciso ter em conta que: "Cis é uma preposição latina que, quando relacionada ao tempo, designa algo anterior ou interior e, quando relacionada a espaço, refere-se a um lugar próximo ou do mesmo lado (OXFORD, 1968, p. 327). O termo cis, como preposição, rege o elemento posterior, assim o termo consequente (gênero/sexual/norma/sexismo) cumpre o regime estabelecido pela

O conceito de matriz heterossexual de Butler ajuda a compreender a diferenciação entre cis e transgêneros. Segundo a autora, existe um modelo epistemológico de inteligibilidade dos gêneros que caracteriza os sexos verdadeiros não somente por aspectos biológicos do corpo, como também sob características de performances de gênero e desejo sexual. É um marco implicitamente heterossexual de categorização sexo-gênero. Em que a manifestação de gênero considerada masculina é aquela em que o indivíduo tenha um pênis, e que sinta atração sexual por mulheres. E a manifestação de gênero considerada feminina é aquela em que há vagina, e que a pessoa sinta atração sexual por homens. É a caracterização da cisgeneridade compulsória. "A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre 'feminino' e 'masculino', em que estes são compreendidos como atributos expressivos de 'macho' e de 'fêmea'" (BUTLER, 2003, p. 38-39). Quem foge à essa matriz regida por "leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado da sexualidade", é uma "impossibilidade lógica", ou constitui uma "falha de desenvolvimento", porque não condizem com as normas de inteligibilidade cultural (BUTLER, 2003, p. 39).

Cisgêneros, ou pessoas "cis", são aquelas que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído até mesmo antes do nascimento, são as pessoas que se enquadram na categoria normatizante dos padrões de gênero\sexo. As transgeneridades, existências que fogem da normatividade de gênero, são evidências de que a identidade de gênero dessas pessoas não decorre diretamente dos seus caracteres sexuais. Desse modo, percebe-se a desconexão entre essas categorias sexo-gênero. Um corpo com um pênis ou com uma vagina, ou com ambos os genitais (intersexo), não determina o gênero com o qual a pessoa se identificará. O conceito de sexo verdadeiro passa a ser, portanto, questionado. O que importa na definição de ser homem ou mulher, os dois gêneros, ou nenhum deles, ou ainda outros possíveis gêneros, fugindo-se do binarismo, não são os cromossomos, ou a conformação genital, mas a autopercepção e como a pessoa se expressa socialmente (JESUS, 2012, p. 8-10). Existe uma diversidade de identidades e nomenclaturas relativas às transgeneridades: travestis, transexuais, transgêneros, *drag queens* (que não necessariamente são trans), *queer*, gênero fluido, trans não-binárias, homem trans, mulher trans, pessoa trans, entre outras.

preposição. Se transgênero remete às pessoas que assumiram na vida adulta uma expressão de gênero (binário ou não) diferente ou complementar daquela atribuída ao nascer, cisgênero designa pessoas que se mantiveram no sexo designado" (BONASSI, 2017, p. 23).

Identidade de gênero e orientação sexual, todavia, são marcadores diferentes. A confusão entre essas categorias é estimulada pela invisibilidade e consequente falta de informação sobre as pessoas LGBT. Segundo os padrões da heteronormatividade, homens e mulheres, cis ou trans, como norma, devem seguir a heterossexualidade, e ainda estar de acordo com os padrões de masculinidade e feminilidade (homens masculinos, mulheres femininas). Porém, há homens trans que sentem atração/desejo por outros homens cis/trans (TOLEDO, 2008, p. 10-16).

Nesse sentido, em processos de reparação de danos, as vítimas produzem discursos sobre si mesmas, especificamente, sobre o direito de exercerem determinados direitos ou de não serem agredidas. Porém, há ali apenas indícios de suas histórias cotidianas de experimentação de suas identidades de gênero e orientação sexual. No mesmo passo, os relatórios judiciais e o próprio sistema de busca na internet utilizado na pesquisa são construídos pelas palavras do Poder Público heteronormativo e cisnormativo. Ainda assim, os processos de reparação de dano parecem ser um ambiente privilegiado para compreender como reage um sistema jurídico diante de demandas por igualdade e respeito, tendo em vista que o dano moral mantém uma forte referência em ideias cotidianas de reconhecimento social.

4. Sujeitos e narrativas dos relatórios judiciais de danos morais

A pesquisa pretendia identificar o perfil de três dos sujeitos que compõem a narrativa dessas decisões judiciais (juízes, vítimas e agressores), segundo sua identidade de gênero, orientação sexual, raça/cor e classe social. Alcançar descrever características gerais desses sujeitos seria relevante para refletir se a empatia com as vítimas ou com seus atributos pessoais poderiam impactar no modo como os julgadores observam e reconstroem as narrativas de violência.[21]

Todavia, diante da escassez de dados oficiais, como identificar o gênero e a orientação sexual dos desembargadores relatores nas decisões coletadas? Escolheu-se procedimentos que são apenas indiciários. A forma disponível mais evidente seria a análise do gênero indicada em seus nomes e de suas fotografias

21. Na análise do Poder Judiciário brasileiro, há que se considerar um quadro analítico geral, as formas de organização política, suas tendências globais de desenvolvimento e: "As conformação específicas das instituições judiciais e dos atores jurídicos: sua forma de organização, os padrões de socialização e carreira, as suas práticas e técnicas, as regras que se consolidaram, as posições políticas e teóricas que são adotadas em torno de temas internos e externos ao campo propriamente judicial" (KOERNER, INATOMI, & BARATTO, 2011, p. 49).

localizadas através de sites de busca Google. Infelizmente, essa forma simplória de identificação somente tem alguma validade devido à improvável existência de pessoas transexuais como desembargadoras dos Tribunais de Justiça brasileiros.[22]

Sob esse aspecto, das 98 decisões de segunda instância, seis foram monocráticas, com o argumento da celeridade e economia processual, duas foram tomadas em colegiado composto por dois julgadores, e 90 por colegiado de três julgadores (relator, revisor e vogal). Das decisões colegiadas, chamadas de acórdãos, 83 foram unânimes e nove foram não unânimes. Em 19 acórdãos, as relatorias foram realizadas por magistradas, e em 79 por magistrados, o que significa a presença de apenas 19,39% de desembargadoras relatoras. Foram 280 votos, considerando-se cada voto como de um julgador diferente. Desses, quanto ao gênero, foram 227 magistrados e 53 magistradas, significando apenas 18,93% de desembargadoras votantes.[23] Das seis decisões monocráticas, apenas uma foi proferida por uma desembargadora. Dos 92 casos decididos por órgão colegiado, em apenas sete houve maioria de magistradas, e em nenhum houve totalidade de magistradas. Já em 84 casos havia maioria de magistrados, sendo que em 46 deles só havia homens decidindo. Em um caso havia um desembargador e uma desembargadora votantes.

Por sua vez, não há dados que possibilitam verificar a orientação sexual dos magistrados relatores das decisões coletadas nesta pesquisa. Como adverte Roger Raupp RIOS (2014, p. 92), "a magistratura não é una, nem homogênea: ainda que a diversidade presente seja limitada, trata-se de um corpo multifacetado e em mutação, seja por idade, seja por gênero". Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça divulgou, em 2014, Censo inédito sobre o Poder Judiciário, respondido por 64% de magistradas e magistrados (correspondente a quase 11 mil) em que 122 juízes e juízas declararam viver em uniões estáveis homossexuais (um universo de 1,1% das entrevistadas), em que 72,1% são homens cis e 27,9% são mulheres cis (BRASIL, 2014).

22. Isso porque quando uma pessoa transexual chega a ocupar cargos no Judiciário, logo transforma-se em notícia, como no caso da delegada Laura, do Estado do Goiás, que se declarou mulher trans em 2013. PIERRY, Flávia. Delegado da Polícia Civil de GO tira licença como Thiago e volta Laura. *O Globo*. 23 de janeiro de 2014. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/delegado-da-policia-civil-de-go-tira-licenca-como-thiago-volta-laura-11384114]. Acesso em: 31.01.2018.

23. Essa disposição é proporcional ao Censo do Poder Judiciário (2014, CNJ), segundo o qual apenas 21,5% dos membros da magistratura em nível de segunda instância são mulheres. Esse índice diminui quanto mais se avança na carreira. Os dados de 2013 mostram que 0,1% dos magistrados eram indígenas, 14,2% eram pardos e 1,4% eram pretos, sendo que nos tribunais superiores esses percentuais caem para 0,0% de indígenas, 7,6% de pardos e 1,3% de pretos.

Nesse contexto, há que se considerar, ainda, magistrados e magistradas LGBT que não estão em uniões estáveis, ou ainda, que estão no "armário". Observe-se que o termo "armário" é usado popularmente para se referir a pessoas LGBT não assumidas (que estão "dentro do armário"), e assumidas (que estão "fora do armário"). As teorias de gênero e de sexualidades incorporaram o termo, especialmente após a publicação de "*A epistemologia do armário*", de Eve Sedgwick, mas com diferenças em sua abordagem. Para a referida autora, a expressão carrega binarismos bem delimitados da modernidade, como a noção de público/privado, de segredo/revelação, que são "criticamente problemáticos para as estruturas econômicas, sexuais e de gênero da cultura heterossexista como um todo", e dessa forma, é "a estrutura definidora da opressão *gay* no século XX". Supõe-se, no senso comum, que as pessoas possam sair ou entrar no armário, apenas com sua disposição individual (SEDGWICK, 2007, p. 26).

Todavia, conforme a autora, o "armário" é uma experiência onipresente na vida das pessoas LGBT, porque até mesmo dentre aquelas mais abertamente assumidas, "há pouquíssimas que não estejam no armário com alguém que seja pessoal, econômica ou institucionalmente importante para elas". A cada novo encontro com uma pessoa, constroem-se novos armários que exigem, pelo menos por parte das pessoas LGBT, "novos levantamentos, novos cálculos, novos esquemas e demandas de sigilo ou exposição". Uma pessoa LGBT, mesmo assumida, "lida diariamente com interlocutores que ela não sabe se sabem ou não. É igualmente difícil adivinhar, no caso de cada interlocutor, se, sabendo, considerariam a informação importante" (SEDGWICK, 2007, p. 22). Então, a escolha entre estar dentro ou estar fora do armário ocorre constantemente para as pessoas LGBT, devido à heterossexualidade compulsória que impõe a norma heterossexual e cisgênera.

De fato, se a orientação sexual da maioria dos magistrados não pode ser presumida, porém, é possível reconhecer que as performances sociais das pessoas que estão nesses espaços são heterossexuais. Assim, por exemplo, em temas muito sensíveis que tocam a experiência do cotidiano e dilemas morais, não é incomum que os magistrados façam referência a sua experiência pessoal para compreender o problema. Em nenhum dos processos isso ocorre, o que pode sugerir um ambiente onde as experiências não heteronormativas, inclusive aquelas de solidariedade cotidiana, não sejam explicitadas[24]. Na magistratura, as categorias

24. Veja-se, por exemplo, o julgamento da ADPF 186, sobre ações afirmativas no Ensino Superior, quando os ministros usaram, inclusive exemplos familiares, como no voto da Ministra Carmem Lúcia: "Na década de 90, presenteei duas sobrinhas com duas bone-

privilegiadas socialmente (classe, raça-cor, identidade de gênero e orientação sexual) imbricam-se, entrelaçam-se, e dessa forma lançam de maneira mais potente o homem cisgênero heterossexual branco e não pobre como tipo ideal que terá mais oportunidades de ingressar na carreira e, ainda, de obter promoções.

Em contraposição aos magistrados, a identidade de gênero e orientação sexual das vítimas de violências lgbtfóbicas puderam ser percebidas mediante a autodeclaração. 116 vítimas tornaram-se autoras, em 95 processos, e reconvintes[25], em apenas três.[26-27] Em seis casos, as autoras foram representadas judicialmente por seus pais e suas mães, seja porque eram menores de idade, seja porque as vítimas faleceram, como ocorreu em dois casos.[28] Setenta e duas autoras em 60 processos autodeclararam-se LGBT; 58 autoras em 45 processos autodeclararam-se LGB, destas, 29 foram violentadas juntas, enquanto casal homoafetivo (três de mulheres e 11 de homens); 44 autores em 36 processos são homens *gays* ou bissexuais; 14 autoras em nove processos são mulheres lésbicas ou bissexuais; 15 autoras em 15 processos são travestis/transexuais/mulheres trans. Por sua vez, em 39 processos as autoras não se autodeclararam LGBT, ou não há informação nas decisões de segunda instância. Em dois desses processos, afirmaram-se, ao contrário, heterossexuais ou cisgêneros.

Entretanto, é preciso destacar que, em alguns casos, o regime de verdade, jurídica e heteronormativa, condiciona a possibilidade de identificar quem são os sujeitos (vítimas) dessas narrativas, pois a narrativa tende a produzir um indução simplista sobre a identidade de gênero e orientação sexual, tal como no único

cas negras lindas. Uma das sobrinhas, que é negra, rejeitou a boneca. Quando perguntei o motivo, ela falou que a boneca era feia porque parecia com ela. Ela não estava se reconhecendo como o padrão da sociedade" (BRASIL, 2012).

25. Segundo Marinoni & Arenhart, ao lado das defesas do réu num processo judicial, está a reconvenção, na qual o réu "deixa a posição passiva que tinha na ação inicialmente proposta", "passando a, também, ser titular de uma ação própria, deduzida em detrimento do autor". "À ação inicialmente proposta pelo autor justapõe-se outra, desta vez iniciada pelo réu contra o primitivo autor, tudo dentro de um mesmo processo" (2013, p. 144).

26. Nos casos em que as vítimas de violência são reconvintes, os agressores se anteciparam e instauraram ação de danos morais previamente, acusando as vítimas de agressoras.

27. Um autor de processo não foi alvo direto da violência lgbtfóbica, trata-se de sindicato de empregados, que instaurou processo representando a vítima, pessoa associada. Em outro, há uma pessoa jurídica como autora, trata-se de empresa de propriedade de duas mulheres lésbicas ou bissexuais, também autoras.

28. Para melhor compreensão, chamaremos todas as vítimas de autoras dos processos judiciais.

caso de violência contra uma *Drag Queen*. Nesse caso, mantivemos essa denominação, apesar de não configurar identidade de gênero ou orientação sexual, e sim uma performatividade artística, pois a agressão ocorreu enquanto um homem cis *gay*, estava ainda montado de sua personagem *drag* após retornar de uma casa noturna onde se apresentou. Aqui se percebe a imbricação das categorias de gênero e sexualidade, e sua fluidez. Apesar de ser um homem cis *gay*, a violência teve conotações transfóbicas, além de homofóbicas, pois foi desferida contra personagem *drag* e, ao mesmo tempo, contra seu ator.[29]

Em outros casos, o regime de verdade pode inviabilizar um grupo inteiro. Não houve, de fato, nenhum caso de pessoas referidas nas decisões como bissexuais. Isso se deve porque os atos de violência lgbtfóbica relatados nos processos ocorreram, em sua maioria, quando as pessoas LGBT externavam seu afastamento à cis-heteronormatividade, ou por apresentarem estereótipos ligados às lesbianidades (mulheres "masculinas"), às homossexualidades (homens "afeminados"), ou às transexualidades. E por isso foram colocadas nos binarismos da heterossexualidade/homossexualidade, ou por estarem acompanhadas de suas namoradas ou namorados do mesmo gênero, o que já se faz supor, no paradigma binário e bifóbico, que as pessoas são automaticamente lésbicas ou *gays*.[30] De igual forma, homens trans, intersexuais e assexuais não constaram nos casos encontrados. Todavia, não é possível dizer que as vítimas localizadas nestes

29. Sua vizinha proferiu ofensas e ainda chamou a polícia, denunciando o suposto barulho excessivo pelos ruídos de seu sapato *salto alto* no assoalho (Processo 70053296547 do TJ/RS).

30. Segundo Nádia Perez Pino, a teoria *queer* propõe pensar os sujeitos e as práticas sexuais para além da oposição homem/mulher, homossexual/heterossexual, e aponta a variedade e diversidade das subjetivações e das práticas que não se enquadram nestes binarismos (2007, p. 161), ou no que Judith Butler chama de "gêneros inteligíveis", "aqueles que mantêm e instituem relações de coerência e continuidade entre o sexo, gênero, desejo e prática sexual" (BUTLER, 2003, p. 48). Segundo Camila Dias Cavalcanti, não apenas os discursos homofóbicos contribuem ao binarismo heterossexual, mas também os "favoráveis à homossexualidade". Ao "demarcarem territórios, estabelecendo políticas (re)integradoras, movimentos *gays* e lésbicos, bem como o movimento feminista, corroboraram práticas naturalizantes da heterossexualidade como parâmetro para suas identidades. A busca por um elemento definidor, no caso de *gays* e lésbicas, embora tenha sido importante para fazer emergir tais identidades, abriu espaço não apenas para a categorização e representação dos indivíduos, como também colaborou para a disseminação de estereótipos. Isto é, contribuiu para reforçar estratégias reguladoras tidas como dadas ou fixas, como no caso da polarização homossexual/heterossexual" (2007, p. 18).

processos não tenham identidades transexuais masculinas, e/ou bissexuais, e/ou assexuais, ou outras categorias.[31]

Por outro lado, a apreensão do pertencimento a outro grupo social passível de discriminação, apesar da ausência de dados organizados sobre o tema, pode ser apreendida de forma indiciária pela própria natureza da ofensa na narrativa. Nesse sentido, a literatura sobre a discriminação contra os LGBT tem apontado para as relações que conformam uma matriz cisheteronormativa e, simultaneamente, as diferenciações internas, com particularidades de cada subgrupo, e as relações de cada subgrupo com outros marcadores sociais de modo interseccional, tais como classe e raça.

Segundo Adriana Piscitelli (2008, p. 267-268), há duas principais abordagens teórico conceituais do termo interseccionalidade: a primeira, sistêmica, é bem exemplificada pela autora Kimberlé Crenshaw (2002, p. 177), que considera as interseccionalidades as interações entre duas ou mais formas de subordinação, ou marcadores sociais da diferença, como gênero, raça, classe, sexualidades. Crenshaw nega a ideia da sobreposição simplista de opressões, ao falar em "interações", e em "confluências" entre elas, e acrescenta que tais confluências desempoderam os sujeitos. A segunda abordagem, construcionista, parte de Anne Mcklintock e de Avtar Brah, que se diferenciam da autora anteriormente citada, pois consideram também aspectos positivos das interseccionalidades, para além do desempoderamento, além de outras nuances. Nessa linha, "os marcadores de identidade não aparecem como formas exclusivamente limitantes, mas oferecem, simultaneamente, recursos que possibilitam a ação" (PISCITELLI, 2008, p. 268), são, portanto, "relacionais, contingentes e variáveis", e "nem sempre resultam em desigualdade, exploração e opressão", mas também em "igualitarismo, diversidade, e formas democráticas de agência política" (BRAH, 2012, p. 374). Dessa forma, percebe-se que ambas as concepções de interseccionalidade são úteis à pesquisa. A primeira, por sugerir que as variadas opressões verificadas nos relatórios, interagem, e essa interação potencializa a vulnerabilidade dos indivíduos e a violência contra eles. A segunda, como forma de demonstrar que as interseccionalidades são também responsáveis pelo deslocamento potente do lugar de vítima de violência para o lugar de autora de processo judicial que reivindica direitos ao mesmo tempo que afirma sua existência enquanto pessoa LGBT, negra, deficiente física ou mental.

31. Tais fatos são extremamente relevantes ao se considerar o debate no cenário americano sobre a população bissexual, invisibilizada pela escassez de dados nacionais (FLATT & KLAWITTER, 1998, p. 659; DIBERNNARDO & GATESSUGEREM, 2013, p. 613).

De fato, as narrativas evidenciaram uma parte dessa dimensão interseccional das violências. Além da lgbtfobia[32], as violências expressavam outros ódios em 26 processos (26,53%), havendo referências expressas a dimensões interseccionais. Foi possível identificar preconceitos oriundos de sistemas de desigualdade social diversos, ainda que inter-relacionados, com maior ou menor grau de respaldo histórico-social e político, como: i) contra mulheres[33] (em 13 casos); ii) contra pessoas pobres (em nove casos); iii) contra pessoas negras (em oito casos), inclusive contra pessoas com religiosidade de matriz africana[34] (em dois casos); iv) contra pessoas supostamente não higiênicas[35] (em cinco casos); v) contra pessoas com deficiência/doença crônica física ou mental[36] (em dois casos); vi) contra pessoas com doenças sexualmente transmissíveis (em dois casos); vii) contra pessoas calvas (em dois casos); viii) contra pessoa de baixa estatura (em um caso); ix) contra pessoa em situação de rua (em um caso). Logo, em um quarto dos processos havia referência explícita a dimensões interseccionais.

Porém, não necessariamente as vítimas correspondem às categorias "apontadas" pejorativamente nas ofensas, muito embora em grande parte elas mantêm correspondência. Isso pode ser percebido em casos de racismo, em que duas autoras se declararam negras, e de preconceito contra pessoa com deficiência, em que duas autoras se declararam deficientes físico e mental. Em sentido oposto,

32. Em todos os casos, há lgbtfobia, em suas variadas modalidades: a lesbofobia em 19 processos; a homofobia, em 60; a transfobia, em 26; e a lgbtfobia coletiva em três.

33. O machismo opera em todos os casos, já que onde há lgbtfobia, há também machismo. Porém, nesses 13 casos citados, há ódio direcionado especificadamente a mulheres e ao feminino, também chamado de misoginia (BORGES, et al, 2013, p. 66).

34. Os terreiros, além de casas religiosas, são espaços étnicos que produzem novas sociabilidades perante o racismo e ao capitalismo, buscando subvertê-los, através do afeto, da solidariedade e do resgate de raízes culturais comuns, advindas de religiosidades de matrizes africanas (sem limitar-se aos aspectos ritualísticos) importantes no processo de resistência das pessoas negras. Devido ao caráter acolhedor atraem LGBT, pobres, portadores de deficiência, dentre outras (WILLEMAN & LIMA, 2010, p. 79-80).

35. Os conceitos sociais de ordem e higiene historicamente produzidos no processo da modernização, desenvolveram uma cultura higienista, em que a limpeza corporal é associada à saúde e à ordem, tornando-se uma norma moral. Caso violada, o corpo torna-se abjeto, "anormal", e submetido à violência e à exclusão (KUHN & QUELUZ, 2016, p. 135).

36. O preconceito por deficiência física, intelectual ou sensorial decorre do distanciamento de corpo e mente consideradas normais pela sociedade (DINIZ, PEREIRA, & SANTOS, 2009, p. 65).

para ser alvo da violência lgbtfóbica a pessoa ofendida não precisa ser sequer do grupo LGBT. Nesse caso, a narrativa pode, em vez de revelar a identidade de gênero ou a orientação sexual das vítimas, demonstrar as dimensões contundentes do poder conformador da cisheteronormatividade no cotidiano. Em algumas decisões não há, de fato, informação acerca da orientação sexual ou identidade de gênero das vítimas. Assim, por exemplo, um aluno do terceiro ano do ensino médio de escola estadual, por trajar uma blusa de frio na cor rosa, foi chamado de homossexual pela diretora da escola[37]; e noutro caso, uma mulher cis, por um erro no cadastro de autoescola, foi inscrita como pertencente ao gênero masculino, portanto, considerada travesti naquele ambiente, onde passou a sofrer constantes episódios de transfobia[38], conforme os depoimentos a seguir:

> "*Juíza*: O senhor sabe se havia algum preconceito com relação à dona X? *Testemunha:* Corria o boato lá que ela era homem. Que era história de *traveco*. O que eu sei é que a carteira da dona X estava como masculino. Aí tinha chacota a respeito da masculinidade dela. [...] E corria os boatos que eu dava aula para um *traveco*. Aí tiravam onda com a minha cara também. Eu até ficava meio chateado porque eu comecei a conhecer a dona X e vi o caráter dela, percebi a zombaria que tinha".

Por outro lado, malgrado não tenha sido possível coletar os dados quanto ao pertencimento raça/cor, a associação entre expressões referentes à orientação sexual e à identidade de gênero com expressões racistas aparecem em três casos bem exemplificativos.[39] No primeiro, duas travestis, após pagarem pelas compras em um supermercado, foram acusadas pelos funcionários de não terem efetivado o pagamento, e impedidas de sair do estabelecimento. Além disso, foram

37. Processo 0015525-91.2007.8.26.0320 do TJ/SP.

38. Processo 70057743213 do TJ/RS.

39. Para Sérgio Guimarães, ao analisar os BOs na Delegacia de Crimes Raciais de SP, entre maio de 1997 e 1998, "o insulto racial é capaz de, simbolicamente, fazer a pessoa insultada retornar a um lugar inferior já historicamente constituído, e ainda, re-instituir esse lugar". Esse inferior racial é demarcado pelos estigmas da escravidão, de "desonestidade e delinquência", de "moradia precária", "de devassidão moral", de "irreligiosidade"; de "falta de higiene"; de "incivilidade, má educação ou analfabetismo". "As situações de insulto, ou seja, aquelas em que a posição de inferioridade do negro precisa ser reforçada por rituais de humilhação pública, ocorrem principalmente no trabalho e nos negócios, nos quais o cliente ou usuário se sente ameaçado pela autoridade de que o negro está investido, ou em situações em que os brancos se sentem incomodados pela conduta igualitária do negro" (2000, p. 12-13).

ofendidas: "olha o tipo de gente que tu é negra", "essa nega tá se achando, essa gente tá se achando, tão se achando", "é essa negrada aí". Elas pediram para chamar o gerente, porém, quando esse chegou, passou a ofendê-las também: "negra e travesti".[40] No segundo caso, uma proprietária de clínica veterinária enviou mensagens de texto ao celular da vítima para lhe cobrar o pagamento de um medicamento chamando-lhe de *caloteira*. No mesmo dia, foi a sua casa e lhe ofendeu em voz alta, nas dependências do condomínio: "lésbica imunda!"; "Sapatona, nojenta, neguinha fidida", "caloteira desgraçada".[41] No terceiro caso, duas mulheres lésbicas ou bissexuais, administradoras de templo religioso de matriz africana, foram atacadas por vizinhos e pelas autoridades estaduais (secretarias e brigada militar), sofrendo de reiteradas ofensas, denunciações caluniosas, ameaças, agressões físicas e assédio sexual. Devido à perseguição, tiveram que mudar de endereço e fechar o templo. Os agressores ajuizaram ação no juizado especial cível visando impossibilitá-las de renovar o contrato de aluguel do templo, e ainda, ação criminal por suposto excesso de barulho.

> "Acostou aos autos cópia da ocorrência policial por ela registrada em 29.01.2011, com o seguinte conteúdo (fl. 84): 'Relata a vítima que em data, hora e local acima mencionados sua vizinha, [...], residente na Rua [...], está lhe perturbando, pois vive fazendo provocações com relação a sua religião (umbandista). Quando tem sessão no seu templo ela fica no portão dizendo para as pessoas que chegam o seguinte: – *adoradores do diabo*. [...] A vítima para não prejudicar os vizinhos trocou o dia da sessão de sexta-feira para sábado, diminui o horário para as 23:00hs, conforme determinação da SMAN. Desde o dia 27 de novembro de 2010, não está fazendo sessão no seu templo, motivo férias, mas vai para fazer limpeza, cortar a grama e todas as vezes ela provoca. [...] Exemplifica com o fato de que estava pintando a casa e cortando a grama, quando foi surpreendida pela [...] e seu pai, que passaram a ameaçar a depoente. [...] Assinalou que atualmente os reconvindos não toleram sua opção sexual, por manter união estável com [...], sendo frequentemente ofendida com expressões baixas, como: '*sapatonas, vão arrumar um homem pra vocês*', '*machorras nojentas*', '*suas anormais*'. Disse que foi diversas vezes ameaçada de morte pelo réu [...] que diz ser policial aposentado e possuir uma arma. [...] 'Vítima: Ele estava bebendo, porque tem um bar bem próximo, eu estava saindo com a minha companheira de tarde, daí ele começou, eu não gosto de repetir, baixos calões, com preconceito homofóbico, por que eu estava de mão dada com a minha companheira, não é, e ele estava bebendo, não é, daí

40. Processo 70058142613 do TJ/RS.

41. Processo 1.319.558-7 do TJ/PR.

> ele começou a falar esse tipo de palavrão eu achei ridículo, não é? J: Fala o que assim? V: Ah, *sapatona*. J: Lésbica não? V: Não, era mais baixo um pouco. J: E o que ele falou, sapatona? V: É, *sapatona*, *tu ta grávida*, nunca tive grávida, *ah sua vagabunda*, não sei o quê. E chega uma hora que cansa, porque eu vivia na delegacia ali depois. J: Daí fechou o tempo? [...] V: Sim. Daí ele pegou e foi atrás de nós, eu entrei no super para comprar iogurte, ele entrou foi em seguida, *passou a mão em mim*, daí como ela estava na rua eu pedi para ela tirar fotos, daí ela ficou na rua, eu tenho ali gravado em vídeo, o áudio, as fotos, não é, dele bem junto [...] e aí na terceira vagabunda que ele me falou lá, a [...] se encheu o saco, realmente empurrou o seu [...], não é, disse: chega, e empurrou, ele caiu, eles caíram e *ele quebrou a long neck e cortou o supercílio dela*, daí quando eu vi aquilo que eu fui juntar ela assim *ele deu uma garrafada na minha cabeça*"[42].

A associação entre expressões referentes à orientação sexual e à identidade de gênero com expressões discriminatórias quanto ao pertencimento de classe pode ser identificada nos dois próximos casos. No primeiro caso, um homem *gay* (ou bissexual) teve festa que realizava no salão do seu condomínio invadida por vizinha que o ofendeu ("O que tu estás pensando? Pensa que é gente?"; "*gay*"; "gentalha") e a seus convidados (são *chinelagem*).[43] No segundo, uma pessoa com doença física crônica passageira de ônibus municipal foi alvo de chacotas e ofensas por parte dos funcionários da empresa concessionária de transporte. A vítima aguardava o ônibus, quando

> "o motorista do coletivo passou do ponto em que deveria ter parado e ao ser questionado, riu, e, ainda, a cobradora do mesmo fez uso de palavra de baixo calão para se referir ao Autor, portador de doença crônica e usuário de cartão especial passa livre, adotando inclusive, postura discriminatória e homofóbica".[44]

As dimensões interseccionais das violências sofridas podem ser extremamente complexas, pois as motivações encontradas no relatório podem ser múltiplas. Num caso, a vítima foi atacada mediante insultos em rede social (Facebook) por uma mulher, com quem tinha histórico de inimizade: "você mesmo passando varex está com a mesma cara; mendiga"; "nanica, lésbica, parasita, lavadeira de pinico, prostituta, safada, vagabunda"; "cachorra sarnenta, doente, veio da Itália contaminada, vadia".[45]

42. Processo 70060405909 do TJ/RS.
43. Processo 70047894738 do TJ/RS.
44. Processo 0008895-51.2010.8.19.0209 do TJ/RJ.
45. Processo 0001104-53.2013.8.26.0040 TJ/SP.

De outra parte, a violência também pode ser direcionada à coletividade LGBT. Num caso, um homem *gay* frequentador de uma igreja evangélica sentiu-se ofendido com a exibição de matéria em programa televisivo que tratava a referida igreja em termos pejorativos, ridicularizando-a, pois ela aceitava fiéis LGBT. As ofensas, tanto da matéria, quanto do apresentador e seus comentaristas, eram direcionadas à igreja, ao pastor, seus fiéis e toda a comunidade LGBT.[46-47]

Além da possibilidade de apreensão do pertencimento a um grupo por meio das narrativas, nas decisões localizadas não há informação precisa quanto à classe social das vítimas ou dos agressores nos processos. Todavia, dois indicadores importantes de classe foram encontrados, trata-se da justiça gratuita (JG)[48] e da assistência judiciária gratuita (AJG)[49]. Num conjunto de 48 casos, houve para as vítimas o deferimento de 35 JG e, em 13, de AJG. Em 50 casos, não houve declaração de AJC e JG ou não há essa informação. Por sua vez, entre os agressores houve apenas seis de JG e dois de AJG. Considerando-se internamente o grupo de vítimas, constata-se que dos 15 casos com vítimas autodeclaradas transexuais, nove tiveram reconhecida a JG ou AJG (60%); dos nove casos com vítimas lésbicas, cinco tiveram reconhecida a JG ou AJG (55,56%); dos 36 casos com vítimas *gays*, 19 tiveram reconhecida a JG ou AJG (52,78%); dos 38 casos em que as vítimas não se autodeclararam LGBT, 15 eram pobres (40,54%).[50]

Sob tal aspecto constata-se que as travestis são o grupo mais vulnerável economicamente dentre os subgrupos LGBT identificados. Todavia, a classe social é um fator importante para a maior vulnerabilidade das vítimas de praticamente metade

46. A ação proposta foi por danos morais individuais contra a emissora e seu apresentador, apesar da ofensa coletiva. Processo 0130088-84.2004.8.26.0100 do TJ/SP.

47. O reconhecimento de danos morais coletivos à comunidade LGBT, em tribunais estudais, ocorreu pela primeira vez em ação proposta pela Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul contra autor de livro religioso que afirmava uma "maldição de Deus sobre o homossexual" (Processo 2009.006422-1 do TJ/MS).

48. A gratuidade de justiça atesta que a parte não pode arcar com as custas do processo, e ao ser deferida à parte, esta é considerada pobre pela justiça. Para o deferimento, é necessário preencher os requisitos objetivos que demonstram essa condição.

49. A assistência judiciária gratuita estabelece-se quando a parte ingressa com ação representada pela Defensoria Pública, ou por defensor dativo, para isso é preciso preencher os requisitos objetivos que demonstram estado de hipossuficiência, pobreza.

50. Entre os dois tribunais com mais decisões localizadas nesta pesquisa (TJ/RS e TJ/SP), percebe-se que o TJ/SP, assim como a região sudeste, apresenta maior índice de deferimento de gratuidade de justiça do que o TJ/RS e a região sul (61,11% contra 37,84%, e 56,25% contra 40,43%, respectivamente).

dos casos, pois tiveram judicialmente reconhecida sua hipossuficiência econômica. Verifica-se nas narrativas que a vulnerabilidade das pessoas LGBT pode estar associada, de forma sobreposta, às violências relativas à identificação racial, à classe econômica e a deficiências. A significativa presença da JG e AJG, somado ao conjunto de violências interseccionais trazidas nas narrativas, corroboram o argumento que pessoas LGBT, responsáveis por litígios por reparação de dano, constituem um grupo particularmente sujeito a exclusões econômicas e sociais. Parece adequado supor que o número maior de recursos na região sudeste, combinado com o uso intenso de JG e AJG estejam indicando a prevalência de fatores institucionais, tais como a presença de associações ou instituições públicas de defesa de direitos, na possibilidade de defesa de direitos por parte do grupo LGBT.[51] Em definitivo, muito embora os demandantes LGBT não constituam um grupo homogêneo, não podem ser identificados com grupos que demandam judicialmente devido à grande disponibilidade de recursos econômicos. Em vez disso, a maioria atua num cenário em que sua capacidade econômica e posição social é desvantajosa.

5. As formas de expressão da heteronormatividade e da cisnormatividade nas violências LGBTfóbicas: os direitos em disputa

A descrição dos tipos de violência evidencia as disputas cotidianas por direitos da população LGBT. Obviamente, as classificações do que pode ser considerada uma agressão, capaz de provocar um dano não são neutras.[52] Não obstante,

51. Entretanto, de acordo com o Mapa da Defensoria Pública no Brasil (ANADEP, IPEA, 2013, p. 36-37), os dois estados com maior número de recursos localizados nessa pesquisa, SP e RS, posicionam-se em baixas colocações no *ranking* dos estados com menor quantidade de pessoas de baixa renda por número de cargos providos de defensores ou defensoras públicas, em vigésimo e em décimo segundo lugar, respectivamente. Enquanto o DF, que ocupa a primeira colocação nesse *ranking*, possui apenas um recurso localizado nesta pesquisa, e ainda sem JG ou AJG à parte autora. Apesar disso, a Defensoria do Estado de SP foi a pioneira entre as defensorias a oferecer um núcleo de atendimento especializado às pessoas LGBT, com capacitação de profissionais, orientações jurídicas específicas, desenvolvimento de cartilhas, e acompanhamento psicológico e de serviço social (BRASIL, 2011, p. 4). Em seguida, núcleos similares surgiram em outros estados, segundo divulgação nos respectivos portais eletrônicos das defensorias. Embora faltem dados sobre a efetividade desses serviços, os dados coletados sugerem uma maior capacidade de litigância das instituições de defesa dos hipossuficientes.

52. Émile Durkheim sugeriu que as transformações quanto à redução ou ao desaparecimento de determinados crimes, hoje considerados, por exemplo, como formas mais evidentes de violência pessoal, tais como o homicídio, iria provocar o deslocamento da definição

adotou-se duas formas de classificação dessas violências como estratégia de compreender tais disputas.

Primeiro, classificou-se as violências de acordo com a categoria de violência institucional, utilizada amplamente como categoria descritiva em estudos de violência lgbtfóbica (MARTINS, FERNANDEZ & NASCIMENTO, 2010; SANTOS, 2012), e definida por Trindade como "violações e abusos sistemáticos, decorrentes de ações ou omissões de agentes e entidades públicas ou privadas, escorados em relações de poder e motivados por desigualdades de condição socioeconômica, raça, etnia, idade, religião e gênero, entre outras" (2015, p. 212). Nesse sentido, em 70 casos, a violência foi realizada em nome de uma instituição, ou através dela, seja pública, privada, seja do terceiro setor. Em apenas um desses casos a violência foi doméstica, com vítima e agressor morando juntas, com grau de parentesco.[53]

Segundo, optou-se por utilizar a classificação do artigo 7º da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), pois ela tem sido utilizada em pesquisas semelhantes.[54] Nas narrativas, os tipos de violência aparecem de forma isolada ou combinada. Em todos os casos há violência psicológica e moral e, em quase todos foram

---

de crime para áreas antes consideradas como meras incivilidades. Portanto, os sistemas normativos em uma sociedade passavam por transformações e poderiam espelhar uma mudança das sensibilidades diante das formas de violência (2007, p. 53). Entretanto, não considerou como determinadas ações são socialmente toleradas apenas quando são praticadas contra determinados grupos, o que parece mais evidente quando se consideram formas estruturais de discriminação quanto ao gênero, à orientação sexual e à raça.

53. Mesmo que seja uma violência institucional, pois ancorada em relações de poder e desigualdade, a violência doméstica constitui um tipo específico de violência, ocorrendo no lar (GÓMEZ, 2008, p. 90).

54. Conforme o referido artigo, as violências podem ser: i) a violência física, conduta que ofende a integridade corporal da vítima; ii) a violência psicológica, conduta que causa "dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;" iii) a violência patrimonial: "retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades"; e, por fim, iv) a violência moral, conduta que configura calúnia, difamação ou injúria. A mesma classificação também foi utilizada pelo Disque 100 (da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República) (BOAVENTURA, MESSEDER & OLIVEIRA JUNIOR, 2016, p. 6).

perpetradas perante terceiros, tornando a humilhação pública. Em 22 casos a violência é também patrimonial. Em 16, também é física. Esses tipos de violências manifestam-se de formas combinadas em 51 casos. Ofensas injuriosas e difamatórias lgbtfóbicas ocorreram em todos os casos. Em dez, há também ofensas caluniosas. Em 47 casos, houve apenas ofensas[55].

Ameaça[56] e agressão física estão presentes em 14 casos cada uma. Repreensão à troca de carícias, em dez casos. Expulsão de estabelecimento comercial ou impedimento de entrada, em 11 casos. Denunciação caluniosa, corte de serviços, cobranças indevidas ou outros "erros" em serviço, cada uma com seis casos. Expulsão de seu próprio endereço residencial, comercial ou religioso, além de fechamento de estabelecimento comercial, em quatro casos. Depredação de patrimônio e invasão de propriedade[57], cada uma com três casos. Retenção em estabelecimento comercial, sob suspeita de furto, morte em unidade socioeducativa masculina, expulsão de travesti de banheiro feminino, ou o impedimento de sua entrada, assédio sexual, cada uma com dois casos. Não pagamento após a prestação de serviço, divulgação de nome civil não retificado de pessoa trans em jornal, repreensão à performatividade *drag* (uso de "salto alto"), vilipêndio à cadáver, negação judicial à pensão por morte de companheira, impedimento de candidatura, aposentadoria, exoneração, readaptação, violação de correspondência, reprovação em exame do Detran, cada uma com um caso.

Alguns exemplos de ofensas morais[58] permitem identificar a construção da cisheteronormatividade a partir das noções de anormalidade, de patologização, de perigo e desordem: "traveco"[59]; "viado desgraçado"[60]; "viado não precisa receber, tem que trabalhar de graça mesmo; eu vou tirar esses viados daí; não tinha nenhum prazer em tê-los naquela rua, pois é uma rua familiar; os dois não são

55. Desses casos de violências morais (ofensas), 23 foram perpetradas presencialmente, em 20, virtualmente, em mídias (internet, jornal, TV, celular), em um caso em painel publicitário, um em decisão judicial, um em petição de parte contrária em processo judicial, e em um em processo administrativo disciplinar pela administração pública.

56. Apenas uma com uso de mídia, e o restante presencialmente.

57. Dois casos de invasão de domicílio e um de festa a privada.

58. O STF, no HC 82.424/RS (Caso Ellwanger, 2003), em resposta à controvérsia sobre se existiriam limites à liberdade de expressão, decidiu que "a liberdade de expressão não é absoluta", podendo "abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal" ou "delitos contra a honra" (BRASIL, 2003, p. 2-3; HONÓRIO & KROL, 2008, p. 83).

59. Processo 71004714168 do TJ/ RS.

60. Processo 71004288221 do TJ/RS.

uma família, mas sim uma abominação"[61]; "sapatonas, vão arrumar um homem pra vocês", "machorras nojentas", "suas anormais"[62]; "eu não falo com esse tipo de gente"[63]; "uma aberração divina", "uma anomalia científica"[64].

Há promessas de violência física futura genérica ("veado tinha que matar todos"[65]), próxima da noção de extermínio, ou direcionada à vítima: "daí a mulher começou a gritar, a chamar ele de veado, de puto, que ele era puto, que ele dava isso, que ele fazia aquilo, que ela ia passar com o carro por cima, e iria passar com o carro por cima e quebrar as pernas dele, para ele não passar lá [...]".[66] Elas podem incluir gestos ofensivos, zombarias e ridicularizações reiterados. Um homem cis *gay*, por exemplo, foi alvo, durante três anos, de agressões de empregados de uma loja, situada num shopping e localizada em frente à loja onde trabalhava, que faziam gestos obscenos, "consistentes na manipulação ofensiva dos órgãos genitais em sua direção", além de risadas, trotes telefônicos e escritos obscenos deixados em seu veículo.[67]

Há, ainda, ofensas morais consistentes no uso depreciativo da imagem da vítima. Um escritor cis *gay*, por exemplo, foi alvo de chacotas em virtude de sua orientação sexual ao ser parodiado por um personagem no programa televisivo considerado humorístico.[68] Em outro caso, houve hackeamento de perfis em redes sociais e a propagação de ódio lesbofóbico contra a própria dona do perfil:

> "De fato, a autora à época da denúncia realizada pelo seu genitor possuía 16 anos (fl. 21), de modo que conforme referiu, os dizeres constantes no perfil '[...] *Assumida*', com textos, fotos e comunidades a induzir o interlocutor a acreditar que a detentora da imagem do perfil – no caso a autora – era lésbica, porém a expondo de modo calunioso, estereotipado e pejorativo. Ressalta-se, [...] os seguintes trechos: '*sou lésbica e faço os homens brocharem [...] Desde que assumi esse meu desejo por mulheres, por peitos, por bundas, eu me sinto mais feliz!*'"[69] (grifos nossos).

61. Processo 0019803-43.2011.8.26.0564 do TJ/SP.
62. Processo 70060405909 do TJ/RS.
63. Processo 71004568507 do TJ/RS.
64. Processo 1.0702.10.004576-5/001 do TJ/MG.
65. Processo 71005146782 do TJ/RS.
66. Processo 70059911149 do TJ/RS.
67. Processo 0010357-30.2010.8.26.0506 do TJ/SP.
68. Processo 0273870-72.2012.8.19.0001 do TJ/RJ.
69. Processo 70059786939 do TJ/RS. Foram encontrados 24 casos como esse, com publicações em *blogs*, redes sociais, portais eletrônicos de notícias, jornais, TV e rádio sobre pessoas LGBT, utilizando-se de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Em vários casos, identificou-se ofensas físicas, tais como murros, chutes e espancamentos. Em um caso, uma mulher trans/travesti/transexual foi agredida por seguranças de um posto de saúde municipal, quando procurava auxílio médico, por causa da transfobia. Ela foi pisada no pescoço pelos seguranças.[70] Em outro, os agressores eram seguranças de uma boate, e as vítimas, três mulheres cis lésbicas, expulsas do local e perseguidas até o transporte público.[71] Os agressores, segundo testemunhas, afirmaram: "vamos enlata essa machorras e tocar fogo no ônibus" e "houve um comentário que um segurança falou que hoje iam botar jeito nas machorras"[72]. A violência foi perpetrada com objetivo heterodisciplinador, como método para impor a heterossexualidade.[73]

Em 37,75% dos casos relatados, houve formas de violência distintas das ofensas morais e físicas, de maneira isolada ou em conjunto com estas. Desse conjunto, destacam-se 11 casos com a expulsão de estabelecimentos comerciais ou proibição de entrada. Estar com outra pessoa do mesmo gênero formando um casal, demonstrando isso através de carícias, beijos, mãos dadas, é um fator decisivo para a expulsão de estabelecimentos comerciais, como lojas, restaurantes,

70. Processo 70056416258 do TJ/RS.

71. Processo 70053093613 do TJ/RS.

72. O termo *machorras* evidencia a especificidade da discriminação contra mulheres lésbicas. A palavra é comum no Sul, especialmente no RS, para designar "fêmea estéril", ou, ainda, para insultar mulheres com performance de gênero e orientação sexual não cisgênero e/ou não heterossexual, aproximando-as de "machos". Nesse contexto, aponta uma "anormalidade" nas mulheres lésbicas, por não cumprirem seu "papel" de mulheres, que seria dispor sua sexualidade ao homem, assim como um animal fêmea que não é capaz de gerar filhotes seria, também, "anormal", por não cumprir sua "função" esperada (ROCHA, 2008, p. 120-121).

73. O estupro corretivo é o ato de violência sexual praticado por, especialmente, homens cis héteros contra mulheres cis, lésbicas ou bissexuais, e contra homens trans, com o objetivo de "corrigir" sua identidade de gênero ou orientação sexual em direção à cisgeneridade e à heterossexualidade. Na justificação dessa violência, está o suposto direito e poder de decisão que a masculinidade cisheteronormativa confere aos homens cis héteros sobre a sexualidade da mulher. O senso comum cisheteronormativo que considera uma mulher lésbica porque "ainda não encontrou o homem certo", ou "um homem que faça direito" corrobora com essa prática e impõe às mulheres cis lésbicas e bissexuais e aos homens trans um medo acentuado em relação às vivências públicas de sua sexualidade e identidade de gênero. Esse medo, aliado à repercussão social ou, até mesmo, à internalização da culpa pela vítima, dificultam as denúncias aos órgãos competentes (PIASON, PALMA & STREY, 2013, p. 9-10; MARTINS, TEIXEIRA & SANTOS, 2016, p. 376). A vulnerabilidade das vítimas aumenta quando elas são negras (MATEBENI, 2017, p. 33).

bares e boates. A violência pode advir diretamente dos proprietários das empresas, através de uma política discriminatória explícita de proibição da entrada ou permanência de pessoas LGBT no local. Assim, por exemplo: "Há nos autos provas de que o coapelante X impõe uma política homofóbica em sua empresa, pois afirmou perante a autoridade policial que 'realmente não admite homossexuais no seu estabelecimento, sejam homens ou mulheres'".[74]

Há, como forma de limitação da autodeterminação, a proibição ou expulsão de trans/travesti/transexuais em banheiros públicos femininos: "Impedimento pela segurança e deboche de funcionários da demandada, imitando o autor urinando em pé. [...] Relatou que estava no banheiro feminino do supermercado quando foi agredido moralmente por uma mulher".[75] Em outro caso[76], em um bar, diante da insistência da vítima para adentrar ao banheiro feminino, foi oferecida apenas a possibilidade de utilizar o banheiro para deficientes físicos.[77-78] Há

74. Processo 9162020-04.2008.8.26.0000 do TJ/SP.

75. Processo 71004944682 do TJ/RS.

76. O tema do acesso aos banheiros públicos segundo a identidade de gênero está sendo debatido, pelo STF, no Recurso Extraordinário 845779/SC, com repercussão geral, em ação de danos morais cuja autora é uma transexual que foi impedida de utilizar banheiro feminino num *shopping center*. A análise da matéria ainda não foi concluída, tendo sido proferidos, somente, os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, no final de 2015. Eles concederam o direito à indenização à transexual, ao reconhecerem seu direito de autodeterminação de gênero, e o dever de respeito e reconhecimento que todas as pessoas devem exercer em relação a esta identidade, inclusive quanto ao acesso aos banheiros disponíveis ao público (BRASIL, 2015a, p. 11; BRASIL, 2015b, p. 11-12). Por fim, o ministro Edson Fachin ainda determinou que o processo fosse reautuado para que a autora seja tratada pelo seu nome social (BRASIL, 2015a, p. 13).

77. Processo 0036120-87.2009.8.26.0564 do TJ/SP.

78. Zanon argumenta que a divisão de banheiros firmada pelo sexo biológico mantém um processo de segregação com quem não se identifica com as genitálias com que nasceu, além de reforçar papeis sociais compulsórios responsáveis por sustentar um sistema gerador de conflitos e opressões. Mais do que uma composição física de espaços, os banheiros tais como existentes implicam num projeto de regulação dos corpos a partir do gênero. Essa regulação essencialista determina quem pode ou não entrar num determinado banheiro, e consolida o controle público do gênero (2017, p. 390). Preciado relembra que o acesso igualitário a banheiro público é uma reivindicação política de longa data na afirmação de direitos de populações discriminadas, como trabalhadores e trabalhadoras, pessoas negras, homossexuais, deficientes físicos, e hoje, as pessoas trans, isto porque essa prática representa uma estratégia recorrente de grupos hegemônicos para desumanizar grupos minoritários (2012, p. 2).

casos em que a agressão não é feita na presença da vítima, mas repercute em seu meio social. Assim, por exemplo, em um caso houve a divulgação do nome de registro de uma mulher trans em jornal, sem seu consentimento. O jornal expõe sua foto e seu nome de registro masculino, apesar de, curiosamente, a reportagem tratar, favoravelmente, sobre projeto de lei que permitiria às pessoas trans a identificação pelo nome social nos registros municipais.[79]

Há uma forma de violência bem comum, os "erros" ou a interrupção de serviços. No primeiro caso, durante a compra de um celular, os funcionários solicitaram os documentos da vítima que se declarou transexual, motivo suficiente para iniciarem as violências. Eles conversavam entre si e riam, fazendo chacota. Empurravam seu atendimento de um para o outro. Todos na loja, inclusive clientes, perceberam o que acontecia. Após mais de uma hora em situação constrangedora, foi-lhe informado que faltaria cobertura para a sua localidade. Porém, ela logo descobriria que a empresa, na verdade, efetivou a venda, mas não entregou o aparelho, tendo recebido em sua residência a respectiva fatura. Voltou à loja para reclamar e ouviu como resposta que havia levado o aparelho para casa.[80] No segundo, um casal de homens *gays* ou bissexuais foi discriminado por vizinhos condôminos e pela administradora. Foi-lhes imposta a rescisão antecipada do contrato de aluguel, depois de várias falhas na prestação de serviço, da violação de correspondência e da impossibilidade de utilizar as vagas de garagem.[81]

Há casos de expulsão da própria residência, de estabelecimento de ensino, fechamento de estabelecimento comercial e de templo religioso. No primeiro caso, duas mulheres eram proprietárias de um bar e foram alvo de reiteradas denúncias em órgãos públicos (polícia militar, prefeitura, ministério público) de perturbação do sossego, e até mesmo em jornal local. Inclusive, houve vultuosa operação da polícia militar para apurar uma denúncia. Ainda, receberam um *e-mail* dos vizinhos com ofensas lesbofóbicas. A perseguição resultou em queda de clientela e na venda do comércio.[82] No segundo, uma mulher foi vítima de sete vizinhos condôminos. Eles a perseguiam com o objetivo de expulsá-la do prédio, fizeram com que o serviço de energia elétrica de sua casa fosse cortado e a agrediram fisicamente. Ela ficou por alguns meses na casa de um amigo. Uma das rés confessou que convocou outro vizinho para a ação. Ainda, teriam retirado pertences que

79. Processo 4002042-86.2013.8.26.0037 do TJ/SP.

80. Processo 2009011015748-9 do TJ/DFT.

81. Processo 0038817-35.2013.8.19.0209 do TJ/RJ.

82. Processo 0020597-78.2012.8.26.0451 do TJ/SP.

ficavam na parte de fora da casa. Depositavam lixo em sua porta e passavam por lá proferindo xingamentos lesbofóbicos. No apartamento acima ao da vítima, os vizinhos "sapateavam para fazer barulho".[83] No terceiro, houve a expulsão de escola por discriminação homofóbica. Trata-se de um homem cis, expulso da sua escola por "comportamento inadequado", no dia seguinte a uma festa realizada em sua casa, com presença de estudantes e professores, em que ele se declarou homossexual.[84]

Limitações ao exercício de direitos políticos aparecem explicitamente em dois casos. No primeiro, impediu-se a candidatura de homem *gay* ou bissexual para disputar vaga no conselho tutelar do município. O Conselho afirmou que o autor não possuía idoneidade moral para a disputa em razão de sua orientação sexual.[85] No segundo caso, um deputado estadual do Paraná foi vítima de homofobia e preconceito de classe, em coluna escrita por secretário municipal, em um jornal e em *blogs*, em que questionava sua sexualidade e sua formação educacional, dando a entender que seria homossexual e analfabeto e que ele "não passaria no teste da farinha".[86-87]

---

83. Processo 70048945893 do TJ/RS.
84. Processo 0908556-35.2012.8.26.0037 do TJ/SP.
85. Processo 0002198-63.2013.8.26.0128 do TJ/SP.
86. Processo 1.401.452-7 do TJ/PR.
87. SANTOS (2016, p. 68-69 e 74-75) analisa as candidaturas LGBT com base em dados da Associação Brasileira de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), coletados para as eleições dos anos 2002, 2004, 2008, 2010 e 2012, através da assinatura do Termo de Compromisso "Voto contra a Homofobia, Defendo a Cidadania", e ainda, por meio de pesquisas nos fóruns de discussão virtual de ativistas LGBT no Brasil. A maioria das candidaturas objetivam o cargo de vereadora (89,1%), em seguida, disputam preferencialmente o cargo de deputado estadual e distrital (5,8%), e de deputado federal (3,8 %). As candidaturas de LGBT ocupam uma posição periférica no campo político, pois, praticamente, restringem-se ao cargo de vereadora, que ocupa uma posição inferior na hierarquia das carreiras políticas, por demandar menor número de votos para o êxito eleitoral, e por possuir menor influência política. E, ainda assim, o êxito é muito baixo. Dessa forma, é importante destacar a primeira pessoa trans eleita a um cargo público no Brasil, pelo PFL-PI, foi a vereadora Katia Tapety, em 1992, pela pequena cidade de Colônia do Piauí (PI), sendo reeleita duas vezes ao cargo em 1996 e em 2000, alcançando, em 2004, a vice-prefeitura da cidade (SANTOS, 2016, p. 67). Nas eleições de 2014 e 2016, segundo Martins & Silva, a ABGLT continuou mapeando as candidaturas LGBT, já que o TSE não solicita dados sobre identidade de gênero e orientação sexual das pessoas no ato de registro de suas candidaturas. Portanto, em 2014, 21 pessoas autodeclaradas LGBT candidataram-se a deputada estadual,

Há casos de exoneração e readaptação no serviço público. No primeiro, uma mulher foi exonerada do cargo de professora do ensino infantil de escola pública municipal por conta de ser transexual. Instaurou-se contra ela um processo administrativo disciplinar que a declarou inapta para o exercício da função.[88] No segundo, o estado mental da vítima deteriorou-se rapidamente após entrar nos quadros da polícia militar em razão dos preconceitos constantes vivenciados por sua orientação sexual e pelo clima heteronormativo agressivo. A seguir, foi reformado, com proventos parciais, considerado incapaz para o serviço militar.[89]

Em dois casos, a lgbtfobia matou. Ambos os processos foram movidos pelas mães das vítimas, e os dois fatos ocorreram dentro de unidades socioeducativas masculinas para crianças e adolescentes em conflito com a lei. Uma adolescente foi alvo de ameaças, constrangimentos e agressões físicas pelos presos por ser transexual. Até que cometeu suicídio[90]. Um adolescente cis *gay* ou bissexual foi assassinado, por asfixia mecânica, pelo colega de cela após sofrer constantes agressões e ameaças dos outros presos.[91-92] No caso do menino cis *gay* assassinado por companheiro de cela, era do conhecimento da administração da unidade e, portanto, do Estado, os riscos à integridade da vítima em razão de ameaças anteriores.

12 a deputada federal, nenhuma a senadora, nenhuma a governadora, e nenhuma a presidenta (2017, p. 4). De acordo com o site da BBC Brasil (SENRA, 2014), 37 dos 270 candidatos que se declararam favoráveis aos direitos LGBT conseguiram se eleger nas eleições de 2014, porém, o único eleito que teve como eixo principal de campanha as pautas LGBT foi Jean Wyllys (do PSOL-RJ), reeleito a deputado federal, e, segundo Choucair, Lima & Sepúlveda (2017, p. 2), é o único parlamentar do Congresso Nacional assumidamente LGBT.

88. Processo 70048917512 do TJ/RS

89. Processo 1.0024.06.266748-0/005 do TJ/MG.

90. Processo 0803140-11.2014.8.12.0001 do TJ/MS.

91. Segundo o relatório, a motivação teria sido a "natureza do ilícito que havia praticado (atentado violento ao pudor), bem como pelo fato de apresentar tendências homossexuais. Estes fatos eram de pleno conhecimento das psicólogas e assistentes sociais que lá trabalhavam, tanto que foram relatados à mãe da vítima em atendimentos, além de contar de diversos documentos internos do centro de atendimento e das avaliações da vítima" (Processo 70055393045 do TJ/RS).

92. De acordo com Aguinsky, Ferreira e Rodrigues, as sexualidades e gêneros desviantes são, também, alvos preferenciais de seleção do sistema penal, e as travestis, uma vez presas, são "especialmente controladas" e têm suas "manifestações corporais docilizadas" de forma até então não experimentadas por elas, e por meio de padrões distintos ao controle corporal do restante das pessoas presas (2013, p. 4-8).

Houve, ainda, casos de dano ao patrimônio, sempre acompanhada de outras formas de violência.

No primeiro caso, a vítima teve sua residência invadida e seu carro depredado por um gerente de uma farmácia localizada próxima a sua casa. A vítima estacionou seu carro em vaga que a farmácia irregularmente reservava como de uso exclusivo para clientes. O gerente colou papéis, "com muita cola", em todo o veículo do autor, e o procurou aos gritos, em sua residência, após arrombamento da porta. Ela foi surpreendida "sem camisa e segurando as calças, demonstrando que estava se despindo ou no banheiro". O gerente passou a ofendê-la e ameaçá-la, dizendo que "iria tombar o autor, e o que era seu já estaria preparado"; "vou te derrubar"; e que "além de homossexual era arrogante, e que nenhuma bicha iria desrespeitá-lo".[93]

Num segundo caso, uma mulher lésbica ou bissexual foi perseguida por seus vizinhos condôminos. Eles pretendiam expulsá-la do prédio, fazendo com que o serviço de energia elétrica fosse cortado. Após agressões físicas, ela ficou por alguns meses na casa de um amigo. Uma das rés confessou que convocou outro vizinho para juntos violentarem a vítima. Teriam retirado uma grade da porta e pertences que ficavam na parte externa da casa. Depositavam lixo na entrada e passavam proferindo xingamentos lesbofóbicos. No apartamento de cima ao da vítima, os vizinhos "sapateavam para fazer barulho".

Num terceiro caso, um casal de homens *gays* ou bissexuais, proprietários de uma oficina mecânica, foram agredidos durante pelo menos cinco anos por vizinhos. O agressor teria deixado seu carro para um serviço na oficina das vítimas. Após o reparo, retirou seu veículo e não retornou para efetuar o pagamento, e proferiu ofensas homofóbicas e ameaças, além de ofensas racistas.[94]

Em outro caso, a ação discriminatória que ensejou o processo foi lesão à imagem, intimidade e privacidade de cadáver. Trata-se de ação movida pela mãe de uma travesti falecida. Durante a preparação do enterro pela funerária, o corpo da travesti sofreu diversas ofensas e violações, sendo exposto pela cidade, em caixão aberto, e sem roupas. Como se pode perceber pelo relato de uma testemunha do caso:

> "Que na data do fato, a declarante estava indo ao supermercado, quando se deparou com um carro de funerária, cujo condutor perguntou se alguém conhecia o falecido, dizendo que se tratava de um '*traveco*'; Que por curiosidade

93. Processo 0016505-10.2010.8.12.0001 do TJ/MS.

94. Processo 0019803-43.2011.8.26.0564 do TJ/SP.

> a declarante foi ver se reconhecia, mas verificou que não sabia de quem se tratava; Que o corpo da vítima encontrava-se somente com uma cueca e sujo de terra e sangue".

A funerária ainda se recusou a liberar o corpo até que fossem pagos os serviços de preparação para o sepultamento, apesar de não ter sido contratada para tanto.[95]

6. Local de ocorrência das violências, atribuição da responsabilidade civil e os discursos judiciais sobre identidade de gênero

O que o local, a atribuição da responsabilidade civil e o modo como o grupo LGBT é identificado nos processos judiciais pesquisados sugerem sobre os direitos em disputa e o modo como atua o Poder Judiciário?

Quanto ao local das violências, os atos de violência ocorrem em ambientes diversos: na moradia da vítima, como no caso de um jovem *gay* que é humilhado em casa diariamente pelo seu padrasto[96]; em instituições de ensino, como no caso de agressão protagonizada pela diretora de escola pública estadual[97]; em processo judicial, quando um juiz, em sede de decisão, profere ofensas a casal de mulheres lésbicas [98].

Entretanto, a maioria dos fatos narrados, 35 casos, ocorreram em estabelecimentos comerciais[99]. Logo em seguida estão os locais de prestação de serviço público, com 18 casos[100]. Em via pública, também 18 casos. Em 16 casos, no local de trabalho de vítimas trabalhadoras, proprietárias, ou servidoras públicas[101]. Em 13, foram perpetradas no local comum de moradia das vítimas, como condomínios e vizinhança próxima à residência.[102] Logo, em quase todos os casos, os

95. Processo 1.0433.11.002245-9/001 do TJ/MG.
96. Processo 0000329-75.2009.8.26.0073 do TJ/SP.
97. Processo 0015525-91.2007.8.26.0320 do TJ/SP.
98. Processo 1.0702.10.004576-5/001 do TJ/MG.
99. Desses, em 31 casos as vítimas eram clientes.
100. Desses, em dez casos as vítimas foram cidadãos comuns para quem o serviço seria prestado.
101. Desses, oito na administração pública, quatro em estabelecimentos comerciais, um em instituição *sui generis* (OAB/RS), um sem informação específica quanto ao local de trabalho; um em terreiro de umbanda, um em condomínio residencial.
102. As violências foram perpetradas por funcionários, proprietários, e usuários/clientes de empresas privadas; pelas próprias empresas privadas sem intermediários; por servidores e cidadãos de órgãos públicos municipais ou estaduais; pelo próprio poder público

atos foram perpetrados em locais nos quais seguramente eram visíveis a outras pessoas devido à circulação ou visibilidade pública natural dos ambientes (mídia, órgão público estadual, transporte coletivo, processos judiciais, via pública, posto de saúde). Ou seja, as demandas dizem respeito, em 96,94%, a situações ocorridas em espaços públicos ou abertos ao público. Importante ressaltar que os locais apontados são aqueles onde a violência foi iniciada, ou tida como ápice pelas vítimas para tomarem uma atitude judicial, seja pela intensidade, pelo cansaço, seja por sua maior visibilidade, facilitando sua comprovação judicial. As narrativas apontam para trajetórias de agressões insidiosas, que se prolongaram no tempo e no espaço, como em pelo menos 37 casos, em que houve perseguição às vítimas de forma reiterada.

O que esses dados sugerem? Primeiro, tendo em vista a amostra utilizada, indicam que violências ocorridas no espaço privado não são transformadas em demandas judiciais por reparação de danos diante da dificuldade de acionar judicialmente pessoas próximas à vítima ou de provar agressões que ocorreram em espaços privados, ou, ainda, porque tais demandas, nos casos de demanda intrafamiliar são considerados questões relativas ao direito de família submetidos à sigilo judicial. Segundo, para a construção da verdade jurídica, a potencial visibilidade é essencial para a produção de provas, facilitando a judicialização. A presença de testemunhas, a existência de protocolos públicos de registro dos comportamentos, a possibilidade de recuperar informações negadas pelos agressores fazem parte do repertório jurídico da prova, mas também fazem parte do repertório de credibilidade das pessoas no cotidiano. O tema da prova em casos em que a palavra da vítima é decisiva tem se constituído num amplo debate que, muitas vezes, termina na construção da vítima e dos agressores ideais, sem que considere a possibilidade de análise dos fatos narrados (FERREIRA, 2015, p. 27-91). Terceiro, o aspecto que parece ser mais evidente é a presença de diversas formas de ataque à existência pública de pessoas LGBT, mostrando estratégias sociais reiteradas de violação de direitos. Tal aspecto parece ser mais significativo quando se considera as características dos direitos violados.

---

sem intermediários; por funcionários e cidadãos de entidades do terceiro setor, sendo os indivíduos citados, colegas de trabalho, chefes, ou prestadores de serviço público, privado ou do terceiro setor. Também foram perpetradas por vizinhos, padrasto, inimigos, desconhecidos e anônimos. Contra servidoras públicas, trabalhadoras ou proprietárias de empresas, e as próprias empresas; cidadãs que recebiam o serviço público, entre elas duas pessoas presas; clientes, usuários de internet ou telespectadores que recebiam algum serviço de empresas; clientes ou associados que recebiam o serviço de entidades do terceiro setor; vizinhas, inimigas, desconhecidas, colegas ou enteado do agressor.

Por sua vez, a responsabilidade civil na maior parte dos casos foi atribuída a empresas (50%) (por exemplo, shoppings, restaurantes, supermercados, lojas, bares, boates, instituições de ensino privado, funerária). Em quase metade desses casos (22,45%) é atribuída a empresas de mídia (como TV, internet, jornal, telefonia). Em cinco desses casos (5,10%) é atribuída a empresas que prestavam serviço público (de transporte e de segurança). O Estado foi responsabilizado em 12,24% dos casos (por exemplo municípios, estados e órgão público estadual). Em 3,06% dos casos, a responsabilidade foi atribuída a organizações do terceiro setor, como condomínios (2,04%), associação (1,02%). As pessoas físicas foram responsabilizadas por 46,94% das agressões. São familiares, vizinhos e vizinhas, profissionais liberais e pessoas desconhecidas. Homens tiveram ligeiramente maior incidência que mulheres, ambos cisgêneros, como responsáveis pelos atos, respectivamente 24% e 18%. Em quatro casos, as responsáveis são homens e mulheres que agiram em conjunto (4,08%).[103]

A soma de todas as instituições sociais responsabilizadas (organizações do terceiro setor, Estado e empresas) representa 62,24% dos casos, ou seja, a maioria, em oposição aos 37,75% que indicam responsabilização apenas de indivíduos. O número elevado sugere formas institucionalizadas de violação de direitos.[104]

A ideia de dimensões institucionais da violência pode ser entendida a partir da distinção proposta por Sally Haslanger entre a denominada opressão do agente (quando "o foco recai em indivíduos ou grupos e suas ações") e a opressão estrutural (quando "o foco recai em nossos arranjos coletivos – nossas instituições, políticas e práticas") (2005, p. 119-120). Nesta, muitas vezes, é difícil identificar um agressor determinado e sua intencionalidade. Essa noção de opressão institucionalizada se contrapõe à visão liberal do ofendido/agressor como uma identidade perfeitamente fechada, pois ela reside justamente na multiplicidade e na interseccionalidade nas quais as pessoas estão inseridas no mundo. De outra parte, ela está atrelada ao histórico e à maneira não acidental que determinada instituição se dirige em relação a um grupo social específico, contribuindo ou não para a perpetuação de situações de desigualdade e injustiça (2005, p. 120-144). De fato, em vários dos casos considerados, a presença de regras específicas sobre a prova, decorrentes de um direito não abertamente liberal e preocupada com essas formas de opressão, condicionam o regime de verdade, como no caso em que

103. A soma das porcentagens não é 100% devido à simultaneidade da atribuição de responsabilidades a mais de um dos grupos citados, em 12,24% dos casos. Ainda, contra um mesmo grupo, há mais de uma responsabilidade em, também, 12,24% dos casos.

104. As pessoas físicas que prestavam serviços às vítimas (servidoras, trabalhadoras ou proprietárias de estabelecimentos) não foram responsabilizadas individualmente.

o agressor é o Estado, na qual há responsabilidade objetiva[105], ou empresas, em que há inversão do ônus da prova a favor do consumidor.[106]

Entretanto, a existência de regras específicas, responsáveis por facilitar a produção de prova, as quais podem ser acionadas também por LGBT para comprovar situações nas quais a prova seria difícil, não tem garantido que o Poder Judiciário esteja alheio à lgbtfobia. Num dos casos, por exemplo, uma mulher cis lésbica ou bissexual foi alvo de discurso de ódio lesbofóbico em decisões judiciais, quando pedia reconhecimento de união estável homoafetiva, para fins de pensão por morte de sua companheira. O juiz de primeira instância escreveu na decisão que "o homossexualismo" é "uma aberração divina", "uma anomalia científica" e teceu críticas à "liberdade sexual vigente". Apesar das ofensas, reconheceu a união estável. Porém, a segunda instância indeferiu o pedido e reproduziu comentários

105. A responsabilidade civil do Estado está disciplinada no § 6º do artigo 37 da CF: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa" (BRASIL, 1988). Para Sergio Cavalieri Filho, "a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral". A teoria adotada atribui ao Estado "a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa" (2011, p. 10-11). Para Mello, a responsabilidade estatal fundamenta-se no princípio da igualdade, pois pretende garantir a repartição igualitária dos ônus da atividade estatal lesiva, ao não onerar excessivamente apenas àquelas pessoas vítimas diretas dessa atividade desempenhada no interesse de todos (2003, p. 866). Logo, nos casos de responsabilidade do Estado a vítima não necessita provar a culpa do funcionário de provocou o dano.

106. O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), declara ser direito do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (Lei 8.078/1990). "Em determinados casos, ainda que não seja possível determinar, através de prova, que um defeito ocasionou um caso, seja porque as provas não são conclusivas, seja porque as regras de experiência não são absolutas, pode ser viável ao menos chegar a uma convicção de verossimilhança, a qual é legitimada em razão de que o violador da norma de proteção assumiu o risco da dúvida. Nessas situações, é possível julgar com base na verossimilhança preponderante, ou, nos termos do CDC, inverter o ônus da prova na sentença com base na verossimilhança da alegação. Porém, quando não se pode chegar nem mesmo à verossimilhança da alegação, como no caso de "impossibilidade de o consumidor produzir prova para esclarecer a relação de causalidade", "a inversão do ônus da prova deve ser feita com base em hipossuficiência"" (MARINONI & ARENHART, 2013, p. 274-275).

preconceituosos e, na sequência, os magistrados, do mesmo TJ/MG, decidiram negar os danos morais e a anulação das decisões[107].

As próprias narrativas dos processos apresentam indicação das dimensões institucionais da transfobia no Poder Judiciário. Se insiste, por exemplo, em desrespeitar a identidade de gênero das demandantes travestis, transexuais e transgêneros. Há várias referências às vítimas no gênero masculino, quando elas se identificam com o gênero feminino, inclusive por seu nome civil. Nenhuma decisão refere-se às mulheres como "lésbicas", mas sim como "homossexuais". Todos os diferentes tipos de preconceitos contra pessoa LGBT, lesbofobia, homofobia, bifobia, transfobia e lgbtfobia, quando suscitados nas decisões, são colocados, pelos magistrados, sob o termo homofobia. Todas as decisões utilizam o nome de registro masculino de travestis/transexuais/mulheres trans e se referem a elas no masculino. Não há entendimento sobre a diferença entre identidade de gênero e orientação sexual, fala-se em "opção sexual" e em "homossexualidade" para se referir à identidade de gênero, transexualidade, travestis/transexuais/mulheres trans, e transfobia.

Enfim, além de as formas institucionais de violência serem a maioria dos casos, há uma da forma de violência institucional importante sofrida pelas pessoas LGBT e, especialmente pelas pessoas trans: o processo no qual o dano deveria ser reparado pode se transformar numa narrativa que reforça a ideia de "inadequação" dos sujeitos demandantes ou num julgamento moral negativo sobre sua dignidade.

Considerações finais

A presente pesquisa se insere num esforço de caráter exploratório e de busca de metodologias alternativas para descrever e compreender as violências sofridas por pessoas LGBT. A partir de uma amostra de conveniência, pretendeu descrever casos nos quais pessoas LGBT recorreram à Justiça Comum dos Estados em busca de reparação dos danos por violências sofridas.

Quanto aos sujeitos das narrativas, a pesquisa reforça a constatação da presença de homens cis como principais julgadores dos processos em segunda instância. Entretanto, a pesquisa demonstra a inadequação do estereótipo de que o grupo LGBT compõe um grupo economicamente empoderado, razão pela qual haveria uma capacidade maior de litígio, com o uso de recursos judiciais. Não parece correto afirmar que haja uma correlação entre a capacidade econômica dos LGBT e o uso de recursos judiciais. De fato, internamente, o grupo LGBT, no Brasil, é muito diverso,

107. Processo 1.0702.10.004576-5/001 do TJ/MG.

e isso surge como uma característica dos relatórios. Considerando-se o uso da assistência jurídica gratuita e da gratuidade de justiça, pode-se verificar que em praticamente metade dos casos, as vítimas são consideradas pobres pela justiça, mais da metade dos casos ocorreram em cidades de médio e pequeno porte e contaram com a participação de instituições públicas na defesa de direitos de grupos hipossuficientes. Esses dados sugerem a necessidade de novas pesquisas para considerar o impacto das políticas públicas e de distribuição de recursos para instituições de defesa de hipossuficientes, como a Defensoria Pública, sobre a eficácia dos direitos do grupo LGBT. No mesmo passo, sugere a provável inadequação de uso de perspectivas que reforçam o argumento de que a litigância por direitos esteja sendo construída a partir da formação de uma classe média e de um mercado LGBT.

A apresentação das narrativas, com a identificação dos tipos de violência, o local e a atribuição de responsabilidade na reparação de danos indicam a presença de mecanismos sociais que sustentam a cisheteronormatividade no cotidiano e no Poder Judiciário. O que há em comum entre, por exemplo, o corpo de uma travesti exposto à curiosidade pública, um casal de lésbicas cis expulsas de uma boate, um homem *gay* cis que teve seu automóvel depredado, um homem *gay* que teve a candidatura ao conselho tutelar negada, pessoas LGBT sendo agredidas fisicamente, pessoas LGBT tendo serviços pagos não prestados ou impedidas de morar ou praticar atos de comércio?

A realidade narrada nesses diversos casos, como se percebe, sobrepõe-se em múltiplas variáveis e se distancia em especificidades, todavia, a leitura dos processos aponta para o tipo de direito que está sendo violado. De modo direto, as vítimas nesses processos estariam disputando novos direitos para a população LGBT? Pretenderiam ver reconhecidos dimensões da sua subjetividade LGBT que estaria sendo desprezada pelas políticas legislativas genéricas? As vítimas nesses processos seriam movidas pelo ímpeto de verem reconhecida uma nova dimensão da igualdade?

Além das duas classificações dos tipos de violência, segundo a Lei Maria da Penha e como expressão da violência do agente ou violência da instituição, outra classificação, agora referente aos direitos fundamentais pode contribuir na elucidação dessa questão. Como se sabe, a classificação dos direitos fundamentais tem sido um tema de constante debate na teoria constitucional após a Segunda Guerra Mundial e foi difundida no Brasil pela obra de Norberto Bobbio (2004), *A era dos direitos*.[108] Inspirada no enunciado revolucionário francês que procla-

108. "Costuma-se, nesse contexto marcado por uma autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos humanos e fundamentais, falar da existência do que Karel Vasak,

mou os direitos de Liberdade, Igualdade e Solidariedade, propôs-se a correspondência entre esses direitos e sua realização em gerações ou dimensões (primeira, segunda e terceira, havendo quem defenda a existência de outras gerações de direitos).[109] Há quem proponha a "expressão dimensões de direitos, visto que o reconhecimento progressivo de novos direitos humanos e fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, e não de alternância" (SARLET, 2016, p. 500). Essas três dimensões estariam:

> "representadas, respectivamente, pelos direitos de matriz liberal-burguesa, as liberdades e garantias civis e políticas, a segunda dimensão representada pelos direitos econômicos e sociais de caráter eminentemente positivo (prestacional) e voltados à garantia de determinados padrões de segurança social e igualdade material a exigir determinados níveis de intervenção estatal no domínio do mercado e da economia, bem como uma terceira dimensão, composta – segundo o ator – por direitos culturais e de linguagem e mais recentemente os direitos ambientais." (SARLET, 2016, p. 502)

Em diálogo com tal classificação está aquela que compreende as diversas dimensões da igualdade, como sintetizado por Flávia Piovesan haveria:

> "três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a. igualdade formal, reduzida à fórmula 'todos são iguais perante a lei' (que no seu tempo foi crucial para a abolição de privilégios); b. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)." (PIOVESAN, 2005, p. 47)[110]

---

quando de sua aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979, optou por designar de gerações de direitos humanos (e fundamentais), inspirando-se na famosa tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, à qual corresponderiam três gerações de direitos humanos e fundamentais. A partir de então não faltaram defensores da existência, ao longo do tempo, de novas gerações de direitos, agregando uma quarta, mas até mesmo uma quinta e sexta gerações" (SARLET, 2016, p. 500).

109. Há quem proponha a "expressão dimensões de direitos, visto que o reconhecimento progressivo de novos direitos humanos e fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, e não de alternância" (SARLET, 2016, p. 500).

110. A propósito, Nancy Fraser coloca em oposição os conceitos de "redistribuição" e "reconhecimento". Para ela, "redistribuição" abarcaria o conjunto de remédios contra a

Analisando-se os casos, percebe-se que pelo menos dez deles poderiam ser considerados demandas por novos direitos nos quais estaria em questão a dimensão do reconhecimento (como o caso da mulher trans que foi impedida de sacar seu benefício social, em agência bancária, porque no cadastro estava com nome masculino[111], ou do caso de divulgação do nome de registro não retificado em jornal). Essas demandas se referem, de fato, a um conjunto de casos vivenciados especialmente por pessoas trans, paradoxalmente, o grupo mais economicamente vulnerável. No geral, constata-se que os relatos das vítimas LGBT apresentam, em sua maioria, ataques a direitos de primeira geração e relativos à igualdade formal, os quais poderiam ser considerados autoevidentes em outros contextos. As vítimas estão solicitando que lhes seja garantido, por exemplo, o direito à tutela de seu patrimônio, à integridade física, ao direito de ir e vir, o cumprimento de contratos, o direito à privacidade. Aliás, mesmo nos casos relativos a pessoas trans é discutível a conclusão de que se está construindo "novos direitos" ou se estaria "apenas" a aplicar a regra da igualdade formal. Ao mesmo tempo, vários casos relatam cenas nas quais não há apenas um único ato de violência, mas processos de violência nos quais a conivência das pessoas próximas, das autoridades e das instituições têm papel fundamental para garantir a ação dos agressores.

injustiça econômica". Ao passo que "reconhecimento" seria o conjunto de remédios contra a injustiça cultural, que envolve o "reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural", e mais radicalmente, "uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas". As lutas por reconhecimento "tendem a promover a diferenciação do grupo", enquanto as lutas por redistribuição buscam "abolir os arranjos econômicos que embasam a especificidade do grupo", como por exemplo, as demandas feministas que intentam "abolir a divisão do trabalho segundo o gênero", promovendo a "desdiferenciação" do grupo. Portanto, os dois tipos de lutas parecem ter objetivos contraditórios. Porém, muitas pessoas necessitam de ambas, para reivindicar e para negar sua especificidade, fazendo parte de "coletividades bivalentes", como nas lutas de gênero e raça. As lutas de classe e as lutas de sexualidade, segunda a autora, estariam, ao contrário, nas extremidades opostas dos tipos introduzidos, a primeira, referente à redistribuição, a segunda, ao reconhecimento. Por sua vez, com o objetivo de dirimir esse dilema aparente, a autora sugere a distinção entre remédios afirmativos e remédios transformativos, que, dessa vez, caberiam em ambos os tipos de lutas, de redistribuição e de reconhecimento. Por fim, conclui que "os remédios afirmativos tendem, em geral, a promover a diferenciação do grupo, enquanto remédios transformativos tendem a desestabilizá-la ou embaçá-la". Ainda, que "os remédios de redistribuição afirmativos podem engendrar um protesto de menosprezo, enquanto os remédios de redistribuição transformativos podem ajudar a compensar algumas formas de não-reconhecimento" (2006, p. 237-239).

111. Processo 0010729-81.2015.8.16.0182, TJ/PR.

Portanto, ao se considerar as classificações sobre gerações de direitos ou categorias (por exemplo, primeira, segunda, terceira) ou o binômio redistribuição e reconhecimento a pesquisa aponta que as dinâmicas de construção da cidadania para os LGBT tem sido marcada por um déficit de cidadania, demonstrado pelo fato que os direitos em disputa nem dizem respeito à redistribuição ou ao reconhecimento, mas à igualdade formal.

Por fim, a última consideração diz respeito ao Eve Sedgwick denominou de *A epistemologia do armário*, para explicar o lugar paradoxal em que *gays* (e aqui estendemos com ressalvas ao grupo LGBT) estariam entre estar no espaço privado ou público. As narrativas de agressão reforçam a ideia de que o armário somente pode existir porque há um disciplinamento contínuo do espaço público cisheteronormativo. As pessoas LGBT nas narrativas judiciais estavam executando ações que são triviais da vida em nossa sociedade (por exemplo, morar, comprar, ir para uma atividade de lazer, contratar um serviço), ou seja, tiveram de disputar direitos de primeira geração, como a igualdade formal, pois foram violentadas em espaços públicos ou aberto ao público, por formas de violência institucionalizada e, em quase 40% dos casos, em processos sociais de violência que são reiterados ao longo do tempo.[112]

Enfim, esta pesquisa traz um retrato paradoxal da cidadania LGBT no Brasil, segundo o qual há formas intensas, institucionalizadas, de violência, em grandes, médias e pequenas cidades e, ao mesmo tempo, disputas sociais sendo protagonizadas por uma grande maioria de pessoas excluídas socialmente, o que, seguramente, poderá sugerir novas pesquisas sobre o modo como se pensa a cidadania LGBT, a partir de autores e categorias estrangeiras e distanciadas da realidade empírica.

Referências bibliográficas

AGUINSKY, Beatriz G.; FERREIRA, Guilherme G.; RODRIGUES, Marcelli C. *A prisão sobre o corpo travesti*. Anais do Seminário Internacional Fazendo Gênero, 2013.

ANADEP; IPEA. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. 2013.

BAUER, Greta R.; et al. I don't think this is theoretical; this is our lives: how erasure impacts health care for transgender people. *JANAC*, v. 20, n. 5, p. 348-361, 2009.

112. A presença marcante de pessoas trans/travestis/transexuais como vítimas reforça a percepção de que há no espaço público uma disputa referente à presença de performatividades não cisheteronormativas.

BOAVENTURA, Lenon Silva, MESSEDER, Suely Audir; OLIVEIRA JÚNIOR, Warlen Alves de. *O Disque 100 e a violência LGBT*. Anais XII CONAGES, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Elsevier Brasil, 2004.

BONASSI, Brune Camillo. *Cisnorma*: acordos societários sobre o sexo binário e cisgênero. Mestrado em Psicologia. UFSC, 2017.

BORGES, Zulmira Newlands, et al. Patriarcado, heteronormatividade e misoginia em debate. *Latitude*, v. 7, n. 1, p. 61-76, 2013.BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, v. 26, p. 329-376, 2012.

BRASIL. *Orientações para o atendimento*. Escola da Defensoria Pública de São Paulo, 2011.

BRASIL. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil*: ano de 2011. SDH/PR, 2012; 2013.

BRASIL. *Censo do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça, 2014.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. Civilização Brasileira, 2003.

CAVALCANTI, Camila Dias. *Visíveis e indivisíveis*: práticas e identidade bissexual. Mestrado em Sociologia. UFPE, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. *EMERJ*, v. 14, n. 55, p. 10-20, 2011.

CHOUCAIR, Thaís; LIMA, Laura; SEPÚLVEDA, Lucas Afonso. *Enquadrando e discutindo o cuspe: as conversações online sobre o cuspe de Jean Wyllys em Jair Bolsonaro*. Anais do 12º Interprogramas de Mestrado Faculdade Cásper Líber, 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Rev. Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa*: métodos qualitativo, quantitativo e misto. Artmed, 2010.

DIBERNNARDO, Rebecca; GATES, Gary J. Research note: US census same-sex couple data: Adjustments to reduce measurement error and empirical implications. *Population Research and Policy Review*, v. 33, n. 4, p. 603-614, 2014.

DINIZ, Débora; GUERRIERO, Iara Coelho Zito. Ética na pesquisa social: desafios ao modelo biomédico. *RECIIS*, v. 2, n. 1, p. 78-90, 2008.

DINIZ, Débora; PEREIRA, Lívia. Barbosa; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. *SUR*, v. 6, n. 11, p. 65-77, 2009.

DUARTE, Evandro C. P.; GUELFI, Wanirley P. Cotas raciais, política identitária e reivindicação de direitos. In: DUARTE, Evandro C. P.; SILVA, Paulo V. B.; BERTÚLIO, Dória L. de L. (Org.). *Cotas raciais no ensino superior*. Juruá, 2007.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Martins Fontes, 2007.

FACCHINI, Regina. Entre compassos e descompassos: um olhar para o "campo" e para a "arena" do movimento LGBT brasileiro. *Bagoas* – Estudos *gays*: gêneros e sexualidades, v. 3, n. 4, p. 131-158, 2012.

FERREIRA, Luisa Teresa Hedler. *Lolita e a corte*. Conclusão de Curso de Graduação em Direito. UnB, 2015.

FLATT, Victor; KLAWITTER, Marieka M. The effects of state and local antidiscrimination policies on earnings for *gays* and lesbians. *Journal of Policy Analysis and Management*, v. 17, n. 4, p. 658-686, 1998.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*: a vontade de saber. Graal, 1999.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". *Cadernos de Campo*, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

GGB. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil*: relatório 2011, 2012, 2013/2014, 2014, 2015, 2016, 2017. Grupo Gay da Bahia, 2017.

GGB. *Morte violentas de LGBT no Brasil*: relatório 2017. Grupo Gay da Bahia, 2018.

GÓMEZ, María Mercedes. Violência por prejuicio. In: MOTTA, Cristina; SAEZ, Macarena (Org.). *La mirada de los jueces*. Siglo del Hombre Editores, 2008. v. 2: sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. O insulto racial: as ofensas verbais registradas em queixas de discriminação. *Estudos Afro-Asiáticos*, v. 38, p. 31-48, 2000.

HASLANGER, Sally. Opressão racial e outras. In: LEVINE, Michael; PATAKI, Tamas (Org.). *Racismo em mente*. São Paulo: Madras, 2005.

HONÓRIO, Cláudia; KROL, Heloísa. Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger. *A&C*, v. 8, n. 32, p. 77-92, 2008.

IBGE. *Censo demográfico 2010*, 2010.

IBGE. *Estatísticas de gênero*: uma análise dos resultados do Censo Demográfico 2010. 2014.

IBGE. *Estatísticas do Registro Civil 2015. 2015.*

IBGE. *Estatísticas do Registro Civil 2016.* 2017.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero*: conceitos e termos. Fundação da Biblioteca Nacional – EDA/FBN, 2012.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly C.; BARATTO, Marcia. Sobre o Judiciário e a judicialização. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, v. 2, n. 4, p. 17-52, 2011.

KUHN, Daniela I.; QUELUZ, Gilson L. Corpos abjetos do lixo Noções de ordem e higiene na vida de catadoras e catadores de materiais recicláveis. *Rev. Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 15, n. 45, 2016.

LAGES, Vitor Nunes. *Violência lgbtfóbica*: uma análise do Caso Levy Fidélix e de decisões cíveis dos tribunais de justiça do Brasil. Graduação em Direito. UnB, 2016.

LOURO, Guacira Lopes. Corpo, escola e identidade. *Educação & Realidade*, v. 25, n. 2, p. 59-75, 2000.

LOUZADA, Gabriela Rondon Rossi. *Entre os saberes médico e jurídico*: uma análise de discursos judiciais sobre a transexualidade. Graduação em Direito. UnB, 2014.

MAIA, Humberto C. O. *As novas faces do conservadorismo brasileiro*. Especialização em Prática Judicante. UEPA, 2016.

MARINONI, Luiz G. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MARTINS, Felipe B. F.; SILVA, Shirlei S. de J. *LGBT*: um alfabeto inteiro de subalternizados políticos nas eleições brasileiras de 2014 e 2016. Anais Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades, 2017.

MARTINS, Larissa Pinto; TEIXEIRA, Rylanneive Leonardo Pontes; SANTOS, Ana Valéria Goulart dos. Homossexualidade e corpos estereotipados. *RELA-Cult*, v. 2, ed. especial, p. 370-380, 2016.

MARTINS, Marco A. M.; FERNANDEZ, Osvaldo; NASCIMENTO, Érico S. do. *Acerca da violência contra LGBT no Brasil*. Anais do Sem. Int. Fazendo Gênero, 2010.

MATEBENI, Zethu. Perspectivas do Sul sobre relações de gênero e sexualidades: uma intervenção queer. *Revista de Antropologia*, v. 60, n. 3, p. 26-44, 2017.

MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros Editores, 2003.

PETRY, Analídia R.; MEYER, Dagmar E. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, 10.1, 2011.

PIASON, Aline da Silva; PALMA, Yáskara Arrial; STREY, Marlene Neves. A saúde das mulheres lésbicas no Brasil: análise do IE do II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. *Rev. Iberoamericana de Salud y Ciudadanía*, v. 2, n. 1, p. 117-140, 2013.

PIERRY, Flávia. Delegado da polícia civil de GO tira licença como Thiago e volta Laura. *O Globo*, 23.01.2014.

PINO, Nádia Perez. A teoria queer e os intersex. *Cad. Pagu*, v. 28, p. 149-174, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e cultura*, v. 11, n. 2, 263-274, 2008.

PRECIADO, Beatriz. *Basura y género*. Hartza, 2012.

RIBEIRO, Sâmbara Paula. Repressão e criminalização das lutas sociais no contexto de recrudescimento do conservadorismo. *Argumentum*, v. 9, n. 2, p. 30-37, 2017.

RIOS, Roger Raupp. Encruzilhada da democracia. *Revista USP*, v. 101, p. 83-98, 2014.

ROCHA, Patrícia Graciela da. *O português de contato com o espanhol no sul do Brasil: empréstimos lexicais*. Mestrado em Linguística. UFSC, 2008.

SANTANA, Leonardo da Silva. *O Estado laico no confessionário*. Mestrado em Direito. UnB, 2017.

SANTOS, Ana C. "Entre duas mulheres isso não acontece": um estudo exploratório sobre violência conjugal lésbica. *Rev. Crítica de Ciências Sociais*, v. 98, p. 3-24, 2012.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Diversidade sexual e política eleitoral: Analisando as candidaturas de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, (23), 58-96, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgan. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões ('Gerações') dos Direitos Humanos e Fundamentais. *REI*, v. 2, n. 2, p. 498-516, 2016.

SEDGWICK, Eve K. A epistemologia do armário. *Cad. Pagu*, v. 28, p. 19-54, 2007.

SENRA, Ricardo. Candidatos LGBT têm baixa votação; 'vivemos estigma', diz Jean Wyllys. *BBC Brasil*, 07.10.2014.

SILVA, Andrea Lima da; SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos. "O sol não nasce para todos": uma análise do direito à cidade para os segmentos LGBT. *Rev. SER Social*, v. 17, n. 37, p. 498-516, 2015.

TOLEDO, Lívia Gonsalves. *Estigmas e estereótipos sobre as lesbianidades e suas influências nas narrativas de histórias de vida de lésbicas residentes em uma cidade do interior paulista*. Mestrado em Psicologia. UESP, 2008.

TRINDADE, Mably. Violência institucional e transexualidade: desafios para o serviço social. *Revista Praia Vermelha*, v. 25, n. 1, 209-233, 2015.

VEÇOSO, Fábia Fernandes Carvalho, et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais. *REED*, v. 1, n. 1, p. 105-139, 2014.

WILLEMAN, Estela M.; LIMA, Guiomar R. de. O preconceito e a discriminação racial nas religiões de matriz africana no Brasil. *Uniabeu*, v. 3, n. 5, p. 70-94, 2010.

ZANON, Caio Hoffmann Cardoso, et al. Banheiros, danos morais e comunidade trans: uma análise a partir do RE 845.779/SC. *Alethes*, v. 8, n. 14, p. 377-400, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal, de Maria Luiza Gorga – *RBCCrim* 113/41-76 (DTR\2015\3611);
- Reflexão sobre a teoria *queer*, a fobia ao grupo lgbt+ e a proteção pelo direito penal, de Camila Christiane Rocha Nicolau e Andressa Paula de Andrade – *RT* 995/407-425 (DTR\2018\19375);
- Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 99/187-212 (DTR\2012\451011); e
- Travestilidades e violência: perspectivas *queer*, de Tuanny Soeiro Sousa e Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – *RBCCrim* 146/725-754 (DTR\2018\18304).