

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 153 • mar. / 2019

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 153 • mar. / 2019

Presidência

Eleonora Rangel Nacif

Coordenação

Aury Lopes Jr.

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editora-chefe – Aury Lopes Jr.

Editores-assistentes – Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Fernanda Ravazzano, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, Marina Cerqueira, Salah H. Khaled Jr., Thayara Castelo Branco e Vinicius Gomes de Vasconcellos

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidad Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio García Méndez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidad Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jesús-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juárez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juárez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidad de la República do Uruguay – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martínez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexey Choi Caruncho (UFPR – Curitiba/PR) – Alexis Couto de Brito (Mackenzie – São Paulo/SP) – Aline Mendes Favarim (PUCRS- Porto Alegre/RS) – Álvaro Chagas Castelo Branco (Uniceub – Brasília/DF) – Caio Patricio de Almeida (USP – São Paulo/SP) – Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/SC) – Caroline Pereira Reis Mendes (Instituto Florence de Ensino Superior – São Luís/MA) – Daiene Kelly Garcia (Faculdade de Direito de Franca – Franca/SP) – David da Silva Pereira (UTFP – Cornélio Procopio/PR) – Elizania Caldas Faria (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR) – Felipe Faoro Bertoni

(Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS) – Gerson Faustino Rosa (UEM – Maringá/PR) – Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT) – Laíze Gabriela Benevides Pinheiro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG) – Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS – Paranaíba/MS) – Neemias Moretti Prudente (Instituto Paranaense de Ensino – Curitiba/PR) – Patrícia Jimenez Rezende (CEBRAP – São Paulo/SP) – Pedro Augusto Simões da Conceição (USP – São Paulo/SP) – Priscilla Placha Sá (PUCPR e UFPR – Curitiba/PR) – Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (Instituto Jurídico Portucalense – Portugal) – Roberta Eggert Poll (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Rudy Heitor Rosas (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR) – Simone Ribeiro Monteiro (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP) – Yuri Ygor Serra Teixeira (Faculdade Estácio de Castanhal – Belém/PA)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Beatriz Freitas Silva (UFPA – Belém/PA) – Ana Lucia Sabadell (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Bryan Alves Devos (FURG – Porto Alegre/RS) – Camila Rodrigues Forigo (Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico – Curitiba/PR) – Cristiane Brandão Augusto (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Érika Mendes de Carvalho (UEM – Maringá/PR) – Fernando de Brito Alves (Faculdades Integradas de Ourinhos – Ourinhos/SP) – Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR) – Larissa Freire de Oliveira Barbosa (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Livia de Meira Lima Paiva (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Luanna Tomaz de Souza (UFPA – Belém/PA) – Luís Felipe Schneider Kircher (UFRGS – Porto Alegre/RS) – Luiz Fernando Kazmierczak (Faculdades Integradas de Ourinhos – Ourinhos/SP) – Paloma Cunha Santarem (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Salah Hassan Khaled Jr. (FURG – Porto Alegre/RS) – Samuel Rodríguez Ferrández (Universidad de Murcia – Espanha) – Thamires Oliveira Pereira (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Yasmin Nagat Yosano (UFPA – Belém/PA)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 153 • mar. / 2019

Coordenação (editor-chefe)

AURY LOPES JR.

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 153 • mar. / 2019

Presidência

ELEONORA RANGEL NACIF

Coordenação (editor-chefe)

AURY LOPES JR.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Editorial

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

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

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

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com
e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com
Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [03-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.01.2019]



Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

Presidenta

Eleonora Rangel Nacif

1º Vice-Presidente

Bruno Shimizu

2º Vice-Presidente

Helios Alejandro Nogués Moyano

1º Secretária

Andrea D'Angelo

2º Secretário

Luís Carlos Valois

1º Tesoureiro

Gabriel Queiroz

2º Tesoureiro

Yuri Felix

Diretor Nacional das

Coordenadorias Regionais e

Estaduais

Carla Cilene Gomes

Assessora da Presidência

Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Membros

Cristiano Maronna

Sérgio Salomão Shecaira

Alvino Augusto de Sá

Ela Wiecko

Geraldo Prado

Ouvidora

Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Ações Antidiscriminatórias

Thayná Yaredy

Amicus Curiae

Maurício Stegmann Dieter

Atualização do Vocabulário

Básico Controlado

Roberto Portugal de Biazzi

Biblioteca

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Boletim

Luigi Barbieri Ferrarini

Comunicação

Roberto Tardelli

Concessão de Bolsas de Estudos e

Desenvolvimento Acadêmico

Juliana Souza Pereira

Convênios

Gustavo Brito

Cooperação Jurídica Internacional

Ilana Müller

Cursos

Clara Masiero

Cursos IBCCRIM – Coimbra

Claudia Barrilari (SP)

Direito Penal Econômico e Compliance

Priscila Beltrame

Estudos e Projetos Legislativos

Thiago Bottino

Estudos sobre Habeas Corpus

Alberto Zacharias Toron

Infância e Juventude

Mariana Chies Santiago Santos

Iniciação Científica

André Lozano

Jornal de Ciências Criminais

Maria Carolina Amorim

Justiça e Segurança Pública

Dina Alves

Mesas de Estudos e Debates

Renato Watanabe

Monografias

Eduardo Saad Diniz
Núcleo de Pesquisas
Riccardo Cappi
Política Nacional de Drogas
Luciana Boiteux
Relações Internacionais
Silvio Luiz de Almeida
Revista Brasileira de Ciências Criminais

Aury Lopes Jr.
Revista Liberdades
Paula Mamede
Sistema Prisional
Patrick Lemos Cacicedo
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º Seminário Internacional
Yuri Felix

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos

Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Luciana Zaffalon

Equipe
Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Alexandre Soledade de Oliveira

Bruna Vargas
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Paulo Cesar Malvezzi Filho

Equipe
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello

Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Douglas Calixto

Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Amarilis Regina Costa da Silva
Equipe
Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses

Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 153 • mar. / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Estagiárias: Camilla Sampaio Silva e Camilla Dantara Ventura

Produção Editorial

Coordenação

IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Karina Delgadinho e Leonardo Rocha

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

Controle da corrupção na Administração Pública: uma perspectiva através do <i>compliance</i> <i>Control of corruption in Public Administration: a perspective through compliance</i> CAMILA RODRIGUES FORIGO	17
Acerca de la máxima gravedad de las infracciones penales en España y Brasil <i>About the maximum severity of criminal offenses in Spain and Brazil</i> FERNANDO DE BRITO ALVES, LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK e SAMUEL RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ	41
O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao "garantismo integral" (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência <i>The guarantees theory and the academy: outline of a critical to "integral guarantees theory" (in the name of creative overcoming of theoretical canons) or something about crisis, commitment and resistance</i> BRYAN ALVES DEVOS e SALAH HASSAN KHALED JR.....	65

PROCESSO PENAL

Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal <i>Reflections on the (i)legitimacy of leniency agreements as post-delectives behaviors in criminal enforcement</i> ÉRIKA MENDES DE CARVALHO e GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA.....	109
A valoração da prova pericial no processo penal brasileiro <i>The valuation of expert evidence in the Brazilian criminal procedure</i> LUÍS FELIPE SCHNEIDER KIRCHER	133

CRIME E SOCIEDADE

Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência <i>Toward dialogues between feminism and critical criminology in domestic violence: restorative justice and urgent protective measures</i> ANA LUCIA SABADELL e LÍVIA DE MEIRA LIMA PAIVA	173
---	-----

Feminicídio: colunas partidas do sistema penal <i>Femicide: the broken columns of the penal system</i> CRISTIANE BRANDÃO AUGUSTO, LARISSA FREIRE DE OLIVEIRA BARBOSA, PALOMA CUNHA SANTAREM e THAMIREZ OLIVEIRA PEREIRA.....	207
--	-----

Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres <i>Wires and holes in theoretical and methodological interlacing in criminological researches on women</i> LUANNA TOMAZ DE SOUZA, ANA BEATRIZ FREITAS SILVA e YASMIM NAGAT YOSANO.....	243
--	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	267
---	------------

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	273
---	------------

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	283
--	------------

EDITAL 1 – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2019	287
---	------------

EDITAL 2 – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2019	289
---	------------

EDITAL 3 – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2019	291
---	------------

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (CHECKLIST).....	293
--	------------

CONTROLE DA CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA PERSPECTIVA ATRAVÉS DO COMPLIANCE

CONTROL OF CORRUPTION IN PUBLIC ADMINISTRATION: A PERSPECTIVE THROUGH COMPLIANCE

CAMILA RODRIGUES FORIGO

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2016). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) em convênio com a Universidade Positivo (2012). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2010). Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/PR (Gestão 2016-2018). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (desde 2012). Advogada atuante na área criminal. camila.forigo@gmail.com

Recebido em: 06.06.2018

Aprovado em: 16.11.2018

Última versão da autora: 13.12.2018

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Administrativo

RESUMO: A corrupção existente no Brasil apresenta uma característica muito marcante, que é o fato de estar entranhada na Administração Pública e nos órgãos que com ela se relacionam. Para combatê-la tem-se observado um crescente movimento de prevenção nas esferas privadas, principalmente em decorrência da legislação vigente que, ao mesmo tempo em que estabelece benefícios às empresas que possuam mecanismos de prevenção e detecção de ilegalidades, prevê o agravamento de sanções para aquelas empresas que não os possuírem. Por outro lado, inexistente na esfera pública uma estrutura eficiente que possa prever os riscos e evitar essa criminalidade. Evidentemente, é ineficiente um sistema brasileiro de combate à corrupção que pretenda sanar apenas os vícios existentes no setor privado. Esse cenário leva à hipótese que pretende ser abordada no presente artigo: será que a

ABSTRACT: The corruption in Brazil has a marked characteristic: it is embodied in the Public Administration and in private companies that negotiates with the Estate. For its combat, there is a growing movement to prevent this crime in private areas. Validity legislation, while providing benefits to companies that have mechanisms for the prevention and detection of illegalities, establish aggravated sanctions for the companies that do not have them. On the other hand, there is no efficient structure in the public service able to foresee risks and to avoid such crimes. Evidently, it is not enough an arrangement keen to avoid corruption that only look for avert the flaws in the private sector. This scheme take us to the main hypothesis analyzed in this paper: is it possible that conformity programs in the public sector could avoid corruption? Thus, through a deductive and dialectical method, this paper

implementação de programas de conformidade na esfera pública não iria contribuir para a prevenção da corrupção? Assim, através do método dedutivo e dialético, o artigo irá analisar a atual legislação brasileira anticorrupção, observar os mecanismos de prevenção existentes e explorar os malefícios que a corrupção causa ao país, com o objetivo de propor a implantação na Administração Pública de mecanismos semelhantes aos existentes na esfera privada como uma alternativa para diminuir a prática desse ato delitivo.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – Administração Pública – Prevenção – *Compliance* – Conformidade.

will analyses the current Brazilian anticorruption legislation, observe the prevention tools and explore the harm caused by corruption for the country. This paper has also the objective of proposing the implementation of mechanisms similar to those existing in the private sphere in the public administration, as an alternative to reduce crime occurrence.

KEYWORDS: Corruption – Public Administration – Prevention – Compliance – Conformity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As normativas anticorrupção e de conformidade. 3. Da corrupção e da prevenção nos órgãos estatais. 4. Da necessidade de reforma no setor público quanto ao sistema de prevenção à corrupção. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário político e judicial brasileiro, especialmente com a Operação Lava Jato¹, propicia a melhor percepção de um problema há muito tempo existente e responsável por grande parte das mazelas que assolam o Brasil: a corrupção.

Não é à toa que nos últimos anos foram publicadas diversas leis com o objetivo de implementar mecanismos de controle e de estabelecer uma prática de

1. Denominação dada à um conjunto de investigações deflagrada em março de 2014, cujo foco investigativo inicial era a ação de doleiros envolvidos em diversos crimes contra o Sistema Financeiro. No decorrer da investigação (atualmente em sua 48ª fase) constatou-se a participação de empreiteiros, operadores financeiros, funcionários e (ex)dirigentes da Petrobrás e suas subsidiárias, bem como dezenas de agentes políticos dos mais altos escalões do Poder Executivo Federal e Estadual (A respeito, confira-se: FORIGO, Camila Rodrigues; GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Compliance e Desenvolvimento: uma análise a partir da Operação Lava Jato*. In: BETTES, Janaína Maria; PAIVA, Leonardo Lindroth de; LUCIMARA, Deretti (Org.). *Temas de Desenvolvimento e Sociambientalismo*. Curitiba: CRV, 2016. p. 13-30.) Destaque-se, ainda, que em janeiro de 2018, o ex-Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, teve sua condenação confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito desta Operação, por atos de lavagem de dinheiro e corrupção passiva (Leia-se mais a respeito em: RAMALHO, Renan; MATOSO, Filipe. Em decisão unânime, tribunal condena Lula em segunda instância e aumenta pena para 12 anos, 24 jan. 2018. *G1*. Disponível em: [<https://g1.globo.com/politica/noticia/julgamento-recurso-de-lula-no-trf-4-decisao-desembargadores-da-8-turma.ghtml>]. Acesso em: 04.03.2018).

conformidade pelas instituições financeiras e pelas empresas privadas que se relacionam com o setor público, podendo ser citadas a Lei Federal 9.613/1998² (modificada pela Lei 12.683/2012) – que criminaliza a lavagem de dinheiro e estabelece mecanismos de controle e fiscalização por parte de diversas instituições financeiras e bancárias –, bem como a Lei Federal 12.846/2013³ – que, dentre outras medidas, incentiva a criação de mecanismos de controle à corrupção pelas pessoas jurídicas.

Além disso, cite-se também a Lei Federal 13.303/2016⁴ que, ao dispor sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, fixa regras de controle interno, auditoria e transparência, estabelecendo a necessidade de *compliance* nestas pessoas jurídicas.

Nesse cenário, depreende-se que as empresas privadas, públicas e as sociedades de economia mista têm a necessidade e a obrigação legal de estabelecer mecanismos de controle, de fiscalização, de prevenção à corrupção e, igualmente, de detecção de ilícitos e colaboração com as autoridades.

A promulgação dessas leis – ainda que não tão recentes – com a previsão de incentivos e sanções para as empresas que adotarem mecanismos de controle reflete a intenção crescente de implementar uma cultura empresarial no Brasil de autofiscalização e autocontrole para diminuir a praxe, muitas vezes institucionalizada, de que a corrupção é parte do negócio⁵.

2. BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04.03.1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm]. Acesso em: 24.02.2018.
3. BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02.08.2013. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm]. Acesso em: 27.02.2018.
4. BRASIL. Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01.07.2016. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.html]. Acesso em: 27.02.2018.
5. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Capítulo III – Da responsabilização administrativa: comentários aos artigos 6º e 7º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). *Lei anticorrupção: comentários à lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 160.

No entanto, ao passo em que se verifica, nos últimos anos, o crescimento dessa postura anticorrupção no setor privado e aos entes da Administração Pública indireta, não se observa o mesmo movimento nos órgãos da Administração Pública direta, seja na esfera estadual ou federal.

Como se sabe, existem mecanismos de controle nas diversas esferas do Poder Público, tais como corregedorias, controladorias e os próprios Tribunais de Contas, mas será que são estruturados de forma eficiente para controlar, evitar e detectar atos ilícitos? Não seria necessário implementar um mecanismo de conformidade, tal como o *compliance*, em todas as esferas governamentais?

Esse é, justamente, o problema verificado na presente pesquisa, no sentido de que os mecanismos anticorrupção existentes hoje na Administração Pública não se revelam eficientes. Veja-se que dados da Operação Lava Jato apontam, até o momento, pagamentos de propinas a servidores públicos no valor de R\$ 6,4 bilhões⁶.

Nesse sentido, indaga-se: será que a implementação de programas de conformidade na esfera pública não iria contribuir para a prevenção da corrupção? Visando responder esse questionamento, o artigo tem por objetivo propor a implantação na Administração Pública de mecanismos semelhantes aos existentes na esfera privada como uma alternativa para diminuir a prática desse ato delitivo tão lesivo aos interesses públicos.

Para tanto, através dos métodos dedutivo e dialético, o artigo irá analisar a atual legislação brasileira anticorrupção, observar os mecanismos de prevenção existentes e explorar os malefícios que a corrupção causa ao país. Assim, no primeiro capítulo será abordada a legislação anticorrupção que estabelece a imposição de regras de conformidade às pessoas jurídicas, detalhando-se as leis indicadas acima.

No segundo capítulo far-se-á breve análise dos mecanismos de controle existentes no Poder Público para, no último capítulo, apontar de que forma seria possível a melhor adoção de programas anticorrupção na esfera pública.

2. AS NORMATIVAS ANTICORRUPÇÃO E DE CONFORMIDADE

Dentre as leis que estabelecem deveres de controle e fiscalização às pessoas jurídicas, podem ser citadas a Lei Federal 9.613/1998, com as alterações

6. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *A Lava Jato em números no Paraná*. Brasília, out. 2018. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado]. Acesso em: 10.12. 2018.

introduzidas pela Lei 12.683/2012. Estas normas dispõem sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e fixa regras de prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática desses delitos.

Sem adentrar nas especificidades do crime de lavagem de dinheiro, o que foge ao recorte do presente trabalho, o referido instrumento legal estabeleceu regras de cooperação privada, instituindo obrigações às pessoas e instituições que atuem em setores considerados sensíveis ao crime⁷.

Impõe a Lei que todas as pessoas físicas e jurídicas que exerçam uma das atividades listadas em seu artigo 9º (como captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros; compra e venda de moeda estrangeira ou ouro; bolsas de valores, bolsas de mercadorias e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, que intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; juntas comerciais e os registros públicos) deverão cumprir com as obrigações relacionadas nos artigos 10 e 11, independentemente de atuarem de forma permanente ou eventual.

Tais obrigações consistem, basicamente, no armazenamento de informações e registros sobre seus clientes, na criação de cadastros e registros de operações que extrapolem os limites fixados pela autoridade competente e na comunicação ao COAF das movimentações que ultrapassem os valores máximos fixados e das transações que apresentem fundados indícios de lavagem de dinheiro.

Mencione-se também a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, regulamentada pelo Decreto 8.420, de 18 de março de 2015⁸, cuja principal finalidade é a imposição rigorosa de penalidades de natureza civil e administrativa a pessoas jurídicas que estejam relacionadas

7. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 34-35.

8. BRASIL. Decreto 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19.03.2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm]. Acesso em: 27.02. 2018.

à corrupção de agentes públicos e de fraudes a licitações, e o fortalecimento dos órgãos de fiscalização⁹ para inserir a cultura anticorrupção no mundo empresarial.

Dentre as inovações trazidas por este instrumento, destaque-se a determinação da responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas, listadas no parágrafo único do artigo 1º,¹⁰ que estejam envolvidas na prática de atos que atentem contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Com isso, a empresa será sancionada por atos de corrupção praticados por seus funcionários, independentemente da comprovação do dolo ou da culpa¹¹, permanecendo a responsabilização individual da pessoa física que participou do ilícito.

Além disso, o artigo 7º da Lei fixa nove critérios que deverão ser avaliados quando da imposição de sanção à pessoa jurídica. Dentre esses critérios, dois merecem destaque por estabelecerem a necessidade de uma postura colaborativa da empresa tanto na prevenção dos ilícitos, quanto na comunicação destes às autoridades responsáveis. São eles: a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações (acordo de leniência) e a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Quanto ao acordo de leniência, vale explicar que a empresa que colaborar com as investigações poderá ser isenta da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória (prevista no artigo 6º, inciso II), bem como da pena de proibição de receber qualquer tipo de incentivo de órgãos, entidades públicas e instituição financeiras públicas (prevista no artigo 19, inciso IV), além de ter a pena de multa reduzida em até 2/3 (dois terços), conforme previsão do artigo 16, § 2º da Lei.

No tocante aos programas de integridade, a sua existência reduz a fixação da pena imposta se estiverem dentro dos parâmetros estipulados pelo artigo 42 do

9. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 24-25.

10. O parágrafo único do artigo 1º estabelece que a lei aplica-se “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

11. GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 137.

Decreto 8.420/2015, isto é, comprometimento da alta direção da pessoa jurídica ao programa; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade aplicáveis a todos os empregados e administradores; treinamentos periódicos sobre o programa; análise periódica de riscos, dentre outros.

Há, portanto, incentivo expresso e tratamento diferenciado para empresas que possuírem programas de integridade, também denominados de programas de conformidade ou *compliance*, efetivos¹².

Mais recentemente foi publicada a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) que, além de dispor sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, estabelece a obrigação de existência de regras de governança corporativa e práticas de *compliance* por estes entes jurídicos¹³.

O artigo 6º desta Lei impõe que o estatuto dessas pessoas jurídicas observe regras de governança corporativa, de transparência e de estrutura, bem como de práticas de gestão de riscos e de controle interno. Além disso, determina que é obrigatória a existência de um Comitê de Auditoria Estatutário (artigo 24) que deverá supervisionar as atividades desenvolvidas nas áreas de controle, auditoria e elaboração das demonstrações financeiras, monitorar a qualidade e integridade dos mecanismos de controle, avaliar as exposições de risco da empresa pública ou da sociedade de economia mista; avaliar a adequação das transações com as partes que se relacionam com as entidades; possuir meios para receber denúncias internas e externas, dentre outras atribuições.

A Lei ainda fixa regras para realização de licitações e procedimentos de dispensa, estabelece normas para aquisição e alienação de bens para a formalização e alteração dos contratos e prevê que se aplicam às empresas públicas e às sociedades de economia mista as sanções previstas na Lei 12.846/2013, exceto as previstas no *caput* do artigo 19, incisos II, III e IV.

Assim, é crescente o movimento no sentido de implantar no ambiente empresarial uma cultura de prevenção à corrupção, seja por meio de mecanismos de incentivo, seja através de agravamento de punições por não possuírem tais mecanismos.

12. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201. p. 176.

13. PIRONTI, Rodrigo. Práticas de *compliance* nas empresas estatais e o prazo que se esgota. *Consultor Jurídico*, 16.02.2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-fev-16/rodrigo-pironti-compliance-estatais-prazo-esgota]. Acesso em: 04.03.2018.

Existe um incentivo estatal às empresas para que instituem medidas de prevenção e controle dos delitos econômicos, adotando uma postura ativa para evitar e coibir a prática desses ilícitos. A legislação estimula esses comportamentos, através da concessão de benefícios, com vistas à prevenção e apuração de condutas irregulares. Nesse sentido, a Lei reforça que mais importante do que punir e identificar os infratores, é impedir que os crimes ocorram.

Todavia, apesar de louváveis e importantes a promulgação dessas normas para evitar e reprimir a corrupção no setor privado, um efetivo combate à corrupção exige uma alteração no modelo de gestão não só empresarial como também estatal. Apesar da existência de mecanismos de controle e fiscalização no setor público, o atual modelo burocrático de administração pública precisa ser remodelado e analisado sob a perspectiva gerencial de controle e *accountability*¹⁴ a fim de combater esse crime tão danoso à sociedade, como se verá.

3. DA CORRUPÇÃO E DA PREVENÇÃO NOS ÓRGÃOS ESTATAIS

A corrupção é conduta punível pelo Código Penal brasileiro, seja na modalidade passiva (artigo 317) ou ativa (artigo 333) e consiste, fundamentalmente, em uma recompensa prometida ou efetivamente concedida pelo particular ao agente público para que o servidor pratique algum ato, relativo ao exercício da sua função, que implicará em vantagem ou benefício indevido a esse particular.

Caracteriza-se o crime pelo desvio de poderes de um agente público para finalidades privadas¹⁵, fugindo totalmente de sua real atribuição¹⁶. Matias Pereira classifica a corrupção como uma defesa dos interesses privados dos próprios agentes públicos, perdendo-se os valores do serviço público e a identificação exclusiva do êxito pessoal do servidor com o lucro advindo dos particulares pelo

14. LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 287-288.

15. CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e direito internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel (Coord.). *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 121.

16. BREIER, Ricardo. Corrupção e impunidade. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, 10 jan. 2001. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/artigo/761-Artigo-Corrupcao-e-Impunidade]. Acesso em: 02.03.2018.

desvio da sua função¹⁷. Com a corrupção, desviam-se os ideais de solidariedade e cooperação do serviço público¹⁸.

Porém, mais do que o desvio desses propósitos, a corrupção produz efeitos que ultrapassam os atos concretos, não se limitando à concessão/recebimento daquele benefício ilícito concedido/recebido na casuística¹⁹. Esse crime, como esclarecem Carvalho e Silveira, “compromete a legitimidade política, enfraquece a credibilidade das instituições governamentais, coloca em descrédito o trabalho de servidores públicos e atrasa o desenvolvimento do país”²⁰.

Os efeitos que decorrem dessa prática refletem diretamente na população – principalmente nos países de baixa renda –, já que interfere na realização de políticas públicas e consequente concretização de direitos fundamentais²¹. Além disso, a corrupção ainda retira recursos de finalidades desejadas socialmente e constitui uma injusta transferência de renda da população para os corruptos²², constituindo um forte obstáculo à cooperação social e ao desenvolvimento²³.

Os prejuízos, assim, são incontáveis, não apenas pela lesão causada aos cofres públicos, mas pela sociedade que deixa de ser beneficiada com esses valores, de modo que é correto afirmar que a corrupção exerce domínio sobre as bases estruturais da população²⁴ e é responsável direta pela má gestão na aplicação dos recursos do Estado²⁵ e, consequentemente, pela ineficiência governamental.

-
17. MATIAS PEREIRA, José. Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil. *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Admininstracion Pública*, Lisboa, 08-11 out. 2002. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/940/4/ARTIGO_ReformaEstadoTransparencia.pdf]. Acesso em: 02.03.2018. p. 2-9.
 18. ALVES, Alaor Caffé. Exploração capitalista do homem pelo homem e corrupção. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009. p. 177.
 19. FORIGO, Camila Rodrigues. *A figura do compliance officer no direito brasileiro: funções e responsabilização penal*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p.46.
 20. CARVALHO; SILVEIRA, 2013, p. 121.
 21. GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 22.
 22. ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. A eficácia dos salários públicos como instrumento de combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012. p. 74.
 23. ALENCAR; GICO JUNIOR, 2012, p. 60.
 24. BREIER, 2001.
 25. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 8.

Quando a corrupção é verificada de forma sistêmica, isto é, presente em diversos níveis da relação entre o Poder Público e os particulares, como no Brasil, verifica-se uma crise moral do Estado que rompe os laços de confiança entre a cidadania e as autoridades²⁶.

Nessa corrupção sistêmica, o crime constitui um verdadeiro poder paralelo ao estatal, o que colabora para a formação de uma sociedade sem referências principiológicas²⁷.

Essa percepção de que a corrupção existente no País é sistêmica teve início com o julgamento da Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, conhecida como “Mensalão”. Através desse julgamento ficou evidenciada a fragilidade do sistema brasileiro por permitir uma prática que gera graves prejuízos sociais, econômicos e políticos.²⁸

Como define Coracini, a corrupção no País está inserida em um cenário de ilegalidades toleradas²⁹, o que pode ser mais bem explicado através do conceito de ilegalismo de Michel Foucault, para o qual a

ilegalidade não é um acidente, uma imperfeição mais ou menos inevitável. É um elemento absolutamente positivo do funcionamento social, cuja função está prevista na estratégia geral da sociedade. Todo dispositivo legislativo dispõe espaços protegidos e proveitosos onde a lei pode ser violada; outros, onde pode ser ignorada; outros, finalmente, onde as infrações são sancionadas.³⁰

A existência de ilegalidades toleradas é igualmente apontada por Zaffaroni, segundo o qual os crimes relacionados à economia de mercado e de administração

26. CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

27. CARVALHOSA, 2015, p. 98.

28. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCC_{CRIM} (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, São Paulo, jan. 2017, n. 290. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5896-Corrupcao-cri-se-politica-e-Direito-Penal-as-lico-es-que-o-Brasil-ainda-precisa-aprender]. Acesso em 05.03.2018.

29. CORACINI, Celso Eduardo Faria. Editorial: A neocriminalização da corrupção. *Boletim IBCC_{CRIM} (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, São Paulo, jul. 2003, n. 128. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/148-128-Julho-2003]. Acesso em: 07.03.2018.

30. FOUCAULT, Michel apud. CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus conceitos, temas e autores*. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. p. 224-225.

fraudulenta ocorrem de forma planejada e dentro de um cenário admitido pelos órgãos de controle:

Ninguém se dá conta desses procedimentos nas áreas do governo? Nenhum sábio economista percebe que se preparam essas crises? Os bancos centrais são ingenuamente surpreendidos por esses resultados? Nenhuma administração percebe que se preparam fraudes e extorsões? A ineficiência dos técnicos controladores não somente é realmente apavorante mas inclusive seriamente suspeitosa.

É inconcebível que manobras de semelhante volume passem sem serem detectadas pelos organismos de controle bancário e financeiro. A menor percepção já indica que estes supostos controles já estão neutralizados desde o seu interior, por incapacidade condicionada por formação ou que são diretamente co-autores ou partícipes de manobras grosseiras, que ocupam o centro dos tipos penais mais tradicionais, se não caírem diretamente em seu centro.³¹

Disso conclui-se que a grande questão é, de fato, a ausência de interesse em evitar essa classe de ilícito. Pelo contrário, a atual estrutura visa manter esse círculo de corrupção e de “privatização” do bem público pelo indivíduo o que justifica a atual ineficiência das estruturas institucionais.

A propósito, de acordo com pesquisa realizada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil são perdidos por ano com práticas corruptas. Isto prejudica o aumento da renda *per capita*; o crescimento e a competitividade do país; melhores condições econômicas e de bem-estar à população; e melhores condições de infraestrutura para as empresas desenvolverem um ambiente de negócios mais estável.³²

No mesmo sentido, pesquisa do Fundo Monetário Internacional revelou que o Brasil seria até 30% (trinta por cento) mais rico se as instituições fossem menos corruptas, o que possibilitaria um crescimento do PIB *per capita* na ordem de R\$ 9,6 mil.³³

31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O papel do direito penal e a crise financeira. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 18-19.

32. SEIXAS, Beatriz. Saiba qual é o preço da corrupção no Brasil. *Gazeta online*, Espírito Santo, 29 maio 2017. Disponível em: [www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html]. Acesso em: 14.03.2018.

33. PORTINARI, Natália. PIB per capita do Brasil subiria 30% sem corrupção, diz estudo do FMI. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 out. 2017. Disponível em: [www1.folha.uol.com.

Ressalte-se ainda que no ano de 2017 o país encontrava-se no 96º lugar dos países menos corruptos no ranking da ONG Transparência Internacional, aparecendo com 37 (trinta e sete) pontos em uma escala de vai de zero (mais corrupto) a cem (menos corrupto).³⁴

Em entrevista ao Jornal El País, o representante da Transparência Internacional no Brasil, Bruno Brandão declarou que³⁵:

Não houve em 2017 qualquer esboço de resposta sistêmica ao problema, ao contrário, a velha política que se aferra ao poder sabota qualquer intento neste sentido. Se as forças que querem estancar a sangria se mostram bastante unidas, a população se divide na polarização cada vez mais extremada do debate público, o que acaba anulando a pressão social e agravando ainda mais a situação.

Porém, apesar desses dados alarmantes, inexistem mecanismos de controle à corrupção eficientes no país nas esferas internas aos órgãos públicos.

Como se observa da Constituição Federal há a previsão para que existam sistemas de controle da Administração Pública (art. 37, § 8º, inciso II), para que se realize fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta (art. 70), para que exista um sistema de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 74).

Além disso, a Carta Magna igualmente estabelece a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B) para que seja feito o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de estabelecer funções de controle ao Ministério Público (art. 129), ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A) e aos Tribunais de Conta da União (art. 33, § 2º; art. 71) e dos Estados.

Cite-se, ainda, a existência da Controladoria-Geral da União (CGU), criada através da Lei 10.683/2003, com o propósito claro de exercer atividades de controle interno, auditoria pública, correição e combate à corrupção no âmbito do

br/mercado/2017/10/1926931-pib-per-capita-do-brasil-subiria-30-sem-corrupcao-diz-estudo-do-fmi.shtml]. Acesso em: 14.03.2018.

34. MENDONÇA, Heloísa. Brasil piora 17 posições no ranking de corrupção da Transparência Internacional. *El País*, Madri, 21 fev. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/20/politica/1519152680_008147.html]. Acesso em: 14.03.2018.

35. MENDONÇA, 2018.

Poder Executivo³⁶, consistindo em um verdadeiro órgão administrativo especializado no desempenho de atividade de controle³⁷.

Ressalte-se, mais, que à partir do plano diretor da Reforma do Estado de 1995, foram estabelecidos mecanismos de controle para oferecer informações orçamentárias, financeiras e previdenciárias à sociedade, merecendo destaque o Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), o Sistema Integrado de Dados Orçamentários (SIDOR), a folha de pagamentos e dos dados cadastrais dos servidores civis federais (SIAPE) e o Sistema de Gerenciamento da Receita e Despesa da Previdência Social³⁸.

A atuação desses órgãos corresponde à função administrativa de controle da Administração Pública voltada à correção formal e material da atuação dos órgãos estatais, desempenhadas no âmbito interno de cada ente e de cada órgão e também no âmbito externo (como no caso dos Tribunais de Contas e do Ministério Público)³⁹.

A realidade demonstra, no entanto, que esses órgãos se revelam ineficientes no combate à corrupção e isso pode ser explicado por uma série de razões, tais como: o corporativismo existente em alguns setores; falta de capacitação dos agentes responsáveis por tal controle; a concentração em determinados funcionários do poder de gerenciar ou arrecadar elevadas receitas e a tolerância das práticas corruptas⁴⁰. Acrescente-se a esses elementos o excesso de regulamentação das instituições e de centralização estatal, bem como a ausência de controle por parte da sociedade sobre as instituições políticas⁴¹.

Breier ainda afirma que os próprios funcionários destas instituições são corruptos e, quando não o são, encontram dificuldades de exercer sua função pois os métodos de investigação desse tipo de conduta geralmente são sofisticados⁴² e não estão disponíveis.

36. CONTROLADORIA-GERAL da União. *Histórico*, Brasília, 30.01.2014. Disponível em: [www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico]. Acesso em: 14.03.2018.

37. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 127.

38. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 9

39. JUSTEN FILHO, 2013, p. 127.

40. MIRANDA, Gustavo Senna. Corrupção pública: uma pandemia nacional. In: *CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público*. 25 nov. 2014. Disponível em: [www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/521-corrupcao-publica-uma-pandemia-nacional.html]. Acesso em: 14.03.2018.

41. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 11.

42. BREIER, 2001.

Assim, em que pese a existência desses órgãos de controle, é evidente que o Estado e os órgãos públicos precisam passar por uma reforma no que diz respeito à prevenção e combate à corrupção e outros crimes da mesma ordem a fim de incrementar a política estatal de combate a essa criminalidade, uma vez que a atual estrutura e o repasse de responsabilidade ao setor privado têm se revelado insuficiente, considerando o estágio crônico em que se encontra o Brasil.

4. DA NECESSIDADE DE REFORMA NO SETOR PÚBLICO QUANTO AO SISTEMA DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO

A forma de combate à corrupção, isto é, o modo como se identificam tais atos, a punição e a celeridade dos ritos de apuração e investigação possibilita, sem dúvida, uma diminuição do índice de impunidade⁴³. Porém, mais do que detectar ilícitos e punir os responsáveis, o principal é fixar mecanismos para evitar que ocorram esses crimes porque a descoberta posterior muitas vezes não minimiza o dano causado. Sobre esse aspecto, Zaffaroni⁴⁴ afirma que “o poder punitivo formalizado sempre chega tarde, como no homicídio, pois chega quando a vítima está morta, quando já se produziu o resultado. Aqui também: quando chega a manobra já se coroou. Nem a retribuição, nem a vingança reparam o dano produzido”.

Por essa razão é que Bechara esclarece que “a chave para o efetivo enfrentamento da corrupção não está na punição (embora esta deva também existir), mas sim na prevenção”⁴⁵.

Nesse sentido, a corrupção não pode ser analisada apenas pelo viés da perspectiva individual do agente corrupto, considerado a partir de um estereótipo moral, mas sim como uma rede de agentes e interesses político-econômicos relacionados e divididos em distintos momentos e esferas de atuação⁴⁶. Isso significa que o combate à corrupção implica um modelo de prevenção sistêmico, capaz de englobar todo o círculo de vícios e falhas que leva àquele agente a corromper alguém ou ser corrompido.

Para o seu efetivo combate, é necessário que se conheçam suas causas e suas manifestações, se avalie o alcance da corrupção e se adotem medidas capazes de

43. BREIER, 2001.

44. ZAFFARONI, 2015, p. 19.

45. BECHARA, 2017.

46. BECHARA, 2017.

eliminá-la, preveni-la e reprimi-la⁴⁷. A grande questão que surge é como isso pode ser feito.

É evidente que o controle da corrupção e a forma pela qual essa prática está intrincada nas relações estatais do Brasil dependem de uma ampla reforma estrutural do sistema e perpassa, inclusive, pela mudança de perspectiva do modelo burocrático da Administração Pública⁴⁸. Contudo, o recorte do presente artigo se limitará, apenas, à análise acerca da importância da governança e da existência de órgãos de controle.

De plano, é possível afirmar que a existência abstrata de controle e códigos de conduta não é suficiente, sendo absolutamente ineficaz impor simples e teóricos deveres de probidade ao funcionário público ou fortalecer a ideia de um Direito Penal autoritário e demagógico⁴⁹.

Para Bechara, é preciso uma reforma política e um questionamento do próprio modelo de gestão pública, de modo que o controle da corrupção ocorra na esfera preventiva, de forma mais ampla⁵⁰, e não se dê apenas de forma repressiva, quando já praticado o ilícito.

Zaffaroni igualmente sugere uma reforma estrutural para prevenir esses crimes antes de sua ocorrência, já que o direito penal não possui os elementos necessários para enfrentar as dissimulações e as encobertas criminosas que se utilizam de tecnicismo e neologismo⁵¹. Para o autor, o direito penal não pode ser a principal ferramenta com o propósito de evitar tais ilícitos, mas deve se ocupar apenas dos casos que escapem a esse controle prévio e preventivo⁵².

Matias Pereira⁵³ propõe, nesse cenário, a criação de agências especializadas no combate à corrupção no Brasil, através das quais se implementem mecanismos permanentes de controle e garantia do bem público. Leia-se o que afirma o autor:

Fica evidenciado, assim, que a busca da transparência nos países democráticos exige a criação de instituições de controle, direito e garantia do bem público.

47. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 12.

48. LOVATO, 2018, p. 284-288.

49. BECHARA, 2017.

50. BECHARA, 2017.

51. ZAFFARONI, 2015, p. 19.

52. ZAFFARONI, 2015, p. 20.

53. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 18.

Nesse sentido, torna-se possível argumentar que a luta contra a corrupção, a princípio, tem que ser enfrentada pelo Estado como uma ação permanente, como medida indispensável para garantir a moralidade, a partir da percepção de que sua prática mina o respeito aos princípios democráticos e às instituições⁵⁴.

Propõe o autor que essas agências sejam órgãos independentes, dotadas de recursos públicos, mas isentos de influências políticas. Sugere ainda que tais agências tenham liberdade para monitorar a vida das pessoas participantes de processos de contratação com o poder público ou de pessoas com sinais exteriores de riqueza incompatíveis com o patrimônio, que possuam poder de congelar o patrimônio de pessoas suspeitas e investigadas e, ainda, sejam capazes de oferecer proteção às testemunhas⁵⁵.

Bechara, nessa mesma linha, afirma ser imprescindível que se altere a forma com que os funcionários públicos lidam com a questão da estabilidade. Sobre esse ponto, a autora não propõe a extinção da estabilidade, a qual é importante para evitar perseguições políticas, mas sugere a implementação de mecanismos que reconheçam e valorizem a produtividade, a capacitação e o exercício das atividades com eficiência e probidade. Essa mudança seria um aspecto importante na busca pela “cultura de intolerância à ilegalidade”⁵⁶.

Aspecto importante a ser abordado no *compliance* público é o entrelaçamento entre capital público e capital privado no Brasil, bem como a forma como o capitalismo no Brasil se desenvolve através de um emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio que gravitam em torno de interesses políticos e econômicos⁵⁷, desenvolvendo-se relações recíprocas (e ilegais) entre políticos, governo e empresários⁵⁸.

Para conter esses atos, Lazzarini propõe a existência de mais transparência nas relações societárias em geral e o maior isolamento político das empresas para diminuir o risco das ações discricionárias e irregulares⁵⁹.

É fundamental também que se aprimorem a transparência e a fiscalização de modo a reduzir os espaços de arbitrariedade e de desvios na Administração

54. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 9.

55. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 18.

56. BECHARA, 2017.

57. LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 3.

58. LAZZARINI, 2011, p. 42.

59. LAZZARINI, 2011, p. 114-117.

Pública⁶⁰. Nesta seara, Matias Pereira destaca ser necessária a participação da sociedade, que representa um instrumento para a mobilização e priorização dos problemas sociais, além de propiciar maior distribuição do poder e democratização da sociedade civil⁶¹.

Inclui-se também no quesito transparência a interlocução entre os gestores públicos com a comunidade científica e com os técnicos, a fim de que as medidas sejam adequadamente executadas naqueles setores a que se destinam e para que a “Administração atue de forma dialogada e harmônica na execução e no monitoramento dos riscos”⁶². É fundamental, portanto, que o programa de integridade na Administração Pública faça o adequado delineamento dos processos e riscos para uma melhor gestão do órgão público, atentando-se para uma melhor gestão de pessoas, licitações, contratos, tecnologia da informação, informações e arquivos⁶³.

Essas medidas poderiam efetivar um modelo de Estado proposto quando da implementação da Reforma Gerencial, em 1995, cujo objetivo era, através de uma reforma administrativa, tornar “o serviço público mais coerente com o capitalismo contemporâneo”⁶⁴. O fato é que apesar de a Reforma ter ocorrido, muito

60. BECHARA, 2017.

61. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 14. A propósito, vale destacar que há apenas um órgão público dotado de Ouvidoria Externa, que é a Defensoria Pública do Estado, conforme previsão do art. 105-B, da Lei Complementar 80/1994. O Ouvidor-Geral, ressalte-se, é escolhido pelo Conselho Superior da Defensoria Pública, através de lista tripla enviada pela sociedade civil. Evidente, neste sentido, que uma Administração Pública comprometida com a transparência de seus atos precisa implementar maiores formas de contato com a população, sendo necessária a implementação de uma estrutura como a acima indicada nos demais setores públicos. (Cf. BRASIL. Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13.01.1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm]. Acesso em: 21.03.2018.)

62. NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 339-340.

63. NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos, controles internos e *compliance* no setor público. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 365.

64. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do Setor Público: Estratégia e estrutura para um novo estado. In: Bresser-Pereira, Luiz Carlos; SPINK, Peter. (Orgs). *Reforma do Estado e*

dos pressupostos ali estampados não foram efetivados da forma como deveriam, ou não produziram os efeitos que deveriam produzir.

Pretendendo aliar todos os pontos acima destacados pelos autores, mas com o objetivo de implementar um modelo similar ao existente na esfera privada, propõe-se a implementação de um modelo de *compliance* nos órgãos do poder públicos.

O *compliance* é uma forma de gestão atrelada à concepção de governança corporativa, em que se incorporam na estrutura empresarial mecanismos de controle para que se assegurem a observância de leis,standartes e diretivas empresariais, como também parâmetros éticos e de política empresarial, de modo que a condição dos negócios passa a ser conduzida através da fidelidade ao Direito⁶⁵.

Trasladando-se esse conceito para a esfera pública, tem-se que a proposta significa incorporar nos órgãos públicos, em seus diferentes setores e esferas, mecanismos de controle e de implementação de parâmetros éticos e legais, de modo que se efetive um sistema capaz de prevenir e detectar atos de corrupção na esfera pública.

O *compliance* público ou programa de integridade público, segundo Nascimento, pode ser assim definido:

A criação de medidas institucionais, mecanismos e procedimentos de integridade, análise e gestão de riscos, comunicação, controle, auditoria, monitoramento e denúncia que venham a promover a atuação em conformidade do órgão, de acordo com diretrizes internas e externas, gerando, com isso, a gestão da integridade na esfera pública, destarte, assegurando o seu desempenho pleno, em conformidade com a legislação e, ainda, efetivando a concepção de procedimento de conduta a serem instituídos internamente. Com isso, possibilitando, de forma mais precisa, a identificação e minimização dos riscos.

Ademais, e, por conseguinte, tais medidas objetivam detectar e sanar quaisquer desvios, atos ilícitos, fraudes e irregularidades, além de combater e blindar o órgão público contra a corrupção⁶⁶.

Para isso, é fundamental que cada esfera da Administração Pública tenha um sistema de controle diferenciado conforme seu tamanho, estrutura, atividade e riscos.

Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 23-29. Disponível em: [<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15891-15892-1-PB.pdf>]. Acesso em: 15.03.2018.

65. FORIGO, 2017, p. 88-89.

66. NASCIMENTO, 2018, p. 358.

Isso significa que dentro da própria Administração Pública há setores mais sensíveis à corrupção do que outros, ou seja, aqueles setores destinados a procedimentos de licitação e contratação com a iniciativa privada possuem mais fatores de risco de corrupção do que aquelas esferas destinadas ao atendimento à população carente, por exemplo.

Do mesmo modo, determinados órgãos e setores da Administração Pública envolvem equipe maior do que outras esferas e todos esses aspectos devem ser sopesados eis que, da mesma forma que no setor privado, não há um modelo padrão de *compliance*⁶⁷ que seja ideal e possa ser adotado por toda e qualquer esfera de poder.

Eis aqui o grande desafio: cada órgão do poder público deverá ter um sistema de controle à corrupção que se adapte às suas especificidades⁶⁸, tamanho e atividades desenvolvidas, mas que seja norteador por uma única concepção: prevenir e detectar atos de corrupção praticados por todos que integram aquela esfera de poder (do mais alto grau ao menor grau hierárquico).

Trata-se, a toda evidência, de uma tarefa nada fácil, mas fundamental para que a corrupção passe a ser tratada como o mal que é: que destrói instituições e desvia dinheiro público de suas reais finalidades, prejudicando enormemente a sociedade civil e os valores de um Estado Democrático de Direito.

Apenas com o seu efetivo combate é que o Brasil poderá almejar o seu crescimento e o fortalecimento de suas instituições, como afirma Matias Pereira:

A transparência das ações governamentais surge como uma prática indispensável para o fortalecimento da democracia, bem como de legitimação do esforço de modernização da administração público, especialmente nas questões que envolvem os resultados e a responsabilidade dos funcionários⁶⁹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que o atual mecanismo de prevenção à corrupção no Brasil é ineficaz (se é que podemos afirmar que existe, de fato, alguma forma de preven-

67. NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 44-45.

68. GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 74.

69. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 7-8.

ção, já que os números apresentados no presente artigo demonstram a existência de uma rede de corrupção arraigada na Administração Pública e nas relações negociais), o que exige a implementação urgente de um sistema capaz de detectar e prevenir essa classe de ilícitos no interior da Administração Pública.

Apesar de importante, é insuficiente a promulgação de leis que incentivem e, até certa medida, obriguem o setor privado a fortalecer os seus sistemas de controle e de prevenção da criminalidade. A título exemplificativo vale mencionar que apesar de possuírem programas de *compliance* vigentes, empresas como a Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Norberto Odebrecht, Mendes Junior e a UTC Engenharia se envolveram em atos ilícitos que foram posteriormente revelados pela Operação Lava Jato⁷⁰.

O real combate à corrupção só irá operar com a implementação de programas de integridade públicos, sendo fundamental que se estabeleçam mecanismos de gestão que possibilitem a identificação dos processos e riscos nos órgãos públicos.

Apenas o fomento pela Administração Pública de valores como a integridade, ética, transparência e cumprimento da legislação é que permitirá a promoção da cultura do *compliance* em toda a sociedade, isto é, apenas desse modo será possível a criação de uma mentalidade (tanto por parte dos servidores públicos, em sentido amplo, quanto por parte daqueles que compõem a iniciativa privada) de conformidade com a lei.

A proposta ora apresentada traz apenas um esboço que merece ser analisado em outros vieses como, por exemplo, a natureza jurídica dos setores que farão esse controle; o regime de contratação das pessoas que irão compor esse setor; a forma como ocorrerá a comunicação entre o sistema controlador e o órgão controlado; a subordinação do órgão de controle ao ente estatal etc.

De todo modo, e a toda evidência, é candente a necessidade de um sistema efetivo de combate à corrupção, que represente uma política permanente do Estado, “suficientemente ágil para incorporar novas formas de ação e novos atores sempre que necessário”⁷¹, com o objetivo de reduzir drasticamente os números que envolvem essa criminalidade e conduzir o país à uma nova direção.

70. SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. *Compliance concorrencial: Cooperação regulatória na defesa da concorrência*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 211, jul./set. 2016, p. 273-299. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525428/001078748.pdf?sequence=1]. Acesso em: 10.12.2018. p. 277-278.

71. MATIAS PEREIRA, 2002, p. 18-19.

Não há razão para que se continue a tolerar e a admitir a autodestruição ou a implosão da economia nacional que, ao final, acaba por transcender o campo político e econômico, afetando diretamente as instituições democráticas⁷².

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. A eficácia dos salários públicos como instrumento de combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012.
- ALVES, Alaor Caffé. Exploração capitalista do homem pelo homem e corrupção. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, São Paulo, jan. 2017, n. 290. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5896-Corrupcao-crise-politica-e-Direito-Penal-as-lico-es-que-o-Brasil-ainda-precisa-aprender]. Acesso em 05.03.2018.
- BREIER, Ricardo. Corrupção e impunidade. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, 10.01. 2001. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/artigo/761-Artigo-Corrupcao-e-Impunidade]. Acesso em: 02.03.2018.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. Editorial: A neocriminalização da corrupção. *Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, São Paulo, jul. 2003, n. 128. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/148-128-Julho-2003]. Acesso em: 07.03.2018.
- FORIGO, Camila Rodrigues. *A figura do compliance officer no direito brasileiro: funções e responsabilização penal*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.
- FORIGO, Camila Rodrigues; GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Compliance e Desenvolvimento: uma análise a partir da Operação Lava Jato. In: BETTES, Janaína Maria; PAIVA, Leonardo Lindroth de; LUCIMARA, Deretti (Orgs.). *Temas de Desenvolvimento e Sociambientalismo*. Curitiba: CRV, 2016.
- CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Corrupção e direito internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais. In: LAUFER, Daniel (Coord). *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

72. ZAFFARONI, 2015, p. 22.

- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CONTROLADORIA-GERAL da União. *Histórico*, Brasília, 30.01.2014. Disponível em: [www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico]. Acesso em: 14.03.2018.
- FOUCAULT, Michel apud. CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus conceitos, temas e autores*. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Saraiva: São Paulo, 2015.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Capítulo III – Da responsabilização administrativa: comentários aos artigos 6º e 7º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). *Lei anticorrupção: comentários à lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- MATIAS PEREIRA, José. Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil. *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado e de la Admininstracion Pública*, Lisboa, 8-11 out. 2002. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/940/4/ARTIGO_ReformaEstadoTransparencia.pdf]. Acesso em: 02.03.2018.
- MENDONÇA, Heloisa. Brasil piora 17 posições no ranking de corrupção da Transparência Internacional. *El País*, Madri, 21 fev. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/20/politica/1519152680_008147.html]. Acesso em: 14.03.2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *A Lava Jato em números no Paraná*. Brasília, out. 2018. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atualizacao-na-1a-instancia/parana/resultado]. Acesso em: 10.12.2018.

- MIRANDA, Gustavo Senna. Corrupção pública: uma pandemia nacional. In: *CONAMP—Associação Nacional dos Membros do Ministério Público*. 25.11.2014. Disponível em: [www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/521-corrupcao-publica-uma-pandemia-nacional.html]. Acesso em: 14.03.2018.
- NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Panorama internacional e brasileiro da governança, riscos, controles internos e *compliance* no setor público. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013.
- NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do Setor Público: Estratégia e estrutura para um novo estado. In: Bresser-Pereira, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Orgs). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 21-38. Disponível em: [<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15891-15892-1-PB.pdf>]. Acesso em: 15.03.2018.
- PIRONTI, Rodrigo. Práticas de *compliance* nas empresas estatais e o prazo que se esgota. *Consultor Jurídico*, 16 fev. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-fev-16/rodrigo-pironti-compliance-estatais-prazo-esgota]. Acesso em 04.03.2018.
- PORTINARI, Natália. PIB *per capita* do Brasil subiria 30% sem corrupção, diz estudo do FMI. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14.10.2017. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1926931-pib-per-capita-do-brasil-subiria-30-sem-corrupcao-diz-estudo-do-fmi.shtml]. Acesso em: 14.03.2018.
- RAMALHO, Renan; MATOSO, Filipe. Em decisão unânime, tribunal condena Lula em segunda instância e aumenta pena para 12 anos, 24 jan. 2018. *G1*. Disponível em: [<https://g1.globo.com/politica/noticia/julgamento-recurso-de-lula-no-trf-4-decisao-desembargadores-da-8-turma.ghtml>]. Acesso em: 04.03.2018.
- SEIXAS, Beatriz. Saiba qual é o preço da corrupção no Brasil. *Gazeta online*, Espírito Santo, 29 maio 2017. Disponível em: [www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html]. Acesso em: 14.03.2018.

SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. *Compliance concorrencial: Cooperação regulatória na defesa da concorrência*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 211, jul./set. 2016, p. 273-299. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525428/001078748.pdf?sequence=1]. Acesso em: 10.12.2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O papel do direito penal e a crise financeira. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A lei anticorrupção e o terceiro setor, de Luis Eduardo Patrone Regules – RT 947/237-254 (DTR\2014\9952);
- A prática do *compliance* como um instrumento empresarial anticorrupção para preservação das empresas, de Fábila Duarte Ferreira – RDB 81/161-178 (DTR\2018\19496);
- *Compliance* e direito penal na era pós-lava jato, de Renato de Mello Jorge Silveira – RT 979/31-52 (DTR\2017\1045); e
- *Compliance*: uma visão do *compliance* como forma de mitigação de responsabilidade, de Alexandre Baraldi Tonin – RT 983/265-288 (DTR\2017\5536).

ACERCA DE LA MÁXIMA GRAVEDAD DE LAS INFRACCIONES PENALES EN ESPAÑA Y BRASIL

ABOUT THE MAXIMUM SEVERITY OF CRIMINAL OFFENSES IN SPAIN AND BRAZIL

FERNANDO DE BRITO ALVES

Advogado. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru-SP.
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.
Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em História e historiografia: sociedade e cultura pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras da mesma universidade. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor de Revista Jurídica, onde coordena o programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Ciência Jurídica, e Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Realizou estágio de pós-doutorado no *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014).
Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito.
fernandobrito@uenp.edu.br

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Professor nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO), onde exerce a função de Coordenador Adjunto do Curso de Direito.
Professor Adjunto (graduação e pós-graduação) do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da mesma universidade.
lfkaz@uenp.edu.br

SAMUEL RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ

Professor Doutor da Universidad de Murcia. Professor Visitante do programa de mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Doctor en Derecho (2011) y Licenciado en Ciencias Políticas por Universidad Miguel Hernández de Elche (2004) y en Criminología por Universidad de Murcia (2008).
Actualmente desempeña su labor como Profesor en la Universidad de Murcia.
samuel.rodriguez@um.es

Recebido em: 17.07.2018

Aprovado em: 16.11.2018

Última versão dos autores: 05.12.2018

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: O texto es sobre el establecimiento de la prisión permanente revisable en España y la institución de los crímenes hediondos y su desarrollo en la legislación brasileña, sugiriendo que se trata de institutos equivalentes, aunque las soluciones normativas encontradas por cada sistema sean distintas, y pautada por su cultura jurídica y por cuestiones específicas de política criminal. Sin embargo, en ambos casos, el derecho penal sufrido una gran presión de los medios de comunicación para que sus penas sean más tumbes, y también en ambos casos, los institutos no garantizan una prevención absoluta de los violentos, que sólo se puede obtener por medio de políticas legislativas racionales y omnicomprensivas de los fenómenos delictivos que pretenden evitar o reducir.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado – Infracciones penales – Máxima gravedad – España – Brasil.

ABSTRACT: The text deals with the institute of "permanent prison revisable" in Spain and the institute of "heinous crimes" in the Brazilian legislation, suggesting that they are equivalent institutes, although the normative solutions found by each system are distinct, and based on their legal culture and specific issues of criminal policy. Nevertheless, in both cases, criminal law has been under great pressure from the media to make its sentences worse, and in both cases the institutes do not guarantee absolute prevention of violent behavior, which can only be rational and all-encompassing legislative policies of the delusional phenomena that they wish to avoid, or reduce.

KEYWORDS: Comparative law – Criminal offenses – Maximum severity – Spain – Brazil.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. La prisión permanente revisable en España y los delitos a los que es aplicable. 2.1. Los motivos del legislador para su creación. 2.2. Delitos para los que se prevé. 2.3. Análisis crítica. 3. La institución de los crímenes hediondos y su desarrollo en la legislación brasileña. 3.1. Consideraciones generales sobre la Ley de Crímenes Hediondos. 3.2. Las conductas equivalentes de la Constitución Federal brasileña. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es el de exponer las dos instituciones jurídicas que en España y Brasil aparecen vinculadas a las máxima gravedad de las infracciones tipificadas en sus respectivas legislaciones penales.

Así, por un lado, expondremos los caracteres generales de la denominada "prisión permanente revisable", introducida el pasado año 2015 en el Ordenamiento español, prevista como la consecuencia jurídico-penal más grave del mismo para determinados comportamientos delictivos que se referirán.

Por otro lado, a continuación, será el turno de los "crímenes hediondos" del Ordenamiento brasileño, con origen normativo en la Constitución de 1988 y su

correspondiente Ley de desarrollo, datada de 1990. Para ellos se prevé la mayor severidad punitiva por parte del Estado sudamericano.

Finalmente, expondremos unas conclusiones comunes en torno a la fundamentación de ambas instituciones, en torno, ya lo adelantamos, al simbolismo pretendido por los legisladores de las sociedades occidentales a la hora de hacer uso de la legislación penal, cuyos contornos concretaremos en aquel momento.

Manejase los métodos conocidos del derecho comparado, que es el método de estudio del derecho que investiga las distintas soluciones de los ordenamientos jurídicos para casos específicos.

2. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN ESPAÑA Y LOS DELITOS A LOS QUE ES APLICABLE

La pena de prisión permanente revisable se regula en diversos artículos del Código Penal español (en adelante CPE). En concreto, en su Libro I, dedicado a la Parte General, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (en adelante LO 1/2015, mediante la que se ha introducido novedosamente esta institución en nuestro Ordenamiento jurídico), modifica los artículos 33.2 a), 35, 36.1 y 3, 70.4, 76.1, 80, 83, 86, 87, 91 y 92 de dicho cuerpo normativo y, además, introduce un nuevo precepto, el artículo 78 bis (que se refiere a los supuestos concursales de esta pena con las de prisión previstas para otros delitos). En la Parte Especial, esto es, ya en el Libro II dedicado a los delitos en particular, como consecuencia de la introducción de esta nueva pena, se han modificado para preverla expresamente los artículos 140 (asesinato agravado), 485 (muerte del Rey o su heredero), 573 bis (muerte por atentado terrorista), 605 (muerte del Jefe de un Estado extranjero, o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España), 607 (genocidio) y 607 bis (lesa humanidad). A cada uno de ellos nos referiremos individualmente un poco más adelante.

Se trata de una pena privativa de libertad grave, tal y como establecen los arts. 33.2 a) y 35 CPE. Por su parte, el artículo 36.1 CPE regula su duración y posibilidades de revisión, y en el artículo 36.3 CPE se regula el supuesto extraordinario de revisión y progresión a tercer grado por “motivos humanitarios” (salud o enfermedad)¹.

1. Véase el esclarecedor trabajo sobre los aspectos procesales de estas y otras cuestiones de CASTILLO FELIPE, R., “Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable”, en *La Ley Penal*, núm. 115, 2015, pp. 4 y ss.

RUBIO LARA² define la prisión permanente revisable como aquella consecuencia jurídica del delito (conceptualmente distinguible de la prisión perpetua propiamente dicha y de la prisión de larga duración)³, que se constituye como una pena de privación de libertad, con carácter grave, de duración indeterminada, pero que se encuentra sujeta a un régimen de revisión y que se podrá imponer solamente en supuestos de excepcional gravedad.

Es una pena especialmente rigurosa, porque la imposición de la misma es obligatoria, nunca facultativa para el Juez, a lo que se ha de añadir que, como apunta CERVELLÓ DONDERIS, limita “las operaciones de determinación judicial de la pena” en el caso concreto a la hora de “valorar la gravedad del delito y las circunstancias del hecho y del autor”, generando con ello “serios problemas de compatibilidad con los principios penales”⁴. De hecho, por su naturaleza plantea serios problemas de (in)constitucionalidad, pero el análisis de esta cuestión excede, por mucho⁵, el objetivo de este trabajo, en el que básicamente se pretende describirla.

Se trata de una pena indeterminada en cuanto a su duración, que puede revisarse una vez que se ha cumplido íntegramente un período mínimo de la condena que puede oscilar entre los veinticinco y los treinta y cinco años, en función del número de delitos cometidos y la naturaleza de los mismos. Y una vez que se ha cumplido este requisito temporal, entra en juego el artículo 92 CPE, donde se establecen los demás requisitos que se tienen que cumplir para proceder a la suspensión de la ejecución de la pena, decretando la libertad condicional. Una vez que estos requisitos se cumplan, se procede a la suspensión de la ejecución, cuya

-
2. RUBIO LARA, P.A., “Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.3, 2016, p. 4.
 3. CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable. Actualizado con la L.O. 1/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 35-41.
 4. CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y...*, *ob. cit.*, pp. 188-189.
 5. Véase el brillante y completo análisis de FUENTES OSORIO, J.L., “¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21, 2014, pp. 329-344. Con carácter monográfico y previo a la promulgación de esta institución en nuestro Ordenamiento, véase sobre esta cuestión CUERDA RIEZU, A.R., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011, así como RÍOS MARTÍN, J.C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Dakoa, Donostia/San Sebastián, 2013.

duración oscila entre los cinco y los diez años, quedando sometido el sujeto durante este tiempo a una serie de prohibiciones y deberes impuestos por el Juez o Tribunal (arts. 83 y 92.3 CPE). Por último, en los arts. 86 y 92.3 CPE se prevén las posibles causas de revocación por parte, respectivamente, del Tribunal sentenciador y del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

2.1. Los motivos del legislador para su creación

Los argumentos que el legislador ha utilizado para justificar la introducción de la pena de prisión permanente revisable están recogidos en la Exposición de Motivos de la ya mencionada LO 1/2015.

En primer lugar, establece como argumento para defender la reforma “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia, mediante un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”. Este argumento no es razón suficiente para crear una pena indefinida de prisión, puesto que, como afirma RUBIO LARA⁶, tales objetivos pueden y deben conseguirse de otro modo y no tanto endureciendo hasta el límite de lo indeterminado o permanente el castigo de una persona. Podría conseguirse de otro modo más proporcional, ponderado o equilibrado del que se deriven ventajas para el interés general cuando no haya otro medio alternativo menos restrictivo de derechos constitucionales e, igualmente, se cumpla con las finalidades previstas para la pena, que deben ser las mismas que debiera perseguir el legislador penal.

En segundo lugar, afirma el legislador que “la prisión permanente revisable de ningún modo renuncia a la reinserción del penado, dada la previsión de una revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, lo que aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado”. Con este argumento, el legislador pretende demostrar que la prisión permanente revisable es constitucional y así, salvar su inconstitucionalidad por la posible vulneración de los arts. 25.2 y 15 de la Constitución Española, los cuales establecen, respectivamente, la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, así como la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Frente a ello hay que matizar que, cuando el legislador afirma que esta pena garantiza “un horizonte de libertad para el condenado”, esa expectativa

6. RUBIO LARA, P.A. “Pena de prisión permanente revisable...”, *ob. cit.*, p. 21.

resultará ilusoria si la determinación del cumplimiento de una pena se hace depender de un juicio de pronóstico con criterios arbitrarios y de resultado impredecible. Además, el desproporcionado grado de exigencia que se establece en el resultado del pronóstico como presupuesto para acordar la revisión, hace que tal expectativa de libertad resulte completamente inviable en la práctica⁷.

En tercer lugar, el legislador establece que se trata de un “modelo extendido en el Derecho comparado europeo”⁸ y que “el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha considerado ajustada la prisión permanente revisable a la Convención Europea de Derechos Humanos”, en tanto “ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio”. Olvida el legislador a la hora de exponer este argumento que el mero sometimiento a condición de revisión no es suficiente para garantizar que esta pena respete el art. 3 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y no sea considerada una privación de libertad que se mantiene de forma arbitraria (art. 5.1 CEDH). Para respetar el CEDH ha de ir acompañada de específicos programas de rehabilitación, y no es el caso⁹. En concreto, así lo ha establecido el Tribunal Europeo de

7. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; PÉREZ MANZANO, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; ARROYO ZAPATERO, L.; DE LEÓN VILLALBA, F.J.; MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en RODRIGUEZ YAGÜE, C (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 70.

8. Argumento que, como indica DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, “puede contrarrestarse haciendo ver que en las últimas décadas estos países de nuestra tradición jurídica no han introducido la pena de prisión perpetua, pues es una sanción propia de los Códigos penales del S. XIX” (DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M^a., “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 136). Sobre dos modelos europeos, aunque de tradiciones jurídicas distintas, véase ROIG TORRES, M., “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La ‘prisión permanente revisable’ a examen”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm.111, 2013, pp. 97-144. Una completa comparativa con el modelo alemán puede consultarse también en SÁNCHEZ ROBERT, M^a.J., “La prisión permanente revisable en las legislaciones española y alemana. Análisis comparativo”, en *Anales de Derecho*, núm. 1, 2016, pp. 1-50.

9. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; PÉREZ MANZANO, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; ARROYO ZAPATERO, L.; DE LEÓN VILLALBA, F.J.; MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre...”, *ob. cit.*, p. 35.

Derechos Humanos (TEDH) en su Sentencia de 18 de septiembre de 2012, en la que consideró que “una condena indeterminada incorporada a un sistema de penas, obliga al Estado a cumplir, aun cuando en su ley interna no se contemple, las obligaciones internacionales asumidas en relación con la finalidad rehabilitadora del sistema penitenciario y siendo fiel a los compromisos encaminados al objetivo rehabilitador que emana de los distintos instrumentos internacionales”¹⁰.

2.2. Delitos para los que se prevé

Como apunta CANCIO MELIÁ, parece que el legislador primero tomó la decisión política de incorporar al Código esta institución y, por ende, abordó el asunto de “en qué casos se necesita la imposición de la nueva pena” como una cuestión “completamente secundaria”¹¹. En todo caso, dicho esto, los delitos para los cuales está prevista la prisión permanente revisable, que constituyen un catálogo cerrado o “*numerus clausus*”, son los siguientes:

En primer lugar, se establece su imposición para delitos de asesinato especialmente graves, que están recogidos en el artículo 140 CPE y serían aquellos en los que concurra una de las siguientes circunstancias: 1º. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español considera que la muerte de niños, ancianos, discapacitados físicos o psíquicos, etc., debe considerarse siempre como alevosa y, por consiguiente, como asesinato¹². 2º. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. En este caso, lo que llama la atención es que se trate por igual a los delitos contra la libertad sexual, sin importar cuál de ellos se haya cometido y esto a pesar de que el CPE diferencia dentro de los mismos, atribuyendo penas muy diferentes, por ejemplo, al delito de agresión sexual y al de acoso sexual. 3º. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal, delito

-
10. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., “El nuevo sistema de penas...”, *ob. cit.*, p. 137. Véase el extenso análisis sobre la jurisprudencia del TDAH en esta materia realizado por LANDA GOROSTIZA, J.M., “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2015, pp. 6-13.
 11. CANCIO MELIÁ, M., “La pena de cadena perpetua (‘prisión permanente revisable’) en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 8.175, 2013, p. 5.
 12. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (20ª edición), p. 49.

que contiene “elementos valorativos que hacen dudar de la seguridad jurídica en una penalidad tan elevada”¹³ como la que estamos analizando. 4º. Por último, en el apartado segundo del mencionado artículo se establece que también será de aplicación la pena de prisión permanente revisable en el caso de asesinatos reiterados, cuando el reo de asesinato hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas. Se trata de una modalidad agravada de asesinato múltiple.

En segundo lugar, se prevé también su aplicación para los delitos contra la Corona, es decir, por la muerte del Rey o de la Reina, o de su heredero o heredera (el Príncipe o la Princesa de Asturias), recogidos en el artículo 485 del CPE. Aquí el legislador ha optado por no aplicar la pena de prisión permanente revisable al que cause la muerte de los ascendientes o descendientes del Rey o de la Reina, lo que da entender que está diferenciando a los miembros de la Corona y así ha optado por proteger más al Rey y al Príncipe debido a las funciones que tienen asignadas dentro del Estado y de las que el resto de miembros de la Familia Real carecen.

En tercer lugar, se establece la aplicación de esta pena en los casos de homicidio del Jefe de un Estado extranjero, o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España (art. 605 CPE).

En cuarto lugar, se aplica a los delitos de genocidio regulados en el artículo 607.1 CPE, delito aplicable a quienes “con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, mataran, agredieran sexualmente o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149¹⁴ a alguno de sus miembros”.

En quinto lugar, a los delitos de lesa humanidad contemplados en el art. 607 bis.1 CPE, que será aplicable (según su segundo apartado) si los sujetos activos “causaren la muerte de una persona como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella”. Como hemos visto, en el delito de genocidio anteriormente referido, se le da la misma importancia, a los efectos de imposición de esta pena, a una acción genocida que causa la muerte y a otra que consista en agresiones sexuales o lesiones graves. En cambio, aquí, en el delito de lesa humanidad, la pena de prisión permanente revisable sólo está prevista para cuando el ataque consista en la causación de muertes; las agresiones sexuales o las lesiones graves se castigan con penas de prisión de entre doce a quince años (artículo 607 bis.2.2º-3º CPE).

13. CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y...*, ob. cit., p. 189.

14. Artículo 149 CPE: “pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”.

Por último, en sexto lugar, en lo referente a los delitos de terrorismo que causen la muerte de una persona, ya sean cometidos por organizaciones o grupos terroristas, o por un sujeto individual, se establece la pena de prisión “por el tiempo máximo previsto en este Código”. Como se ve, expresamente no utiliza el legislador aquí el término “prisión permanente revisable”, pese a lo cual se debe entender que se refiere a dicha pena, puesto que el art. 92.2 CPE, a la hora de regular los requisitos necesarios para proceder a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, establece un requisito particular para este tipo de delitos.

2.3. *Análisis crítica*

Pues bien, para ir concluyendo con este epígrafe, cabe plantearse el siguiente interrogante llegados a este punto: ¿está o no justificada la introducción de esta pena en el Ordenamiento jurídico español? Como vimos anteriormente, cuando el legislador hace referencia a que busca con la creación de la prisión permanente revisable que “el sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”, está considerando como verdaderamente relevante no tanto el hecho de que las resoluciones de los tribunales sean justas, sino que sean percibidas por la población como tales. Por tanto, parece claro que lo importante para el legislador a la hora de implementar esta nueva pena es la demanda social.

Ante ello, hay autores que, como DAUNIS RODRÍGUEZ¹⁵, advierten que, cuando el objetivo es satisfacer las demandas de seguridad ciudadana, lo que se consigue es la disociación entre el ciudadano corriente y el individuo peligroso, diferenciando dos tipos de Derecho penal que son, por un lado, un “Derecho penal del ciudadano”, que se aplica a los casos puntuales de delincuencia, con una reacción penal proporcionada a la culpabilidad por el hecho cometido, y por otro lado, un “Derecho penal del enemigo”, dirigido a aquellos que cometen delitos especialmente graves, para los que la respuesta se endurece¹⁶.

15. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2013, pp. 71-73.

16. JAÉN VALLEJO, M., “Prisión permanente revisable”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 35, 2013, p. 48. El concepto de “Derecho penal del enemigo” fue utilizado por primera vez por Jakobs, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (traducido por Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 295, para referirse al autor del

Ello tiene su origen en que, desde hace ya décadas, predomina en la ciudadanía de las sociedades occidentales una sensación de inseguridad creciente, vinculada a una utilización expansiva del Derecho penal, y fomentada sin rubor por los medios de comunicación de masas a la hora de seleccionar sus contenidos (“agenda setting function”). Ello conduce a que la opinión pública exija respuestas inmediatas por parte del Estado, lo que deriva en políticas criminales que pueden ser calificadas dentro de un fenómeno de “nuevo” punitivismo y de populismo penal¹⁷.

Como consecuencia de esto, la pena que más se ha potenciado para satisfacer la demanda de seguridad ciudadana es la de prisión. Así, pues, se trataría de imponer a los delincuentes más cárcel y por más tiempo, extendiéndose la idea de que la prisión funciona, no como mecanismo de reeducación y reinserción social, sino como medio para la inocuización de delincuentes, que es precisamente lo que interesa conseguir¹⁸. Ahora bien, ¿cómo es posible que la sociedad demande un endurecimiento de las penas, si España es uno de los países de Europa con la tasa de delincuencia más baja y con el sistema penal más duro? Según JUANA-TEY DORADO¹⁹ esto es debido al ya aludido incremento de la sensación de inseguridad y a la consecuente preocupación de la opinión pública por el problema de la delincuencia, bajo la percepción, independiente de la evolución de la tasa de criminalidad, de que no funcionan las políticas de prevención de la delincuencia y de que existe una falta de confianza en la capacidad de los poderes públicos para abordar esta situación. De hecho, esa percepción lleva a la población a pensar que la delincuencia ha aumentado, cuando la realidad es que ha descendido²⁰.

delito como “enemigo del bien jurídico”. Si quiere consultarse una explicación sintética de la teoría del Profesor alemán, puede hacerse en Miró Llinares, F: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UMH*, núm. 1, 2006, pp. 135-136.

17. Sobre todo ello, véase RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “Los tópicos del Derecho penal de la postmodernidad y alcance del rol crítico de la doctrina especializada”, en *Argumenta Journal Law*, núm. 26, 2017, p. 81-144.
18. GONZÁLEZ COLLANTES, T. “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?”, en *ReCRIM*, núm. 9, 2013, p. 9.
19. JUANATEY DORADO, C., “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LXV, 2012, p. 133.
20. FUENTES OSORIO, J.L., “¿La botella medio llena o medio vacía?...”, *ob. cit.*, pp. 313-317.

Hay que añadir que, como dice MARTÍN ARAGÓN, la incidencia de los delitos seleccionados para serles impuestas la pena de prisión permanente revisable es mínima, pues, según los últimos datos que proporciona Instituciones Penitenciarias a enero de 2013 en su página web²¹, el 6,4% de los penados lo es por hechos relacionados con el homicidio y sus formas y el 5,4% por delitos contra la libertad sexual. El resto de los delitos seleccionados por el legislador para actuar con la máxima dureza punitiva ni siquiera aparecen en la estadística. A mayor abundamiento, si se observa la evolución de estas categorías delictivas en los últimos años, no se aprecian movimientos reseñables, oscilando los datos para los delitos de homicidio entre la cifra más baja de un 5% en 2009 a la más alta de 6,4% en 2013, y para los delitos contra la libertad sexual entre la más baja de un 5,4% en 2013 a la más alta con un 6,5% en 2011. Por tanto, estos delitos ni tienen una presencia alarmante, ni siquiera representativa, en el mundo penitenciario español, ni han experimentado un aumento en los últimos años²². No hay en términos absolutos un número importante de asesinatos ni tampoco ha habido un aumento significativo de los mismos en los últimos años. En lo que se refiere a los delitos de homicidio del Rey, la Reina, el Príncipe o la Princesa de Asturias, el homicidio del Jefe de Estado extranjero, los delitos de lesa humanidad y los delitos de genocidio, es puramente simbólico.

Y por último, con mención aparte, tampoco se encuentra explicación a la introducción de la pena de prisión permanente revisable para los delitos de terrorismo. Si bien durante años, nuestro país ha sufrido de manera permanente el terrorismo interno del grupo terrorista ETA, es curiosamente cuando el problema prácticamente ha desaparecido y la banda se encuentra técnicamente “en tregua permanente irreversible” y en la práctica extinguida (sin perpetrar además atentados mortales desde 2010)²³, cuando el Gobierno decidió incorporar la pena de prisión permanente revisable para este tipo de delitos (actualmente ha reafirmado el cese definitivo de las acciones violentas). Sí es cierto que desde el año 2001 ha crecido a nivel mundial el terrorismo inspirado en concepciones radicales del islamismo pero también es cierto que, en España, sus acciones lesivas no son comparables cuantitativamente a las que llevaba a cabo ETA.

21. [<http://www.institucionpenitenciaria.es/>].

22. MARTÍN ARAGÓN, M. M., “La prisión permanente revisable: un cuestión sin resolver”, AA. VV., *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. III Congreso Internacional de jóvenes investigadores en Ciencias Penales*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 428.

23. CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y...*, *ob. cit.*, p. 176.

3. LA INSTITUCIÓN DE LOS CRÍMENES HEDIONDOS Y SU DESARROLLO EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

Dando una panorámica cronológica general, hemos de comenzar exponiendo que la Ley de Crímenes Hediondos (o “Delitos Repugnantes”), Ley nº 8072 de 25 de julio de 1990, fue creada por el gobierno de Fernando Collor de Mello y constituyó un intento de responder a la violencia que aquejaba (y aqueja) al país.

No obstante, el origen de tal categoría delictiva se remonta a la Constitución de 1988, cuando, en el artículo 5, inciso XLIII, establece que “la ley considerará delitos no afianzables y no susceptibles de indulto o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas similares, el terrorismo y los definidos como crímenes hediondos, por los cuales responden los instigadores, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, se abstuvieran”.

Con este precedente, como decíamos, en 1990 llegó una lista detallada de crímenes hediondos en la que, junto a los constitucionalmente referidos, aparecerían, por ejemplo, los delitos de extorsión mediante secuestro, robo a mano armada (robo seguido de muerte) y la violación, tal y como veremos a continuación. La Ley, en su redacción original, negó a sus autores los beneficios del sistema de progresión, obligándolos a cumplir sus condenas en régimen completamente cerrado, excepto para el beneficio de la libertad condicional, exigiendo en este caso el cumplimiento de 2/3 de la condena.

La Ley fue modificada destacablemente en 1994 por la Ley nº 8.930. El cambio, como también veremos después, consistió en incluir el asesinato en primer grado como crimen hediondo. Es de destacar que esta reforma tuvo gran repercusión en los medios de comunicación, porque su proyecto fue impulsado por la novelista Glória Pérez, tras el asesinato de su hija (y actriz) Daniela Pérez dos años antes.

3.1. Consideraciones generales sobre la Ley de Crímenes Hediondos

Ya hemos visto que el art. 5, XLIII de la Carta Magna brasileña establece la tipificación de crímenes aberrantes y similares. Como hemos comentado con anterioridad, pues, la propia Constitución determina ya ciertos delitos que deben ser tratados como hediondos: *la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines y el terrorismo*. De este modo, fue el constituyente quien encargó al legislador infra-constitucional la tarea de definir lo que son estos delitos por la legislación específica. Esto es, el constituyente indicó la necesidad de un tratamiento diferenciado para los delitos que fueran considerados hediondos por

el legislador, junto a aquellos que ya fueron recogidos en el texto original de la Constitución, porque se consideran dignos de una represión más grave.

Nucci señala tres criterios para la clasificación de las conductas como crímenes hediondos: enumerativo; judicial subjetivo y legislativo definidor. El primero fue utilizado por la Ley nº 8.072/1990, que simplemente señala los delitos considerados hediondos, sin la necesidad de justificar los motivos y sin comprobar, en este caso, la gravedad real de conducta. Conforme al segundo criterio (la discreción judicial subjetiva) para saber si un crimen es hediondo, se debe dejar a la discreción del juez para definir los comportamientos hediondos en el análisis de casos concretos. Finalmente, el último criterio debe contar con una lista pre-establecida por el legislador, pero que tendría su hediondez confirmada en cada caso a través de un concepto establecido por el legislador²⁴.

Así, pues, conforme al criterio utilizado en Brasil, se permite la ampliación arbitraria del conjunto de crímenes hediondos por parte del legislador, sin necesidad de razones justificativas. Ejemplo de ello son los cambios en la legislación de los crímenes hediondos que vamos a comentar seguidamente. A pesar de ello, el Supremo Tribunal Federal, que es el principal tribunal de Brasil, entiende que el legislador establece los delitos considerados hediondos, no obstante lo cual el juez debe confirmar la hediondez del delito de que se trate en cada caso concreto. Ciertamente, muchos de los crímenes hediondos, en su formulación abstracta, se destacan entre todos los delitos del Código Penal y las leyes penales especiales, debido a las conductas tipificadas e intereses legalmente protegidos. Estos crímenes merecen, de hecho, un tratamiento penal más severo.

Conforme a lo expuesto, y tal y como establece el artículo 1 de la Ley nº 8.072/1990²⁵, se consideran crímenes hediondos los siguientes delitos, to-

24. NUCCI, G. de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 (3ª edición), pp. 600-601.

25. Art. 1º. “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV – extorsão mediante sequestro e

dos tipificados en el Código Penal (Decreto-Ley nº 2848 de 7 de diciembre de 1940), consumados o intentados: asesinato (Artículo 121.) Cuando se practica en la actividad típica de escuadrones de la muerte, incluso si es cometido por un solo agente, y homicidio agravado (artículo 121, § 2, I, II, III, IV, V, VI e VII.); lesión corporal dolosa de naturaleza gravísima y lesión corporal seguida de muerte (artículo 129, § 3), cuando se practican contra autoridad o agente de seguridad pública; atraco a mano armada; (artículo 157, § 3, in fine); extorsión calificada por la muerte (artículo 158, § 2.); secuestro y extorsión, con circunstancias calificativas; (artículo 159, caput y §§ 1, 2 y 3); violación (artículo 213, caput y §§ 1 y 2.); (Redacción modificada por la Ley nº 12.015, de 2009); violación a la vulnerables, (artículo 217-A, caput y §§ 1, 2, 3 y 4.) (Redacción modificada por la Ley nº 12.015, de 2009); epidemia, con resultado de muerte (artículo 267, § 1); falsificación, corrupción, falsificación o cambio de producto para los fines terapéuticos o medicinales (artículo 273, caput y el § 1, § 1 -A y -B § 1, modificada por la Ley nº 9677, de 2 de julio de 1998); crimen de genocidio previsto en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley nº 2.889, de 1 de octubre de 1956 (el único delito que no está bajo el Código Penal), la cual es resultado de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, celebrado en París en el 11 de diciembre de 1948, que fue ratificado por el Decreto nº 30.822, de 6 de mayo, 1952²⁶ y la posesión o el porte ilegal de armas de fuego de uso restringido (art. 16 de la Ley nº 10.826, de 22 de diciembre de 2003).

na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); V – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A – (Vetado); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998). VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º). Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados”.

26. Según Leila Hassem da Ponte, “no es solamente la Ley nº 2.889/1956 la que regula el delito de genocidio. De hecho, en el ámbito interno, el delito de genocidio está previsto en dos cuerpos legales: en la Ley nº 2.889/1956, como se ha mencionado, y en el art. 208 del Código Penal Militar (Decreto-Ley nº 1.001/1969), que prevé el delito de genocidio realizado por militar en tiempo de paz, y en los arts. 401 e 402 del mismo cuerpo legal, que regulan el delito de genocidio realizado por militar en tiempo de guerra” (DA PONTE, L. Hassem, *Genocídio*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 66).

Sin embargo, si buscamos la redacción original de la Ley nº 8.072/1990, no se encuentra el homicidio calificado (art. 121, § 2 del Código Penal) que, por supuesto, tiene todos los ingredientes para unirse a la lista de crímenes hediondos²⁷, como de hecho ocurrió mediante la Ley nº 8.930 de 6 de septiembre de 1994²⁸.

Como se advertía anteriormente, el cambio en concreto fue promovido por el asesinato de una actriz, vinculada a los medios de comunicación e hija de una famosa escritora, lo que provocó, en palabras de DA PONTE, una “sensible conmoción social”²⁹. Como apunta este autor, la técnica empleada por el legislador “fue la peor posible”, consistente en no incluir el asesinato como un crimen hediondo, sino sólo el asesinato calificado y el homicidio simple, cuando fuera practicado en “actividad típica de escuadrones de la muerte [grupo de exterminio], incluso cuando fuera cometido por un solo agente”. A la vez, el legislador eliminó de la lista de los crímenes hediondos el envenenamiento de agua, bebida, alimento o sustancia medicinal, calificado por la muerte. En este sentido, el propio DA PONTE afirma que es “difícil de entender la lógica diseñada” por el legislador, y cita para ello el siguiente ejemplo paradójico: una persona que mata a un solo individuo con el empleo de veneno (Art. 121, § 2, III, del Código Penal) comete un crimen hediondo, pero quien pone veneno en el tanque de agua de una ciudad, matando a muchos habitantes, encuentra que su conducta no puede ser considerada como hedionda³⁰.

27. No podemos dejar de recordar el pasaje de Nelson Hungria, que definía el delito de homicidio como el “delito por excelencia”: “El homicidio es el tipo central de los delitos contra la vida y es el punto culminante de la orografía de los delitos. *Es el delito por excelencia*. Es el paradigma de la delincuencia violenta y sanguinaria, que representa una especie de vuelta atávica a la antigüedad, en que en la lucha por la vida, presumiblemente, se utilizaban normalmente medios brutales y animalescos. Es la más chocante violación del sentido moral en el marco de la humanidad civilizada” – el subrayado es añadido a la cita – (HUNGRIA, N., *Comentários ao Código Penal*, v. 5. Arts. 121 a 136, Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 25).

28. Como apunta FRANCO, “las matanzas de Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, junto al asesinato de la artista de televisión, Daniela Perez, ofrecieron el telón de fondo necesario para que los medios de comunicación iniciaran una amplia e intensa campaña con el objetivo de incluir el delito de homicidio la categoría de crímenes hediondos”. Así, la Ley nº 8.930/1994 fue el producto final de la presión dirigida al Congreso Nacional por los medios de comunicación (FRANCO, A. Silva, *Crimes hediondos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005 (5ª edición), pp. 108-109).

29. DA PONTE, A.C., *Crimes eleitorais*, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 155.

30. DA PONTE, A.C., *Crimes eleitorais*, *ob. cit.*, p. 155.

Pero eso no es todo. La Ley nº 9.677, de 2 de julio de 1998, modificó disposiciones del Capítulo III, Título VIII, del Código Penal, en particular el artículo 273 de dicho cuerpo normativo. El cambio fue debido al denominado escándalo de las “píldoras de harina”, en el que varias mujeres se quedaron embarazadas, pese al uso regular de medios anticonceptivos. Pronto se descubrió que había una extensa lista de medicamentos falsificados e ineficaces para los tratamientos que se proponían, incluso para casos de cáncer, poniendo en peligro así la salud de la población. Debido a la gran repercusión del caso, el legislador impuso una pena severa para esto tipo penal, por lo que la prisión, que anteriormente era de uno a tres años, pasó de diez a quince años. Ello se unió a la severidad de las sanciones que se incluyeron en el párrafo 1-A, en el art. 273 del Código Penal, que prevé la realización de la falsificación de medicamentos, materias primas, materias primas farmacéuticas, cosméticos, productos de limpieza y su uso en el diagnóstico. En estos casos, quien falsifica, por ejemplo, desinfectantes, o cosméticos, se encuentran con que dicha conducta penal es conminada a las mismas penas mencionadas anteriormente.

No satisfecho con ello, y es por esto por lo que traíamos el caso a colación, el 20 de agosto de 1998, menos de dos meses después de la modificación del art. 273 del Código Penal que acabamos de exponer, el Congreso Nacional aprobó la Ley nº 9.695, que modifica la Ley de Crímenes Hediondos, incluyendo los artículos 1A y 1B en dicha categoría. Como afirma DA PONTE, “la modificación introducida demuestra ausencia de criterio y, de manera absolutamente incoherente, resulta que una orden constitucional de penalización puede ser tratada, sirviendo como un objeto de manipulación momentánea por parte de un legislador ordinario sin preparación, ansioso de luchar contra la delincuencia a través de medidas paliativas y electoralistas, no con políticas de Estado”³¹.

De esta manera y una vez más, como destaca FRANCO, la “Ley Penal fue llamada a ejercer sus poderes mágicos”³², como si la creación de un delito o el clasificar o etiquetar un delito como crimen hediondo convirtiera todo en más eficiente. Es evidente que el simbolismo generado por la inclusión de un determinado comportamiento en la lista de crímenes hediondos se utiliza como una forma de respuesta a la sociedad, promoviendo la falsa idea de seguridad y de que así el problema queda solucionado³³. La problemática jurídica que nos encontra-

31. DA PONTE, A.C., *Crimes eleitorais*, ob. cit., p. 156.

32. FRANCO, A. Silva, *Crimes hediondos*, ob. cit., p. 110.

33. El editorial del “Jornal Estado de São Paulo”, del 2 de julio de 1998, analizó el proyecto aprobado por el Congreso Nacional, que equiparó la falsificación de medicamentos a

mos, pues, es que el legislador ha cumplido el mandato constitucional de penalización relacionado con los crímenes hediondos, pero lo que la mayor parte de la doctrina se pregunta es qué criterios han sido y son utilizados para la elección de tales conductas consideradas hediondas.

Recientemente se han introducido dos nuevas circunstancias calificativas en el delito de asesinato, sobre todo teniendo en cuenta la condición de la víctima. La primera, a través de la Ley nº 13.104, de 9 de marzo de 2015³⁴, es la figura llamada “feminicídio”, castigando más severamente el delito cometido contra la mujer por razones de género. El otro cambio, mediante la Lei n. 13.142, de 6 de julio de 2015³⁵, se ha referido a los homicidios cometidos en contra de las fuerzas de seguridad, en particular la policía y los funcionarios de prisiones. En definitiva, además de calificar el delito de asesinato bajo estas circunstancias, la misma Ley en cuestión también ha calificado tales comportamientos como crímenes hediondos, modificando para ello el art. 1º de la Ley nº 8.072/1990.

3.2. *Las conductas equivalentes de la Constitución Federal brasileña*

Dejando ahora de lado la Ley nº 8.072/1990, y retomando el artículo 5, inciso XLIII de la Constitución Federal, tenemos las *conductas tratadas como crimen*

los crímenes hediondos, con la siguiente manifestación: “Todo indica que el gobierno está realmente empeñado en descubrir las vías por las cuales los medicamentos falsificados llegan al público”. Aquí tenemos la exacta comprensión de que el simbolismo promovido por la posibilidad de imposición de pena, junto al discurso del delito, como remedio a todos los males que aquejan a la sociedad. No sorprende que la criminalización de conductas, sin ninguna ponderación axiológica, tenga lugar para cumplir con fines ajenos a la política criminal. En palabras de Leonardo SICA, “el simbolismo privilegia a la prisión que, no obstante, esconde los defectos estructurales del sistema e impide la investigación de alternativas penales que puedan discutir los defectos de ese sistema” (SICA, L., *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 75).

34. Dicha Ley incluyó el inciso VI en el parágrafo 2º del art. 121, con la siguiente redacción: “VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. Además de eso, el parágrafo 2º-A, “Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.
35. Tal norma ha incluido el inciso VII, en el mismo parágrafo 2º del art. 121, con la siguiente redacción: “VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição”.

hediondo por parte del constituyente, que son la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas similares, y el terrorismo.

En primer lugar, en cuanto al *delito de tortura*, se menciona en otra disposición constitucional (el inciso III del mismo artículo 5) que “nadie será sometido a torturas a tratos inhumanos ni degradantes”. De ahí se deriva su regulación legal conforme a la Ley nº 9.455 del 7 de abril de 1997³⁶. Antes de la creación de dicha Ley, apunta Possas que la tortura podía ser penalizada por delitos menos graves, como lesiones, malos tratos y abuso de autoridad³⁷, pero que la protección ofrecida a través de tales tipos penales no era suficiente. Un hecho provocó la aceleración en la tramitación del proyecto que originó la mencionada Ley nº 9.455/1997: una actuación arbitraria cometida por la policía en la Favela Naval en Diadema, São Paulo, en marzo de 1997. En este episodio, la policía militar fue filmada torturando a los residentes en un ataque llevado a cabo en una de las vías de acceso de la comunidad; en uno de los disparos, un policía ejecutó al pasajero de un coche con un tiro en la nuca. Este hecho reavivó el debate sobre el tema y, en menos de un mes, se aprobó la Ley sobre la Tortura³⁸. Además, en ese proceso de elaboración a toda prisa, DA PONTE cree que la penalización de la tortura fue presentada por el legislador más allá de los estándares internacionales en la materia, tales como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada por la Resolución nº 39/46 de la Asamblea General de la ONU en 1984³⁹, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴⁰ y el Estatuto de Roma⁴¹.

36. Dispone el art. 1º de la Ley nº 9.455/1997, que constituye delito de tortura: “I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena – reclusão, de dois a oito anos”.

37. POSSAS, M. Thorstensen, “Os discursos paradoxais sobre a tortura no Brasil: reflexões a partir da criação da Lei n. 9455/97”, en Cardia, N. y Astolfi, R. (Coords.), *Tortura na Era dos Direitos Humanos*, EDUSP, São Paulo, 2014.

38. FRANCO, A. Silva, *Crimes hediondos*, ob. cit., p. 122.

39. El art. 1º de la Resolución nº 39/46, tiene la siguiente redacción: “Artigo 1º – Para fins da presente Convenção, o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou

En segundo lugar, el *delito de tráfico ilícito de drogas* se rige actualmente por la Ley nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que regula todo el tratamiento penal y procesal penal del tema. En esa ley, el delito de tráfico está tipificado en el artículo 33, “caput” y § 1⁴².

coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo”.

40. Establece el art. 2º de la Convención Interamericana: “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidad da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão comprendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo”.
41. Según el Estatuto de Roma, regulado por el Decreto nº 4.388, de 25 de septiembre de 2002, el delito de tortura es clasificado como delito contra la humanidad (art. 7º, tópico 1, línea “f”). Así, el tópico 2, línea “e”, define así el delito de tortura: “Por ‘tortura’ entiende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas”.
42. Dispone el art. 33 de la Ley de Drogas: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a

Además de la conducta principal de tráfico, también se encuentran en los artículos 34⁴³ y 36⁴⁴ comportamientos clasificados como crímenes hediondos. En este punto, la Ley n° 11.343/2006 sigue la tendencia mundial de desarrollar acciones para combatir y castigar el tráfico de drogas. Esta postura de afrontamiento contra el tráfico de drogas se produce a partir de las Ordenanzas de Filipinas (1603), donde ya se considera delito llevar a cabo conductas como poseer, usar o vender sustancias tóxicas, lo cual fue confirmado en la legislación posterior hasta hoy.

A diferencia de otras legislaciones, la actual Ley de Drogas brasileña tiene un enfoque diferente para el distribuidor/traficante y el individuo que fue sorprendido con drogas para el consumo personal o autoconsumo. Para el primero, el castigo es severo, con diversas restricciones a beneficios procesales penales y criminales. Para el individuo que solamente consume, es posible una despenalización, con la imposición de medidas alternativas a la prisión.

En la Constitución, encontramos otras referencias para combatir el tráfico de drogas. En primer lugar, la atribución de la Policía Federal, en el art. 144, § 1, II, para “prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas similares”. En el art. 5, LI de la Carta Magna se permite la extradición del brasileño naturalizado en el caso de “participación probada en el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas similares”. Y, finalmente, el artículo 243 prevé la expropiación de tierras que hayan sido utilizadas para el cultivo de drogas.

Finalmente, en tercer lugar, nos toca referirnos al *delito de terrorismo*. Después de casi treinta años de la Constitución Federal de 5 de octubre de 1988, la Ley n° 13.260, de 16 de marzo, 2016, fue la encargada de regular el mandato

propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. [...]”.

43. Art. 34. “Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa”.
44. Art. 36. “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”.

constitucional para la penalización del terrorismo. La nueva legislación al respecto pretende definir qué se entiende por terrorismo, tipificando su conducta, además de tratar los dispositivos relacionados con la investigación y otros aspectos de procedimiento.

El proyecto de tal Ley entro en la agenda política por la necesidad de un tratamiento específico para reemplazar la previsión genérica del art. 20 de la Ley nº 7.170/1983, por las diferentes recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) y el Consejo de Seguridad de la ONU (para que los países pusieran en marcha mecanismos que prohibiesen la financiación de organizaciones terroristas) y, finalmente, por los compromisos adquiridos por Brasil en torno a la represión el terrorismo, así como por la organización de los Juegos Olímpicos en la ciudad de Río de Janeiro. Ello teniendo en cuenta adicionalmente, por otra parte, que, según un estudio realizado por la Base de Datos Global de Terrorismo – GTD, en 2015, Brasil se ubicó como 74º país en el mundo en el que existía posibilidad de ataques terroristas, entre los 124 evaluados por la encuesta. La combinación de estos factores fue crucial, por tanto, para que fuese aprobada en Brasil una legislación específica para proporcionar las herramientas más eficaces en orden a prevenir, combatir y reprimir los actos de terrorismo.

4. CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto respecto al caso español, se puede concluir que la introducción de la pena de prisión permanente revisable no está justificada al no haberse producido un incremento de los delitos a los que se aplica, sino más bien lo contrario. Ello por no mencionar que muchos de ellos son prácticamente inexistentes en la realidad criminológica española, de modo que podemos estar hablando perfectamente de la utilización de una suerte de “Derecho penal simbólico” con la implementación de tal pena. Eso mismo se puede predicar del caso brasileño y de esos pretendidos “efectos mágicos”, a los que anteriormente aludíamos citando a FRANCO, buscados con la inclusión de nuevos delitos como crímenes hediondos.

En ambos casos se puede observar, pues, que el Derecho penal sufre, sobre todo en los últimos años, una gran presión ejercida por los medios de comunicación para que las penas sean más graves, para que más gente ingrese en prisión. No obstante, la doctrina especializada en el estudio de los derechos humanos, de los derechos fundamentales y, principalmente, del Derecho penal, alberga muchísimas dudas sobre la existencia de una efectiva relación entre el endurecimiento del Derecho penal y la reducción de la violencia.

Es por ello que, instituciones como las que hemos explicado en el presente trabajo, no garantizan en absoluto una prevención de los comportamientos violentos, sino que tal objetivo se debe lograr a través de políticas legislativas racionales y onmicomprensivas de los fenómenos delictivos que pretenden evitar o, como mínimo, reducir. Para ello no basta con reformas legislativas de la Ley Penal que busquen satisfacer a una opinión pública no suficientemente informada, sino que son precisas intervenciones multidisciplinares por parte de los poderes públicos, analizando ponderada y racionalmente tales fenómenos mediante las herramientas metodológicas que, sin ir más lejos, ofrece la Criminología, la cual aúna las aportaciones de otras Ciencias, como la Psicología, la Sociología, la Estadística, la Antropología, etc., en el estudio del delito, el delincuente, la víctima y los medios de control social⁴⁵. Es ésta la senda, y no otra, que ha de seguir todo legislador de un Estado social y democrático que se precie de serlo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIÁ, M., “La pena de cadena perpetua (‘prisión permanente revisable’) en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 8.175, 2013.
- CASTILLO FELIPE, R., “Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable”, en *La Ley Penal*, núm. 115, 2015.
- CERVELLO DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable. Actualizado con la L.O. 1/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CUERDA RIEZU, A.R., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011.
- DA PONTE, A. C., *Crimes eleitorais*, Saraiva, São Paulo, 2008.
- DA PONTE, L. Hassem, *Genocídio*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2013.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- FRANCO, A. Silva, *Crimes hediondos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005 (5ª edición).

45. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Origen y delimitación conceptual y científica de la Criminología”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 101, 2010, pp. 43-72.

- FUENTES OSORIO, J. L., “¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21, 2014.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T. “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?”, en *ReCRIM*, núm. 9, 2013.
- HUNGRIA, N., *Comentários ao Código Penal*, v. 5. Arts. 121 a 136, Forense, Rio de Janeiro, 1958.
- JAÉN VALLEJO, M., “Prisión permanente revisable”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 35, 2013.
- JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (traducido por Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JUANATEY DORADO, C., “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LXV, 2012.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2015.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; ARROYO ZAPATERO, L.; DE LEÓN VILLALBA, F. J.; MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en RODRIGUEZ YAGÜE, C (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- MARTÍN ARAGÓN, M. M., “La prisión permanente revisable: un cuestión sin resolver”, AA. VV., *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. III Congreso Internacional de jóvenes investigadores en Ciencias Penales*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- MIRÓ LLINARES, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UMH*, núm. 1, 2006.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “Origen y delimitación conceptual y científica de la Criminología”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 101, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (20ª edición).
- NUCCI, G. de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 (3ª edición).
- POSSAS, M. Thorstensen, “Os discursos paradoxais sobre a tortura no Brasil: reflexões a partir da criação da Lei n. 9455/97”, en Cardia, N. y Astolfi, R. (Coords.), *Tortura na Era dos Direitos Humanos*, EDUSP, São Paulo, 2014.

- RÍOSMARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Dakoa, Donostia/San Sebastián, 2013.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “Los tópicos del Derecho penal de la postmodernidad y alcance del rol crítico de la doctrina especializada”, en *Argumenta Journal Law*, núm. 26, 2017.
- ROIG TORRES, M., “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La ‘prisión permanente revisable’ a examen”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 111, 2013.
- RUBIO LARA, P. A., “Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2016.
- SÁNCHEZ ROBERT, M^a. J., “La prisión permanente revisable en las legislaciones española y alemana. Análisis comparativo”, en *Anales de Derecho*, núm. 1, 2016.
- SICA, L., *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Os modelos de tribunal do júri no direito brasileiro e comparado, de Ionilton Pereira do Vale – RT 994/97-130 (DTR\2018\18311);
- Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el anteproyecto de código penal español de 1992, de Bernardo Del Rosal Blasco – RBCCrim 4/7-18 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/257 (DTR\1993\733); e
- Política penal espanhola nos últimos anos, de Luiz Flávio Gomes – RT 684/286-293 (DTR\1992\492).

O GARANTISMO E A ACADEMIA: ESBOÇO DE UMA CRÍTICA AO "GARANTISMO INTEGRAL" (EM NOME DA SUPERAÇÃO CRIATIVA DE CÂNONES TEÓRICOS) OU ALGO SOBRE CRISE, COMPROMISSO E RESISTÊNCIA

THE GUARANTEES THEORY AND THE ACADEMY: OUTLINE OF A CRITICAL TO "INTEGRAL GUARANTEES THEORY" (IN THE NAME OF CRIATIVE OVERCOMING OF THEORETICAL CANONS) OR SOMETHING ABOUT CRISIS, COMMITMENT AND RESISTANCE

BRYAN ALVES DEVOS

Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG).
Bacharel em Direito pela FURG. Professor substituto de Direito Penal II da FURG. Advogado.
bryandeivos.adv@gmail.com

SALAH HASSAN KHALED JR.

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Palestrante.
prof_salah@terra.com.br

Recebido em: 09.04.2018

Aprovado em: 28.11.2018

Última versão dos autores: 03.12.2018

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia

RESUMO: O texto aborda a trajetória da teoria garantista na circunscrição nacional enfocando três momentos decisivos. Em primeiro lugar, descreve a recepção da teoria por seus primeiros entusiastas, assim como os termos em que tal recepção teria sido levada a cabo, bem como as críticas sofridas. Em um segundo momento, descreve o desencanto teórico desses entusiastas originais, ante as insuficiências que a teoria trazia originalmente. Por fim, descreve a retomada

ABSTRACT: The text approaches the trajectory of the guarantee theory in the Brazilian national legal context focusing on three decisive moments. First, one describes the reception of the theory by its early enthusiasts, as well as the terms in which this reception was carried out and the criticisms it endured. Secondly, one describes the disenchantment of these original enthusiasts with the theory, for its then perceived inadequacies. Finally, one describes the revival of the

do ideal garantista por novos adeptos assim como o seu esforço de diferenciação com relação às primeiras leituras do garantismo, consideradas parciais e não "integrais". Argumenta-se que a narrativa jurídico-penal é um constructo inacabado, necessitando de um direcionamento comprometido com a realidade social periférica latino-americana, o que implica rejeitar idealismos contidos tanto na origem da teoria garantista quanto em tentativas de adaptação que tendam a incrementar o poder punitivo.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo integral – Criminologia – Neopunitivismo – Resistência – Academia.

guarantee ideal by new adepts as well as their effort to differentiate their understanding of this theory from that of the first enthusiasts (which they considered to be partial and not "comprehensive"). One then argues that the criminal-legal narrative in this context is an unfinished construct that ought to be guided in view of the peripheral social reality of Latin America, which implies rejecting idealisms contained both in the origin of the guarantee theory and in adaptation attempts that tend to increase the punitive power.

KEYWORDS: Comprehensive guarantees theory – Criminology – Neopunitivism – Resistance – Academy.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a turbulenta recepção de uma teoria. 2. Os primeiros intentos de superação criativa: um necessário desencanto. 3. O garantismo integral no divã: crítica à subserviência teórica. 4. Por um garantismo de resistência emancipatória. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Uma imagem instantânea, congelada à luz do relâmpago,
uma coluna negra como tinta que se alçava e sumia no
espaço onde os olhos não alcançavam.
Mathilda.
Não é possível.
Um furacão – sim.
Um tornado – impossível.
Granada não está situada numa zona de tornados.
Uma megatempestade maluca numa zona em que supostamente
não se formam tornados.
Tornados não se formam no mar.
Ei, tem um erro científico aí!
Coisa de louco, essa história.

(*A garota que brincava com fogo* – Stieg Larsson)

1. INTRODUÇÃO: A TURBULENTA RECEPÇÃO DE UMA TEORIA

É um exercício fascinante discutir, mesmo que brevemente, as aventuras – e desventuras – do garantismo jurídico-penal na circunscrição nacional. Trata-se de um surpreendente processo de recepção, apropriação, adaptação e

readaptação de uma teoria desenvolvida para uma realidade completamente distinta da nossa e que revela muito sobre a postura utilitária que governa as escolhas conceituais de muitos atores jurídicos brasileiros.

Tivemos a oportunidade de acompanhar no início do milênio o entusiasmo com que foi recebida por professores brasileiros a obra *Direito e razão*, de Luigi Ferrajoli¹. Os motivos para comemorar eram muitos: a obra efetivamente representava, naquele momento, um sopro de esperança significativo. O garantismo de Ferrajoli sistematizava grande parte dos postulados do Direito Penal e Processual Penal de forma consistente e poderosa, podendo até hoje ser considerado como o produto mais acabado da tradição moderna (oitocentista) do conhecimento jurídico no âmbito da questão penal. Certamente havia muito a descobrir – e redescobrir – na obra. Em inúmeros outros recantos do país, células de resistência garantista brotaram rapidamente, desde alguns centros acadêmicos, mas efetivamente conquistando certa penetração (muito aquém do devido, cumpre observar) em outras instituições, especialmente alguns setores do Poder Judiciário². Diante do deserto conceitual que caracterizava a manualística brasileira da época – com raras exceções – a obra representava praticamente um arsenal de guerrilha para hostilizar o poder punitivo.

Muitas grandes obras do período, hoje consideradas clássicas nos campos do Direito Penal³ e Processual Penal⁴, ou mesmo no estudo dos direitos fundamentais após a Constituição Federal de 1988⁵, orgulhosamente ostentavam o estandarte do garantismo e demonstravam sem receios a matriz teórica da qual os autores partiam. Tratava-se, antes de tudo, de um projeto de renovação do saber e da práxis jurídicos na esteira da efetividade de direitos histórica e sistematicamente desrespeitados, sobretudo pelos poderes instituídos e seus atores. O

-
1. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
 2. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, podemos destacar a atuação comprometida de desembargadores como Amilton Bueno de Carvalho. Uma compilação contendo alguns de seus votos mais memoráveis – em que a predileção teórica do autor já se constata no próprio título – pode ser encontrada na obra *Garantismo penal aplicado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
 3. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
 4. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade de garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
 5. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

entusiasmo dos primeiros adeptos brasileiros do garantismo era condizente com um cenário de apatia teórica diante do preocupante avanço de um neopunitivismo que tinha no encarceramento massivo seu epicentro, uma espécie de prêmio de consolação pela frustração cada vez mais evidente do projeto de bem-estar constitucional – e nisso, é claro, o Brasil pouco diferia de outras nações⁶, apesar de manter determinadas peculiaridades.

No entanto, quem conhece minimamente essa história sabe que o “Império” contra-atacou. Não tardou para que uma campanha massiva fosse deflagrada contra o garantismo pelos punitivistas de plantão. O processo de estigmatização foi tão intenso e bem-sucedido que a expressão rapidamente adquiriu conotação pejorativa: a etiqueta “garantista” foi distribuída em grande escala e “garantistas” e “não garantistas” simpatizantes da teoria e comprometidos com a contenção do poder punitivo foram sumariamente rotulados e desclassificados. É interessante perceber que o traço mais ardiloso da escalada dessa campanha de pânico moral teórico⁷ certamente reside no fato de que o garantismo penal não foi atacado devido aos seus problemas (que existem e não são poucos, como demonstraremos), mas precisamente pelo potencial deslegitimante que projetava sobre o cenário genocida que ainda hoje caracteriza todo o circuito punitivo formal: da investigação preliminar à execução da pena, o garantismo de Ferrajoli trouxe para os conformistas de sempre o inconveniente de ter de fundamentar

6. Sobre o avanço do discurso neopunitivo como corolário do retrocesso dos modelos de bem-estar social, o argumento que talvez mais tenha se destacado é o de Loïc Wacquant. Para o autor, o menos Estado social, isto é, o discurso de austeridade neoliberal que buscou retirar do Estado responsabilidades consagradas no campo dos direitos sociais, só poderia ser complementado com o mais Estado penal, ou seja, o recrudescimento punitivo disciplinar que procurou submeter as populações descontentes ao “consenso de Washington” (cf. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, *passim*).

7. Ao que nos parece, a atitude conservadora dos teóricos que não hesitaram em hostilizar o modelo ferrajoliano não está tão distante da ideia associada ao conceito de pânico moral – e eles próprios talvez possam ser descritos como um tipo peculiar de empreendedores morais (para uma definição desses conceitos, cf. BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 153 e ss.) –, ainda que não pretenda incidir diretamente nos processos de criminalização, mas sim no papel (passivo) dos juristas ante tais processos. Está claro que a adoção/rejeição de um aporte teórico não está alheia às opções político-criminais que se revelam historicamente. Exemplos disso não faltam e não nos cabe aqui listá-los. Como ficará claro, ao fim e ao cabo os rumos da teoria ferrajoliana em terras brasileiras não admitem uma análise apartada do neopunitivismo que traduz nossa realidade.

uma realidade operacional punitiva em absoluta desconformidade com quaisquer critérios democráticos que pretensamente deveriam governar o sistema penal, e por isso sofreu toda espécie de retaliações. Sem que fizessem uso de explicações minimamente sofisticadas, as vozes engajadas, conscientemente ou não, no projeto de extermínio de vulneráveis logo reagiram e, assim, garantismo e impunidade rapidamente tornaram-se sinônimos para muitos adeptos do senso comum jurídico⁸.

Com certeza, todos que viveram essa época se recordam de frases como “esse é mais um daqueles garantistas”, o que indicava um discurso a ser evitado, repudiado e, no limite, confrontado. O processo de satanização foi tão bem-sucedido que a simples utilização da nomenclatura “juiz de garantias” no projeto do novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009) possivelmente sepultará a ideia, o que demonstra que para muitas pessoas o legado de Ferrajoli se tornou objeto de desprezo. Referir o garantismo passou a ser um equívoco estratégico, ou seja, quase que uma garantia – o leitor nos perdoará o trocadilho – de derrota em várias instâncias do campo jurídico, sem contar o isolamento teórico e a marginalização profissional.

Não nutrimos ilusões românticas quanto ao papel deslegitimante efetivamente desempenhado pelo garantismo de Ferrajoli. Em primeiro lugar, porque, como dito, a adesão à teoria sempre foi muito precária, resumindo-se a audácia de alguns atores jurídicos mais corajosos e comprometidos com os direitos fundamentais. Em segundo lugar, porque, afinal, na América Latina sempre se soube da ilegitimidade do sistema penal, eis que a desconformidade entre nosso aparato punitivo, a programação criminalizante e os marcos éticos e jus-humanistas impostos pela Constituição e os diversos tratados de direitos fundamentais dos quais o Brasil é signatário, sempre esteve bastante evidente⁹. Mas é fato que o garantismo gerou *algum desconforto*. E o desconforto gerou represálias. No presente texto, abordaremos os rumos e as mutações discursivas do garantismo penal no Brasil, objetivando uma revisão de seus postulados em nome das neces-

8. Utilizamos a expressão no sentido que lhe emprega Luiz Alberto Warat ao tentar trazer à superfície a dimensão ideológica inerente a certas “verdades” jurídicas. Para o autor, o senso comum teórico traduz determinadas condições implícitas de produção, circulação e consumo dessas verdades de modo a constituir um campo de significado partilhado pelos atores jurídicos (WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994. v. I. p. 13-14).

9. Nesse sentido, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, *passim*.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 153. ano 27. p. 65-106. São Paulo: Ed. RT, março 2019.

sidades específicas que o cenário nacional demanda da teoria em questão. Faremos uso do método dedutivo, através de uma abrangente revisão bibliográfica.

2. OS PRIMEIROS INTENTOS DE SUPERAÇÃO CRIATIVA: UM NECESSÁRIO DESENCANTO

A história poderia acabar aqui, mas o relato da recepção do garantismo no Brasil comporta uma reviravolta digna dos melhores roteiros de Hollywood. De fato, se estivéssemos tratando de uma produção cinematográfica, esse ato teria um daqueles títulos enigmáticos, algo como “O inadiável desencanto”. Ocorre que, com o passar dos anos, grande parte dos autores que haviam abraçado a teoria na primeira década do milênio começaram a pensar para além dos seus marcos filosóficos. E isso, pode-se dizer, ironicamente não parece guardar relação alguma com o processo de estigmatização a que ela foi submetida: decorreu, isto sim, da percepção de inúmeras insuficiências da própria teoria, por parte de muitos dos entusiastas originais. Sem pretensão de taxatividade e em apertada síntese, podemos citar algumas dessas incongruências:

- a) O fato de se tratar de uma teoria essencialmente moderna¹⁰, o que significa dizer que o garantismo é demasiadamente dependente de uma série de

10. Sem embargo de outras leituras, nos valem aqui da caracterização fornecida por Boaventura de Sousa Santos, para quem a modernidade pode ser descrita como um empreendimento de gestão da tensão dialética entre os pilares da *regulação* e da *emancipação* social (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 50). Nesse sentido, para o autor, atualmente estaríamos testemunhando a absorção do pilar da emancipação pelo da regulação, ou seja, a emancipação deixa de ser o outro da regulação e se torna o seu *duplo*. Como, segundo o autor, o empreendimento reconstutivo que procura gerir essa tensão foi confiado à ciência e ao direito moderno (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 55 e ss.), não é exagero considerar que as teorias jurídicas desempenham um papel relevante no trato dessa questão. Coube-lhes a tarefa de reequilibrar ambos os pilares em situações de desnivelamento. Nesse sentido, o garantismo ferrajoliano talvez tenha sido o último grande esforço teórico de reequilíbrio reconstutivo, intuindo harmonizar, mais uma vez, os pilares da emancipação e da regulação no debate acerca da questão penal. Notamos aí um dos “pecados originais” da tese ferrajoliana, pois estamos de acordo com Santos quando afirma que, nessa etapa de transição que atravessamos, a saída não pode ser de simples reequilíbrio desses polos, mas sim um projeto predominantemente emancipatório, do contrário não será possível reverter o quadro de dominação regulatória em que recaiu a modernidade a partir do século XIX (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 78).

conceitos e premissas que remetem a um paradigma cultural, político e epistêmico cujo prazo de validade já prescreveu;

b) A adoção de um conceito de verdade como correspondência – de Tarski – que é insuficiente para o processo penal e capacita delírios inquisitórios, apesar de Ferrajoli não admitir que o juiz interfira na gestão da prova¹¹;

c) Uma visão absolutamente ingênua acerca da história das penas e das ideologias penais, que glorifica a apropriação da justiça – ou dos mecanismos de resolução de conflitos – pelo Estado como negação da violência privada¹², leitura que a historiografia contemporânea desqualifica completamente¹³;

11. E nisso o autor se diferencia virtuosamente de outros nomes associados à discussão sobre a produção da verdade no processo penal. Para um aprofundamento da questão, Cf. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
12. Segundo aduz Ferrajoli, “historicamente, o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*, em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la”, ou seja, “a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 309-310).
13. Larrauri, por exemplo, deixa claro que não compartilha da análise histórica contida na obra de Ferrajoli, no que se refere à transição para a modernidade penal, que para o autor significaria a troca de um sistema de “vingança privada” em favor de uma “pena pública”, ditada pelas opções axiológicas do garantismo-utilitarismo ilustrado. Contrariando o consenso iluminista, a autora demonstra que a própria ideia de que a chamada “vingança privada” significaria apenas um conjunto de respostas punitivas sangrentas, proscritas a partir da era moderna, se afigura simplista e não condiz com um juízo histórico complexo. Conforme a autora, equiparar as penas privadas às “vinganças de sangue” é um equívoco histórico, já que a possibilidade de matar o ofensor não era a única opção do catálogo de penas dos tempos pré-modernos (inclusive era proibida dependendo da natureza da ofensa e da envergadura social do ofensor), havendo possibilidades reparatórias e compensatórias que não chegam a ser consideradas seriamente por Ferrajoli. Para a autora, a presunção de Ferrajoli de que a troca da “vingança privada” para a “pena pública” – e inclusive a insistência do autor em separar a todo custo essas duas categorias, fazendo apologia da segunda como se representasse a superação inegável da primeira – significou uma diminuição da violência e um progresso na racionalização das práticas punitivas é no mínimo questionável. Nesse sentido, argumenta Larrauri, é mais pertinente reconhecer que em ambos os casos o que se vislumbra são respostas mais ou menos brutais a depender do contexto sociopolítico e não do titular do exercício punitivo. Em suma: o Estado, mesmo praticando a pena pública, consegue por vezes superar os índices de brutalidade da imaginação punitiva pré-moderna, levando a cabo atrocidades impensáveis em escala simplesmente impossível, mesmo para o mais feroz vingador pré-moderno (LARRAURI, Elena. *Criminologia*

- d) A adoção de uma teoria de legitimação da pena – o *utilitarismo reformado* – que não escapa da crença na bondade do poder punitivo, embora Ferrajoli não possa exatamente ser considerado um devoto dessa religião;
- e) A blindagem metodológica fornecida pela “Lei de Hume”, o que, em determinados casos, torna seu modelo (prescritivo, relativo ao “dever ser”) potencialmente impermeável por argumentos (descritivos, relativos ao “ser”) oriundos de outros saberes, especialmente das criminologias críticas.

Poderíamos tecer mais algumas críticas, mas isso extrapolaria os limites dessa breve reflexão. Como o leitor já pôde perceber, são muitas as razões que levaram autores inicialmente alinhados aos pressupostos garantistas a revisarem seus marcos teóricos¹⁴, atentando aos limites que a teoria certamente carrega, o que não indica rompimento ou rejeição completa do garantismo, mas o reconhecimento de que ele somente pode ser recebido com significativas reservas.

A fim de lançar uma hipótese sobre a questão, nos permitiremos agora explorar livremente alguns elementos-chave da proposta ferrajoliana para que se possa melhor compreender a mudança de atitude dos teóricos inicialmente comprometidos com seu modelo de minimalismo penal. Adiantamos que, a nosso ver, os embargos dirigidos à obra de Ferrajoli (assim como a sua inicial recepção) indicam um duplo compromisso: ético-político e epistemológico. Vale consignar que ambas as dimensões do novo pacto teórico são mutuamente complementares, imbricam-se reciprocamente e a nosso ver não poderiam estar apartadas, a não ser analiticamente.

Gostaríamos, inicialmente, de chamar a atenção para uma constatação tão elementar quanto necessária: a teoria ferrajoliana é tudo, exceto unidimensional. Seu desenvolvimento se dá através de diversos eixos temáticos, tais como a

crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 20, 2005, p. 18 e ss.).

14. Apenas para exemplificar, Aury Lopes Jr. termina por abandonar a expressão “garantista” na obra anteriormente referida: sua obra posterior foi intitulada *Direito processual penal e sua conformidade constitucional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I e II.). Já Salo de Carvalho, em escritos mais atuais, faz questão de problematizar a abordagem ferrajoliana de acordo com os postulados do criticismo criminológico, o que lhe permite, inclusive, superar a teoria de justificação da pena contida na obra do jurista italiano e criticar contundentemente a “Lei de Hume”. Em oposição às abordagens justificacionistas, o autor sugere dois percursos teóricos: a teoria agnóstica da pena, de matriz zaffaroniana e a tese da “retribuição equivalente” que remonta ao marxismo de Pachukanis (cf. CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, 2013).

democracia, o Estado de Direito (em oposição ao Estado Absoluto), a historiografia das penas e das ideias penais, os sistemas processuais penais, a epistemologia jurídico-penal etc. Para fins do presente ensaio, nos deteremos em dois eixos, bastante elucidativos dos rumos tomados pelo garantismo em território nacional, a saber, o Sistema Garantista, isto é, sua abordagem acerca dos direitos e garantias fundamentais como limites normativos ao exercício do poder de punir e o utilitarismo reformado, ou seja, sua doutrina de justificação da pena. Argumentaremos que o modelo de Direito Penal mínimo que se extrai das proposições de Ferrajoli (e, em última instância, o que se entende por *garantismo* a partir de sua abordagem) procura congrega essas duas dimensões enquanto limites máximo e mínimo para a imposição da pena, o que acaba configurando sua insuperável fragilidade, particularmente para a realidade latino-americana.

A começar pelo Sistema Garantista (SG), Ferrajoli o estabelece como um conjunto coerente de definições que individualiza recursos essenciais de um sistema jurídico “perfeito” na defesa dos indivíduos contra os abusos perpetrados pelo Estado¹⁵. O modelo é trabalhado levando em conta 11 termos essenciais¹⁶, os quais (com exceção óbvia da “pena”) dão vida a dez axiomas¹⁷ que corporificam o modelo garantista de Direito Penal mínimo¹⁸. Cada axioma origina um princípio jurídico¹⁹, configurando, cada um deles, uma condição necessária para a habilitação e incidência legítimas do controle penal.

-
15. COSTA, Pietro. Um modelo para um análisis: la teoría del “garantismo” y la comprensión histórico-teórica de la “modernidad” penalista”. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008. p. 5-6.
 16. São eles: “pena”, “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação”, “culpabilidade”, “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 89).
 17. Que são: (A1) *nulla poena sine crimine*; (A2) *nullum crimen sine lege*; (A3) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; (A4) *nulla necessitas sine injuria*; (A5) *nulla injuria sine actione*; (A6) *nulla actio sine culpa*; (A7) *nulla culpa sine iudicio*; (A8) *nullum iudicium sine accusatione*; (A9) *nulla accusatio sine probatione*; (A10) *nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Ed. RT, 2014. p. 91).
 18. No entanto, cabe a ressalva de que, enquanto modelo de análise, o Sistema Garantista (tal como o próprio Estado de Direito, como vimos) e seus princípios atinentes, tratam-se, todavia, de um “modelo limite” e tendencial que dificilmente poderia ser plenamente satisfeito no plano da realidade, conforme admite o próprio autor (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, 2014. p. 91).
 19. Sendo eles: (1) princípio da *retributividade*, (2) princípio da *legalidade*, (3) princípio da *necessidade*, (4) princípio da *lesividade* (5) princípio da *materialidade*, (6) princípio

Cada uma das implicações deônticas – princípios – de que se compõe seu modelo de Direito Penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou seja obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido, ou melhor, está proibido punir²⁰. Estamos diante de uma série de limites para o exercício do poder punitivo, portanto.

O inverso pode ser dito sobre sua tese de justificação da pena, chamada de utilitarismo penal reformado, em contraposição ao utilitarismo ilustrado que remonta a autores como Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Conforme Ferrajoli, se com o utilitarismo iluminista o Direito Penal deve atentar ao objetivo de promover o máximo bem-estar possível aos não desviantes (primeiro parâmetro utilitário), a partir do seu utilitarismo renovado, caberia levar em conta, igualmente, o mínimo mal-estar necessário aos desviantes (segundo parâmetro utilitário). Nesse sentido, o utilitarismo ilustrado estaria “partido ao meio”, ao passo que o seu modelo representaria um programa completo de intervenção²¹. Ferrajoli sustenta que seu modelo estaria blindado tanto contra tentações autoritárias quanto contra indesejáveis argumentos de deslegitimação do sistema penal.

Se o primeiro parâmetro utilitário poderia ser satisfeito com a tese da prevenção geral negativa, para que se atendesse ao segundo parâmetro, caberia, conforme Ferrajoli, conferir ao Direito Penal uma função de prevenção de penas arbitrárias ou vinganças de tipo privado: o mínimo mal-estar necessário aos desviantes. Logicamente, o argumento não leva em consideração ou minimante contempla questões sedimentadas na criminologia: como desvelou Becker, é necessário um complexo processo de interação social para que alguém seja considerado desviante²². Os desviantes a que Ferrajoli se refere são aqueles que foram efetivamente constituídos como tais pela atuação das agências de criminalização

da culpabilidade, (7) princípio da *jurisdicionariedade*, (8) princípio *acusatório*, (9) princípio do *ônus da prova* e (10) princípio do *contraditório* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 91).

20. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 90.

21. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 308-309.

22. Cf. BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

secundária do sistema penal, cuja seletividade de atuação é notoriamente conhecida. Diante dessa inescapável conclusão, resta lutar pela redução de danos aos que eventualmente são eleitos como clientela do sistema penal, o que invariavelmente conterà um insuprimível componente de arbitrariedade e ilegitimidade. Embora Ferrajoli proponha um equilíbrio entre as diferentes funções, o argumento acaba sendo facilmente instrumentalizado pelas mais ardilosas argumentações, que permanecem reféns dos vetores autoritários propiciados pelas exigências da prevenção geral negativa.

Do mesmo modo, não se sustenta a hipótese civilizatória de que o Direito Penal é um instrumento de redução de violências que elimina a vingança privada. Embora ele possa ocasionalmente cumprir essa função – evitando linchamentos, por exemplo –, daí não há como extrair qualquer leitura de que os conflitos não seriam ou não poderiam ser resolvidos de outra forma. A conexão entre o que é definido como crime e a eventual imposição de pena historicamente tem relação com a apropriação de mecanismos de resolução de conflitos pela justiça estatal, cujo sentido consistia na afirmação da autoridade dos monarcas absolutistas. Considerar que o propósito por trás dessa iniciativa era a racionalização do poder punitivo conforma uma abordagem historiográfica bastante questionável, e esse aspecto de sua teoria não passou despercebido, sendo inclusive objeto de receio por parte de alguns autores brasileiros²³.

Mesmo cientes da brevidade com que delineamos os traços principais e mais pertinentes da teoria ferrajoliana, esperamos que tenha restado claro que o desenvolvimento do Sistema Garantista, com seus princípios limitadores, não pode ser confundido com a tese de justificação da pena adotada por Ferrajoli. São vetores distintos que tratam de desempenhar funções distintas. Enquanto o primeiro se conecta com um intento marcadamente emancipatório e sistematiza o núcleo humanista da Ilustração²⁴, o segundo conecta-se à ideologia da defesa

23. Cf. CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WANDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 179 e ss.

24. Não que estejamos sugerindo que o Iluminismo – e a modernidade, amplamente considerada – comporta apenas um núcleo propriamente humanista ou que esse núcleo seja unívoco. Nossa formação benjaminiana certamente não nos permitiria incorrer em tal equívoco. Ainda assim, há que se ter em conta, na trilha de Morin, que essa tradição produz barbárie ao mesmo tempo em que destila alguns “antídotos culturais” que podem e devem servir para confrontá-la (MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 43 e ss.).

social, com toda a carga de pressuposições nada empíricas que se faz a partir dela²⁵. Os juristas e criminólogos que aqui se encarregaram de desenvolver o garantismo penal perceberam essa distinção, operando a partir de uma opção teórica que, a nosso juízo, apenas traduz as necessidades mais prementes da nossa realidade periférica.

Como já afirmamos, a ilegitimidade do controle penal na América Latina é patente. De fato, a miopia dos atores jurídicos nunca foi suficiente para afastar o mal-estar gerado por um sistema que produz mortes e submissão de maneira estruturalmente seletiva e teleguiada à procura de vulneráveis. Se em outros contextos geográficos o sistema penal pode ser encarado como aparelho garantidor e cumpridor dos fins que lhe são designados desde um horizonte democrático – e até mesmo essa leitura nos parece incorreta²⁶ – na América Latina é inegável que o poder punitivo se distingue pelo fator morte e converte-se em imposição de *sufrimento inútil*. Assim, como seria possível conceber um Direito Penal e Processual Penal alinhados a pressupostos *utilitários* no que se refere ao poder punitivo?

Está claro que a conjuntura social que pôde dar vida ao pacto teórico representado pela sistematização garantista proposta por Ferrajoli não encontra

25. Baratta sintetiza o conteúdo da ideologia da defesa social (parte integrante da cosmovisão dos penalistas em geral, incluindo Ferrajoli) conforme os seguintes princípios: (1) o *princípio da legitimidade*, para o qual o Estado representa a soma das vontades da grande maioria dos cidadãos, vontade essa que se torna violada por condutas desviantes individuais o que legitima esse ente artificial para o exercício da repressão necessária; (2) o *princípio do bem e do mal*, que contrapõe em termos dicotômicos o desvio praticado (o “mal”) à sociedade racionalmente instituída pela vontade geral (o “bem”); (3) o *princípio da culpabilidade*, que concebe o delito como a expressão de uma escolha individual que contraria os valores mais estimados de uma sociedade; (4) o *princípio da finalidade ou da prevenção*, segundo o qual a pena tem a função de prevenir o delito futuro (no caso da “prevenção geral” isso se expressa na intenção de criar um obstáculo capaz de dissuadir o cidadão – concebido nos termos de um “*homo economicus*” – a não incorrer em uma conduta delituosa); (5) o *princípio da igualdade*, que concebe a lei penal como igual para todos, tanto em sua destinação (criminalização primária) quanto em sua aplicação (criminalização secundária); (6) o *princípio do interesse social e do delito natural* estabelece que o rol de condutas criminalizadas, em sua grande maioria, corresponde ao núcleo de interesses fundamentais de uma sociedade civilizada, interesses que necessitam de proteção Estatal e que são, no fim das contas, condições mínimas para uma convivência pacífica e ordeira (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 42-43).

26. Nesse sentido, um excelente inventário das incongruências do sistema penal no Norte global pode ser encontrado em MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediard, 2003.

paralelo entre nós. Foi necessário o desenvolvimento de um projeto – ainda em estágio embrionário, nos parece – de tipo diferente, atento às condicionantes históricas, econômicas e socioculturais das quais partimos. Os caminhos da emancipação social latino-americana não coincidem necessariamente com a trajetória europeia e acreditamos que os primeiros interlocutores brasileiros de Ferrajoli logo demonstraram essa sensibilidade. Como diria Darcy Ribeiro, nosso passado não é alheio, nosso presente não necessariamente é o passado deles e nem o nosso futuro, um futuro comum²⁷. Passado o entusiasmo inicial, o que quer que se dissesse acerca do garantismo penal no enquadramento latino-americano, deveria prestar contas à realidade operacional do sistema penal em condições concretas. Dito de outro modo, a recusa às idealizações centrais configuraria um princípio metodológico inegociável, para quem está inserido na periferia.

Um exemplo bastante ilustrativo – e talvez o mais sofisticado e sistematizado até o momento – dessa nova postura entre os penalistas engajados na garantia dos direitos fundamentais e na imposição de freios ao genocídio em marcha está nos escritos do penalista e criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, inicialmente adepto das formulações centrais²⁸, mas que logo se torna uma das vozes mais críticas dessas planificações, geralmente justificantes do poder punitivo. Não cabe aqui desenhar os esquemas que regem seu modelo – o *realismo marginal* –, nem mesmo listar os pressupostos filosóficos que lhe amparam. Basta saber que o autor procura traçar um programa de minimalismo penal norteador de decisões judiciais não legitimantes e comprometidas com a realidade marginal latino-americana.

No seminal *Em busca das penas perdidas*²⁹, talvez sua obra mais conhecida, Zaffaroni opera um esforço ímpar de revisão dos pilares da modernidade penal, confrontando-os a todo tempo com as evidências empíricas fornecidas pelas

27. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 13.

28. O próprio autor não esconde seu anterior alinhamento aos pressupostos jurídico-penais relegitimantes em obras publicadas nos anos da década de 1970, inclusive demonstrando um encanto inicial para com a tese preventista especial da pena. É curioso notar, no entanto, que seu distanciamento com relação a tais pressupostos, segundo o próprio autor, corre em paralelo com seu aprofundamento em leituras localizadas fora do escopo dogmático, notadamente obras do interacionismo e da fenomenologia (cf. a apresentação de sua obra *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila Editores, 1993. p. 10).

29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, *passim*.

criminologias de corte crítico e constatando o que se sustenta e o que cai por terra. Para que fique claro: o autor não procura levar a cabo uma devastação completa da narrativa jurídico-penal, apenas preocupa-se em reciclar seus postulados de acordo com as necessidades regionais e livre de idealismos relegitimantes. Nesse sentido, se pode dizer que o garantismo, a partir de Zaffaroni, obtém um significado diverso do inicialmente atribuído. Se para Ferrajoli o Sistema Garantista não ganha sobrevida autônoma, isto é, à parte das doutrinas de justificação³⁰ (e daí decorre seu esforço de compatibilizá-lo com as bases do utilitarismo penal, nem que para isso precise redimensioná-las conforme o “segundo parâmetro utilitário”, como dissemos), em Zaffaroni as garantias penais são princípios limitadores que decorrem do modelo de Estado de Direito e sustentam-se por si sós. De fato, pode-se dizer que Zaffaroni estrutura as garantias penais em *oposição* às teses de justificação da pena e não de modo a complementá-las. Tudo em nome da necessidade local de rechaço aos esquemas interpretativos que favoreçam o punitivismo e o genocídio em andamento.

A percepção que deve estar clara a essa altura é a seguinte: os parâmetros de validade que endossam ou rejeitam um corpo de pensamento não são isentos, mas históricos e politicamente contextualizados. Quer queiram ou não, necessariamente servem a projetos e os projetos servem a atores. A escolha das diretrizes teóricas que irão pautar nossas atitudes nunca é imparcial e a história nos demonstra que a imposição transcultural de narrativas penais e criminológicas em nossa realidade periférica frequentemente cuidou de legitimar projetos elitistas de poder com o beneplácito dos atores jurídicos à época³¹.

30. “[...] justificación y garantismo están estrictamente conectados. Hasta tal punto que el paradigma de justificación que he propuesto vale también, y sobre todo, como esquema de deslegitimación: allí donde un determinado derecho penal resulte inidóneo a tales fines y produjese daños mayores o, en todo caso, no menores de quanto previene, entonces estaría injustificado” (FERRAJOLI, Luigi. Notas críticas y autocríticas em torno a la discusión sobre “derecho y razón”. In: GIANFORMIGLIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008. p. 519).

31. Essa geopolítica eurocêntrica que fomenta a adoção acrítica de paradigmas teóricos e ideologias penais estrangeiras pelas classes dominantes dos países “atrasados” com relação à “boa-nova” jurídico-penal e criminológica busca atingir, conforme Rosa Del Olmo, dois objetivos: o primeiro seria o de erigir uma superestrutura que legitime, solidifique e intensifique suas relações enquanto classe dominante local com os próprios países centrais; o segundo objetivo estaria atrelado à consolidação, na ordem interna, do poder e da posição dominante dessas mesmas elites com relação às classes subalternas da própria região periférica (DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 162). Um rol abrangente dos modelos jurídico-penais

Por outro lado, os modelos teóricos normalmente não são julgados em si mesmos, mas em cotejo com determinados parâmetros de validade e estes, no caso, seguem associados às demarcações da modernidade. Ocorre que a modernidade também se caracteriza pela gestão das tensões entre centro e periferia, historicamente favorecendo as imposições de poder emanadas do centro³². Em outras palavras, o que acaba ditando o que é válido enquanto teoria para o Direito Penal e o Processo Penal são correlações de poder planetário que frequentemente não nos favorecem. Portanto, é preciso edificar uma narrativa jurídico-penal que transcenda esses próprios parâmetros em nome das necessidades periféricas, ainda que o preço a se pagar seja a acusação de se estar advogando por um sistema de pensamento incompleto, fragmentado ou mesmo incoerente – até por que a coerência, aqui, aparece como relação de correspondência entre o novo discurso e a régua de validação moderna, colonial, classista e não como compatibilidade com a realidade que nos circunda. Dito de outra forma, para os indexadores de qualidade acadêmica dos países centrais, mais vale a abstrata harmonia entre as categorias de análise criadas por um determinado saber jurídico do que seu potencial de diálogo com a realidade concreta que pretende normatizar. Por óbvio, aceitar essa premissa não contribui para a realização do projeto constitucional de justiça social³³. Uma vez mais, a utopia emancipatória torna-se um engodo regulatório.

eurocêntricos transplantados à realidade periférica latino-americana e as consequências de poder que daí decorrem pode ser visto em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005. p. 71 e ss.

32. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 55 e ss.
33. Um bom exemplo de que é possível reescrever a narrativa jurídico-penal sem as amarras dos parâmetros centrais de qualidade está na obra do penalista sergipano Tobias Barreto, cuja influência na obra de Zaffaroni é cristalina. Em um de seus escritos, o mestre argentino inclusive enfrenta as acusações de incoerência normalmente lançadas contra Barreto. Para Zaffaroni, a hipótese capaz de explicar as contradições e lacunas no pensamento de Tobias Barreto elucida também a necessidade de uma atitude realista marginal no que tange aos modelos teóricos centrais: “As contradições de Tobias provem da falta de elementos filosóficos com os quais opôs-se ao avanço do positivismo autoritário e racista do sul. Estas carências são comuns até hoje: é impossível opor uma ideologia num marco teórico coerente – ao nível de coerência dos países centrais – desde os países periféricos, por causa das limitações dos meios e da informação, que é disponível nos países centrais e que não têm os cientistas sociais dos nossos países. Os marcos teóricos feitos na periferia do poder planetário ficam, pelo menos em boa parte, contraditórios. Hoje sabemos que o complexo ‘poder-saber’ é indivisível e o maior mérito não é a impossível construção de um marco teórico perfeito (segundo os controles de qualidade acadêmicos dos países centrais), mas a clareza na percepção do sentido do exercício do

Como o Direito Penal e o Processo Penal (e seus componentes garantistas) ostentam traços nítidos de colonialidade do saber, a missão que nos é requerida está na assunção de identidade *em* política e não *na* política, ou seja, uma postura de franca “desobediência epistêmica”³⁴ que tende a fomentar a emancipação local ou pelo menos não justificar toda sorte de dominações históricas. As teorias centrais certamente trazem elementos positivos, que não devem ser desprezados, mas o processo de apropriação não deve ser acrítico, mas sim regido pelas condições concretas das quais partimos e não de idealizações. Novamente evocando Darcy Ribeiro, diríamos que a opção de insurgência epistêmica – e, no fim das contas, político-criminal – se insere na necessidade de vivermos e existirmos para nós mesmos³⁵ e não para as acomodações de dominação impostas em nível planetário.

No mais, o atual esforço de superação e renovação teórica, como já mencionamos de passagem, obviamente transcende o campo do Direito Penal e penetra a teoria processual penal. Khaled Jr.³⁶, por exemplo, busca (re)pensar o processo penal a partir do signo da complexidade e para além da tradição moderna, superando a abordagem habitual com que autores como Ferrajoli e Taruffo pensam questões como a produção de verdade, a gestão da prova e o ofício do magistral. Gabriel Antinolfi Divan³⁷, a seu turno, revisita de forma criativa (para além da tradicional “postura de arauto”, como diria o autor) as condições para o exercício da ação penal, desinterditando o debate sobre as relações entre o processo penal e a política criminal, mediado pela criminologia crítica. Já Elmir Duclerc tem sustentado uma teoria agnóstica do processo penal, um trabalho que vale a pena conhecer.³⁸ Enfim, são inúmeras as leituras e não temos como relacionar

poder” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAÚJO JR., João Marcelo (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragooso*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 181).

34. Para uma definição desses conceitos, cf. MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade *em* política. *Caderno de Letras da UFF*, Niterói, n. 34, 2008, *passim*.
35. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 68.
36. Cf. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
37. Cf. DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
38. Cf. DUCLERC, Elmir. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. In: KHALED JR., Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 185-202.

todas aqui. O importante é observar que, para além da diversidade de ideias que inevitavelmente caracteriza os textos mencionados, como em tantos outros, há em comum o esforço de superação de antinomias teóricas próprias do garantismo penal e o compromisso com a emancipação social desde a realidade que nos circunda – rejeitando, assim, um apego a ficções idealizadas.

3. O GARANTISMO INTEGRAL NO DIVÃ: CRÍTICA À SUBSERVIÊNCIA TEÓRICA

Por outro lado, se os acadêmicos comprometidos com a contenção do poder punitivo foram progressivamente se afastando do garantismo e/ou pensando para além dele, nos últimos anos um processo absolutamente inesperado ganhou cada vez mais impulso: certos atores jurídicos o (re)descobriram e passaram a defender uma interpretação muito peculiar da teoria, o assim chamado “garantismo integral”. Sob essa leitura, o garantismo assume outra conotação: supostamente deixa de estar restrito ao aspecto negativo, ou seja, de contenção, e é chamado a autorizar argumentativamente funções positivas de proteção de direitos fundamentais, especialmente coletivos, que extrapolam os direitos de primeira dimensão; é comum que a argumentação conecte o garantismo com a leitura do princípio/regra/postulado da proporcionalidade de acordo com o par proibição de excesso/proibição de insuficiência, na esteira da concepção doutrinária recepcionada no Brasil por número significativo de autores³⁹.

Vale a pena discorrer sucintamente sobre os significados extraídos desse binômio, assim como sua vinculação – que não chega a ser completamente imprópria – com os pressupostos do garantismo de Ferrajoli. Conforme Feldens, a transição histórica havida entre os Estados de Direito, de matriz liberal e absteísta, para os atuais Estados Sociais e Democráticos de Direito, representaria uma mutação na lógica da afirmação dos direitos humanos fundamentais. Se anteriormente esses direitos possuíam um caráter limitador da ingerência estatal, no panorama político atual eles requerem também prestações positivas por parte do ente estatal. Segundo o autor, a partir do constitucionalismo contemporâneo os direitos fundamentais pressupõem duas diferentes posturas: em primeiro lugar, preserva-se a postura negativa, isto é, de limitação de intervenções consideradas ilegítimas, postura que concebe os direitos fundamentais enquanto defesas do particular frente ao Estado; por outro lado, haveria também uma postura

39. Um panorama dessa recepção e das discussões que ela desencadeou pode ser consultado em AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 153. ano 27. p. 65-106. São Paulo: Ed. RT, março 2019.

positiva que confere ao Estado alguns mandados de tutela, dele requerendo uma atuação ativa para a garantia desses direitos⁴⁰. Na mesma linha, Sarlet argumenta que a função dos direitos fundamentais no quadro de um Estado Social e Democrático de Direito não se restringe mais ao caráter subjetivo de restrições negativas à ingerência estatal, representando igualmente diretrizes constitucionais objetivas capazes de guiar o poder público à sua realização⁴¹. Para o autor, o caráter objetivo impõe, portanto, um marco delimitador para a política criminal, em conformidade com a axiologia constitucional⁴².

A decorrência lógica que pode ser extraída da exigência de atuação proativa do Estado no sentido de fornecer tutela mínima a determinado conjunto de direitos, para alguns autores, é a proibição de insuficiência ou de proteção deficiente⁴³, descrita como uma “categoria que encerra uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em

40. FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1. p. 420-421.

41. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1. p. 212.

42. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1. p. 216.

43. A proibição de tutela deficiente está associada à questão da eficácia de um meio para a consecução de um fim político e juridicamente desejado. Uma vez feita a opção pela tutela de um determinado direito, “a proibição de insuficiência tematiza o ‘como’ essa proteção deve efetivar-se de modo a permitir a realização do direito fundamental” (FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1. p. 424). Conforme Sarlet, a proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência “atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção” (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1. p. 225).

uma *omissão*, total ou parcial – vulnera um direito fundamental”⁴⁴. Em termos de teoria política, a premissa que ancora a proibição de insuficiência é a de uma suposta alteração histórica na relação entre Estado e sociedade. Conforme Sarlet, de detrator dos direitos fundamentais, o Estado passa a condição de garantidor dos mesmos, hipótese que o autorizaria a utilizar a máquina penal desde que em conformidade com essa nova função⁴⁵. Em sentido análogo, sustenta Streck:

Se nos quadros de um modelo de Direito Liberal fazia algum sentido o privilégio da defesa do patrimônio e segurança individuais – e isso já estava presente em John Locke –, agora nós devemos (deveríamos) ter em mente a presença de novos bens jurídicos, típicos da tradição que se forja no Estado Democrático de Direito, no qual não há (mais) oposição entre Estado e sociedade. A defesa do Estado (isto é, de um Estado que passa da condição de “inimigo” para a de “amigo dos direitos fundamentais”, bem entendido) é a defesa da cidadania. E, no interior dessa “reviravolta”, é evidente que as baterias do direito penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional. Nesse contexto, surge [...] uma nova criminalidade a ser combatida, aquela que atinge bens jurídicos supraindividuais, que afetam toda a coletividade. [...] Se o patrimônio individual é algo a ser protegido (e segue sendo a propriedade um direito fundamental, algo que se lembra para evitar mal-entendidos – art. 5º, XXII da CR), inclusive via direito penal, então não pode haver dúvida de que o tratamento deve ser ainda mais rigoroso quando a lesividade atinge o patrimônio da coletividade⁴⁶.

Tomando por *consolidados* os ideais iluministas que procuraram restringir o arbítrio estatal, Feldens argumenta em favor de uma “ambivalência funcional do Direito Penal”, na medida em que o ordenamento jurídico-penal precisaria conciliar essas limitações com os pressupostos mínimos de uma atuação

44. FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1. p. 423.

45. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1. p. 217.

46. STRECK, Lenio Luiz. Crime e sociedade estamental no Brasil: de como la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos. *Cadernos IHU Ideias*, São Leopoldo, ano 10, n. 178, 2012. p. 8.

proativa, capaz de garantir tutela aos bens jurídicos supostamente protegidos pela intervenção punitiva. Para o autor esse equilíbrio seria perfeitamente possível no horizonte de um minimalismo jurídico-penal, já que “um direito penal de intervenção *necessariamente mínima* não se contrapõe conceitualmente a um direito penal de intervenção *minimamente necessária*”⁴⁷. Além do reconhecimento expresso nos próprios direitos constitucionalmente assegurados, Sarlet encara, ainda, a proibição de insuficiência, na esfera punitiva, como um corolário da própria anatomia do Estado de Direito, já que este seria detentor exclusivo tanto do monopólio da força quanto da prerrogativa de solução dos conflitos criminais.

É importante consignar que a transição dos Estados de Direito de matriz liberal aos Estados Sociais de Direito de modo algum é ignorada por Ferrajoli. Ao contrário, torna-se, também em sua obra, o núcleo do argumento que permitirá se pensar em uma proibição de insuficiência com relação ao controle penal. Os mesmos pressupostos que autorizam o alargamento da maquinaria punitiva em virtude da crença em um poder punitivo provedor de tutela para os novos direitos também se verificam no utilitarismo reformado de Ferrajoli, precisamente em virtude da leitura política que o autor efetua das funções estatais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Como destaca Bovero, a orientação política de Ferrajoli, ainda que liberal, está em consonância com a fase contemporânea do constitucionalismo e a exigência de atuação estatal proativa na efetivação de direitos sociais. Enquanto o Estado Liberal de Direito estrutura-se em torno de proibições para os poderes estatais e afirmação dos direitos individuais, o Estado Social de Direito pressupõe obrigações estatais intentando a superação das desigualdades e afirmação dos direitos sociais. Desse modo, é no encontro de garantias de cunho liberal (negativas) e social (positivas) que percorre o modelo garantista de Ferrajoli⁴⁸. Mas de que modo essas premissas dialogam com o chamado garantismo integral?

Devemos agora tratar dos contornos gerais da teoria. Vale esclarecer que nossa abordagem será efetuada a partir da principal – quiçá única, até o momento – publicação sobre a temática, a obra coletiva *Garantismo Penal Integral*, em

47. FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 2008. v. 1. p. 436-437.

48. BOVERO, Michelangelo. La filosofia política de Ferrajoli. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008. p. 415.

especial seus capítulos iniciais, de perfil claramente introdutório, de Douglas Fischer⁴⁹ e Daniel R. Salgado⁵⁰ e, assim, não discutiremos aqui problemas específicos que o garantismo integral porventura possa apresentar nos campos do Direito Penal e Processual Penal, por evidentes restrições de espaço para desenvolver o tema satisfatoriamente.

O chamado garantismo integral pode ser definido como uma leitura da obra de Luigi Ferrajoli em oposição declarada às análises de seus primeiros interlocutores brasileiros, já aludidos aqui. Consiste em uma tentativa de efetivação dos postulados do garantismo confrontando premissas que até então caracterizavam a abordagem brasileira da obra do jurista italiano, por eles considerada uma leitura parcial, isto é, que não obedece satisfatoriamente aos cânones do pensamento do autor. Assim sendo, aduzem que os primeiros garantistas nacionais teriam produzido uma teoria *monocular* e *hiperbólica*.

Para que se faça justiça aos teóricos do garantismo integral, é necessário destacar que seus adeptos parecem “perdoar” a abordagem inicial. De fato, Fischer reconhece que a preocupação inicial dos autores brasileiros ao trabalhar o garantismo eminentemente a partir do intento de contenção do poder punitivo e efetividade dos direitos de primeira dimensão não era desarrazoada naquele momento, mas argumenta que desse tratamento teria se dado um “desvirtuamento dos *integrais postulados garantistas*”. Nisso consistiria o traço “monocular” do garantismo no Brasil, até então: a ênfase nos direitos individuais, que implicam abstenção estatal, em detrimento dos demais direitos, que estariam a solicitar uma intervenção estatal no campo penal⁵¹. Nesse sentido, o tratamento do garantismo, teria sido “hiperbólico” por conferir caráter absoluto aos direitos individuais no campo jurídico-penal, menosprezando os demais direitos

49. FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

50. SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

51. FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-33.

coletivos⁵², e olvidando-se do papel ativo que caberia ao Estado desempenhar em sua tutela, ou seja, desconsiderando a já aludida proibição de insuficiência.

Para Salgado, estaríamos presenciando um “discurso de resistência” – que sai da boca dos defensores do olhar “monocular” e “hiperbólico” do garantismo, ao que parece – que concebe o Direito Penal e o Processo Penal de maneira vinculada tão somente à faceta negativa do garantismo. Esse discurso de resistência teria, para o autor, o demérito de ignorar uma “modernização” da criminalidade, mantendo o controle penal em condições anacrônicas de intervenção⁵³.

Os defensores do garantismo integral preocupam-se em demonstrar o lastro constitucional que viria a amparar a teoria. Aliás, Fischer não tem dúvidas: “a Constituição Federal brasileira é *garantista* e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito”⁵⁴. Segundo o autor, a integralidade da adoção dos postulados garantistas seria uma exigência que se extrai do marco normativo constitucional pós-1988:

[...] a compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação *sistemática* dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 [...], há também *novos paradigmas* influentes *também* [...] em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrais* do sistema garantista.⁵⁵

52. FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.

53. SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 81-82.

54. FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

55. FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões*

Esclarecidos os pressupostos que embasam a teoria, diremos que o garantismo integral merece ser criticado por duas razões, ao menos. Em primeiro lugar, por não se dar conta dos limites e incongruências que o modelo de Ferrajoli carrega. Em outras palavras, parece que o intento de se fazer uma leitura integral desse corpo de pensamento acabou por ofuscar as fragilidades da própria teoria, não permitindo que seus novos interlocutores pudessem ultrapassá-la quando necessário. Em segundo lugar, nos parece que a própria integralidade da leitura consiste mais em uma autoimagem idealizada por parte de seus adeptos do que uma relação de correspondência estrita aos postulados de Ferrajoli.

A começar pela primeira crítica, cabe lembrar que, a fim de fundamentar a exigência de integralidade da recepção do garantismo, Fischer apela ao “direito” à segurança, insculpido no texto constitucional. Segundo argumenta, daí decorreria a necessidade de habilitar o controle penal, inclusive para que se garanta a “devida apuração” dos delitos e a certa punição dos responsáveis⁵⁶. Sem embargo da discussão sobre a natureza jurídica da segurança constitucionalmente invocada, nos parece que as conclusões do autor não superam a ideologia de defesa social e suas falácias históricas e hodiernas. Ora, que existe uma exigência de segurança (aqui concebida como um “meta-direito”⁵⁷, ou seja, a própria garantia dos demais direitos constitucionalmente assegurados⁵⁸) nos parece evidente. Mas que os caminhos para assegurar essa exigência passem necessariamente por um incremento do poder penal nos parece uma conclusão indevida, que ignora (para não dizer que simplesmente afronta) o legado das criminologias críticas, cuja maior virtude consiste no olhar atento para as peculiaridades da realidade concreta. Capacitar o controle penal nunca foi uma saída emancipatória, muito pelo contrário: frequentemente representou a base de sustentação

penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 41.

56. FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 44.

57. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

58. Conforme Zaffaroni, “nenhuma vítima tem um *direito*, suposto e abstrato, à *segurança* afetado, mas um direito, real e concreto, à vida, à integridade física, à liberdade sexual, à propriedade etc. Se alguém duvida disso bastaria perguntar a qualquer vítima de violência o que é que lhe afetou” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 463).

de modelos de governo autoritários. No fim das contas, o dilema que se apresenta aos defensores do garantismo integral é o de decidir se a historiografia, a criminologia e as contribuições críticas emanadas da própria dogmática jurídica servem para alguma coisa ou não passam de ornamento em manuais de Direito Penal e Processo Penal. Claro que essa crítica pode ser encaminhada ao próprio Ferrajoli, pois, como dissemos, seu modelo frequentemente faz uso de pressupostos metodológicos que acabam blindando o Direito Penal de considerações e críticas externas, de matriz criminológica. Mas, ainda assim, os adeptos do garantismo integral preferem remoer incessantemente os postulados teóricos do garantismo (que não começam com Ferrajoli, mas remontam ao século XVIII⁵⁹), sabidamente idealistas, recusando-se a edificar uma narrativa jurídico-penal que leve em conta outros saberes.

Apenas para exemplificar a recaída idealista que acomete o garantismo integral, cabe notar que Fischer vincula o “dever de proteção” penal aos conhecidos critérios que embasam a proporcionalidade, a saber, a *necessidade*, a *adequação* e a *proporcionalidade em sentido estrito*⁶⁰. Seguindo os rastros da criminologia, poderíamos contrapor uma provocação que soa pertinente: empiricamente, como ignorar as funções latentes e sustentar a necessidade da pena com base em funções manifestas (digamos, a prevenção geral negativa e a prevenção de penas arbitrárias, para ficar com a tese de justificação ferrajoliana)? Como se pode pensar

59. Aliás, se o garantismo não é propriedade de Ferrajoli – para uma genealogia do pensamento garantista no interior da dogmática penal, cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 183 e ss. –, o que justifica esse (aparente) apego extremo (quase *hiperbólico*, diríamos) à sua abordagem? É dessa forma que os autores vinculados ao garantismo integral pretendem discutir a “autoridade dos argumentos” e não os “argumentos de autoridade”, como sugere Fischer? (FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 73). A tutela de Ferrajoli é mais importante do que a emancipação social, a conexão com realidade periférica e a efetivação do projeto constitucional? Consideramos que, se para cada vez que a “verdadeira” doutrina de Ferrajoli é invocada ao longo dos referidos textos um argumento criminológico fosse levado a suas últimas consequências, a contenda já estaria sepultada.

60. FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 48.

em adequação da pena quando se sabe que outros ramos do ordenamento jurídico ou mesmo estratégias comunitárias, não estatais, se mostram muito mais condizentes com o intento de evitar violências do que o estéril controle penal? De que modo uma pena que inevitavelmente extrapola a pessoa do condenado, o mortifica e contribui para a estratificação social (atentando contra a própria Constituição e os “objetivos fundamentais da República” do art. 3º) pode ser vista como proporcional, *stricto sensu*? São respostas que o garantismo integral infelizmente se exime de fornecer, pois sua abordagem presume a eficácia da pena, ao passo que a criminologia crítica tem demonstrado que sua única eficácia se refere às funções latentes, ocultas, de dominação, controle e submissão de segmentos sociais. Nesse sentido, é atual e pertinente a provocação de Foucault: diante das incontáveis evidências da inefetividade da prisão, a esquizofrenia do discurso dos juristas só soube clamar por mais punições, ou seja, desde o seu nascimento e as primeiras evidências de seu fracasso, “a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio”⁶¹. Infelizmente, o garantismo (seja ele integral ou não) não supera essa tendência, confiando na bondade e eficácia do poder punitivo.

Não se ignora que o garantismo integral não pretende fornecer munção argumentativa a um controle penal desigual, racista e classista. Evidência disso é sua preocupação com a criminalidade praticada pelas elites. Entretanto é de se notar que mesmo aí – onde a desigualdade do controle penal se torna mais manifesta e repugnante à luz de qualquer juízo – as contribuições de procedência criminológica pouco se fazem notar. Nesse sentido, consideramos sintomático que o argumento de Ian Taylor, Jock Young e John Walton tenha recebido a atenção de uma mera nota de rodapé no texto de Salgado⁶². Ora, bem visto, o argumento trata precisamente de denunciar a indigesta funcionalidade da criminalidade de elite no marco das sociedades capitalistas. A julgar pela omissão do autor no decorrer de sua intervenção, é de se pensar que não interessa ao Direito Penal e ao Processo Penal, orientados por uma visão integral do garantismo de Ferrajoli, discutir essa questão. Se o sistema, de modo latente, produz ou fomenta essa espécie de criminalidade, nos parece que a legitimidade do próprio sistema deve estar em questão a fim de que o Direito Penal e o Processo Penal não se tornem o “idiota útil” do capitalismo, como refere Rui Cunha Martins, fazendo da pena um instrumento

61. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 255.

62. SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

de conformação do furor social ao passo que segue tão seletiva quanto antes: punindo um ou outro *white collar* para que não se discutam as condições concretas dessa dinâmica criminal, imunizando o restante de seus praticantes (o que não deixa de ser uma *autodefesa do sistema*, na linha do que alude o referido autor⁶³).

Infelizmente uma discussão dessa natureza não parece possível a partir do garantismo integral, na medida em que compõe um campo estéril para a crítica, limitando-se (quando convém) às balizas fornecidas pelo que propôs Ferrajoli, nelas depositando sua fé e reproduzindo, assim, as inúmeras lacunas que lhe são próprias. De nossa parte, consideramos que a crítica criminológica deve penetrar o discurso penal e processual penal como condição epistêmica para a renúncia a idealismos diversos. Mas isso implica que as contribuições criminológicas sejam levadas a sério, inclusive quando denunciam a desfuncionalidade do controle penal e suas funcionalidades ocultas, úteis à manutenção de um sistema desigual, estratificado, injusto e mortífero.

Consideramos ainda que um dos grandes problemas da proposta é dar os direitos fundamentais de primeira dimensão por *consolidados* (apesar de Fischer e Salgado não o dizerem abertamente). Quando miramos a realidade funcional do poder punitivo, é difícil não considerar absurda tal leitura. Não nos parece que seja possível – ao menos não sem recorrer a níveis extremos de idealismo – considerar que a militância em favor das garantias fundamentais dos cidadãos contra abusos estatais represente uma abordagem “hiperbólica”. Talvez o garantismo integral esteja demasiado calcado na abordagem tradicional com que os direitos humanos são tratados, de forma segmentada e sequencial, o que leva ao equívoco de imaginar que o momento presente nos cobraria a efetividade dos direitos coletivos, eis que os individuais nós já teríamos a contento⁶⁴. A isso, soma-se o fato

63. “Em conclusão: (i) o sistema jurídico tem de decidir se quer ser o redentor de promessas incumpridas patrocinando a vingança popular face à desigualdade socioeconômica persistente por intermédio do sacrifício dos privilegiados, algo que o sistema econômico nunca foi capaz de levar a cabo; se persistir nesse caminho arrisca-se a ser o *idiota útil* de serviço; (ii) o protesto tem de decidir se quer ser o faxineiro de serviço de um sistema que se arrisca a ser o primeiro beneficiário com uma purga no seu interior, na certeza do seu robustecimento e do desvio das atenções das suas fragilidades e desmandos para uma responsabilização personalizada de alguns dos seus arautos; se persistir nesse caminho arrisca-se a ser (mais) um *idiota útil* da mercadoria” (MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77).

64. Sobre as falácias inerentes à abordagem tradicional dos direitos humanos, cf. SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

de que a aptidão da pena para proteger direitos é presumida e ao final teremos a expansão do controle penal em direção aos novos bens jurídicos⁶⁵ e a correlata flexibilização de seus dispositivos limitadores.

Adentramos então o segundo tópico para uma crítica ao garantismo integral: o desencontro com a própria teoria de Ferrajoli. É certo que Fisher foi cuidadoso ao pretender explicitar os termos de sua adesão à teoria de justificação da pena de Ferrajoli. No entanto, o mesmo não pode ser dito sobre o texto de Salgado, cujas concepções por vezes parecem se aproximar muito mais à doutrina de Günther Jakobs⁶⁶, inclusive fazendo apologia de um Direito Penal de prevenção geral positiva⁶⁷ (por sinal, Ferrajoli é um dos mais ferrenhos opositores dessa concepção, como bem se sabe⁶⁸). Algumas considerações do autor parecem demonstrar essa aproximação à teoria de Jakobs, a exemplo desta: “justamente pelo fato de a criminalidade econômica representar uma soma de lesividade material e imaterial, sua gravidade é extremamente acentuada”⁶⁹. É de se questionar: para efeito da

65. “A legitimação do direito penal como instrumento idôneo para a proteção e efetivação dos direitos sociais e transindividuais deriva da concepção romântica que lhe atribui, como missão, a tutela de bens jurídicos. Nota-se, pois, sob a justificativa da proteção dos direitos humanos, a ampliação do rol das condutas puníveis e consequentemente do horizonte de projeção da punitividade. Verifica-se, na transformação do modelo jurídico-penal liberal, o primeiro influxo de reversibilidade ideológica” (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 113).

66. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

67. SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97.

68. Para que não nos acusem de lançar um olhar monocular para a questão, recorreremos às palavras de Ferrajoli ao abordar a doutrina de justificação em Jakobs: “As recentes doutrinas de prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas. [...] Com efeito, está claro que essa doutrina, ao reduzir o indivíduo à condição de ‘subsistema físico-psíquico’, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 256).

69. SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo*

tipicidade, a “lesividade imaterial” deve ser levada em conta? Ou como critério para definir a duração da eventual pena? De que modo pode ser aferida? O Direito Penal garantista tutela expectativas normativas de moralidade pública e não apenas bens jurídicos lesados ou postos em perigo concreto de lesão? Ferrajoli concordaria com essa premissa?⁷⁰ Como se vê, o garantismo integral não parece comprometido com a rejeição de alguns sustentáculos discursivos do poder punitivo que são sabidamente inaceitáveis para Ferrajoli.

Aliás, para Salgado a defesa social é “a função básica do direito penal”⁷¹, o que parece demonstrar o quanto é subalterna a contenção do poder punitivo nos quadros do garantismo integral, pelo menos nos moldes propostos pelo autor. Logicamente, isso causa surpresa, uma vez que Ferrajoli afirma que seu modelo visa garantir a certeza de que nenhum inocente seja punido, pagando o preço da incerteza de que também alguns culpados possam ficar impunes.⁷² Não seria essa opção axiológica o que afastaria seu sistema de modelos de Direito Penal máximo? Enfim, parece que o chamado garantismo integral privilegia alguns postulados do garantismo de forma bastante seletiva.

É de se destacar que para uma teoria que se considera a fiel intérprete da “verdade” revelada por Ferrajoli, incongruências desse calibre deixam o flanco exposto para críticas que denunciam a incoerência do modelo proposto. Aliás, essa é a vantagem da interpretação “parcial” dos primeiros interlocutores: como não tinham a pretensão de reproduzir fielmente o que propunha Ferrajoli, passado o

penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

70. A pergunta é retórica: “A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes *efeitos lesivos* e somente eles podem justificar o custo das penas e das proibições. Não se pode nem se deve pedir mais do direito penal” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 426). É importante lembrar ainda que Ferrajoli tece críticas contundentes à expansão do significado atribuído a certos conceitos limitadores da intervenção penal no interior da dogmática jurídico-penal, quando trata do que chamou de “parábola involutiva do bem jurídico” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 429 e ss.). Nesse sentido, cabe indagar: um direito penal que imprima desvalor à lesividades “imateriais” mantêm-se garantista?
71. SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99.
72. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 103.

entusiasmo inicial e reconhecidas as fragilidades (assim como os méritos, é claro) de sua teoria, puderam continuar a estudar Direito Penal, Processual Penal e criminologia em diálogo cada vez mais intenso com a realidade operacional do poder punitivo brasileiro. No que tange ao garantismo integral, no entanto, nos parece difícil sustentar o signo da “integralidade” considerando sua inegável faceta ideológica de compromisso político-criminal com postulados de defesa social.

Evidentemente, estamos diante de um imbróglio acadêmico significativo. Não temos qualquer intenção de reivindicar a condição de intérpretes privilegiados da obra de Ferrajoli e indicar que leitura é ou não condizente com a sua teoria. Como já ficou claro a esta altura, não nos furtamos de manifestar reservas importantes em relação aos fundamentos do garantismo ou de salientar as insuficiências de suas propostas. Contudo, a nós parece que a interpretação dita “integral” do garantismo, a pretexto de fornecer um desenvolvimento teórico mais puro, termina por debilitar o intento de produzir uma teoria jurídico-penal que dê conta das nossas particularidades e assim contribui para endossar o neopunitivismo que caracteriza esse momento histórico.

Pode existir uma recepção não parcial do garantismo, considerando que estamos na América Latina e a nossa realidade concreta em nada se assemelha ao contexto no qual foi produzida a teoria? De imediato consideramos que não. Uma recepção pura, inadaptável ou mesmo integral de um determinado corpo de pensamento, além de não nos parecer plenamente possível, certamente contribui para o intento moderno de universalização dos saberes do Norte, intento que inclusive carece de consciência histórica. Não é por acaso que Dussel se contrapõe à pretensão de universalidade da filosofia europeia, demonstrando, inclusive, a falácia por traz da originalidade eurocêntrica⁷³.

Grande parte dos acadêmicos politicamente engajados está envolvida no empreendimento inadiável que é o desenvolvimento de um pensamento de(s)

73. Na esteira do autor, diríamos que a filosofia europeia parece se esquecer de que é devedora de contribuições externas. Apenas para exemplificar, a assunção de uma postura de pensamento secularizada – com toda a razão, celebrada por Ferrajoli e os seus intérpretes brasileiros que buscaram desvincular a ingerência do poder punitivo de argumentos de ordem moral ou religiosa (cf. CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 5 e ss.) não surge no seio da filosofia europeia moderna, mas sim (quem diria!) na filosofia árabe (cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 42).

colonial ou pós-colonial, ou seja, o repensar – perifericamente comprometido – dos discursos para que tenhamos uma estrutura de pensamento voltada para a particularidade da nossa realidade marginal, como diria Zaffaroni. Em uma de suas obras mais recentes, o autor recorre a uma metáfora bastante interessante. Para ele, a questão criminal nos países de *jardins ordenados* (países centrais, do Norte, “desenvolvidos”) não pode ser equiparada aos problemas de mesma ordem surgidos em países de *jardins devastados* (países periféricos, do Sul, “sub-desenvolvidos” ou “em desenvolvimento”). Há que se ter ciência das diferenças drásticas entre ambos os planos (ainda que não se pretenda esquecer o fato de que as realidades são interdependentes⁷⁴). Violentar a realidade a pretexto de preservar a integralidade de um corpo teórico não pode ser uma opção válida.

A distância que separa nossos jardins devastados dos jardins floridos da Europa (que, afinal, é o lugar de fala de onde emana o garantismo de Ferrajoli) é incomensurável: nós convivemos diariamente com um sistema penal predador de direitos humanos elementares. Eles não conhecem nada remotamente semelhante a isso na realidade contemporânea. Nosso sistema penitenciário flerta abertamente com a catástrofe, não sendo poucas as vozes em que se referem a ele como um verdadeiro holocausto, dadas as proporções da desgraça que representa para os direitos humanos de uma população seletivamente enjaulada. Aliás, vale lembrar que o Holocausto em si mesmo não foi um desvio da estrada do “progresso”, mas sim a realização de uma determinada faceta do próprio progresso: a objetificação humana⁷⁵. De nossa parte, consagramos, dia após dia, um

74. Não se argumenta em favor de uma cisão completa para com os marcos teóricos que configuram teorias estrangeiras. Se uma recepção pura ou integral desses marcos nos parece estranha e perigosa, consideramos que buscar recriar a narrativa jurídico-penal a partir de uma espécie de “grau zero” seria igualmente falacioso, além de desconsiderar a dinâmica histórica de produção interdependente do conhecimento: “a questão criminal nos países de jardins ordenados e geométricos ocupa-se do controle social punitivo em conflitos próprios a esses países. Mas esses países podem ter os jardins ordenados porque há muitos outros onde foram arrasados e que, por isso, padecem de uma conflitividade que lhes é própria, pois nesses jardins convivem plantas nativas e mato, embora, às vezes, também existam flores exóticas cuja beleza os jardins geométricos invejam. Os jardins ordenados e os arrasados não são independentes, mas sim *interdependentes*. Não convém esquecer disso” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25).

75. Não são poucos autores que manifestaram essa leitura, mas, por todos, cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. Correlacionando essa premissa com o sistema penal brasileiro, cf. KHALED JR., Salah H. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da

aparato penitenciário catastrófico e sedento por corpos objetificados e submetidos a um poder punitivo executivo, que não se deixa controlar por mecanismos jurídicos que lá não penetram. Nosso processo penal permanece refém de dispositivos inquisitórios do Código de Processo Penal de 1941, cuja inspiração no sistema “misto” do Código de Instrução Criminal de Napoleão e no próprio Manual dos Inquisidores de Eymerich dificilmente pode ser negada⁷⁶.

Diante disso, não pode existir defesa de um garantismo “integral” no Brasil senão como abstração teórica absoluta que desconsidera a complexidade da realidade concreta. Necessariamente estaremos diante de adaptações e apropriações mais ou menos utilitárias e pragmáticas da teoria, estejam elas conscientes disso ou não. Não há como ser diferente. Ou se adaptam os marcos teóricos ou se termina por mutilar a realidade, recaindo em abstrações que apenas incrementam o potencial mortífero da maquinaria punitiva.

Afinal, o que fizeram os acadêmicos que recepcionaram “parcialmente” o garantismo no início do milênio? cremos que foram sensíveis justamente a essa dor: pensaram a teoria de forma conectada com a realidade e se valeram dela como elemento importante para o desenvolvimento de uma narrativa jurídica comprometida com a democracia e a contenção do poder punitivo. E, como esse propósito é maior do que a fidelidade a qualquer etiqueta teórica, continuaram a empreender esforços nesse sentido, o que fez com que, em determinado momento, avançassem em relação ao próprio garantismo.

É claro que essa atitude não poderia desconsiderar – e de fato não desconsidera – o ônus de fundamentar tais adaptações. Não estamos falando de tentativas infantis de inovação teórica ou inventividade despropositada, mas sim de um esforço de readequação de um corpo teórico a uma realidade para a qual não foi concebido, o que necessariamente requer alguma desenvoltura e muito compromisso. A nosso ver, não convém manter um apego purista e dogmático às bases filosóficas do garantismo de Ferrajoli, precisamente por já se ter uma dimensão mais acurada das incongruências inerentes ao próprio discurso. Mas, como referimos, existe um “outro” garantismo: um garantismo supostamente integral que – pelo menos desde a nossa leitura – ultrapassa o limite do que pode ser dito. O leitor fará sua opção, devendo atentar para o fato de que a recaída idealista, desconectada das evidências empíricas fornecidas pelas criminologias críticas,

pena e ao mito da ressocialização. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 84, fev.-mar. 2014.

76. Cf. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 153. ano 27. p. 65-106. São Paulo: Ed. RT, março 2019.

de forma intencional ou não, historicamente tem se traduzido na produção de cadáveres ou na manufatura de submissões ao sabor das necessidades de reprodução do capitalismo.

De fato, a teoria de Ferrajoli comporta um aspecto positivo, de capacitação do poder punitivo. E nenhum dos autores que receberam o garantismo no Brasil no início do milênio negou isso. A dualidade que busca conciliar limites máximo e mínimo, garantias fundamentais e justificacionismo, não passou despercebida pelos primeiros interlocutores. Salvo melhor juízo, não nos recordamos de que tenham dito à época, por exemplo, que o Direito Penal não tutela bens jurídicos – ou direitos fundamentais, no sentido de que os protege através da pena (algo que particularmente não estaríamos dispostos a admitir⁷⁷). Apenas não deram ênfase a tal aspecto, e não devem ser condenados por isso: não é na dimensão positiva que naquele momento a obra de Ferrajoli representava uma significativa contribuição. Esgotar o potencial emancipatório da Constituição Federal de 1988 requer – antes e agora – a contenção do poder punitivo, um dos mais eficazes predadores de direitos fundamentais que a história registra.

O próprio Ferrajoli não cansa de dizer que sua teoria se dedica a tutelar o polo mais débil das relações jurídico-penais. Conforme aduz, o garantismo é um corpo teórico-normativo que busca proteger o “mais fraco”. Ora, não se ignora que o autor tenha dito que o polo mais débil, antes da criminalização (primária ou secundária) seja a vítima e somente após isso o acusado/condenado⁷⁸. Mas em um contexto de política criminal simbólica, seletividade estrutural, repressão policial desmedida, alta inquisitorialidade processual-penal, superpopulação carcerária, absoluto descaso com as condições da execução penal, mortes em escala superlativa, etc., pode-se considerar responsável habilitar discursivamente o poder punitivo, mormente quando suas funções declaradas de “combate à criminalidade” encontram-se longe de um patamar mínimo de verificabilidade?

De outra parte, caberia indagar: a postura dos adeptos da versão “integral” do garantismo é menos utilitária e enviesada do que o desenvolvimento crítico que os simpatizantes originais da teoria lhe deram – e seguem dando – no final do século XX? Nos parece que *não*. Prova disso é sua já aludida preocupação (que, por

77. Para repensar o papel da teoria do bem jurídico a partir de outras bases, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo. *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

78. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 311.

si só não chega a ser ilegítima, cabe ressaltar) excessivamente voltada ao combate à criminalidade dos poderosos, e sua aparente tranquilidade frente ao incremento caótico da população carcerária, bem como as condições insalubres de vida prisional. Ora, como dito, para Ferrajoli tão importante quanto o utilitarismo penal é a garantia dos direitos fundamentais dos imputados que nesse exato momento estão sendo violados. Aliás, nem mesmo é necessário se recorrer aos marcos de seu Sistema Garantista, afinal, o segundo parâmetro utilitário não seria justamente a prevenção de punições arbitrárias? Os adeptos do garantismo integral não parecem tão diligentes em denunciar as violências intramuros⁷⁹, muitas vezes levadas a cabo por agentes do Estado, ou mesmo a atuação dos “esquadrões da morte”⁸⁰, que sabidamente contam com conivência (ou colaboração aberta) de segmentos do poder público. Não parece razoável supor que uma visão integral do garantismo aceitaria conviver com violações deste calibre e a simples alegação de que é uma questão de foco não parece suficiente para superar essa crítica. Salvo melhor juízo, não há manifestações relevantes dos adeptos do garantismo integral no sentido de denunciar ou modificar essa realidade, o que no mínimo sugere um aceite apático dessas circunstâncias. Ainda que seus adeptos possam não enxergar isso – o que sugerimos para lhes dar o benefício da dúvida – a leitura integral do garantismo acaba somando-se ao fenômeno do neopunitivismo, na medida em que fornece estofo teórico aos anseios do eficientismo penal, e estranhamente não parece considerar importante a ineficácia instrumental da pena com relação aos fins que o discurso jurídico lhe designa⁸¹.

O garantismo integral, portanto, demonstra seu traço ardiloso ao fornecer justificção teórica ao injustificável: o incremento do poder punitivo, que não seria aceito pela própria teoria de origem. Ora, a marca da realidade operacional do sistema penal brasileiro não está na simples ineficácia da pena com relação às funções discursivamente atribuídas – e isso, no marco de um *utilitarismo* penal já deveria bastar para deslegitimá-la. O problema vai além: estamos diante de uma

79. Claro, dessa tarefa os autores do garantismo “parcial” já se encarregaram, como na já aludida tese de Salo de Carvalho (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, *passim*).

80. Para quem cogitar se tratar de um fenômeno já superado, próprio de tempos passados, cf. HUMAN RIGHTS WATCH. *Lethal force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova Iorque: Humans Rights Watch, 2009. p. 2 e ss.

81. Sobre as incongruências do eficientismo, cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 253 e ss.

eficácia instrumental invertida⁸², ou seja, o controle penal não pode ser encarado como parte da solução de nossos problemas, pois ele próprio é um problema. Temos de erigir uma teoria jurídico-penal que leve isso em conta e não escamoteie os dados da realidade. Do contrário, como diria Andrade, o “garantismo prometido” se tornará o “garantismo prisioneiro”, servil às incumbências políticas verticalmente designadas ao saber jurídico⁸³. Só servirá para adornar a dominação.

4. POR UM GARANTISMO DE RESISTÊNCIA EMANCIPATÓRIA

Encaminharemos o final desta reflexão e para tanto procuraremos indicar algumas vias de superação do imbróglio gerado pela pluralidade de olhares que se dirigem ao garantismo e suas implicações político-criminais. Antes de tudo, no entanto, vale ressaltar que não consideramos que o garantismo integral seja exatamente o “causador” dessa antiga polêmica – considerar plausível tal hipótese implicaria imaginar que antes de seus defensores exteriorizarem suas críticas (infundadas ou não, não vem ao caso) o discurso jurídico-penal e o seu componente garantista eram marcados pelo consenso e livres de controvérsia, o que em si mesmo já é uma idealização ingênua –, muito embora a partir desse

82. “Nas sociedades capitalistas, o exercício de poder dos sistemas penais é marcado, para além de suas intervenções contingentes, por uma lógica estrutural de operacionalização que, implicando a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos, não apenas viola sua programação normativa (os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais) e teleológica (fins atribuídos ao direito penal e à pena), mas, num plano mais profundo, é oposta a ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. A potencialidade deste desenvolvimento contraditório está, todavia, inscrita nas bases fundacionais do próprio sistema, expressando a tensão entre um projeto jurídico-penal tendencialmente igualitário e um sistema social fundado na desigualdade real de acesso à riqueza e ao poder; entre a igualdade formal e a desigualdade social. O limite do sistema é, nesse sentido, o limite da própria sociedade” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 222).

83. Mesmo que as fraturas oriundas do real desempenho do poder punitivo na realidade periférica se façam notar, o discurso jurídico-penal segue buscando uma conciliação entre os objetivos matriciais do paradigma moderno, ou seja, a utopia emancipatória e as necessidades de regulação. Andrade, que não vê com bons olhos esse intento de compatibilidade entre objetivos tão ambíguos, qualifica o discurso penal moderno como um “garantismo prisioneiro” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 210).

movimento ela tenha vindo à superfície de forma mais aguda. Talvez aí esteja o grande mérito da teoria: polarizar o campo de disputa pelos rumos do Direito Penal e do Processo Penal, forçando os atores jurídicos a tomarem uma posição clara sobre os fundamentos que devem reger essa narrativa, daqui pra frente. Quem sabe assim se passe a dar a devida atenção à necessária responsabilidade política ao se escrever ou vivenciar o Direito Penal e o Processo Penal.

Além disso, por honestidade intelectual e a fim de expor nosso lugar de fala, é necessário acrescentar que nosso olhar emana da academia⁸⁴, isto é, seu intuito é a busca de um conhecimento comprometido com a emancipação social e não com os objetivos institucionais de “combate à criminalidade” ou algo que o valha⁸⁵. Se estamos seguros de que o discurso penal (material e processual) sofre de uma metástase de ideologia da defesa social a ponto de comprometer seu caráter garantidor é necessário a assunção de uma postura pedagógica crítica que supere a tentação de se conformar com a ideologia em vigor a fim de prestar seu contributo a uma sociedade menos injusta⁸⁶. Se em razão da nossa postura porventura for sugerido que nosso discurso emana de uma posição confortável, uma “torre

84. Sem a pretensão de nos imaginarmos seus legítimos embaixadores.

85. É possível antecipar, na linha do que já foi dito por Salgado, que nosso discurso certamente será recebido pelos defensores do garantismo integral como “laxista”, ou seja, arredo “ao dever e à lei, com base em razões pouco ou mal fundamentadas” para o gosto do autor (SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 96). Entretanto nos parece que uma postura comprometida com a efetividade de direitos fundamentais (individuais e inclusive os coletivos, já que essa oposição entre ambas as esferas nos parece artificial: ambos merecem concretização e ambos são prejudicados pelo incremento do poder punitivo no marco da estratificação social das sociedades capitalistas) e o combate aos abusos do poder penal não pode ser identificada nesses termos, ao menos não sem esvaziar o seu significado. Nos parece que o adjetivo de laxista cai muito melhor em discursos que a pretexto de “defender a sociedade” desconsideram as condições concretas de intervenção penal, as mortes que o poder punitivo produz e o fortalecimento do Estado de Polícia – que para Salgado não passa de um mito (SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 91) – isto é, discursos que tendem a corroer o modelo de Estado (Social e Democrático) de Direito ao tentar defendê-lo.

86. CHOMSKY, Noam. A função da universidade em tempos de crise”. *Razões de Estado*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 363.

de marfim”, adiantadamente diremos que o olhar criminológico provavelmente necessita tomar certo distanciamento da dinâmica persecutória levada a cabo por certas instituições, como condição de oxigenação da crítica⁸⁷. E nem por isso é menos comprometido. E nem por isso deixa de ter razão.

Não pretendemos fazer disso uma disputa departamental, no entanto. Mesmo as palavras da academia nunca foram unívocas e frequentemente serviram a propósitos de dominação⁸⁸, isso é certo. Mas é próprio da academia operar de modo relativamente independente das pautas politicamente impostas pelo *status quo*. Ou seja, se há um local de produção de saber imbuído de legitimidade política para a crítica das demais instituições e seus discursos de sustentação, é a academia⁸⁹. Há que se articular uma pedagogia de compromisso com a crítica, com a realidade dos sistemas punitivos e com a emancipação social. E cremos que uma pedagogia dessa natureza necessita reconhecer os perigos que se revelam historicamente. Não cabe minimizar a ascensão do neopunitivismo, e cremos que os primeiros interlocutores do garantismo deram-se conta disso, ao contrário dos adeptos da vertente integral, pelo menos na nossa leitura.

Em seu conhecido texto em que discute os objetivos da educação após o Holocausto, Theodor Adorno expõe sua conclusão logo nas primeiras linhas: “La exigencia de que Auschwitz no se repita es la primera de todas en la educación”⁹⁰. O leitor deve se perguntar, no entanto, qual o sentido dessa afirmação e de que modo ela dialoga com o garantismo. É que para Adorno, a ameaça de recaída no

87. CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 179.

88. A academia certamente tem o dever de reconhecer sua parcela de culpa, eis que cuidou de justificar imposições punitivas de toda espécie. De fato, os saberes penais se defrontam com uma incômoda verdade: algumas de suas obras cuidaram de justificar a morte e a imposição de sofrimento, e isso certamente não deve ser esquecido, mas antes rememorado em um incansável e impostergável esforço de revisão crítica. Como sugere Zaffaroni, esse empenho começa por identificar ideias dessa natureza e situá-las adequadamente a fim de desnudar sua funesta procedência (cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24).

89. Conforme Chomsky, “é de extrema urgência, para nós mesmos e para a sociedade mundial, que nossas instituições e nossa ideologia sejam submetidas a uma análise crítica séria. As universidades devem ser um alvo primordial dessa análise e, ao mesmo tempo, proporcionar a ‘forma institucional’ dentro da qual ela possa ser livremente realizada” (CHOMSKY, Noam. A função da universidade em tempos de crise. *Razões de Estado*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 368-369).

90. ADORNO, Theodor W. La educación después de Auschwitz. *Delito y Sociedad*, Santa Fé, v. 2, n. 3, 1993. p. 39.

autoritarismo/totalitarismo é uma constante na experiência contemporânea. A razão para essa preocupação – que não é hiperbólica nem monocular, isso é certo – reside no fato de que as estruturas sociais que deram vida aos genocídios do século XX pouco mudaram⁹¹. Na essência, por razões que aqui não podemos inventariar, as sociedades modernas seguem sendo um aparelho de produção de violência e o Estado moderno ainda é um de seus mecanismos prediletos. Mudar essas circunstâncias – isto é, essas condições objetivas – certamente é difícil, e não somos dados a voluntarismos de qualquer espécie. Mesmo assim, consideramos que acerta Adorno quando avalia que uma missão está ao alcance da educação: mudar as subjetividades em direção a uma sensibilidade ou autorreflexão crítica que considere necessário e inadiável combater às dinâmicas de produção de violência⁹².

Qual o papel dos saberes penais após Auschwitz? Desde a nossa leitura, criminologia, Direito Penal e Processo Penal devem se dedicar a deter a escalada de violências socialmente produzidas. E estabelecer mecanismos de contenção do poder punitivo – que historicamente cooperou para (re)produzi-las – é condição inquestionável. Argumentos que, conscientemente ou não, revigoram a ideologia da defesa social comungam para a capacitação do poder penal. Desvelar as falácias da defesa social e seus já aludidos princípios de sustentação discursiva significa erigir uma narrativa penal alternativa, comprometida com a emancipação periférica e não com o genocídio em marcha. Mas pensar essa alternativa implica uma opção teórica de revisão dos postulados discursivos do garantismo, isso é certo. Assumir uma postura herética frente aos lineamentos de Ferrajoli – não de forma gratuita, por óbvio, mas sempre que necessário e as circunstâncias bem como a escalada das mortes ditarão o necessário – certamente é melhor do que render o discurso jurídico ao idealismo servil e à maquinaria de produção de dor inútil que o controle penal representa.

Zaffaroni se recusa a pensar o discurso jurídico-penal – seja em seus momentos marcadamente autoritários ou garantidores – de forma divorciada da conjuntura de poder. Para o autor, tanto o impulso crítico quanto as recaídas autoritárias configuram uma dinâmica cíclica que descreve a trajetória desse saber. Se, por exemplo, a gênese do garantismo está associada à Ilustração e esta atendeu aos interesses de uma burguesia nascente (que já não se conforma em ser o Terceiro

91. ADORNO, Theodor W. La educación después de Auschwitz. *Delito y Sociedad*, Santa Fé, v. 2, n. 3, 1993. p. 40.

92. ADORNO, Theodor W. La educación después de Auschwitz. *Delito y Sociedad*, Santa Fé, v. 2, n. 3, 1993. p. 40-41.

Estado e prestar reverência a um absolutismo decadente e ao poder clerical), passada a etapa da conquista de poder, as coisas mudam: aos vencedores pouco interessava um Direito Penal e um Processo Penal de garantias, isso já se tinha (para alguns, claro); tratava-se, a partir de então, de capacitar o moinho penal a fim de docilizar um proletariado potencialmente insurreto e nesse sentido o poder punitivo representava uma ferramenta indispensável. As feições que descrevem o discurso jurídico, portanto, não estão alheias às lutas por hegemonia ou, para dizer a partir de outro ângulo, essa batalha se dá também dentro do campo discursivo, na busca por hegemonizar o trato da questão penal⁹³.

Os significados do garantismo, portanto, não estão dados, nem mesmo por Ferrajoli (e menos ainda por seus novos pupilos). O confronto discursivo nos campos do Direito Penal e Processo Penal não está ganho nem perdido, os termos em que se dará o desenvolvimento do garantismo seguem em disputa. Entretanto, a disposição das peças no tabuleiro indica objetivos distintos. De um lado, o endosso acrítico da defesa social; de outro, a percepção de que a construção de um discurso e uma práxis garantidores é a única contribuição que o Direito e o Processo Penal podem prestar para a efetividade da teleologia constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória do garantismo penal no solo brasileiro está longe de ser linear e pacífica. Nesse exato momento, encampa-se uma batalha teórica que intenta definir seus rumos. De um lado, verifica-se um esforço teórico sólido e comprometido de diversos teóricos e atores jurídicos no sentido de compatibilizar seus postulados às condições concretas de militância constitucional, ditadas pelo tempo presente, arcando com o preço de serem adjetivados de “incoerentes”. De outro, há um vetor de revitalização de dispositivos neopunitivos que sempre estiveram latentes no próprio garantismo, desde o projeto Iluminista, sendo que esta vertente possui a “coerência” como palavra de ordem. Em que pese os diferentes matizes que possamos verificar, fica claro que ambos os polos estruturam o debate acerca do significado do garantismo brasileiro hoje. De nossa parte, consideramos que a realização do projeto insculpido na Constituição da República de 1988 depende de significativas adaptações no âmbito da questão penal, no sentido de depurar os germes de ideologia da defesa social, algo que parece estar em desacordo com o eixo de proposições do garantismo integral.

93. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005. p. 171-172.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 153. ano 27. p. 65-106. São Paulo: Ed. RT, março 2019.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Theodor W. La educación después de Auschwitz. *Delito y Sociedad*, Santa Fé, v. 2, n. 3, p. 39-53, 1993.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOVERO, Michelangelo. La filosofia política de Ferrajoli. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008.
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 143-164, 2013.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WANDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CHOMSKY, Noam. A função da universidade em tempos de crise. *Razões de Estado*. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- COSTA, Pietro. Um modelo para um análisis: la teoría del “garantismo” y la comprensión histórico-teórica de la “modernidade” penalista. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008.

- JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- DUCLERC, Elmir. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. In: KHALED JR., Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Notas críticas y autocríticas em torno a la discusión sobre “derecho y razón”. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Lethal force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova Iorque: Humans Rights Watch, 2009.
- KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
- KHALED JR., Salah H. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 84, p. 38-63, fev.-mar. 2014.
- LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 20, p. 11-38, 2005.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I e II.

- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediard, 2003.
- MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. *Caderno de Letras da UFF*, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.
- MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. v. 1.
- STRECK, Lenio Luiz. Crime e sociedade estamental no Brasil: de como la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzados. *Cadernos IHU Ideias*, São Leopoldo, ano 10, n. 178, p. 3-35, 2012.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994, v. I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo. *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAÚJO JR., João Marcelo (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleino Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila Editores, 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 952/265-293 (DTR\2015\766);
- Da crítica à solução: a criminologia e as community boards como alternativas ao sistema penal, de Bruno Seligman de Menezes, Mateus Rech Graciano dos Santos e Vanessa Cerezer de Medeiros – *RBCCrim* 132/219-246 (DTR\2017\1430);
- Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade, de Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 130/203-235 (DTR\2017\659); e
- Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência, de Selma Pereira de Santana e Tássia Louise de Moraes Oliveira – *RBCCrim* 136/235-263 (DTR\2017\6311).

REFLEXÕES SOBRE A (I)LEGITIMIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA COMO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO NA EXECUÇÃO PENAL

REFLECTIONS ON THE (I)LEGITIMACY OF LENIENCY AGREEMENTS AS POST-DELECTIVES BEHAVIORS IN CRIMINAL ENFORCEMENT

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (2010) e pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2018). Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (2004). Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (1998). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Professora do programa de pós-graduação em Políticas Públicas da Universidade Estadual de Maringá. Coordenadora do Núcleo de Estudos Penais da Universidade Estadual de Maringá.
erika.mendes0510@hotmail.com

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA

Pós-Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do mestrado em Ciências Jurídicas e da graduação em Direito do Centro de Ensino Superior de Maringá (UNICESUMAR). Professor da especialização em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Estadual de Maringá (UEM), da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), do Instituto Paranaense de Educação (IPE-PR), das Universidades CEUMA, FEEVALE e UNISINOS. Bolsista de Produtividade e Pesquisador do ICETi.
gustavonoronhadeavila@gmail.com

Recebido em: 31.03.2018

Aprovado em: 28.09.2018

Última versão dos autores: 19.10.2018

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente estudo procura examinar a delação premiada como forma de comportamento pós-delitivo no âmbito da Lei 12.850/2013, que prevê sua realização no momento da execução penal. Ao conferir a referida lei importantes efeitos penais à delação feita após a sentença condenatória, perquire-se a (i)legitimidade do instituto e analisa-se criticamente seu viés preventivista.

ABSTRACT: This study aims to examine the leniency agreements as a form of post-delinquent behaviour in sight of the 12,850/2013 decree, which allows it to be held also on the criminal enforcement phase. When conferring the said law important penal effects to the delation made after the conviction sentence, the legitimacy of the institute is investigated and its preventive bias is critically analyzed.

PALAVRAS-CHAVE: Comportamento pós-delitivo – Delação Premiada – Execução Penal – Crime Organizado – Delação na Execução Penal.

KEYWORDS: Post-delictive behavior – Leniency Agreements – Criminal Enforcement – Organized Crime – Leniency Agreement on Criminal Enforcement Phase.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O comportamento pós-delitivo: determinações preliminares. 3. Alcance e significado. 4. Localização sistemática. 5. Caracteres da delação como comportamento pós-delitivo. 6. Uma aproximação crítica aos efeitos da delação na Lei 12.850/2013. 7. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada na execução penal. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca examinar uma forma concreta de comportamento que ocorre após a configuração das categorias que integram o conceito analítico de delito (a saber, a conduta, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade) e que pertenceria, portanto, ao âmbito da punibilidade: a colaboração. Por isso se aceita a denominação de comportamento pós-delitivo, a fim de sinalizar que sua ocorrência se dá precisamente após a constituição do injusto culpável. Todavia, esse comportamento repercutirá sobre a possibilidade de punir, sobre a magnitude da pena imposta ou sobre sua execução. Daí a designação de colaboração/delação “premiada”. Necessário se faz, portanto, traçar os elementos que legitimariam o reconhecimento de efeitos penais a esse comportamento e seu alcance na atualidade, especialmente na esfera das organizações criminosas.

No Brasil, a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, “define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado” (art. 1º). Interessa-nos a colaboração – que pode ser feita em qualquer fase da persecução penal (art. 3º, I) - realizada por quem promove, constitui, financia ou integra organização criminosa (art. 2º, *caput*) ou por quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, § 1º). Essa colaboração repercute na esfera da punibilidade e, presentes determinados requisitos (art. 4º, I, II, III, IV e V), o juiz poderá, a requerimento das partes: 1) conceder o perdão judicial; 2) reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade; 3) substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Será possível, inclusive, que o Ministério Público deixe de oferecer a denúncia (art. 4º, § 4º, I e II). Caso seja realizada após a sentença, a colaboração acarretará: 1) a diminuição da pena até a metade; ou 2) a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4º, § 5º).

Na atualidade, a frequência do reconhecimento de importantes efeitos jurídico-penais à delação como comportamento pós-delitivo estimula o exame de seus requisitos (objetivos e subjetivo), efeitos e significado, sobretudo à luz de uma configuração das categorias do delito voltada ao atendimento de fins político criminais, conforme propugnam as concepções normativistas teleológicas.

O estudo que aqui se realiza perquire exatamente o significado e o alcance jurídico-penal da delação no âmbito do delito de organização criminosa, tipificado na Lei 12.850/2013, com lastro em método de caráter lógico-dedutivo. Faz-se, para tanto, revisão da literatura a respeito e proposição de efeitos específicos conforme o significado assumido pela delação premiada (em fase investigação preliminar, durante o processo ou após a prolação de sentença penal), conferindo destaque à análise crítica de sua (i) legitimidade quando realizada no momento da execução penal.

2. O COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO: DETERMINAÇÕES PRELIMINARES

Os pressupostos político-criminais que condicionam a imposição da pena são geralmente reconduzidos à punibilidade como categoria autônoma. Não há unanimidade com relação ao conteúdo dessa categoria. A punibilidade é uma das categorias mais controvertidas da dogmática jurídico-penal¹. Não só seu conteúdo, função e localização sistemática são objeto de questionamento doutrinário, mas inclusive a própria conveniência de admiti-la como uma categoria autônoma. O setor doutrinário que confere à punibilidade o status de categoria autônoma costuma outorgar-lhe um sentido *amplo*, compreensivo tanto das condições objetivas de punibilidade como das escusas absolutórias².

O comportamento pós-delitivo positivo insere-se, segundo a postura aqui mantida, dentro da noção de escusa absolutória em sentido amplo, que abarcaria

1. Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Ed. RT, 2008; BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena (Um estudo sobre a repercussão do tema na Teoria do Delito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada (direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
2. Uma concepção restritiva exclui do âmbito das escusas absolutórias as hipóteses de comportamento pós-delitivo, optando por reconduzi-las a uma categoria específica, denominada ‘outros pressupostos da pena independentes do delito’ – assim, por exemplo, LUZÓN-PEÑA, Diego-Manuel. La punibilidad. In: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 831-847.

também as denominadas causas de exclusão de pena (escusas absolutórias em sentido estrito). As escusas absolutórias, a exemplo das condições objetivas de punibilidade, condicionam a concreta imposição da pena por *razões de política-criminal*. Na maior parte dos casos, aos motivos vinculados à conveniência ou oportunidade deve acrescentar-se também a falta de necessidade de pena do ponto de vista da prevenção geral e da prevenção especial. Entretanto, diversamente das condições de punibilidade objetivas, as escusas apresentam um caráter *pessoal*, ou seja, aplicam-se exclusivamente àqueles nos quais concorram.

A doutrina alemã³ propõe a diferenciação entre as denominadas causas pessoais de exclusão da pena (*Strafausschließungsgründe*) e as causas pessoais de suspensão ou anulação da pena (*Strafaufhebungsgründe*), em substituição ao termo ‘escusas absolutórias’. Essa classificação é a perfilhada por parte da doutrina brasileira⁴ e espanhola⁵, que argumenta que a mesma se mostra superior à denominação tradicional por permitir a distinção entre as isenções que concorrem com simultaneidade à execução do delito e aquelas que são posteriores à realização do fato delitivo. Na atualidade, porém, a moderna ciência do Direito penal alemã tende a reconhecer que a distinção em questão é inútil e carente de relevância prática, de modo que a seria preferível reunir as causas de exclusão e as causas de suspensão da pena sob a denominação comum de *causas de exclusão da pena em sentido amplo*⁶.

3. ALCANCE E SIGNIFICADO

A exata compreensão do alcance e significado do comportamento pós-delitivo requer o esclarecimento de algumas noções fundamentais. Inicialmente, é

3. Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, p. 500 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, § 23, n. 4, p. 971-972.

4. Cf., nesse sentido, SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2003; BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena (Um estudo sobre a repercussão do tema na Teoria do Delito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

5. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 1989. FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

6. Cf. WOLTER, J. Estudios sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 60.

preciso assinalar que a doutrina, em um esforço de sistematização, busca classificar as escusas absolutórias em sentido amplo em *anteriores* ou *preexistentes* à comissão de um delito e em *posteriores* ou *supervenientes*⁷. Este é fundamentalmente um critério classificatório de cunho cronológico, já que enquanto as primeiras antecedem a prática da conduta típica, ilícita e culpável, as últimas a sucedem no tempo. Nessa perspectiva, as denominadas escusas absolutórias preexistentes seriam determinadas circunstâncias estabelecidas de antemão pela lei e que, portanto, existiriam antes da realização da conduta delituosa; as escusas denominadas posteriores, porém, seriam aquelas circunstâncias que o legislador considera ulteriormente, após o aperfeiçoamento do injusto culpável.

Um importante setor da doutrina alemã⁸ qualifica as escusas absolutórias preexistentes como causas pessoais de exclusão de pena (*Strafausschließungsgründe*), enquanto as escusas absolutórias posteriores recebem a denominação de causas de supressão ou liberação de pena (*Strafaufhebungsgründe*). Aquelas são circunstâncias legalmente previstas, cuja existência produz desde um primeiro momento a impunidade, já que antecedem o momento da prática do delito. Estas últimas apresentam-se apenas após a comissão do fato delituoso, suprimindo de modo retroativo a punibilidade já fundamentada⁹. Em sentido similar, a doutrina italiana emprega a expressão causas de não-punibilidade em sentido estrito para se referir às primeiras, e causas posteriores de não punibilidade para designar as segundas. Também na Espanha a denominação em apreço mereceu acolhida. Faraldo Cabana, por exemplo, distingue as causas de supressão ou liberação de pena das causas de exclusão de pena. Enquanto estas concorrem durante a execução do delito, evitando o surgimento da punibilidade, aquelas “são posteriores

7. Vide, entre outros, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed. T. VII. Buenos Aires: Losada, 1977. p. 146; BACIGALUPO, E. *Delito y punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983. p. 40; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Punibilidad. *Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas, 1995. v. IV. p. 5.426 e ss.; DE VICENTE REMESAL, J. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985. p. 318; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Tecnos: Madrid, 1995. p. 130 e ss.; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p.107 e ss.

8. Cf., por exemplo, WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976. p. 142-143, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. p. 500 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, § 23, n. 4, p. 971-972; MAURACH/ZIPF *Derecho Penal*, t. I. Buenos Aires: Astrea, 1994, § 35, V, p. 594 e ss.

9. Vide WESSELS, op. cit., 1980, p. 143.

à realização do fato delituoso e supõem a existência de uma ação tipicamente antijurídica, culpável e punível”. As causas de exclusão da pena são circunstâncias pessoais que concorrem mesmo durante a execução do fato – até o momento da produção da consumação material – e determinam a impossibilidade de configuração da punibilidade. Podem ser pessoais ou objetivas: as primeiras não beneficiam aos demais intervenientes na execução do fato, enquanto as segundas simplesmente evitam o surgimento da punibilidade para todos os partícipes. As causas pessoais de supressão ou liberação de pena, porém, exigem a realização voluntária de um comportamento pós-delitivo positivo por parte do sujeito ativo. Concorrem com posterioridade à execução do fato delituoso e exoneram a punibilidade em sentido amplo retroativamente¹⁰. A ausência das causas pessoais de supressão da pena representa um pressuposto para a imposição da pena alheio ao delito, cujo efeito de isenção só abarca os intervenientes que efetivamente tenham realizado o comportamento pós-delitivo positivo correspondente.

As causas de supressão da pena são hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo que anulam a punibilidade inicial. Seriam, recorrendo à terminologia tradicional, escusas absolutórias posteriores, dado que atuam com posterioridade à realização do fato, suprimindo sua punibilidade. Não se confundem com as causas de exclusão de pena – escusas absolutórias anteriores – cuja presença no próprio momento da execução do fato delituoso impede a configuração da própria punibilidade.

O fato de que as causas de supressão da pena concorram após o término da realização da conduta delitiva demonstra claramente que as mesmas não afetam o injusto culpável. É o caso da colaboração aqui examinada (art. 4º, Lei 12.850/2013). Com relação ao conteúdo dessa circunstância eximente, cumpre assinalar que pressupõe um determinado comportamento – positivamente valorado por parte da legislação – realizado pelo autor. Esse comportamento consistirá na colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo penal, desde que dela advenham um ou mais resultados (efeitos), listados pelo artigo 4º da Lei 12.850/2013.

10. Assim, LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 5.428 ss. (Idem. La punibilidad. In: La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. *Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 843 ss.); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, op. cit., 1989, p. 92 (Idem, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Tecnos: Madrid, 1995. p.130); FARALDO CABANA, op. cit., p. 60, entre outros. Na doutrina nacional, vide SÁNCHEZ RÍOS, R., op. cit., p. 20; BITTAR, W. B., op. cit., p. 115 e ss.

4. LOCALIZAÇÃO SISTEMÁTICA

A diversidade de posturas a respeito dessa questão motiva a constituição de duas vertentes doutrinárias diametralmente opostas: a primeira segue um conceito amplo de punibilidade e a segunda adota um conceito estrito de punibilidade. De acordo com o primeiro entendimento, a punibilidade abarca todos os pressupostos materiais da pena alheios à conduta típica, antijurídica e culpável, isto é, as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo. No entanto, a postura que defende uma noção estrita de punibilidade argumenta que semelhante entendimento não distingue entre as circunstâncias que se relacionam com o fato delitivo e aquelas que são posteriores a este – as causas de supressão de pena –, em outras palavras, entre os elementos que pertencem ao delito e os que atuam com independência deste. Com o objetivo de proceder à necessária distinção entre fatores que, embora alheios ao âmbito do injusto culpável, pertencem ao delito – e que, por conseguinte, afetam a própria existência deste – e os que são posteriores ao fato delitivo – e que, consequentemente, não o excluem nem o eliminam – a punibilidade é concebida em um sentido estrito, compreensivo somente dos elementos vinculados ao delito.

Nesse sentido, na doutrina espanhola, afirma Luzón Peña que as causas pessoais de supressão ou liberação de punibilidade “suprimem, anulam ou eximem a punibilidade que em princípio merecia plenamente o fato; portanto, não pertencem ao delito nem o excluem, mas são circunstâncias posteriores ao delito que impedem a imposição da pena”, isto é, “constituem outros pressupostos da pena – nesse caso de isenção da mesma – independentes do delito”¹¹. O autor realiza uma distinção entre a punibilidade – entendida como um requisito integrante do delito e compreensivo não apenas dos elementos pessoais ou objetivos do próprio delito – e de outros pressupostos da pena distintos do delito, do ‘fato’, que também condicionam a imposição de uma pena, entre os quais inclui as causas de supressão da pena.

Tais conclusões se baseiam essencialmente na tese que também defende De Vicente Remesal com relação ao comportamento pós-delitivo, para quem a punibilidade não é o lugar adequado para a localização sistemática de tais circunstâncias. Por conseguinte, após reconhecer que as hipóteses de comportamento pós-delitivo – como atenuantes genéricas ou como tipos especiais – são alheias e

11. LUZÓN-PENÑA, Diego-Manuel. La punibilidad. In: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 843 e ss. e p. 833.

posteriores ao injusto culpável, estima oportuna a inserção das mesmas em uma categoria distinta daquelas tradicionalmente componentes do conceito de delito, denominada por ele como “‘outros pressupostos de pena’ distintos do delito”¹².

Também perfilha semelhante orientação Faraldo Cabana¹³, quem sustenta que as causas de supressão da pena se distinguem das escusas absolutórias pelo fato de que estas últimas integrariam, ao lado das condições objetivas de punibilidade, a categoria da punibilidade, conformando sua vertente negativa. Rechaça, assim, uma concepção ampla de punibilidade – que terminaria por incluir nela todos os elementos alheios ao injusto culpável, vinculados ou não ao fato delitivo –, e assume uma postura restritiva, que inclui naquela categoria somente os pressupostos da pena pertencentes ao delito, ainda que alheios ao injusto culpável. As causas de suspensão da pena estão fora dessa categoria, posto que são comportamentos posteriores ao fato delitivo e absolutamente desvinculados deste. Nessa perspectiva, a autora integra as causas de suspensão ou liberação de pena em uma categoria distinta da punibilidade também qualificada como “outros pressupostos da pena” alheios ao delito. Segundo Faraldo Cabana, conferir um tratamento conjunto a elementos que concorrem em momentos distintos é um equívoco, pois “o momento no qual devem concorrer já justifica um tratamento diferenciado, de maneira que é preciso optar por um conceito estrito de punibilidade que inclua somente aqueles elementos alheios às demais categorias do delito, que se relacionam com o fato delitivo”¹⁴.

Dessa assertiva pode-se inferir, em primeiro lugar, que a autora parece inserir a punibilidade entre os elementos do delito¹⁵ e, em segundo lugar, que a criação de uma nova categoria – distinta da punibilidade, onde seriam reunidas aquelas hipóteses posteriores e distintas do próprio fato delitivo – justifica-se, fundamentalmente, pela impossibilidade aparente de que institutos tão variados como

12. DE VICENTE REMESAL, J., op. cit. p. 344.

13. FARALDO CABANA, Patricia, op. cit. p. 38, 147 e ss. 152-153, p. 167 e ss. e 177-178.

14. FARALDO CABANA, Patricia, op. cit. p. 167-168.

15. E de fato é assim, pois afirma que as causas de suspensão ou liberação da pena “ao serem posteriores não afetam os elementos do delito: situadas fora da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, constituem um pressuposto da pena alheio ao delito” (FARALDO CABANA, Patricia, op. cit. p.61), isto é, “são posteriores à realização do fato delitivo e pressupõem a existência de uma ação tipicamente antijurídica, culpável e punível” (FARALDO CABANA, Patricia, op. cit. p.45). Também engloba a punibilidade entre os elementos constitutivos do delito LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, op. cit., 1995, p. 5.423 ss. (Idem, op. cit., 2002, p. 831 ss.).

as causas de suspensão ou liberação de pena e as escusas absolutórias pudessem integrar uma única categoria.

De fato, chega a ser qualificada como uma “obsessão da doutrina”¹⁶ a tentativa de reconduzir as hipóteses de comportamento pós-delitivo a uma mesma categoria, integrante do conceito de delito. Essa categoria – a punibilidade – seria um autêntico elemento do delito – de conteúdo heterogêneo -, mas diferentemente do que propugna o setor doutrinário que postura uma concepção ampla a respeito dessa categoria, albergaria apenas as condições objetivas de punibilidade, as causas pessoais de exclusão de pena e alguma hipótese de comportamento posterior em sentido amplo, como o caso da desistência voluntária. As causas de suspensão de pena – isto é, os casos de comportamento pós-delitivo – não se enquadrariam na categoria jurídica representada pela punibilidade – em realidade, esta seria uma inadequada “via de escape” para tais circunstâncias -, e sim entre os “outros pressupostos de pena” distintos do delito¹⁷.

A punibilidade, segundo o ponto de vista aqui defendido, é um elemento accidental ou circunstancial que condiciona a concreta imposição da pena em determinadas circunstâncias, não integrando o conceito de delito. Desse modo, não se vislumbra obstáculo algum à inclusão nessa categoria, como sua vertente negativa, de todas aquelas hipóteses de exclusão da punibilidade – anteriores ou posteriores ao fato delitivo -, dado que as mesmas se encontram conectadas a esse pressuposto accidental da pena, alheio ao delito, e não às categorias tradicionais. Um entendimento oposto somente se justifica quando se adota uma premissa distinta, isto é, quando se defende que a punibilidade é um elemento do delito e a presença das causas pessoais de exclusão da pena conduz à exclusão deste, como ocorreria também com a ausência de uma condição objetiva de punibilidade. Admitir a existência do delito apesar da presença de uma causa de suspensão da pena seria uma “contradição lógica”¹⁸, de acordo com a perspectiva adotada por Faraldo Cabana, somente quando aquelas são incluídas na punibilidade e esta, por sua vez, entre os elementos do delito. Mas a mencionada contradição desaparece se a punibilidade é alijada do âmbito do delito, já que a falta de uma condição

16. DE VICENTE REMESAL, op. cit., p. 343.

17. Nesse sentido, DE VICENTE REMESAL, op. cit., p. 316 ss., e 337 ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, op. cit., 1995, p. 5.424; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, op. cit., 1995, p. 132 ss.; FARALDO CABANA, Patricia, op. cit., 2000, p. 38, e 147 ss. Na doutrina nacional, parece manifestar-se nesse sentido SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo, op. cit., 2003, p. 30, 115, 118, e 132-133.

18. FARALDO CABANA, Patricia, op. cit., p. 168.

objetiva de punibilidade ou a constatação de uma escusa absolutória em sentido amplo não mais conduziria à inexistência do próprio fato delituoso. Difícil seria justificar a existência de uma categoria distinta somente para abarcar determinados elementos – as causas de suspensão de pena, ou escusas absolutórias posteriores –, alheios ao conceito de delito, quando também a punibilidade não se encontra vinculada às categorias delitivas.

As escusas absolutórias anteriores e posteriores são, na verdade, elementos integrantes de uma mesma categoria – a punibilidade – e conformam sua vertente negativa, já que a positiva estaria representada pelas condições objetivas de punibilidade. Ambas operam excluindo a punibilidade, seja com anterioridade à realização dos elementos do delito, seja com posterioridade à constituição do injusto da tentativa ou à consumação do delito. Essa concepção somente pode ser tachada como ‘ampla’ se por ‘amplo’ se tende um conceito de punibilidade que compreenda elementos pertencentes ao delito e circunstâncias alheias ao mesmo. Porém, quando se especifica como elementos condicionantes da punibilidade somente aqueles completamente desvinculados do injusto culpável – e, por conseguinte, alheios ao conceito de delito, como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável –, então não se pode afirmar que o conceito de punibilidade aqui defendido é um conceito ‘amplo’, posto que o que esta noção sustenta é apenas a inserção em uma mesma categoria – de caráter accidental ou circunstancial – de todos os elementos não pertencentes à concepção tradicional e quadripartida de delito.

Pois bem, o que não se pode admitir é a mutilação do conteúdo da punibilidade com o propósito de criar uma categoria autônoma e distinta, que reuniria as hipóteses de comportamento pós-delitivo sob o argumento de que estas não integrariam o conceito de delito (ou de fato delitivo). E isso porque as condições objetivas de punibilidade e as causas de exclusão de pena (ou escusas absolutórias anteriores) também não pertencem ao conceito de delito e, a exemplo das hipóteses de comportamento pós-delitivo constitutivas de causas de supressão ou liberação de pena (escusas absolutórias posteriores), integram uma única categoria: a punibilidade.

Apesar da indubitável heterogeneidade dessas circunstâncias, os elementos condicionantes da punibilidade outorgam à mesma um conteúdo próprio e distinto das categorias do conceito de delito. Em resumo, quando se defende a necessidade de inserção das hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo constitutivas de causas de supressão de pena em uma categoria “diferente da punibilidade, fora dos elementos do delito”, o que se faz é incluir a punibilidade entre os elementos do próprio delito e caracterizar como accidental a categoria

que denominam “outros pressupostos da pena alheios ao delito”. Essa “nova” categoria nada mais é do que a própria punibilidade, isto é, a punibilidade é um pressuposto da pena alheio ao delito, já que não o integra como um elemento essencial e, no entanto, figura como requisito indispensável nos casos em que se exige a concorrência de uma condição objetiva de punibilidade ou a ausência de uma escusa absolutória em sentido amplo para a concreta imposição da sanção penal correspondente.

A punibilidade não integra a estrutura delitiva, nem sequer circunstancialmente, e, por conseguinte, não é defensável uma separação taxativa – e fundada unicamente em um critério cronológico – entre elementos anteriores e posteriores à configuração delitiva. Expurgada a punibilidade do conceito de delito, não há óbice algum à aglutinação das escusas anteriores e posteriores em uma única categoria, alheia ao injusto culpável. Todos esses pressupostos da pena alheios ao delito, embora heterogêneos, apresentam como denominador comum um fundamento basicamente político-criminal.

Tanto as causas de exclusão de pena – ou escusas absolutórias anteriores – como as causas de supressão ou liberação de pena – ou escusas absolutórias posteriores (como, por exemplo, a denominada colaboração premiada) – pertencem, assim como as condições objetivas de punibilidade, à *figura de delito*, isto é, ao conjunto de todas e cada uma das circunstâncias imprescindíveis para a aplicação da pena. O conceito de figura de delito sim pode ser qualificado como um conceito amplo, que abarca não apenas as categorias estruturais do delito, mas também os pressupostos da pena alheios a este. Daí que é possível argumentar, contra a opinião doutrinária que critica o conceito de punibilidade assim delimitado como um conceito ‘amplo’, que este não é senão a expressão da adoção de um conceito estrito de delito, enquanto que a concepção de punibilidade que se autodefine como ‘estrita’ nada mais é do que a aceitação de uma definição ampla de delito, que inclui em seu âmbito elementos alheios ao injusto culpável.

5. CARACTERES DA DELAÇÃO COMO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO

É possível vislumbrar três traços fundamentais que caracterizam a colaboração como comportamento pós-delitivo positivo valorado (premiado) que são: 1) sua posterioridade em relação à configuração do injusto culpável do delito de organização criminosa (art. 2º, *caput*, Lei 12.850/2013) ou de obstrução à investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, § 1º); 2) sua voluntariedade; e 3) sua efetividade (efeitos positivos), manifestada pela obtenção de um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais coautores

e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (art. 4º, I), revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II); prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, III), recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, IV) ou localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, V).

Sobre a primeira das características apontadas (posterioridade), cabe dizer que o comportamento pós-delitivo (delação) sucede a execução do fato delitivo, ainda que o delito não tenha alcançado a consumação. Isto é, não é indispensável a consumação do delito para a configuração do comportamento pós-delitivo, posto que é perfeitamente admissível que este ocorra após a realização do injusto da tentativa. Todavia, no que concerne ao delito tipificado no art. 2º, *caput*, da Lei 12.850/2013, os núcleos do tipo penal (promover, constituir, financiar ou integrar) sinalizam um delito de mera conduta, de perigo abstrato e unissubsistente, não sendo possível vislumbrar a forma tentada. No que toca ao delito de obstrução 'a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, as condutas típicas apontam para um delito de resultado, de lesão e plurissubsistente, admitindo-se a tentativa. Nesse último caso, a colaboração pode ocorrer ainda que, iniciada a execução, a consumação (que se dá com o efetivo impedimento ou embaraço 'a investigação de infração penal) não se verifique por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O limite máximo para a realização da colaboração é bastante elástico, já que, de forma inédita na legislação penal brasileira, permite-se que o comportamento ocorra mesmo após a sentença penal condenatória, em fase de execução penal (art. 4º, § 5º). Logo, é possível a delação durante a fase de investigação preliminar, durante o processo penal ou, inclusive, durante a execução penal. Os efeitos jurídico-penais da colaboração, contudo, obedecerão a diversos elementos, assim explicitados (art. 4º, § 1º): 1) personalidade do colaborador; 2) natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso; 3) eficácia (relevância) da colaboração. É importante assinalar, ainda, que se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração poderá o Ministério Público deixar de oferecer denúncia (art. 4º, § 4º).

Assim, embora não haja um limite cronológico máximo para a realização da colaboração no delito de organização criminosa, o perdão judicial não será possível após a sentença penal condenatória, mas a pena privativa de liberdade poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4º, § 5º).

O limite temporal máximo para a realização do comportamento posterior positivo conecta-se ao segundo traço característico desse tipo de eximente, a saber, a *voluntariedade*. As causas de supressão total ou parcial da pena exigem que o sujeito atue voluntariamente. Esse é, certamente, o mais complexo dos requisitos a ser satisfeito em sede de colaboração premiada. Como aferir a voluntariedade? Qual o significado e alcance desse elemento? Segundo acertadamente se propugna, “o requisito legal da voluntariedade do/a colaborador/a não encontra outro parâmetro de verificação de sua existência que não nos limites de sua autonomia. E pensar nesta última, por sua vez, é refletir acerca de um agente, de suas ações e do conjunto de noções – ou valores – que orientam o campo de uma ação que possa ser considerada ética. (...) Uma ação só será ética se for consciente, livre e responsável e só será virtuosa se for livre. Liberdade pressupõe autonomia, isto é, deve resultar de uma decisão interior ao/à agente, e não da obediência a uma ordem, a um comando ou a uma pressão externa”¹⁹. Em síntese, a voluntariedade não é um pressuposto meramente formal e só pode ser definida “enquanto uma decisão autônoma e, portanto, livre de pressões externas, como um requisito de existência do acordo de colaboração premiada que compete, sim, ao/à magistrado/a analisar, bem como declarar sua ausência quando diante de confissões/informações obtidas sob o cerceamento da liberdade”²⁰.

Com efeito, o requisito subjetivo da voluntariedade é incompatível com o aprisionamento cautelar do investigado/processado. Este se encontra privado de autonomia quando, preso provisoriamente (temporária ou preventivamente), se vê subjugado e compelido à confissão, à colaboração com a Administração de Justiça. A prisão cautelar atua, nesse sentido, como cerceadora da autonomia individual, da voluntariedade que deve orientar a conduta do colaborador para merecer seus reflexos positivos no âmbito da punibilidade. Noutro dizer, para beneficiar-se da supressão ou liberação total ou parcial da pena, faz-se necessário que tenha agido livremente, e não premido pela ameaça da prisão provisória²¹.

19. MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da (Org.) *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 84. No mesmo sentido, CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia e o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 340-341.

20. MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa, op. cit., p. 84.

21. De consequente, “voluntariedade e cerceamento da liberdade são conceitos que se excluem” (MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa, op. cit., p. 87). Como bem se acentua, “a ideia de voluntariedade para a delação é absolutamente

Um ponto particularmente delicado no reconhecimento da voluntariedade ocorre quando a colaboração se verifica após a sentença condenatória (art. 4º, § 5º). No momento da execução da pena privativa de liberdade, caso o condenado firme acordo de colaboração, é possível vislumbrar autonomia e liberdade de vontade? A colaboração efetuada após sentença condenatória – que permite a diminuição da pena imposta até a metade ou a admissibilidade da progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos – é uma clara opção por uma política criminal que prioriza fins em detrimento dos meios²². A inequívoca posição de vulnerabilidade do sujeito condenado também se mostra, a nosso ver, incompatível com a constatação da voluntariedade entendida da forma acima exposta. Ainda que a prisão, *in casu*, seja consequência de sentença condenatória transitada em julgado e não tenha caráter preventivo, o certo é que, em situação como essa, a colaboração é valorada positivamente apenas com base em seus resultados, não com lastro na voluntariedade (aqui inexistente)²³.

Assim, não basta uma aferição puramente formal do requisito da voluntariedade - verificado pelo juiz quando da homologação do acordo de colaboração (art. 4º, § 7º) -, não basta sejam assegurados ao colaborador seus direitos (art. 5º) para o preenchimento daquele requisito e tampouco se mostra suficiente para

incompatível com a prisão do colaborador, já que o Estado não pode se valer de instrumentos constritivos da liberdade humana para obter a delação premiada, tampouco forçar, em completa violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, alguém a se autocriminar” (ALBAN, Rafaela; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação premiada. Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: De Plácido, 2016. p. 551).

22. Em sentido crítico, defendendo a inconstitucionalidade do § 5º do art. 4º, posto que “inaplicável porque duplamente aflitivo da coisa julgada, que é garantia fundamental constitucional” posicionam-se BUSATO, Paulo César; BITENCOUT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
23. “Não há voluntariedade do imputado, se a delação é condição para obtenção da sua liberdade. O emprego de qualquer mecanismo que funcione como ameaça impossibilita a sua escolha livre. Sem vontade genuína, a proposta de delação premiada constitui dispositivo de intimidação, coerção e violência contra o cidadão investigado/processado. Dizer que a colaboração faz desaparecer os requisitos da prisão cautelar é um argumento falacioso que não se sustenta dogmaticamente” (CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada. Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 436).

assegurá-lo a assistência de defensor (art. 4º, § 15). Faz-se necessária a liberdade de atuação do colaborador, incompatível com o aprisionamento.

Como último traço fundamental para a identificação do comportamento pós-delitivo, tem-se sua *efetividade* (art. 4º, *caput*) ou *eficácia* (art. 4º, § 1º, *in fine*), ou seja, faz-se necessário que a conduta que conduza à supressão ou liberação da pena possua um sentido valorado como *positivo*. E o sentido positivo desse comportamento manifesta-se, no caso da colaboração realizada no marco da Lei 12.850/2013, pela obtenção de determinados resultados (ou de pelo menos um deles), a saber: identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (art. 4º, I), revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II); prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, III), recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, IV) ou localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, V).

6. UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA AOS EFEITOS DA DELAÇÃO NA LEI 12.850/2013

A relevância da colaboração prestada pode repercutir significativamente sobre a pretensão punitiva. Assim, “considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)” (art. 4º, § 2º, Lei 12.850/2013). Nas mesmas hipóteses do *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, “o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo” (art. 4º, § 4º, Lei 12.850/2013).

Assim, os resultados da colaboração impactam diretamente sobre a punibilidade da conduta, conduzindo – quando valorados como de acentuada relevância – sobre sua configuração, de modo a suprimir totalmente a pena pela concessão do perdão judicial (art. 4º, *caput*) ou pela falta de justa causa para o oferecimento da denúncia (art. 395, III, CPP) – pela extinção da punibilidade em razão do perdão judicial, embora apenas em sentença este último deva ser aplicado. Uma vez mais, a prioridade na obtenção dos resultados úteis através da colaboração coloca em segundo plano o desvalor da própria ação delitiva.

A antecipação da extinção da punibilidade pelo perdão judicial no momento do oferecimento da denúncia, a exemplo da inédita concessão de diminuição de pena ou progressão de regime sem observância de seus requisitos objetivos à delação realizada em sede de execução penal, revela a opção por uma política criminal de resultados, de cunho *eficientista*, que não permite a detida valoração dos próprios efeitos do comportamento pós-delitivo e precipita a exclusão da punibilidade de conduta delitiva (organização criminosa).

O certo é que a exclusão da punibilidade pelo comportamento posterior, positivo e voluntário tem seu âmbito de aplicação restrito ao sujeito que o realiza, não afetando aos demais intervenientes que não tenham contribuído com posterioridade à realização também de forma voluntária e com eficiência. De fato, todas as escusas absolutórias – anteriores ou posteriores – apresentam um caráter *pessoal*, dado que a eventual extensão aos demais coautores ou partícipes da isenção de pena dependerá de que também reúnam as características pessoais exigidas pelo preceito em questão – no caso das causas de exclusão de pena – ou de que realizem pessoalmente um determinado comportamento pós-delitivo positivo – no caso das causas de supressão ou liberação de pena.

Daí que tanto nas hipóteses de supressão ou liberação total de pena como nos casos de isenção parcial os efeitos benéficos afetarão somente aqueles que tenham, como o seu comportamento pós-delitivo positivo e voluntário, realizado a conduta capaz de exonerar a punibilidade delitiva ou colaborado – direta ou indiretamente – nesse sentido. O próprio fundamento das circunstâncias em apreço corrobora esse entendimento, visto que as razões de prevenção geral e especial que frequentemente abonam a supressão total ou parcial de pena do sujeito que realizou o comportamento pós-delitivo positivo não podem se projetar sobre aqueles que não tenham decidido livremente colaborar com a investigação e com o processo criminal, de modo que cada interveniente deve conquistar por si mesmo a liberação de pena.

A delação é um comportamento *pessoal* e, no contexto de uma organização criminosa, a conduta realizada por um dos autores do delito não beneficia os demais que não colaboraram efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. Portanto, seus efeitos atenuantes ou eximentes estão circunscritos àquele (s) que tenha (m) realizado o comportamento pós-delitivo de colaboração. A prioridade da delação e o fato de o delator não ocupar posição de líder da organização criminosa, conforme já destacado (art. 4º, § 4º, Lei 12.850/2013), repercutem sobre seus efeitos jurídico-penais, já que o Ministério Público poderá, inclusive, deixar de oferecer a denúncia, antecipando a valoração da relevância capaz de conduzir ao perdão judicial. Aqui também pode

ser detectada acentuada importância à celeridade da colaboração, em prejuízo de seus concretos resultados, pois dificilmente estes poderão ser valorados de forma cuidadosa em sede de investigação preliminar, antes mesmo do início do processo penal.

É oportuno destacar ainda que, em todo caso, a “concessão do benefício” (o “prêmio” decorrente da delação) “levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração” (art. 4º, § 1º, Lei 12.850/2013). Aqui é possível detectar claramente uma reminiscência positivista em sede de reconhecimento de efeitos jurídico-penais à colaboração. Condicionar a valoração positiva da colaboração à personalidade do colaborador é desconhecer que nenhuma avaliação séria desse dado poder ser feita às pressas, antes mesmo da sentença penal (como ocorre na hipótese do art. 4º, § 4º) e por pessoal não qualificado tecnicamente para tal.

Mais do que isso, é abrir espaço para um abominável Direito Penal de autor. E isso porque, atrelar a concessão dos efeitos da delação à personalidade é desvincular totalmente o instituto, do ponto de vista penal, da orientação a fins preventivos legítimos. Isso fica mais claro ainda com a referência feita pela lei à repercussão social do fato criminoso. Ora, por que condicionar os efeitos da delação ao clamor social? Trata-se de inequívoca concessão a um prevencionismo autoritário.

Por fim, cabe destacar que a colaboração regulada na Lei 12.850/2013 diz respeito aos delitos de organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei 12.850/2013) e de impedimento ou embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, § 1º, Lei 12.850/2013). Do ponto de vista doutrinário, pouco se discute se devem seus efeitos atingir as infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou de caráter transnacional, praticadas pela “associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza” (art. 1º, § 1º, Lei 12.850/2013).

Os efeitos jurídico-penais da delação constantes da lei – perdão judicial, diminuição de pena, substituição da pena privativa por pena restritiva de direitos, progressão de regime sem requisitos objetivos, não oferecimento de denúncia – não poderiam automaticamente se estender às infrações penais praticadas pela organização. O concurso material de delitos já indica a pluralidade de condutas e os efeitos penais da colaboração devem ter seu raio de incidência limitado aos crimes assinalados (Lei 12.850/2013). E isso porque as infrações penais praticadas

pela organização criminosa podem não admitir a valoração positiva da conduta colaboradora ou a legislação penal pode não reconhecer a esta os mesmos efeitos previstos na Lei 12.850/2013 ou estipular requisitos objetivos e subjetivos distintos (tal como ocorre, por exemplo, no âmbito da Lei 9.613/1998, em seu art. 1º, § 5º).

Embora a colaboração se conecte com as infrações penais praticadas pela organização criminosa (já que pode contribuir para identificar seus coautores e partícipes, para prevenir sua prática, recuperar total ou parcialmente seu produto ou proveito e permitir, conforme o caso, a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada), é importante destacar a autonomia na valoração do comportamento pós-delitivo. De conseguinte, entende-se como inegociável a punibilidade de infrações penais conexas ao delito de organização criminosa no marco da Lei 12.850/2013. Qualquer valoração que conduza à supressão da punibilidade das infrações penais praticadas em concurso material de delitos com o crime do artigo 2º, *caput*, deve ser realizada de modo específico, e não como efeito necessário da homologação do acordo de colaboração que tenha por objeto os crimes tipificados na Lei 12.850/2013.

7. REFLEXÕES SOBRE A (I)LEGITIMIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA NA EXECUÇÃO PENAL

A compreensão das repercussões da categoria punibilidade para a análise (crítica) do instituto da delação premiada encontrará seu ponto nevrálgico na execução da pena. A Lei 12.850/2013 admitiu, expressamente, em seu artigo 4º, § 5º, a possibilidade da delação premiada ser realizada mesmo após a sentença condenatória.

Por outro lado, para além das questões dogmático-penais referidas nos pontos acima, outro importante ponto merece atenção: a garantia da coisa julgada. Gilson Dipp refere não existir ofensa, pois, apesar do instituto da delação, enquanto ruptura com o convencional modelo de processo, deva ser interpretado de forma restritiva, “não se deve recusá-lo só por suposta colisão com os padrões tradicionais.”²⁴

Vinícius Gomes de Vasconcellos trabalha em sentido semelhante. De acordo com o autor, a concessão do benefício após o trânsito julgado da condenação deve ter em conta o possível resultado da delação, pois eles podem redundar na

24. DIPP, Gilson. *A delação ou colaboração premiada*. Brasília: IDP, 2015.

“recuperação de proveitos do crime ou a prevenção de reincidência delitiva.”²⁵ Além disso, haveria afastamento do “problema em relação à indevida transmutação do mecanismo em instrumento para a condenação do próprio acusado por meio de sua confissão”²⁶.

Em crítica à possibilidade de colaboração na fase de execução, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato afirmam sua inconstitucionalidade, por violação à coisa julgada e inadequação à lógica do instituto premial. Segundo os autores, não é possível que após a determinação da pena em uma sentença penal condenatória transitada em julgado um acordo de delação premiada possa atingir a coisa julgada. Além disso, haveria comprometimento da efetividade da colaboração²⁷.

Assim, além de evidenciar manifesta violação à coisa julgada, a admissibilidade legal da delação premiada em sede de execução só corrobora o utilitarismo que marca o instituto. Os fins – de colaboração – justificam os meios – o sacrifício de garantias penais e processuais penais. É o franco ingresso de um preventivismo ilegítimo, porque busca atingir supostos fins de prevenção geral às custas de garantias constitucionais e a partir de um expansionismo punitivo desenfreado e autoritário²⁸.

É altamente criticável introduzir hipóteses de comportamento pós-delitivo calcadas em considerações exclusivamente utilitárias, relacionadas com sua funcionalidade para o sistema social. Nesse sentido, a delação premiada, no Brasil, “constitui um instrumento utilizado para potencializar a eficácia punitiva do Estado e, desta forma, aprofunda o enfraquecimento do regime de tutela das liberdades fundamentais”²⁹.

25. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 236.

26. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de, op. cit. p. 236.

27. Cf. BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

28. Daí a necessária separação entre as categorias do delito e os fins da pena, pois o ingresso destes no âmbito do delito pode conduzir, na prática, a uma perigosa ampliação do poder punitivo (CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidad y delito*. Madrid: Reus, 2007, Idem, *Punibilidade e delito*. São Paulo: Ed. RT, 2008). Na esfera da punibilidade, porém, também há riscos de um decisionismo, especialmente quando se pretende alcançar supostos fins de prevenção geral a todo custo. Nesse sentido, recentemente, vide a advertência de TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 105-106.

29. CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. In:

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 153. ano 27. p. 109-132. São Paulo: Ed. RT, março 2019.

Considera-se, nessa perspectiva, que a utilização do indivíduo como um instrumento para a consecução de fins sociais - de caráter meramente utilitário - de ordem preventivo-geral não respeita a condição do homem como pessoa. O instituto da delação se converte em uma ponderação dos custos e benefícios e acaba por infringir o princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana³⁰.

Limitar a função da delação ao restabelecimento da vigência da norma produz uma série de inconvenientes, sobretudo porque se utiliza o indivíduo para a obtenção de fins utilitários, hábeis apenas para fomentar a expansão dos tentáculos punitivos do Estado. A prevenção, conforme bem reconhece Silva Sánchez, “seja positiva ou negativa, ‘não se auto-limita’”³¹. Nessa linha, adverte também que “a lógica da prevenção, inclusive corrigida pela lógica utilitarista da intervenção mínima, segue caminhos distintos daqueles da lógica das garantias individuais”³².

Como bem se diagnostica, “a delação premiada tem sido utilizada no Brasil com o objetivo de potencializar a eficácia punitiva do Estado, suprimindo as suas deficiências ‘técnicas, operacionais e de recursos humanos’”, de modo que “a supremacia conferida à eficiência da política criminal subverte a lógica constitucional, fundada para assegurar as liberdades públicas fundamentais”³³.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro das causas de supressão ou liberação de pena, é possível distinguir entre aquelas que provocam a total isenção da pena e aquelas que conduzem à redução da pena imposta ou repercutem de forma benéfica sobre a imposição da resposta penal. É o caso da delação premiada regulada pela Lei 12.850/2013,

ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada. Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 440.

30. Cf. CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. In: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982. p. 195, nota 59.

31. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 249.

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit. p.249.

33. CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada. Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 430-431.

que possibilita o perdão judicial, a redução da pena aplicada ao colaborador, sua substituição por pena restritiva de direitos ou mesmo a progressão de regime, ausentes seus requisitos objetivos. Tudo a depender da efetividade e da voluntariedade da colaboração (art. 4º, *caput*), dos resultados alcançados (art. 4º, I, II, III, IV, V) e de outros requisitos indicados pela referida lei (art. 4º, §§ 1º, 4º, 5º).

Em todo caso, a colaboração não se relaciona com o injusto culpável, pois ocorrerá após a configuração daquele. Não é possível divisar na colaboração uma atenuação da culpabilidade do agente. O injusto culpável se realiza plenamente com a consumação delitiva (art. 2º, *caput*, Lei 12.850/2013) ou com a configuração do injusto da tentativa (art. 2º, § 1º, Lei 12.850/2013), de forma que a delação não pode repercutir sobre a magnitude da culpabilidade ou funcionar como um indício ou presunção de uma menor culpabilidade.

Com efeito, com a consumação do delito de organização criminosa (de mera conduta e de perigo abstrato) encerra-se o *iter criminis*, e os juízos posteriores – a antijuridicidade e a culpabilidade – incidirão sobre a conduta típica já realizada. A delação ocorre após a configuração dos elementos essenciais dos delitos de organização criminosa ou de obstrução a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, de modo que não deveria repercutir sobre nenhum deles.

A natureza jurídico-penal da delação premiada é de causa de supressão ou liberação total ou parcial de pena. Como comportamento pós-delitivo positivamente valorado pela Lei 12.850/2013, pertence à categoria da punibilidade, posterior à constituição dos elementos centrais do delito e alheia ao mesmo. O âmbito da punibilidade é a sede adequada das figuras que, a exemplo da delação premiada, trazem repercussão direta na aplicação da resposta penal por razões político criminais ou relacionadas aos fins preventivos da pena.

O reconhecimento de feitos jurídico-penais à colaboração em sede de delitos de organização criminosa (art. 2º, *caput*) e de obstrução a investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, § 1º) depende do preenchimento de determinados requisitos objetivos e subjetivos. Os primeiros se relacionam aos resultados de viés eficientista obtidos alternativa ou cumulativamente a partir da colaboração do agente e indicados de modo expreso pelo artigo 4º, incisos I, II, III, IV e V, da Lei 12.850/2013. A delação deve, assim, ser útil/efetiva e, a depender de sua eficácia, poderá conduzir ao perdão judicial, à redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou a sua substituição por pena(s) restritiva (s) de direitos. Ademais, caso o colaborador seja o primeiro a prestar efetiva colaboração e não figure como líder da organização criminosa, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia (art. 4º, § 4º). Indispensável, em

qualquer caso, a voluntariedade da colaboração e, nessa perspectiva, revela-se incompatível com a prisão provisória e em sede de execução da pena de prisão. Encarcerado o agente, não se pode falar em autonomia de vontade.

A admissibilidade da colaboração a qualquer tempo – na fase de investigação preliminar, no curso do processo penal ou mesmo após a sentença condenatória –, a possibilidade de reconhecimento da extinção da punibilidade pela antecipação da concessão do perdão judicial no momento de oferecimento da denúncia – que poderá deixar de ser oferecida pelo Ministério Público – e a consequente admissibilidade da progressão de regime – mesmo ausentes os requisitos objetivos – revelam que o importante são os altamente criticáveis fins político criminais alcançados com a delação.

A natureza jurídico-penal da delação é, portanto, a de *causa de supressão total ou parcial de punibilidade*. O âmbito da punibilidade é o lugar adequado para sopesar as necessidades político criminais e também as considerações relativas aos fins da pena. Entretanto, a exclusão – total ou parcial – da punibilidade pela realização de um comportamento pós-delitivo como o de delação não deve estar à margem dos fins próprios da pena ou ser incompatível com estes. Ou seja, a exclusão da punibilidade está subordinada à eliminação das razões que a fundamentam, já que quando o conteúdo utilitário conduz a uma isenção de pena com base em razões pragmáticas haverá, inevitavelmente, um menoscabo da função de tutela de bens jurídicos.

A delação aqui examinada, expressão máxima de um Direito Penal premial, alcança, nos crimes tipificados na Lei 12.850/2013, acentuado significado, especialmente como forma de excluir a resposta penal para determinadas condutas – e, inclusive, estender seus domínios a infrações outras que violaram bens jurídicos autônomos – a partir de um viés francamente utilitário. Além disso, o suposto “prêmio” concedido pela lei ao delator é duramente cobrado, pois vem às custas de garantias penais e processuais penais e mascara as pretensões expansionistas do poder punitivo.

9. REFERÊNCIAS

ALBAN, Rafaela; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação premiada. Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983.

- BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena (Um estudo sobre a repercussão do tema na Teoria do Delito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada (direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BUSATO, Paulo César; BITENCOUT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada. Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Ed. R.T., 2008.
- CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidad y delito*. Madrid: Reus, 2007.
- CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. In: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia e o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 2007.
- DIPP, Gilson. *A delação ou colaboração premiada*. Brasília: IDP, 2015.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed. T. VII. Buenos Aires: Losada, 1977.
- LUZÓN-PENÁ, Diego-Manuel. La punibilidad. In: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 831-847.
- LUZÓN-PENÁ, Diego-Manuel. Punibilidad. *Enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas, 1995. p. 5.423-5.429. v. 4.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Tecnos: Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 1989.
- MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e /ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da (Org.) *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.
- SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- DE VICENTE REMESAL, Javier. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.
- WOLTER, J. Estudios sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A delação nos sistemas punitivos contemporâneos, de Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner – *RBCCrim* 128/65-89 (DTR\2017\223);
- Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro, de Américo Bedê Junior e Alexandre de Castro Coura – *RT* 969/149-159 (DTR\2016\21676);
- Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de *common law* no processo penal brasileiro, de Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti Pereira – *RDCI* 103/247-265 (DTR\2017\6382); e
- O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma, de Rodrigo Sánchez Rios e Renata Amaral Farias – *RBCCrim* 148/319-347 (DTR\2018\19811).

A VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE VALUATION OF EXPERT EVIDENCE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

LUÍS FELIPE SCHNEIDER KIRCHER

Doutorando em Processo Penal pela USP (2018). Mestre em Direito pela UFRGS (2017).

Ex-Defensor Público Federal. Procurador da República no RS.

lfkircher@hotmail.com

Recebido em: 04.09.2018

Aprovado em: 05.11.2018

Última versão do autor: 06.12.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O presente estudo trata, em uma perspectiva ampla, da valoração da prova científica no processo penal. Busca-se, especialmente, apresentar parâmetros que auxiliem na tarefa do juiz e que possibilitem um contraditório qualificado para as partes nesse âmbito probatório específico. Para isso, de início, discutem-se os limites do livre convencimento frente à realidade da prova pericial, apresentando as dificuldades oriundas da complexidade dessa relação. Em seguida, partindo-se da constatação de que o julgador é o responsável pela valoração das provas, o que inclui verificar a credibilidade dessas provas, busca-se no Direito Comparado – especificamente nos precedentes da Suprema Corte Americana – parâmetros para se aferir a cientificidade da prova pericial. Por fim, também é feito um estudo acerca das regras previstas na legislação processual civil referentes à metodologia de avaliação da credibilidade da prova pericial, para que se possa compreender a possibilidade de tomá-las como normas de sobredireito, bem como a melhor forma de aplicá-las na sara processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Tomada de decisão – Valoração da prova – Prova pericial – Ciências criminais.

ABSTRACT: The present study deals, in a broad perspective, with the evaluation of the scientific evidence in the criminal process. It is especially sought to present parameters that help the judge's task and allow a qualified confrontation in this specific scope. In order to do so, the limits of free evaluation are discussed in the face of the reality of expert evidence, presenting the difficulties arising from the complexity of this relationship. Then, based on the fact that the judge is responsible for assessing the evidence, which includes verifying the credibility of that, it is sought in comparative law – specifically in the precedents of the U.S. Supreme Court – parameters to assess the scientific expert proof. Finally, a study of the rules foreseen in the civil procedural law is also made, referring to the methodology for assessing the credibility of the expert evidence, so that one can understand the possibility of taking them as a general rule, and the best form of application these in the criminal procedural courts.

KEYWORDS: Decision making – Assessment of evidence – Expert witness – Criminal sciences.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O livre convencimento judicial e a valoração da prova pericial. 2.1. *Iudex peritus peritorum* – O juiz “como perito dos peritos” e a finalidade do processo penal. 2.2. O “paradoxo pericial” – A valoração da ciência pelo Poder Judiciário: capacidade científica x capacidade jurídica para o exame de provas científicas. 2.3. A “verdade científica” – A necessária superação do cientificismo: separação entre boa e má ciência. 2.4. O perito de parte e o perito (auxiliar) do juízo – Os modelos de *common law* e *civil law*. 3. A metodologia da admissão da prova pericial vista por meio dos precedentes estadunidenses. 3.1. O caso *Frye* (1923) – Critério da aceitabilidade geral (instância da certeza). 3.2. O caso *Daubert* (1993) – *Daubert standard* (instância da modernidade). 3.3. O caso *Joiner* (1997) – Reforço da função do juiz na admissão da prova (*gatekeeper*). 3.4. O caso *Kumho* (1999) – Aplicação dos critérios de admissibilidade para provas periciais em geral (científicas ou técnicas). 4. Admissão e valoração da prova pericial no Direito Processual Penal brasileiro. 4.1. O papel do juiz brasileiro frente à admissibilidade da prova pericial – Diferenças entre a tradição da *civil law* e da *common law* (especialmente nos Estados Unidos). 4.2. A valoração da prova pericial no processo penal brasileiro – O juiz brasileiro como verdadeiro perito dos peritos?. 4.3. Os artigos 473, III, e 479 do CPC como normas de sobre-direito – Norma de sobre-direito e aplicação no âmbito do processo penal. 4.4. A fundamentação acerca da valoração da prova pericial – Standards para a avaliação da credibilidade da prova pericial. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

É preciso referir que a interpretação dos fatos, como se sabe atualmente, tem papel de extremo relevo na decisão judicial.¹ A operação hermenêutica com relação ao material fático é intensa e complexa,²⁻³ fazendo-se presente em todos os

1. Sublinhando essa importância e a necessidade de se levar os fatos “a sério” no contexto judicial, inclusive ressaltando a necessidade de balancear a base curricular das faculdades de Direito, ver: TWINING, William. *Rethinking evidence*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 14-34.
2. O problema é que, ao menos no que se refere aos países vinculados à tradição jurídica de *civil law*, assiste-se a um grande desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica apenas quanto à “questão de direito”, o mesmo não ocorrendo no âmbito da “questão de fato”. Inclusive, há quem designe esse fenômeno como “falácia normativista”: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal). *Jueces para la democracia*, n. 46, 2003. p. 17.
3. A complexidade acerca da delimitação fática no processo é tão grande que há autores que apontam para um verdadeiro “drama” no exercício da função jurisdicional, em razão de o juiz ter que, muitas vezes, julgar em condições de incerteza probatória (o que se traduz em uma dicotomia entre o risco de não esclarecimento e o dever de esclarecimento integral dos fatos). Isso é acentuado, ainda mais, em face da crescente complexidade social na sociedade contemporânea. CANZIO, Giovanni. *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*. In: CONTI, Carlotta (a cura di). *Scienza e processo penale: nuove frontiere e vecchi pregiudizi*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 61.

tipos de processos judiciais; por isso a sua correta delimitação é indispensável para que se alcance uma decisão justa.⁴

Acontece que muitas vezes a fixação precisa dos fatos depende de um conhecimento específico e setorial que é alheio ao jurista (e ao juiz). Isso porque os especialistas em Direito são, de modo geral, titulares de uma cultura média, tendo um conhecimento que muitas vezes não basta para solucionar questões técnico-científicas intrincadas.

A par disso, um dos pontos mais problemáticos e complexos do Direito Processual é a relação entre processo e ciência. Mais especificamente, o tormentoso tema de como lidar com a prova pericial em termos de valoração probatória, seja ela uma prova de natureza técnica, seja de natureza científica.

Por isso, pois, é normalmente no âmbito da prova pericial que a ciência tem o encontro mais forte com a experiência jurisdicional. Longe de ser algo tranquilo, esse encontro é permeado por muitas dificuldades, como a complexidade social em uma sociedade de risco, as tendências subjetivistas, que são inatas ao conhecimento humano, o contraste entre a racionalidade e a metodologia científica e judiciária, além das várias limitações processuais (normativas) que condicionam essa relação.⁵

Ocorre que, de modo progressivo, os magistrados são confrontados com uma verdadeira cientificização em torno da discussão dos fatos na seara processual.⁶⁻⁷

-
4. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 20-21. Para uma delimitação acerca dos pressupostos ou critérios para a formação de uma decisão justa, ver: TARUFFO, Michele. “Idee per una teoria della decisione giusta”. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002. Basicamente, o autor aponta a combinação de três critérios fundamentais: a correta delimitação dos fatos, a correta atividade hermenêutica e o respeito às regras que compõem o núcleo duro do devido processo legal (p. 224-226).
 5. CATALDO NEUBURGER, Luisella de. Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007. p. 504-505.
 6. Quanto ao fenômeno da cientificização do Direito Processual, podemos distinguir dois pontos diversos: o primeiro diz respeito à cientificização do raciocínio probatório, com a elaboração de modelos probabilísticos (probabilidade estatística, quantitativa e lógica) e aplicação da inteligência artificial para a resolução de questões probatórias; o segundo refere-se à utilização e valoração das provas científicas, que será objeto deste estudo. TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002. p. 145-151.
 7. Ressaltando essa dificuldade no sistema anglo-americano, em que o julgamento dos fatos é realizado normalmente pelos jurados, ver: DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 143-144.

Vê-se, no processo penal, por exemplo, uma crescente utilização dos exames de DNA para determinar a autoria delitiva, perícias contábeis complexas em crimes financeiros e tributários, grandes perícias ambientais, exame criminológico,⁸ entre várias outras hipóteses.⁹

O próprio Código de Processo Penal, no artigo 158, exige, para se determinar a materialidade delitiva, que seja feita a perícia em crimes que deixam vestígios, não podendo essa lacuna ser suprida sequer com a confissão do acusado. Isso demonstra a importância dada para a prova pericial pelo legislador processual (uma espécie de *best evidence rule*¹⁰).

No entanto, a preocupação da legislação processual penal brasileira sempre foi muito mais focada em aspectos procedimentais (formais) da perícia do que na valoração da prova técnica em si. Não se estabeleceu na lei penal qualquer parâmetro objetivo para guiar a valoração da credibilidade da perícia, deixando exclusivamente a cargo do juiz essa difícil incumbência.

Ademais, no sistema brasileiro, o perito é considerado um assistente do juiz, nomeado por ele, ou seja, afastado do discurso parcial das partes processuais, o que reforça, em tese, a credibilidade desse meio de prova. E, em especial, quanto à valoração da prova pericial, é assente o brocardo *iudex peritus peritorum*, que

8. No Brasil, tem-se entendido que o exame criminológico pode ser solicitado pelo juiz, de modo fundamentado, para se analisar a possibilidade de concessão de progressão de regime e de concessão de livramento condicional (Súmula Vinculante 26 do STF e Súmula 439 do STJ).

9. A fim de que se tenha uma noção da importância da prova pericial, um exemplo marcante e chocante diz respeito à prova de “periculosidade futura” para aplicação da pena de morte no Estado do Texas, nos EUA. Lá, a oitiva de *experts* para avaliar esse requisito é permitida, a fim de subsidiar a decisão do júri, mesmo que eles testemunhem apenas com base em perguntas e respostas hipotéticas (uma vez que a Suprema Corte Americana extinguiu a possibilidade de entrevistas com o réu para aferição de sua futura periculosidade, com fundamento na necessidade de respeito ao direito ao silêncio e da necessidade de orientação prévia de advogado (*Estelle v. Smith*, 451 U.S. 454 (1981))). Inclusive, para um panorama crítico e detalhado, apontando uma taxa de erro de aproximadamente 95% em tais previsões, ver o resumo do estudo *Deadly Speculation: Misleading Texas Capital Juries with False Predictions of Future Dangerousness* feito pelo *Death Penalty Information Center*. Disponível em: [https://deathpenaltyinfo.org/node/1099]. Acesso em: 11.06.2018.

10. Para um aprofundamento do tema no contexto norte-americano, ver: ALLEN, Ronald; KUHNS, Richard; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David. *Evidence: text, cases and problems*. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 211-223.

significa que o juiz é o perito dos peritos, não ficando vinculado aos resultados estabelecidos por esse meio de prova.¹¹

Entretanto, sabe-se que a prova pericial não tem confiabilidade absoluta, podendo resultar em erro,¹² mesmo que seja apresentada em uma roupagem “segura” de cientificidade. Daí advém o grande perigo e, por isso, há um imperativo de se buscar estabelecer *standards* para se detectar o que é “boa” ciência (*good science*) e “má” ciência (*junk science*).

Assim, percebe-se que há um verdadeiro “paradoxo pericial”,¹³ em que o juiz, um leigo no assunto versado na perícia, é chamado a valorar a credibilidade desta. A grande questão é saber como o magistrado deve fazer essa avaliação, levando em conta a sua ausência de conhecimentos naquela matéria científica.

Logo, é preciso questionar se é possível estabelecer alguns parâmetros para que se possibilite ao juiz e às partes uma contestação da credibilidade da prova pericial e de uma valoração mais segura e objetiva dessa espécie probatória. Com isso, deve-se revisar a forma como se compreende o livre convencimento judicial no que concerne à valoração da prova pericial.

Nesse ponto, torna-se importante investigar a metodologia de análise da prova pericial vista pela prática do Direito Comparado. Notadamente a partir do rico desenvolvimento feito pela jurisdição norte-americana a partir dos precedentes firmados em *Frye* (1923) e na trilogia *Daubert* (1993) – *Joiner* (1997) – *Kumho* (1999).

Ademais, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais individuais, pode-se dizer que existe um verdadeiro direito fundamental à adequada valoração da prova pericial no processo penal. Esse direito é extraível do direito à prova, sendo necessário densificá-lo a partir de uma construção doutrinária sólida.

11. Nesse sentido dispõe o artigo 182 do CPP.

12. Muitas das vezes, erros graves, que levam a condenações de pessoas inocentes. Nesse particular, pode-se ver com clareza a veracidade dessa afirmação na prática ao se analisarem os resultados do *Innocent Project* em curso nos EUA (programa visa evidenciar e reparar equívocos judiciais relativos a condições errôneas, bem como trabalha para melhorar o sistema de justiça criminal). Especificamente, o apontamento de que a má aplicação da ciência forense contribuiu para 45% das condenações injustas nos Estados Unidos. No ponto, ver: [www.innocenceproject.org/overturning-wrongful-convictions-involving-flawed-forensics]. Acesso em: 10.10.2018.

13. Utilizando essa nomenclatura: DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 108; NAIMOLI, Chiara. *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica: riflessioni sul caso Garlasco* e M. Kercher. Pisa: Pacini Giuridica, 2017. p. 69.

E, justamente a partir do desenvolvimento do tema no Direito Comparado, o Código de Processo Civil de 2015 dispôs sobre a metodologia de avaliação da credibilidade da prova pericial nos artigos 473, III, e 479. Pela sua natureza, vê-se que essa normativa tem nítido caráter de sobredireito,¹⁴ devendo ser aplicável para todas as searas do Direito Processual.

Por essa razão, torna-se necessário estudar qual é a melhor interpretação desses dispositivos para aplicá-los com correção na seara processual penal. Antes, porém, é imprescindível entender, em linhas gerais, onde o tema se encarta e qual foi a base para a construção legislativa do CPC.

2. O LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL

2.1. *Iudex peritus peritorum – O juiz “como perito dos peritos” e a finalidade do processo penal*

De início, deve-se ter assente que o processo penal é um instrumento delineado por lei, que tem como um de seus desideratos a verificação, em juízo, da procedência ou não de uma imputação criminal contra alguém. Sob um ponto de vista geral, a legitimação do sistema punitivo e, conseqüentemente, do poder de punir, está calcada na existência de um rito processual garantístico.¹⁵

Sob o ponto de vista mais específico, a busca por uma correta reconstrução dos fatos é um dos pressupostos legitimadores da atuação do processo penal,¹⁶ fazendo parte do próprio conceito do devido processo penal. Nesse sentido, o modelo processual clássico é caracterizado usualmente:

14. Nesse sentido: KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 11-12.

15. BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan.-abr. 2018. p. 45-46. Disponível em: [<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>]. Acesso em: 03.05.2018.

16. Para Giovanni Canzio, “falar de contraditório, conexões probatórias, critérios inferenciais, relações entre provas e raciocínio judicial ou entre prova e decisão, sem reconhecer a relevância epistêmica do accertamento fático, na verdade, não faria qualquer sentido” (tradução livre) (No original: “Parlare di contraddittorio, connessioni probatorie, criteri inferenziali, relazioni fra prove e ragionamento giudiziale o fra prove e decisione, senza riconoscerne il rilievo epistemico per l’ accertamento dei fatti, non avrebbe, infatti, alcun senso”). CANZIO, Giovanni. *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*. In: CONTI, Carlotta (a cura di). *Scienza e processo penale: nuove frontiere e vecchi pregiudizi*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 61.

[...] como um instrumento de legitimação do poder de punir estatal, a partir do funcionamento de um mecanismo cognitivo para a verificação factual da imputação formulada na acusação, com a aplicação da norma penal adequada e a sanção correspondente, no caso sua demonstração além de qualquer dúvida razoável. Tudo isso funcionando por meio de um processo penal que seja justo ou equo, isto é, que respeite as garantias do devido processo legal. O resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso se assente em três premissas: uma correta atividade epistêmica e uma adequada atividade hermenêutica, desenvolvida sob um devido processo legal.¹⁷

Assim, em um modelo epistêmico, a verdade passa a ter uma importância significativa na construção do itinerário processual. Isso, obviamente, não significa dizer que a verdade é o objetivo único ou o fim último do processo, mas sim uma das suas finalidades essenciais; caso contrário, a própria atividade probatória perderia o seu sentido.¹⁸

Ao se levar em conta essa premissa, é essencial que existam métodos para possibilitar a reconstrução histórica dos fatos, permitindo, portanto, que o processo funcione como um instrumento cognitivo que viabilize a demonstração da correção ou da falsidade dos enunciados sobre os fatos. E, além disso, necessita-se de um ferramental para avaliar o material probatório de modo a permitir algum controle sobre o conteúdo decisório.

É aqui que se evidencia a importância da fundamentação das decisões, como forma de verificação da racionalidade argumentativa da decisão (“controlabilidade”). Através da justificação¹⁹ tem-se a possibilidade de analisar quais foram os critérios que guiaram as escolhas realizadas pelo julgador.²⁰

17. BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo; MOURA, Maria Tereza Rocha Assis (Org.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 137.

18. DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 95.

19. Para uma diferenciação entre contexto de justificação (processo de prolação de razões em favor da decisão – raciocínio justificativo) e contexto de decisão (processo de decisão em si – raciocínio decisório), ver: WASSERSTROM, Richard A. *The judicial decision: toward a theory of legal justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961. p. 27 e ss. (O referido autor fala em “process of discovery” e “process of justification”).

20. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 75.

Entretanto, a justificação quanto à valoração relativa ao juízo de fato é complexa e problemática. Isso se dá, em especial, em face do sistema adotado para avaliação da prova, que é do livre convencimento racional, no qual o juiz não tem, como regra, vínculos *a priori*, com valorações estipuladas pelo legislador,²¹ bem como por envolver uma gama de saberes extrajurídicos (lógicos e epistemológicos, por exemplo).

Nesse sentido, o sistema adotado no processo penal brasileiro para a valoração da prova pericial é o liberatório, sendo que o juiz tem uma atuação de verdadeiro “perito dos peritos”. Isso significa dizer que no nosso sistema o juiz não fica vinculado às conclusões da prova pericial, podendo valorá-las no bojo do contexto probatório como um todo e até mesmo infirmar motivadamente seus apontamentos.²²

21. Previsto legislativamente no CPP, no artigo 155, *caput*.

22. Esse é o entendimento tranquilo do Superior Tribunal de Justiça, exemplificativamente: “Processo penal e penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Homicídio duplamente qualificado. Absolvição sumária imprópria. Inimputabilidade do réu. Internação em hospital de custódia. Art. 97 do CP. Laudo pericial. Livre convencimento motivado. *Writ* não conhecido. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Não se depreende manifesta ilegalidade na decisão proferida pelo tribunal de origem, pois, conforme a dicção do art. 97 do Código Penal, tratando-se de crime punível com reclusão, descabe a substituição da internação em hospital de custódia por tratamento ambulatorial. 3. No sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado adotado pela Constituição Federal (CF, art. 93, IX), inexistência hierarquia entre os elementos probatórios, não sendo possível afirmar que uma prova ostente menor valor probante que a de outra espécie, já que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação de todos os elementos de convicção dos autos, podendo, inclusive, indeferir a produção de prova que entenda desnecessária para a solução da controvérsia (CPP, art. 155, *caput*). 4. Consoante o disposto no art. 182 do Código de Processo Penal, o laudo pericial não vincula o magistrado, que poderá aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, desde que o faça em decisão validamente motivada, o que restou observado no caso em apreço. 5. *Writ* não conhecido” (HC 419.819/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 17.04.2018, DJe 24.04.2018). Da mesma forma na seara não penal: “Administrativo e processual civil. Agravo interno no recurso especial. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever do estado. Direito fundamental à vida e à saúde. Apreciação de laudo pericial. Livre convicção do juiz. Agravo interno do estado desprovido. 1. É entendimento pacífico desta Corte que o ordenamento jurídico pátrio adotou o princípio do livre convencimento motivado do julgador, no qual o Juiz pode fazer uso de outros

Por essa razão, ao se outorgar maior liberdade para valorar a prova, é cogente que se viabilizem critérios específicos e objetivos para que o julgador possa avaliar a perícia do modo mais correto possível, a fim de que consiga prolatar uma decisão justa. Ademais, não basta, nesse particular, referir que as regras lógicas e de experiência *lato sensu* darão conta de permitir um controle qualificado da decisão; é necessário ir além.

2.2. O “paradoxo pericial” – A valoração da ciência pelo Poder Judiciário: capacidade científica x capacidade jurídica para o exame de provas científicas

Deve-se ressaltar que o perito se legitima justamente por ser alheio ao mundo do Direito e especialista numa área específica cuja controvérsia, em algum ponto, é um obstáculo para a correta resolução da causa. Por ser portador de um conhecimento específico, fora do alcance do saber jurídico do juiz, é que ele acaba por ser chamado para auxiliar em juízo.²³

Essa constatação, como já enunciado, insere-se num cenário em que atualmente os processos em geral (arbitral, penal, civil ou administrativo), em face da

meios para formar sua convicção, sendo certo que o magistrado não se encontra adstrito ao laudo pericial quando da apreciação e valoração das alegações e das provas existentes nos autos, podendo, inclusive, decidir contrário a ele quando houver nos autos outros elementos que assim o convençam, como ocorre na presente demanda. Precedentes: AgRg no AREsp. 384.337/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 9.10.2013; AgRg no AREsp. 301.837/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 24.09.2013; AgRg no AREsp. 309.593/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 26.06.2013; AgRg no AREsp. 63.463/CE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 20.06.2012; AgRg no Ag 1.281.365/ES, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 24.05.2010. 2. A efetivação da tutela *in casu* está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, de modo que a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida. 3. Em consonância com os referidos dispositivos constitucionais, a Lei 8.080/90 determina em seus arts. 2º e 4º que a saúde pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público. 4. Comprovado o acometimento do indivíduo, ou de um grupo, por determinada moléstia e necessitando de medicamento para combatê-la, este deve ser fornecido pelo Estado de modo a atender ao princípio maior da garantia à vida e à saúde. 5. Ressalte-se, ainda, que não há no ordenamento, jurídico brasileiro qualquer exigência que condicione o fornecimento de medicamento à prescrição exclusivamente por médico da rede pública. Nesse sentido: REsp. 1.614.636/PI, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 09.09.2016; AgRg no Ag 1.107.526/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 29.11.2010; AgRg no Ag 1.194.807/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01.07.2010. 6. Agravo Interno do Estado Do Rio De Janeiro desprovido” (AgInt no REsp 1.309.793/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 28.03.2017, DJe 07.04.2017).

23. DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 24-25.

complexidade da discussão fática, não raro, são tomados por um “risco de não esclarecimento”. Ou seja, há uma forte marca de incerteza quanto ao deslinde dos fatos essenciais para a correta valoração judicial.²⁴

E isso se deve à crescente complexidade social, em uma sociedade extremamente acelerada, em que a velocidade das descobertas científicas é avassaladora, não havendo, muitas vezes, conhecimento sobre o potencial risco do emprego dessas inovações no campo produtivo. Quando essa complexidade desemboca na seara processual, é o perito que vai receber a incumbência de fazer a sua tradução e significação para termos leigos.²⁵

Nesse ponto, o risco de um “autoritarismo científico” ou “arbítrio pericial” é muito grande, em razão de que o perito é dotado de um saber que os atores judiciais não têm. Dessa forma, a fim de se evitar a transferência dos poderes jurisdicionais para o perito, é preciso que se desenvolvam ferramentas para avaliação da perícia por parte dos julgadores.

O problema é que os juízes, que devem valorar a credibilidade da prova pericial, via de regra não são treinados para realizar essa avaliação e, além disso, não detêm o conhecimento científico necessário para essa empreitada.²⁶ Esse fenômeno, já mencionado, é apontado pela doutrina como o “paradoxo pericial”²⁷.

Assim, surge o questionamento: afinal, como o julgador deve valorar a ciência que ingressa no âmbito processual? No acórdão do rejugamento do caso *Daubert*, que estabeleceu parâmetros para que o Poder Judiciário estadunidense pudesse cumprir essa tarefa com maior objetividade, mencionou-se, em um tom crítico, que a partir daquela decisão, os juízes federais haviam sido colocados em uma difícil situação de solucionar as desavenças entre cientistas de suas respectivas áreas.²⁸

24. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 33-34.

25. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 35-36.

26. DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 45-46.

27. DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 108; NAIMOLI, Chiara. *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica: riflessioni sul caso Garlasco e M. Kercher*. Pisa: Pacini Giuridica, 2017. p. 69.

28. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 43 F.3d 1311 (9th Cir. 1995). O seguinte trecho é elucidativo: “Our responsibility, then, unless we badly misread the Supreme

Entretanto, Taruffo aponta que essa contradição é aparente, pois, na verdade, não se exige do juiz que ele refaça o trabalho pericial, mas sim que exerça um controle sobre a validade científica e a correção do método utilizado pelo *expert*. Nesse sentido, o julgador precisa fazer uma análise sobre o fundamento racional e epistêmico da perícia realizada.²⁹

Ele sublinha que o magistrado não tem que substituir o trabalho feito pelo perito, necessitando apenas controlar a credibilidade científica do procedimento pericial (validade científica e correção do método). E diz que isso é inexorável em uma sociedade dominada pela ciência e pela tecnologia, o que impregna os processos judiciais também com maior complexidade.³⁰

Ademais, não há que se confundir capacidade científica com capacidade jurídica de analisar provas científicas. A primeira, realmente, deve ficar a cargo do *expert*, já a segunda é de atribuição do juiz, que fará um exame acerca da credibilidade da prova pericial, em especial do método científico empregado.³¹

Logo, com o apoio de um ferramental valorativo, especificado por lei e/ou pela própria doutrina, deve o Poder Judiciário fazer uma avaliação material sobre a perícia. Com isso, caminhar-se-á para uma melhora da qualidade das decisões, evitando-se um mero aceite solipsista e incontrolável da prova científica.

Court's opinion, is to resolve disputes among respected, well-credentialed scientists about matters squarely within their expertise, in areas where there is no scientific consensus as to what is and what is not 'good science', and occasionally to reject such expert testimony because it was not 'derived by the scientific method'. Mindful of our position in the hierarchy of the federal judiciary, we take a deep breath and proceed with this heady task" (Tradução livre: "Nossa responsabilidade, então, a menos que tenhamos mal interpretado a opinião da Suprema Corte, é de resolver disputas entre cientistas respeitados e bem credenciados sobre questões diretamente dentro de seus conhecimentos, em áreas onde não há consenso científico sobre o que é e o que não é 'boa ciência', e ocasionalmente rejeitar tal testemunho porque não foi 'derivado pelo método científico'). Conscientes de nossa posição na hierarquia do Judiciário federal, respiramos fundo e prosseguimos com essa tarefa inebriante").

29. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 248.

30. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 248-249.

31. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 83.

2.3. A “verdade científica” – A necessária superação do cientificismo: separação entre boa e má ciência

O paradigma da certeza da ciência foi dominante e indiscutível por vários séculos, entendendo-se, por muito tempo, que a ciência representava a verdadeira (absoluta) explicação da realidade. Entretanto, a partir da metade dos anos oitocentos, em várias esferas do conhecimento (física, matemática...), esse dogma foi posto em forte questionamento, entrando em crise.³²

A certeza científica foi substituída pela incerteza, tendo como marca a permanente mutabilidade do conhecimento. Então, a partir dessa ideia, é visível que, diferentemente do processo judicial, a ciência é sujeita a revisões permanentes. Nesse ponto, enquanto o símbolo do conhecimento judicial é a definitividade, com respostas claras, inequívocas e tendencialmente verdadeiras, o conhecimento científico é marcado pela relatividade ou provisoriedade.³³

Dito de outra forma, a ciência procura desenvolver um conhecimento que seja explicativo dos fenômenos estudados da melhor maneira possível; entretanto, isso não quer dizer que ele seja imutável/infalível. Na verdade, o conhecimento científico é temporário; é um processo evolutivo para propor e melhorar as explicações sobre o mundo, sendo passível de testes (falseabilidade) e melhoramentos.³⁴

Assim, há uma evidente dicotomia entre o Direito e a ciência, ou melhor, entre a verdade dos laboratórios e a dos tribunais. Isso porque, por um lado, o Direito tem que resolver disputas de modo definitivo e rapidamente; por outro, a ciência está sujeita a mutabilidade e revisão constantes, sem limites temporais.³⁵

Ocorre que, no âmbito dos processos judiciais, as perícias têm como base a ciência, que, por sua vez, varia em razão de seu relativismo. Um exemplo claro é o “caso das bruxas”, que se passou em Norwich, no curso da Idade Média, em que o *expert*, um médico chamado Brown, depôs, afirmando, cientificamente, que as acusadas de bruxaria eram, de fato, bruxas.³⁶

32. CATALDO NEUBURGER, Luisella de. Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto (Org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007. p. 503.

33. HAACK, Susan. *Evidence matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 79-80 e 84-90.

34. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

35. HAACK, Susan. *Evidence matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 79-80.

36. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 178.

Outrossim, o conhecimento científico é passível de erro, e isso em razão da má utilização do método, da má interpretação dos resultados, ou por ser o próprio método equivocado. A validade científica e/ou metodológica da prova científica depende, então, de vários fatores (qualidade técnica, correção procedimental e correção técnico-científica).³⁷

Desse modo, a distinção entre o que é boa ciência (na qual os fatores de validade estão presentes e a metodologia foi seguida) e má ciência (na qual os fatores de validade não estão presentes e/ou a metodologia não foi seguida) é essencial, com a separação de dados que tenham realmente dignidade científica dos que não têm. E isso se torna cada vez mais dramático, tendo em vista o florescimento diário de novas técnicas de análise e pesquisa, alheias ao dia a dia do jurista comum.³⁸

Por isso, pode-se dizer que o recurso à prova pericial, ao contrário do que muitos acreditam, além de não resolver todos os problemas, traz outros de difícil resolução. Ademais, é importante que se tenha claro que, na contemporaneidade, a visão de que a ciência é completa, ilimitada e infalível deve ser absolutamente rechaçada.³⁹

2.4. *O perito de parte e o perito (auxiliar) do juízo – Os modelos de common law e civil law*

A forma de designação dos peritos pode ser vista, tradicionalmente, por meio de dois grandes modelos: (a) o perito designado pelo juiz e (b) aquele que é apontado pelas partes para assessorá-las. De modo geral, o primeiro desenho é o que tem larga estruturação nos países vinculados à tradição de *civil law*, já o segundo tem uma maior difusão em países vinculados à tradição jurídica de *common law*.⁴⁰

Nos Estados Unidos, por exemplo, o perito é escolhido e remunerado pelas partes,⁴¹ sendo que, por essa razão, normalmente sustentam razões “científicas”

37. ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica: un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 183-185.

38. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 244- 245.

39. NAIMOLI, Chiara. *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica: riflessioni sul caso Garlasco e M. Kercher*. Pisa: Pacini Giuridica, 2017. p. 73-76.

40. FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 286-287.

41. Uma análise detalhada do sistema americano pode ser vista em: HAACK, Susan. The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience. *Humana Mente: Journal of Philosophical*

que vão ao encontro do interesse de quem o nomeou. Os *experts* indicados pelas partes são ouvidos como testemunhas (*expert witness*), sendo inquiridos pelos advogados, daí se esperando que advenham as informações técnicas para a decisão da causa.⁴²

Com isso, fomenta-se um mercado rentável de venda de competências e saberes para as partes. Tal fato, obviamente, reduz a imparcialidade e objetividade das opiniões professadas por esses profissionais, tendo, inclusive, afastado muitos pesquisadores sérios dessa função.⁴³

Além disso, com relação ao sistema estadunidense, já se chegou a dizer que a parcialidade dos *experts* era proporcional ao valor recebido por meio de seus honorários, ou, mais claramente, que os peritos mencionariam apenas aquilo para o que eram pagos para dizer, e até mesmo que inventariam métodos científicos para gerar resultados que pudessem dar apoio à tese da parte contratante.⁴⁴

Já no sistema processual de países vinculados à tradição jurídica da *civil law*, em regra, os peritos são nomeados e escolhidos pelo próprio magistrado.⁴⁵ Os *experts* nomeados pelas partes atuam de forma complementar, ou seja, como assistentes delas em relação ao material técnico produzido.⁴⁶

Nesse particular, poder-se-ia dizer que essa forma de designação judicial do profissional afastaria problemas graves na produção desse tipo de prova. Sobre tudo, dificuldades ligadas à imparcialidade do perito, em face da sua seleção interessada, da possibilidade de preparação pela parte (que é quem o remunera), bem

Studies, v. 8, n. 28, 2015, p. 39-70. Disponível em: [www.humanamente.eu/index.php/HM/article/view/80]. Acesso em: 25.08.2018.

42. O juiz estadunidense tem o poder de nomear peritos do juízo (regra 706 das *Federal Rules of Evidence*), mas em face da cultura adversarial que lá impera, ele raramente o faz. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 247.

43. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 247.

44. DWYER, Déirdre M. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press. 2008. p. 228.

45. Apenas para citar um exemplo europeu, é assim que funciona na Itália. Lá, cabe ao magistrado a escolha do perito, em regra a partir de uma lista específica, ou, motivadamente, uma pessoa de particular competência técnica fora da lista (CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 328-329).

46. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 247.

como a possibilidade apenas de acesso parcial às informações do processo (que a parte entregará ao perito para a realização de seu trabalho).⁴⁷⁻⁴⁸

Ocorre que esse sistema traz consigo uma grande dificuldade, que é de apostar na prova técnica de forma quase absoluta, não se buscando realizar um controle de confiabilidade do mérito desse meio de prova.⁴⁹ Entretanto, como será visto, a procura de ferramentas (critérios) para que se possa valorar e contestar a prova pericial é indispensável, pois nem sempre as respostas do *expert* são corretas.

3. A METODOLOGIA DA ADMISSÃO DA PROVA PERICIAL VISTA POR MEIO DOS PRECEDENTES ESTADUNIDENSES

A experiência jurídica estadunidense é muito rica no que se refere à prova pericial, especialmente acerca da viabilização de critérios para análise da sua credibilidade. Isso ocorre porque lá o enfoque de análise é no que o perito declara, ou seja, no conteúdo material da perícia, e não na qualificação pessoal do *expert*.⁵⁰

Esse enfoque foi sendo moldado por alguns precedentes judiciais, que acabaram por delimitar *standards* para valoração da prova pericial, inclusive com influência no desenvolvimento da legislação interna (*Federal Rules of Evidence*), como em outros países (como se exporá abaixo, ao analisar o novo CPC). Por isso, é importante conhecer os casos e como essa evolução sucedeu.

3.1. O caso *Frye* (1923) – Critério da aceitabilidade geral (instância da certeza)

O caso *Frye*,⁵¹ decidido na década de 20 do século passado, envolveu a discussão sobre a admissibilidade de uma prova pericial, a qual visava a demonstrar a inverdade de um depoimento com o uso de um detector de mentiras. Tal aparelho demonstraria o relato inverídico ao apontar o aumento da pressão sistólica, que ocorria em face do esforço consciente feito para distorcer a verdade dos fatos.

47. Mesmo assim, é possível haver problemas em relação à imparcialidade, pois o perito pode ser levado a defender uma posição que lhe garanta maior retorno financeiro por meio do uso de uma técnica ruim/ultrapassada, ou até para defender dado espaço mercadológico.

48. FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 287.

49. FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 287.

50. VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 21.

51. *Frye v. United States*. 293 F. 1013 (D.C. Cir 1923).

A acusação era de que James Alfonso Frye teria assassinado um médico, o Dr. Brown. O réu inicialmente confessara o crime, mas, em um momento posterior, retratou-se da confissão, negando o cometimento do delito e, por essa razão, queria provar, por meio do teste de pressão sistólica, que o seu segundo relato era o verdadeiro.

O emprego do meio de prova foi objetado pela acusação em razão de que seria desprovida de cientificidade e, por isso, poderia impregnar a instrução processual com informações errôneas e inseguras, podendo conduzir os jurados a julgarem de maneira equivocada. Com base nesse argumento, a utilização do aparelho foi indeferida em decisão singular.

A District of Columbia Court of Appeals, ao julgar o recurso de apelação, definiu que o detector de mentiras não gozava de suficiente respaldo científico entre os fisiologistas e, como consequência, deveria ser inadmitido. Com isso reafirmou a decisão de primeiro grau, mantendo a exclusão da prova em razão de seu caráter ainda experimental.

Mais do que isso, o Caso *Frye* foi paradigmático ao estabelecer um critério objetivo para a admissibilidade da prova pericial, qual seja o da “aceitação geral”.⁵²⁻⁵³ Assim, institui-se que a falta de aceitação por parte da comunidade

52. Referiu expressamente a decisão que: “Numerous cases are cited in support of this rule. Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs” (*Frye v. United States*. 293 F.1013 (D.C. Cir 1923)); “Muitos casos são citados em apoio a essa regra. É difícil definir quando um princípio científico ou descoberta cruza a fronteira entre as fases experimentais e demonstráveis. Em algum lugar nessa zona de penumbra a força probatória do princípio deve ser reconhecido, e enquanto tribunais vão percorrer um longo caminho em admitir o testemunho de especialistas deduzido a partir de um princípio científico bem reconhecido ou descoberta, a coisa a partir do qual a dedução é feita deve ser suficientemente estabelecida ter ganhado aceitação geral no campo específico ao qual ela pertence.” (Tradução livre)

53. Conforme Dominioni, antes do *Frye test* era utilizado o *comercial marketplace test*, que significava que a prova pericial deveria ser admitida quando a técnica empregada tinha ganho valor de mercado e o *expert* conseguia auferir lucros financeiros para subsistir a partir de sua competência. DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 116. No mesmo sentido: MOENSSSENS, Andre A., DESPORTES, Beth, BENJAMIN, Steven. *Scientific evidence in civil and criminal cases*. 7.ed. St. Paul: Foundation Press, 2017. p. 5.

científica da validação de uma hipótese significa incerteza/insuficiência científica.⁵⁴

Nesse sentido, a técnica empregada pelo *expert* deve ser reconhecida e aceita pelos demais pesquisadores da área de forma majoritária. Com isso, criou-se o *Frye test*, que passou a influenciar e servir de paradigma para as demais cortes estaduais e federais dos Estados Unidos como base para avaliação da credibilidade da prova técnica para fins de admissibilidade.

Como consequência do emprego do *Frye test*, excluiu-se a possibilidade de se utilizar uma técnica ou metodologia científica que se caracterize por forte dissenso na comunidade científica. Isso, no entanto, pode ser criticado, tendo em vista que traz grande rigidez e limitação às provas técnicas, aumentando o risco de não esclarecimento em casos complexos.⁵⁵

Algumas outras questões ficaram em aberto: como identificar e individualizar o campo “geral” de conhecimento? De quais fontes de pesquisa se pode buscar esse conhecimento? Qual é o percentual de aceitação que é exigido para se entender a técnica como “aceita”?⁵⁶

3.2. O caso Daubert (1993) – Daubert standard (*instância da modernidade*)

O caso *Daubert*⁵⁷ teve início na década de 1980, no Estado da Califórnia, quando William e Joyce, pais de duas crianças que nasceram com malformação congênita, ingressaram com uma ação de indenização contra o laboratório *Merrell Dow*, alegando que o fármaco Bendectin houvera causado a patologia. A demanda foi julgada definitivamente em 1995, tendo os Dauberts sofrido uma decisão desfavorável, mas acabaram por contribuir para solucionar, ao menos em parte, um problema jurídico de grande monta.⁵⁸

54. NAIMOLI, Chiara. *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica*. Riflessioni sul caso Garlasco e M. Kercher. Pisa: Pacini Giuridica, 2017. p. 79-80.

55. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 54.

56. HAACK, Susan. The Expert witness: lessons from the U.S. Experience. *Humana Mente: Journal of Philosophical Studies*, v. 8, n. 28, 2015. p. 48. Disponível em: [www.humana-mente.eu/index.php/HM/article/view/80]. Acesso em: 25.08.2018.

57. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

58. HAACK, Susan. The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience. *Humana Mente: Journal of Philosophical Studies*, v. 8, n. 28, 2015. p. 50-52. Disponível em: [www.humana-mente.eu/index.php/HM/article/view/80]. Acesso em: 25.08.2018.

Nessa demanda, o grande desafio processual era demonstrar o nexo de causalidade entre a ingestão do remédio (que era usado para prevenir indisposição no transcorrer da gravidez) e a teratogenia. Daí porque os autores buscaram se valer de oito peritos para comprovar que o medicamento Bendectin causava, de fato, malformação nos fetos quando ministrado durante a gravidez.

Inicialmente, a ação foi julgada, de forma antecipada, improcedente, uma vez que o critério da “aceitabilidade geral” em relação aos estudos médicos predominantes sobre matéria era em sentido oposto à pretensão dos demandantes. A argumentação centrou-se no seguinte ponto: o parâmetro que havia sido estabelecido no caso *Frye* (1923) não fora atendido pelos depoimentos dos peritos trazidos pela parte autora.

Depois de julgado improcedente o recurso de apelação, o caso chegou à Suprema Corte, que, objetivando rever o critério de “aceitação geral”, concedeu-lhe o *certiorari*. Em 1993, a Corte deu provimento ao recurso para determinar que o caso fosse julgado novamente, agora com base em outros parâmetros.

As perguntas que foram o centro da discussão, conforme Knijnik, são:

(...) considerando a necessidade de conhecimento científico para o julgamento de determinada demanda, qual deveria ser o papel do juiz na admissão da prova pericial? Deveria reporta-se ao *ipso dixit* do perito, ou seja, à aceitação geral dos profissionais da área, ou avaliar o caráter científico da prova, segundo escrutínio próprio?⁵⁹

A fim de responder essas indagações, criou-se o *Daubert standard*, que pretendeu fixar algumas balizas para a valoração racional da admissibilidade da prova pericial. Nesse ponto, ficou estabelecido pela Corte de Vértice que a prova científica deveria seguir os seguintes critérios de consistência para ser admitida: (a) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que serve como base para a técnica empregada; (b) a delimitação expressa da taxa de erro relativo à técnica empregada; (c) sua aceitabilidade pela comunidade científica de referência; e (d) a publicação da teoria em revistas científicas que utilizem o sistema de *peer review* (dupla revisão).⁶⁰

59. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 58.

60. No re julgamento do caso, o juiz Kozinski incluiu outro critério: se o trabalho no qual o depoimento se baseia foi orientado/influenciado pelo litígio ou se ele foi realizado de modo independente. *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 43 F.3d 1311 (1995). HAACK, Susan. *The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience*. *Humana Mente*:

Assim, diferentemente do que foi decidido em *Frye* (1923), assentou-se que o juiz tem a obrigação de proceder a uma rigorosa verificação no âmbito da admissibilidade da prova pericial sobre o caráter científico do método empregado, conforme os requisitos acima elencados. Logo, o magistrado não deve ficar restrito tão somente à aceitabilidade geral da comunidade científica.⁶¹

3.3. O caso *Joiner* (1997) – Reforço da função do juiz na admissão da prova (gatekeeper)

O caso *General Electric Co. v. Joiner*⁶² teve seu desfecho em 1997, sendo também importante precedente acerca da admissibilidade da prova pericial. Nesse processo, discutiu-se a admissibilidade da prova científica para se comprovar o nexo causal entre uma intoxicação causada por uma substância química e o desenvolvimento de um câncer de pulmão.⁶³

Mais especificamente, o autor da demanda, Robert Joiner, um eletricitista da cidade de Geórgia, ingressou com uma ação de indenização contra a General Electric Company, em face de ter sido diagnosticado, em 1991, com câncer de pulmão. Ele alegou que o contato contínuo com um fluido que continha bifenil-policlorado (*polychlorinated biphenyl*) e derivados, fabricado pela referida empresa, houvera lhe causado a enfermidade.⁶⁴

No que interessa ao presente estudo, a decisão de primeiro grau, aplicando o *Daubert standard*, inadmitiu produção da prova pericial pleiteada pelo demandante, com fundamento de que o depoimento do perito se baseava em especulações (estudos realizados somente em animais, *in vitro*). De outro lado, o tribunal de apelação deu provimento ao recurso, alterando a decisão *a quo*; justificava seu veredito na regra 702 das *Federal Rules of Evidence* e no caso *Daubert*, mormente na sua taxatividade e na vedação de interpretação extensiva dos critérios lá previstos.⁶⁵

Journal of Philosophical Studies, v. 8, n. 28, 2015. p. 52. Disponível em: [www.humanamente.eu/index.php/HM/article/view/80]. Acesso em: 25.08.2018.

61. MOENSSENS, Andre A., DESPORTES, Beth, BENJAMIN, Steven. *Scientific evidence in civil and criminal cases*. 7. ed. St. Paul: Foundation Press, 2017. p. 11-13.

62. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

63. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011. p. 35-36.

64. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

65. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 206-207.

Por meio de novo recurso, o caso foi remetido para a Suprema Corte Americana, que, após a concessão de *certiorari*, reverteu o julgamento da Corte de Apelação. A Corte afirmou que o magistrado havia agido com correção ao indeferir a prova, pois há um juízo discricionário que pode ser exercido pelo juiz frente à análise dos requisitos estabelecidos no caso *Daubert* e pela regra 702 das *Federal Rules of Evidence*.⁶⁶⁻⁶⁷

Então, em *Joiner*, houve um reforço da função jurisdicional na avaliação da admissibilidade da prova pericial (*gatekeeper*), apontando-se que o rol de requisitos para avaliar a credibilidade/confiabilidade da perícia é meramente exemplificativo. A análise revisional da atuação do juiz deve ser apenas se houver um “abuso de discricionariedade” (*abuse of discretion*) na admissibilidade da prova.⁶⁸

Nesse sentido, Manzano aponta que:

Em síntese, no caso *Joiner* a Suprema Corte Americana estabeleceu que o rol de requisitos de admissibilidade da prova científica previsto no art. 702 da FRE não é taxativo, e que está dentro da discricionariedade do juiz estabelecer outros requisitos e, inclusive, refutar a conclusão e a própria prova científica, quando lhe faltar confiabilidade e suficiência – dos princípios, métodos ou técnica empregada ou da conclusão alcançada –, à demonstração do fato a que pretende.⁶⁹

3.4. O caso *Kumho* (1999) – Aplicação dos critérios de admissibilidade para provas periciais em geral (científicas ou técnicas)

O último caso que compõe o arcabouço jurisprudencial no Direito norte-americano acerca da admissibilidade da prova pericial é o *Kumho Tire Co. v. Carmichael*,⁷⁰ decidido em 1999. O cenário fático da demanda era a discussão sobre a responsabilidade de um fabricante em face de um acidente automobilístico ocorrido por causa da explosão de um dos pneus do veículo, uma *minivan*, quando estava em movimento.⁷¹

66. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

67. Para um detalhamento explicativo da decisão da Suprema Corte, ver: MOORE, Theresa. Closing the doors on unsupported speculation: *Joiner's* effect on the admissibility of expert testimony. *Indiana Law Review*, v. 33, n. 1, 1999. p. 371-380.

68. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

69. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 208.

70. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

71. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 208-209.

Como consequência do referido sinistro, um passageiro faleceu e os demais ficaram machucados. O *expert* contratado pelo autor, Dennis Carlson Jr., referiu que um defeito de fabricação no pneu teria sido o causador do acidente, sendo que essa opinião foi baseada numa mera inspeção tátil e visual do objeto defeituoso.

A grande questão discutida foi se os requisitos estipulados pelo *Daubert standard* também seriam aplicáveis para além da prova científica (conhecimentos especializados em geral). As chamadas *soft sciences* (como Economia, Psicologia e outras) poderiam ser submetidas aos critérios gerais de admissibilidade da prova pericial previstos em *Daubert*?⁷²

O juiz de primeiro grau (*District Court*) entendeu que sim, excluindo, portanto, a prova a partir do requerimento da empresa. A fundamentação da decisão foi no sentido de que os requisitos de admissibilidade estabelecidos desde o caso *Daubert* deveriam ser aplicados, mesmo que não de modo rígido, aos conhecimentos técnicos em geral e, em concreto, não havia indicações seguras para confiar na metodologia aplicada por Carlson Jr.⁷³

Ao julgar o recurso, a Corte de Apelação decidiu que o *Daubert standard* não deveria ter uma aplicação tão ampla, devendo restringir-se ao contexto das provas científicas. Por essa razão, a Corte deu provimento ao recurso para que o juízo de primeiro grau analisasse a admissibilidade da prova em termos de confiabilidade e relevância, mas agora não sob um escrutínio tão rígido.⁷⁴

Por fim, a discussão final do caso ocorreu na Suprema Corte, que decidiu, por unanimidade, pela correção da decisão do juízo de primeiro grau. A Corte de Vértice estabeleceu que os requisitos de admissibilidade da prova pericial previstos em *Daubert* seriam aplicáveis a todo o tipo de conhecimento especializado, devendo o magistrado realizar o escrutínio, nessas bases, também em relação a espécies de provas técnicas mais gerais.⁷⁵

Além disso, a Suprema Corte estipulou que os requisitos apontados pelo *Daubert standard* poderiam ser matizados conforme o caso em análise, não sendo necessariamente aplicáveis de forma simultânea e cogente a todas as demandas.

72. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 208.

73. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

74. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 210.

75. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

Assim, acabou por conferir maior discricionariedade aos juízes ao realizarem a admissibilidade da prova pericial.⁷⁶

4. ADMISSÃO E VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

4.1. O papel do juiz brasileiro frente à admissibilidade da prova pericial – Diferenças entre a tradição da civil law e da common law (especialmente nos Estados Unidos)

Depois de visto como funciona um sistema vinculado à tradição de *common law*, é preciso analisar qual é o papel do juiz frente à admissibilidade da prova pericial no nosso sistema jurídico, a fim de que se possa verificar se é possível aproveitar os desenvolvimentos experimentados por lá e como fazer isso. Isso é relevante caso se leve em conta a forma de processamento criminal nos dois sistemas.

Nos Estados Unidos, o processo penal condenatório tem três grandes fases: a fase de investigação, a fase de judicialização preparatória (*adjudicatory stage*) e a fase judicial propriamente dita. No que interessa ao presente estudo, é na segunda fase que o juiz decidirá sobre a licitude e a admissibilidade das provas (*preliminary hearings*).⁷⁷

Deve ser mencionado que na fase preparatória (*adjudicatory stage*) as partes apresentarão obrigatoriamente as suas provas (*disclosure/discovery*), sob pena de que, caso sonegadas, no extremo, poderão até ser excluídas do processo.⁷⁸ Ademais, tendo em vista a liberdade na produção probatória, procurou-se criar mecanismos para evitar o ingresso de provas que confundissem o julgamento do júri (entre elas as testemunhas periciais ou *expert witness*)⁷⁹.⁸⁰

76. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011. p. 37-38.

77. Para um panorama resumido, ver: CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal procedure*. 2. ed. Estados Unidos: Wolters Kluwer, 2013. p. 5-10.

78. CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal procedure*. 2. ed. Estados Unidos: Wolters Kluwer, 2013. p. 780; GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal evidence: principles and cases*. 8. ed. Belmont: Wadsworth, 2013. p. 40-42.

79. Como visto, lá, em regra, os peritos são escolhidos e remunerados pelas partes.

80. ALLEN, Ronald; KUHNS, Richard; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David. *Evidence: text, cases and problems*. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 650-653.

Assim, em razão de, como regra, o processo penal americano ter como juiz de fato o júri, na fase anterior ao julgamento pelos juízes leigos o magistrado togado deve fazer uma análise da admissibilidade da prova que será submetida a julgamento. Em especial, no que interessa a esse estudo, o juiz togado atua como verdadeiro *gatekeeper* (espécie de “porteiro” ou “guardião”), filtrando e excluindo o testemunho de *experts* que não sejam seguros para formar a convicção dos jurados.⁸¹

Ao funcionar como verdadeiro guardião da prova, o juiz deve fazer uma avaliação do método empregado pelo perito. Com isso, o magistrado deve barrar o ingresso de provas periciais (em sentido lato) que tenham como lastro a “pseudociência, métodos inconfiáveis ou inconsistentes”.⁸²

Nesse ponto, busca-se evitar que os juízes leigos sejam levados a erro ou embasem sua decisão em provas não confiáveis. Há uma valoração, já em um momento inicial, da confiabilidade da prova especializada, que é realizada no âmbito do juízo de admissibilidade.

Diferentemente, no nosso sistema,⁸³ o perito é considerado um assistente do juiz, nomeado por ele e afastado do discurso parcial das partes processuais (equidistante), inclusive também deve respeitar as incompatibilidades e os impedimentos previstos no Código de Processo Penal (artigos 112 e 280 do CPP),⁸⁴ sendo que as partes não intervirão na sua nomeação (artigo 276 do CPP).

Em regra, o *expert* nomeado (oficial ou não oficial) é obrigado a aceitar o encargo, sujeitando-se à imposição de multa em caso de recusa, salvo “escusa atendível” (artigo 277 do CPP). Ele é chamado para que emita um juízo de valor técnico/científico sobre os fatos observados.⁸⁵

Ao realizar o juízo de admissibilidade, controlando o ingresso da prova pericial no processo, o juiz penal brasileiro vai analisar a existência de relevância

81. VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 91-92 e 98-103.

82. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 44.

83. E, igualmente, no europeu, conforme: ABELLÁN, Marina Gascón. *Prueba científica: un mapa de retos*. In: VÁZQUEZ, Carmen (org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 191.

84. Aos peritos são aplicáveis as hipóteses de suspeição (artigo 280 do CPP) e de impedimento. Vide: BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 444.

85. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 443-444.

e pertinência⁸⁶ desse meio de prova (artigo 184 do CPP⁸⁷). O exame, nessa fase probatória, foca-se apenas na possibilidade e na necessidade do conhecimento técnico para o esclarecimento dos fatos da causa.⁸⁸⁻⁸⁹

Na verificação da admissibilidade da prova pericial, o magistrado centra a sua análise visando a evitar o gasto de recursos e de tempo desnecessários na busca da comprovação dos enunciados de fato. Aqui não se valora a metodologia empregada na perícia no âmbito do juízo de admissibilidade, até porque isso só será apresentado pelo perito depois da confecção do laudo.⁹⁰

86. Adequação do meio de prova ao caso em exame (pertinência para o esclarecimento dos fatos relevantes da causa).

87. “Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”.

88. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011. p. 106.

89. O Superior Tribunal de Justiça sufraga essa posição, ilustrativamente: “Processo penal. Recurso em *habeas corpus*. Corrupção passiva e associação criminosa. Denúncia. Recurso ordinário interposto fora do prazo legal. Intempestivo. Pleito de produção de prova (laudo pericial) indeferido pelo magistrado. Alegado cerceamento de defesa. Não ocorrência. Princípio do livre convencimento motivado. Recurso não conhecido. 1. Hipótese em que o presente recurso foi interposto fora do prazo recursal de cinco dias. Contudo, na linha do posicionamento adotado por este Superior Tribunal em relação ao *habeas corpus* substitutivo, deve ser analisada a matéria para eventual hipótese de concessão da ordem de ofício. 2. Não obstante o amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente, demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. Precedentes. 3. No caso em exame, o Juízo de primeiro grau indeferiu o pleito motivadamente, concluindo pela desnecessidade da perícia, já que os acusados afirmaram ser os autores dos diálogos, discordando em parte da extensão dos mesmos. Além disso, foi garantido acesso a todo o conteúdo probatório obtido pela acusação à defesa técnica. 4. Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida durante a instrução, necessário seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a angusta via mandamental. 5. Recurso não conhecido” (RHC 92.164/RJ, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 01.03.2018, DJe 07.03.2018).

90. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011. p. 106-107.

4.2. A valoração da prova pericial no processo penal brasileiro – O juiz brasileiro como verdadeiro perito dos peritos?

O Direito brasileiro concentra, como regra,⁹¹ no âmbito processual penal, a valoração do juízo de fato ao juiz togado. Em especial, quanto à valoração da prova pericial, é assente, ao menos sob o ponto de vista normativo, o brocardo *iudex peritus peritorum*, que significa que o juiz é o “perito dos peritos”, não ficando vinculado aos resultados estabelecidos pela prova pericial (artigo 182 do CPP).

Vige, desse modo, o princípio liberatório,⁹² que está em consonância com o sistema do livre convencimento judicial (artigo 155 do CPP). Acontece que, na prática, a prova pericial se reveste de altíssimo valor persuasivo, em razão de gozar de um caráter de maior objetividade e de uma aura de infalibilidade.⁹³

Há uma ideia arraigada no pensamento de que a ciência está acima da cultura, da advocacia e da retórica. Inclusive, sob o ponto de vista empírico, Limpert aponta que em uma pesquisa com juízes e advogados americanos, 75% deles respondeu que os juízes confiavam mais na prova científica do que em outros tipos de provas.⁹⁴⁻⁹⁵

91. Exceção feita ao tribunal do júri (artigo 5º, XXXVIII, da CR/88), em que os jurados são os “juízes dos fatos”.

92. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 450.

93. ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica: un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. A autora aponta, inclusive, uma tendência contemporânea de “beatificação” da prova pericial. p. 182.

94. *In verbis*: “These qualities of rationality and detachment may not always be desirable but they are respected and valued by the legal system. Science is attractive because it purports to deliver value-free facts about the world to decision makers. For example, in a 1974 survey of 1,363 judges and lawyers, 75 per cent of the respondents stated that judges thought that scientific evidence was more credible than other types of evidence” (p. 67). LIMPET, P. Brad. Beyond the rule in Mohan: a new model for assessing the reliability of scientific evidence. *University of Toronto Faculty of Law Review*, v. 54, n. 1, p. 65-106, winter 1996. Tradução livre: “Essas qualidades de racionalidade e distanciamento podem não ser sempre desejáveis, mas são respeitadas e valorizadas pelo sistema legal. A ciência é atraente porque pretende fornecer valorações de fatos sobre o mundo isentas para os tomadores de decisão. Por exemplo, em 1974, numa pesquisa com 1.363 juízes e advogados, 75 por cento dos entrevistados afirmou que as provas científicas detinham mais credibilidade do que outras.”

95. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 120.

O controle de confiabilidade da prova pericial no Direito Processual Penal brasileiro é feito após a sua produção. Em uma perspectiva ampla, na valoração desse meio de prova será analisado se essa foi apta a gerar conhecimento acerca da verdade sobre uma proposição de fato.

Ocorre que, no Brasil, seguindo uma prática corrente nos países de tradição de *civil law*, usualmente não se demonstra uma preocupação em controlar a cientificidade ou tecnicidade da perícia. A principal razão dessa diferença é a aposta na imparcialidade do perito nomeado pelo juiz.

E esse é (ou era) um dos problemas do sistema brasileiro, em que a avaliação da perícia se dá muito mais em função da pessoa do perito do que da análise técnica feita pelo profissional escolhido. Por isso que o controle quanto à credibilidade do resultado da perícia é tão fraco, pouco se questionando sobre a forma (metodologia) como ela foi realizada.⁹⁶

A partir do que foi exposto, teoricamente e em geral, a tarefa do juiz pode ser vista de duas formas diferentes, a depender de qual o parâmetro que é levado em consideração, o *Frye* ou o *Daubert*. No primeiro caso, deve o julgador verificar a aceitabilidade geral da própria comunidade científica (opinião geral); no segundo, ele precisa analisar a consistência da metodologia empregada pelo perito a partir da natureza da prova (entre um dos pontos, o juiz vai considerar o consenso científico existente ou não sobre a matéria).⁹⁷

O *Frye test*, como já brevemente enunciado, foi objeto de diversas críticas, como: a indevida terceirização do juízo de admissibilidade da prova pericial em favor do perito, a dificuldade de se individualizar dada comunidade de *experts*, a dinamicidade do consenso em termos científicos, a existência de novas técnicas forenses em que ainda não há propriamente um consenso/dissenso, entre outras. E ainda, na prática, não se tem como encontrar uma lista de cientistas que são a favor ou contra determinado tipo de prova.⁹⁸

Além dessas críticas, uma outra, de ordem filosófica, acabou por desacreditar o parâmetro estabelecido em *Frye*. Trata-se da superação de uma ingênua concepção cultural que entendia como possível o atingimento de um conhecimento

96. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011. p. 75-77.

97. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 60.

98. DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 119-132.

ou apreensão total de um objeto, de uma verdade absoluta ou irrestrita, que poderia ser guardada por um grupo de iniciados.⁹⁹

As *Federal Rules of Evidence*,¹⁰⁰ desde 1975, previam, originariamente no artigo 702(a),¹⁰¹ de forma ampla, a possibilidade de oitiva de um *expert* se fosse necessário para o deslinde da causa. Esse foi um dos fundamentos da Suprema Corte Americana para dizer que os critérios para a verificação da credibilidade da perícia eram flexíveis, em que pese ter mencionado expressamente alguns deles, como exposto acima.

Após o julgamento do caso *Daubert*, houve uma evolução de enfoques, tendo o juiz ganho uma grande responsabilidade na admissão (tradição *common law*) e na valoração (*civil law*) da prova pericial. Antes essa responsabilidade era praticamente terceirizada para a própria comunidade científica (“aceitabilidade geral”).¹⁰²

Desse modo, os critérios estabelecidos em *Daubert* permitem que se tenha um contraditório forte e efetivo, viabilizando um controle intersubjetivo da valoração da prova por todos os atores processuais. Com isso, evita-se que a prova pericial, que goza de alto potencial persuasivo, produza decisões injustas.¹⁰³

4.3. Os artigos 473, III, e 479 do CPC como normas de sobredireito – Norma de sobredireito e aplicação no âmbito do processo penal

O Código de Processo Civil, recolhendo a experiência do Direito Comparado, trouxe um novo regramento acerca da valoração da prova pericial. Ocorre que

99. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 61.

100. Espécie de Código Probatório aplicável para as Cortes Federais norte-americanas. Também serve de baliza (modelo) para o estabelecimento de regras probatórias no âmbito estadual.

101. “Rule 702 (a): If scientific, technical or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion.” Em tradução livre: “Se um conhecimento científico, técnico ou outro especializado auxiliar o julgador dos fatos a compreender as provas ou determinar um fato em questão, uma testemunha qualificada como especialista por conhecimento, habilidade, experiência, treinamento ou educação poderá testemunhar na forma de um parecer ou outra forma”.

102. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 64-65.

103. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 76.

essa normatização deve ser vista como tendo caráter de sobredireito, aplicável, portanto, a todas as searas jurídicas, inclusive ao processo penal (interpretação autorizada pelo artigo 3.º do CPP).¹⁰⁴

Na verdade, o CPC, ao introduzir de modo expresso no ordenamento brasileiro parâmetros objetivos para avaliação da prova pericial, não está tratando de matéria atinente ao processo civil em específico. Isso porque a regulação tem caráter transsetorial, porque versa sobre um tema afeto à filosofia do Direito, nomeadamente, de epistemologia jurídica aplicada ao âmbito do processo.¹⁰⁵⁻¹⁰⁶

Além disso, o CPP não especifica como (de qual forma) se deve valorar a prova pericial. Assim, face a essa ausência de disciplina própria na seara processual penal, deve ser utilizada a normatização prevista no CPC, uma vez que há autorização legal para tanto (artigo 3.º do CPP).

O artigo 473, no inciso III, dispõe que o laudo pericial deve conter “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”. Esse comando faz lembrar o critério da “aceitação geral” estabelecido pela Suprema Corte Americana no caso *Frye* (1923).

De outro lado, o artigo 479 refere que:

O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Dessa forma, o CPC trouxe, no âmbito da legislação, a união de duas concepções diversas (aceitabilidade geral, oriunda do caso *Frye*) e atribuiu ao juiz a incumbência de valorar a perícia à luz do método usado pelo perito (*Daubert*

104. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 38.

105. Fumerton aponta como questões epistemológicas: “os conceitos de conhecimento, evidência, razões para crer, justificação, probabilidade, o que se deve crer e quaisquer outros conceitos que só podem ser compreendidos por meio de um ou mais dos citados anteriormente” (FUMERTON, Richard. *Epistemologia*. Trad. Sofia Inês Stein e Ramon Felipe Wagner. Petrópolis: Vozes, 2014 [2006]. p. 13).

106. Nesse sentido, referindo que a epistemologia judiciária envolve a discussão de matérias comuns ao processo penal, civil e administrativo, ver: UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015. p. IX (prefazione).

standard). A melhor interpretação indica que esses critérios devem ser vistos como complementares.¹⁰⁷

Nessa linha, no Direito Comparado, o Código de Processo Penal da Colômbia de 2004, em um esforço de racionalização, também incorporando a experiência do Direito norte-americano, prevê a aplicação de *standards* para se analisar a prova pericial.¹⁰⁸ Essa é uma tendência contemporânea de viabilizar um controle do livre convencimento.

Assim, deve-se ter claro que o sistema jurídico brasileiro, incluso o processual penal, incorporou os fatores já desenvolvidos na experiência comparada, em especial a estadunidense, para tornar a valoração da prova pericial algo racionalmente sindicável. Dessa forma, o juiz é exortado a ter uma atuação mais crítica com relação à valoração das provas periciais, não apenas chancelando o *ipse dixit* do *expert*.¹⁰⁹

4.4. A fundamentação acerca da valoração da prova pericial – Standards para a avaliação da credibilidade da prova pericial

O livre convencimento deve ser entendido como uma liberdade de apreciação das provas (“se ela forneceu ou não a demonstração de determinado fato”¹¹⁰), mas não em sentido absoluto e incontrolável, a partir de uma certeza moral do julgador. Há uma vinculação aos preceitos lógicos e da experiência, que trazem alguma objetividade na valoração da prova.¹¹¹

Mesmo assim, o princípio do livre convencimento judicial afasta uma vinculação judicial *a priori* com a prova técnica, ainda que a perícia ingresse no processo

107. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 44-45.

108. “Artículo 420. Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.”

109. ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba Científica: un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 192.

110. TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002. p. 128-129.

111. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 248-249.

com a intenção de resolver uma questão que demande conhecimentos técnicos específicos. O CPP expressamente sufraga esse entendimento no artigo 182.

Nesse sentido, buscando trazer maior vinculação do julgador, Camargo Aranha defende que o juiz somente pode rejeitar as conclusões do laudo pericial em caso de “erro ou dolo”. Ele aponta como justificativa que se o magistrado pudesse se contrapor ao laudo pericial, emitindo um juízo de valor, estaria com isso “desmentindo” a própria natureza do ato pericial.¹¹²

De outro lado, a prova pericial pode padecer de graves problemas na sua elaboração, levando a resultados errôneos, que gozarão de uma roupagem científica de segurança. Há uma necessidade, portanto, de se estabelecer critérios mais seguros para separar a “boa” e a “má” ciência (*junk science*).

O magistrado deve fazer uma análise crítica da prova pericial produzida, valorando-a juridicamente. Essa valoração envolve, de modo inexorável, a confiabilidade e a relevância da prova pericial, sendo um requisito narrativo da decisão valorar a consistência e adequação da metodologia utilizada.¹¹³

O CPC sinaliza que a técnica a ser empregada pelo *expert* deve gozar de “aceitação geral”.¹¹⁴ Entretanto, também atribui ao julgador o encargo de valorar o “método utilizado pelo perito”,¹¹⁵ trazendo, portanto, uma conjugação de requisitos para a valoração desse meio de prova.

Sobre a possível antinomia presente no CPC, Knijnik aponta que:

E por aí já se percebe que a antinomia entre o art. 473, III (a sugerir a incorporação da metodologia *Frye*) e o art. 479 (a sugerir o encargo de verificar os fatores *Daubert*) é apenas aparente: do cotejo desses dispositivos surge o caráter meramente exemplificativo do primeiro, revelando, quiçá, certa preferência do legislador, a exigir, quando muito, maior reforço argumentativo quando abandonado o critério da aceitação geral em prol de outras metodologias.¹¹⁶

112. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 201.

113. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 130-132.

114. “Art. 473. O laudo pericial deverá conter: [...] III – a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou.”

115. “Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.”

116. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 94.

Com base no ferramental normativo trazido pelo CPC, de modo resumido e objetivo, podem-se citar alguns dos critérios básicos que devem guiar, como regra, o contraditório e a valoração pericial, a fim de evitar decisões errôneas e injustas. Para tanto, é possível separá-los em requisitos externos e internos à prova pericial.

O requisito externo relaciona-se com o grau de profissionalismo do perito, que, de forma singela, significa que o *expert* deve ter conhecimentos efetivos sobre a matéria. Aqui não basta o mero título formal, mas uma atuação prática efetiva, sendo imperativa a demonstração disso por meio da apresentação de um currículo contendo suas habilidades, conhecimentos e competências (artigo 465, § 2º, II, do CPC).¹¹⁷⁻¹¹⁸

Já quanto aos requisitos intrínsecos da perícia, deve-se observar:¹¹⁹

- a) a testabilidade e a falseabilidade do método empregado (característica ínsita do conhecimento científico);
- b) a possibilidade, o nível de erro (existência e aplicação de padrões de controle) e a taxa de variabilidade e incerteza dos dados obtidos por meio da técnica ou teoria utilizada;
- c) o grau de confiabilidade das técnicas e teorias utilizadas para obter dados e conclusões (grau de aceitação dentro da comunidade científica);
- d) a revisão pelos pares e pela comunidade científica relevante;
- e) outros critérios exigidos pelo caso; como se aquela área de realização da perícia reconhecidamente é capaz de gerar resultados confiáveis; ou se o perito levou em conta a possibilidade de explicações alternativas;
- f) se for o necessário, também deve ser analisada a correta aplicação das técnicas utilizadas por agentes competentes e treinados, verificando-se se: (a) os equi-

117. Nesse sentido, o CPC ainda refere expressamente a necessidade de “atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados” e de que o profissional seja “comprovadamente detentor do conhecimento”, no artigo 156, §§ 3.º e 5.º. Além disso, aponta, no artigo 468, I, que é caso de substituição do *expert* se “faltar-lhe conhecimento técnico ou científico”.

118. FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 288-290.

119. O catálogo apresentado está, com algumas modificações, em: KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 194-199 e FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 291-299.

pamentos e instrumentos encontram-se em bom estado de funcionamento; (b) os testes e protocolos de segurança preconizados pela técnica foram rigorosamente seguidos; (c) a cadeia de custódia foi preservada e pode ser reconstruída.¹²⁰

Além disso, devem ser averiguadas as objeções trazidas pelas partes e eventualmente de que modo foram refutadas na decisão judicial, mesmo que para isso seja necessária a realização de nova perícia. Esse verdadeiro dever de debate (ou diálogo) imposto ao juiz é essencial para que se tenha uma eficácia real do contraditório.¹²¹

Os critérios para avaliação da prova pericial são abertos, não se constituindo como um *checklist* obrigatório e definitivo. E mais, a flexibilidade dos requisitos para a avaliação da credibilidade da perícia vai depender da natureza e especificidade dos fatos em exame em cada processo.¹²²

Assim, com a adoção desses critérios pelo juiz, permite-se que se tenha um julgamento mais objetivo quanto à valoração da prova pericial. Outrossim, viabiliza-se um contraditório efetivo, com um diálogo entre as partes e o juiz por meio de alegações e do debate que se exterioriza na fundamentação da decisão.¹²³

5. CONCLUSÃO

O tema da valoração da prova em geral, e da prova pericial em específico, é pouquíssimo tratado no âmbito penal; por isso, intenta-se ajudar a inserir a discussão na prática jurídica. É urgente a necessidade de se buscar mecanismos aptos a reduzir a insegurança jurídica que grassa no Direito Processo Penal.

Assim, é preciso ter presente que, ao incorporar os fatores já desenvolvidos na experiência comparada, o sistema jurídico brasileiro, por meio do Código de Processo Civil de 2015, procurou tornar a valoração da prova pericial algo sindicável. Dessa forma, o juiz é chamado a ter uma postura crítica em relação à valoração das provas periciais.

120. Para um aprofundamento do tema, ver: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 359-396.

121. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45-46.

122. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 89.

123. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 89.

A aplicação desses critérios mínimos para a avaliação da prova pericial permite que se possam contestar as conclusões periciais. E, além disso, passa-se a compreender esse tipo de prova não mais como verdade absoluta, mas como relativa, afastando-se de um solipsismo pericial.¹²⁴

Em que pese a criação de *standards* de decisão ser “exigências analíticas universais implícitas na natureza do litígio”, há uma fuga do problema nas jurisdições de tradição de *civil law*. Isso é fruto principalmente de uma cultura jurídica forjada longe do estudo dos fatos, com ênfase no material normativo.¹²⁵

Nos ordenamentos jurídicos vinculados à tradição de *civil law*, foca-se muito mais na qualidade da autoria do laudo do que da ciência propriamente empregada.¹²⁶ Usualmente, não se faz uma avaliação se a metodologia usada pelo perito é correta ou se a ciência que deu base para a elaboração da prova é “boa”.¹²⁷

É preciso que se estabeleçam critérios objetivos comuns para se viabilizar um controle da valoração da prova pericial. É inaceitável que o magistrado fique vinculado, seja de modo horizontal (critério da aceitabilidade geral estabelecido em *Frye*), seja de modo vertical (como se a prova pericial fosse uma prova tarifada).

O caso *Daubert* permitiu que se estipulasse um controle mais estrito pelo juiz, com especial atenção para aspectos ligados à validade científica da perícia. Nesse sentido, o CPC, mesmo fazendo referência ao critério da aceitabilidade geral (artigo 473, III), previu a obrigatoriedade de se utilizar um ferramental argumentativo de controle (artigo 479).¹²⁸

Logo, a partir de uma interpretação dos dispositivos do CPC, em resumo, podem-se apontar cinco critérios básicos que devem guiar, como regra, o contraditório pericial (técnico, baseado na experiência, ou científico): a) adequação ao caso em exame (pertinência para o esclarecimento dos fatos relevantes da causa);

124. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 95.

125. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 119-120.

126. Diferentemente, nos Estados Unidos, o Federal Circuit Center confeccionou um manual sobre a prova científica, o *Reference manual on scientific evidence*, que tem mais de 1000 páginas, e é utilizado para facilitar a compreensão dos magistrados federais acerca das características do raciocínio científico empregado em juízo.

127. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 123-124.

128. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 124.

b) viabilidade para teste e falseabilidade da tese (característica ínsita do conhecimento científico); c) possibilidade de erro (taxa de erro e padrões de controle); d) grau de confiabilidade (grau de aceitação dentro da comunidade científica) e; e) revisão pelos pares e pela comunidade científica relevante.

Essa normatização estipulada pelo CPC deve ser compreendida como “orientação geral de sobredireito processual”,¹²⁹ tendo em vista seu caráter transsetorial. Isso porque, como referido, trata de matéria afeta à filosofia do Direito, mais especificamente de epistemologia jurídica aplicada ao âmbito do processo.

Com isso, não se pretende, obviamente, que o juiz seja levado a se tornar um “cientista amador” que deve rever a realização da prova pericial, mas que aplique critérios objetivos na valoração da prova pericial. Tal postura potencializa a possibilidade de um contraditório efetivo e minimiza os riscos de erros.

Em suma, o desenvolvimento de *standards* de valoração da prova pericial para a prática penal fará com que se avance para um modelo melhor de administração de justiça criminal no Brasil. Para tanto, é necessário o estudo aprofundado e sério, com o rompimento de antigos dogmas, bem como a vontade genuína de efetivamente melhorar o sistema jurídico-penal.

6. BIBLIOGRAFIA

- ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica: un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011.
- ALLEN, Ronald; KUHNS, Richard; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David. *Evidence: text, cases and problems*. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo; MOURA, Maria Tereza Rocha Assis (Org.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018. Disponível em: [<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>]. Acesso em: 03.05.2018.

129. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 124.

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- CANZIO, Giovanni. *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*. In: CONTI, Carlotta (a cura di). *Scienza e processo penale: nuove frontiere e vecchi pregiudizi*. Milano, Giuffrè, 2011.
- CATALDO NEUBURGER, Luisella de. Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto. In: CATALDO NEUBURGER, Luisella de (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007.
- CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal procedure*. 2. ed. Estados Unidos: Wolters Kluwer, 2013.
- CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2014.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005.
- DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FAIGMAN, David L. Judges as "Amateur Scientists". *Boston University Law Review*, Boston, v. 86, n. 5, p. 1207-1225, dez. 2005.
- FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- FUMERTON, Richard. *Epistemologia*. Trad. Sofia Inês Stein e Ramon Felipe Wagner. Petrópolis: Vozes, 2014 [2006].
- GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal evidence: principles and cases*. 8. ed. Belmont: Wadsworth, 2013.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal). *Jueces para la democracia*, n. 46, p. 17-26, 2003.
- HAACK, Susan. *Evidence matters*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- HAACK, Susan. The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience. *Humana Mente: Journal of Philosophical Studies*, v. 8, n. 28, 2015, p. 39-70. Disponível em: [www.humanamente.eu/index.php/HM/article/view/80]. Acesso em: 25.08.2018.

- KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- LIMPERT, P. Brad. Beyond the rule in Mohan: a new model for assessing the reliability of scientific evidence. *University of Toronto Faculty of Law Review*, v. 54, n. 1, p. 65-106, winter 1996.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOENSSENS, Andre A.; DESPORTES, Beth; BENJAMIN, Steven. *Scientific evidence in civil and criminal cases*. 7. ed. St. Paul: Foundation Press, 2017.
- MOORE, Theresa. Closing the doors on unsupported speculation: Joiner's effect on the admissibility of expert testimony. *Indiana Law Review*, v. 33, n. 1, p. 349-383, 1999.
- NAIMOLI, Chiara. *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica: riflessioni sul caso Garlasco e M. Kercher*. Pisa: Pacini Giuridica, 2017.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002.
- TARUFFO, Michele. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.
- TWINING, William. *Rethinking evidence*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015.
- VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- WASSERSTROM, Richard A. *The judicial decision: toward a theory of legal justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Considerações sobre a produção da prova pericial no processo penal e suas recentes modificações, de Alexandre Augusto Costa – *RT* 888/460-478 (DTR\2009\629); e
- Requisitos da prova pericial em matéria criminal, de Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar – *RBCCrim* 136/205-234 (DTR\2017\6309).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2015\7166, JRP\2015\14526 e JRP\2016\3982.

DIÁLOGOS ENTRE FEMINISMO E CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

TOWARD DIALOGUES BETWEEN FEMINISM AND CRITICAL CRIMINOLOGY IN DOMESTIC VIOLENCE: RESTORATIVE JUSTICE AND URGENT PROTECTIVE MEASURES

ANA LUCIA SABADELL

Pós-Doutora em Direito pela Universidade Politécnica de Atenas (2002).
Doutora em História do Direito pela Universität des Saarlandes (1999). Professora titular de Teoria do Direito na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
anasabadell@yahoo.com

LÍVIA DE MEIRA LIMA PAIVA

Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Mestre pela mesma instituição. Professora de Direitos Humanos no Instituto Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia na EMERJ e do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Cultura e Identidade (DHICI/IFRJ).
livia.paiva@ifrj.edu.br

Recebido em: 30.08.2018

Aprovado em: 29.10.2018

Última versão das autoras: 19.11.2018

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo tem como objetivo refletir sobre os possíveis impactos da Justiça Restaurativa nos conflitos que envolvem violência doméstica, além de apresentar uma alternativa às críticas elaboradas pela criminologia feminista ao caráter punitivo da Lei Maria da Penha. Inicialmente, contextualizamos algumas tensões do debate recente: se por um lado a referida Lei representa uma das maiores conquistas do movimento de mulheres, por outro, sofre inúmeras críticas por provocar a expansão de um sistema penal sob uma perspectiva patriarcal que desconsidera a vontade e autonomia de

ABSTRACT: This article aims to reflect on the possible impacts of restorative justice in conflicts involving domestic violence. At first, we contextualize some of the tensions on the recent debate: however Maria da Penha law represents one of the greatest achievements of the women's movement, the expansion of a penal system was encouraged by the law, besides reducing the autonomy of women. Then we point out inconsistencies in the Restorative Justice model proposed by the National Council of Justice. Finally, we will try to outline an alternative through a recent decision of the STJ that granted an autonomous

mulheres em situação de violência. Em seguida, apontamos inconsistências no modelo de justiça restaurativa proposto pelo CNJ. Finalmente, tentaremos delinear uma alternativa através de recente decisão do STJ que concedeu às medidas protetivas de urgência, caráter autônomo, desobrigando-as de vinculação com um inquérito policial ou ação penal. Nosso argumento principal é de que a solução antipunitivista que aposta na justiça restaurativa é menos eficaz, sob uma perspectiva de gênero, do que a investida nos mecanismos previstos na própria lei.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa – Violência doméstica – Medidas Protetivas de Urgência – Lei Maria da Penha.

character to the protective measures provided by the law by releasing it from mandatory link with a police investigation or criminal action. Our main argument is that the antipunitivist solution that bets on Restorative Justice is less effective, from a gender perspective, than the invested in the mechanisms provided in the law itself.

KEYWORDS: Restorative Justice – Domestic Violence – Emergency Protective Measures – “Maria da Penha” Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Crise e sistema de justiça penal: identificando problemas. 3. Mulheres, Direitos e Direito Penal. 4. Justiça restaurativa na violência doméstica. 5. Medidas protetivas de urgência: por alternativas feministas e antipunitivistas. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No dia 26 de janeiro, durante um seminário sobre formas de atuação da Polícia Civil no combate a violência doméstica e aprimoramento dos mecanismos de prevenção da Lei Maria da Penha no Estado do Piauí, proferido pelas autoras, um caso de feminicídio atravessou os debates. Tratava-se do feminicídio de Maria José Alves Pereira, de 40 anos, assassinada por seu então companheiro Manoel de Jesus Alves Pereira, em Cajueiro da Praia, cidade do litoral do Piauí, que também vitimou Diego Alves Pereira, de 16 anos, filho de Maria. José era enteado do agressor, que tentava impedir o crime contra a mãe.

A movimentação entre as participantes do seminário, todas delegadas de Polícia Civil envolvidas com a investigação de crimes de gênero, sugeria a ida imediata de um grupo para o litoral para apurar as circunstâncias do fato, auxiliar a equipe de investigação local e garantir que o crime não fosse tipificado como homicídio.

As fotos, a que estas pesquisadoras tiveram acesso, descrevem o seguinte cenário: dois corpos em um chão de terra batida, mãe e filho, ambos abatidos pelas costas por um objeto cortante, uma foice, com seus órgãos expostos. Além das vítimas fatais, outras cinco foram feridas durante o ataque e encaminhadas ao

hospital, a mais grave delas, a mãe do agressor, Maria Vieira da Rocha, de 60 anos, que teve o crânio fraturado.

Como justificativa do crime, o agressor alegou uma suposta traição da vítima com um dos traficantes locais, conforme declarado para equipe de reportagem de uma emissora de televisão local:

*“Repórter: Sua mulher lhe traiu, foi? Manoel: Tava me traindo. (...) Repórter: O senhor está arrependido do que fez, o sr. está arrependido? Manoel: Tô. Tô. Repórter: O sr. matou sua própria mulher, rapaz. Manoel: Mas eu não pude fazer nada. Repórter: Mas foi você que matou. Fez tudo. Manoel: Fui eu. Fui eu, mas também ela fez uma coisa pra mim também. Eu que era marido dela.”*¹

A entrevista foi gravada após a prisão em flagrante enquanto o agressor saía de um hospital onde recebeu atendimento médico devido a uma tentativa de linchamento dos moradores da região que presenciaram o feminicídio.

Este caso ilustra a realidade de milhares de mulheres pelo país, vítimas – algumas fatais – de seus companheiros e de uma cultura patriarcal que a todo instante tenta discipliná-las. O movimento de mulheres no Brasil é responsável por importantes alterações legais fruto de lutas políticas. Essas conquistas sempre foram alvo de tensão, seja de um sistema patriarcal, que não reconhece a situação de maior vulnerabilidade de mulheres e a constitucionalidade da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), seja do próprio movimento de mulheres que critica a expansão do direito penal, um mecanismo típico de uma lógica patriarcal de punição, propiciada pela referida lei.

Nenhuma dessas tensões é nova entre acadêmicos e operadores do direito. No entanto, as recentes tentativas de estruturar um modelo de justiça restaurativa no Brasil trouxeram novos contornos a esse debate. Recentemente a Resolução 225, de 2016 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) disciplinou algumas diretrizes da “Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário” e dividiu opiniões ao tratar de sua possível aplicação em conflitos que envolvem violência doméstica.

Se, por um lado, a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa nesses casos pacifica uma das principais críticas de uma parte da criminologia feminista, acerca da falta de autonomia da vítima e a expansão do sistema penal tutelado pela lei de violência doméstica, por outro, sua aplicação representa alguns riscos e

1. Disponível em: [www.meionorte.com/videos/kairo-amaral-mostra-com-exclusividade-detalhes-sobre-tragedia-em-cajueiro-da-praia-50761]. Minutagem: 3:53 a 5:00. Acesso em: 08.02.2018.

retrocessos para o tratamento e enfrentamento da violência doméstica, especialmente nos marcos atuais.

De forma resumida, a aplicação da justiça restaurativa não está sendo pensada em novos marcos procedimentais que levem em conta a especialidade desse tipo de situação, o que pode abrir margem para a revitimização da mulher em situação de violência doméstica. Além disso, questiona-se a eficácia da justiça restaurativa para tratar de um tema como a violência de gênero, que se revela estrutural. Por fim, a possibilidade de sua aplicação de forma concomitante com o processo criminal, coloca em cheque a inauguração dos esperados marcos antipunitivistas anunciados pelas/os suas/seus defensoras/es.

Este artigo se debruça sobre essa problemática e objetiva ao final, propor uma alternativa que conjugue uma perspectiva antipunitivista, que não retroaja nas conquistas dos movimentos de mulheres e incentive o acesso e autonomia da mulher no sistema de justiça.

Para tanto, iniciaremos com algumas considerações acerca das tensões que envolvem a falência do modelo de justiça penal, tal como temos atualmente. Como alternativa à sua ineficácia, o debate sobre a justiça restaurativa ganha novos contornos e algumas diretrizes começam a ser delineadas.

Em seguida, sem perder de vista: 1) a dimensão de conquista de direitos que representou a promulgação da Lei Maria da Penha e 2) as críticas ao viés punitivista e patriarcal da mesma, elaboraremos algumas reflexões sobre os riscos da implementação da justiça restaurativa nos marcos legais em que ela vem sendo pensada e implementada.

Finalmente, apontaremos uma alternativa que leve em consideração essa dupla perspectiva (feminista e antipunitivista) na aplicação da Lei com um viés emancipatório da mulher. A hipótese que tentamos sustentar é que a resposta é oferecida pela própria lei, especialmente a partir de um entendimento que tem ganhado força entre acadêmicos e operadores do direito a respeito da natureza jurídica autônoma das medidas protetivas de urgência. Esse entendimento recentemente foi reforçado por decisão do STJ (REsp n. 1.419.421/GO) que considerou a possibilidade de uma medida protetiva de urgência existir de forma satisfativa, isto é, desvinculada de outros procedimentos como inquéritos policiais e processos criminais.

O argumento que se desenvolve desde uma perspectiva de gênero é que a solução antipunitivista vinculada à justiça restaurativa é menos eficaz nos crimes de violência doméstica do que a investida nos mecanismos previstos na própria lei, desatrelados do sistema punitivo.

2. CRISE E SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL: IDENTIFICANDO PROBLEMAS

Em meio a um árduo processo de mudança social, duas crises se interconectam. De um lado está o sistema de justiça criminal, com a sua eterna “pretensão” – sob uma perspectiva funcionalista – de “combater” o crime e do outro lado, situa-se a questão da mulher no século XXI. Podemos observar que eficientismo penal e realidade do sistema de justiça não coadunam. A própria criminologia etiológica (que corresponde à maioria massiva do que se produz no mundo ocidental sobre a etiqueta de “saber criminológico”) parece não conseguir contribuir para a solução deste dilema, já que as pesquisas, em geral, continuam apresentando dados desalentadores. A eficácia da norma penal é, todavia, muito restrita.

Estudos criminológicos e pesquisas sobre o tema indicam, por exemplo, que só um quarto dos crimes é objeto de denúncia, sendo que três quartos permanecem no âmbito da cifra obscura. Só nos Estados Unidos, o *Bureau of Justice Statistics* do Departamento de Justiça, publicou um estudo em 2012 onde se indicava que 52% dos “crimes violentos” praticados contra pessoas não tinham sido notificados. Esses dados permanecem praticamente inalterados nos anos subsequentes. Em 2014 a situação era ainda mais complexa: apenas 46% das vítimas denunciaram tais práticas delitivas e, em 2015, o percentual era de 47%². Outros estudos indicam, por exemplo, que o sistema de justiça penal toma conhecimento de apenas 30% dos crimes sexuais³.

Em 2009 foi publicado, nos Estados Unidos, o resultado de uma pesquisa feita com 88 especialistas em criminologia (reuniram-se os nomes mais importantes, a maioria pertencente à *American Society of Criminology*) sobre a pena de morte. O resultado foi surpreendente. Apesar do forte desenvolvimento de uma criminologia etiológica nos Estados Unidos, 90% das pessoas entrevistadas afirmaram que a pena de morte possui pouco poder persuasivo, em termos de prevenção geral negativa. Ou seja, o medo da punição não desmotiva o infrator a não violar a norma⁴. Até mesmo especialistas em criminologia que expressam “esperança”

2. Os dados sobre as pesquisas aqui mencionadas podem ser consultados no *National Crime Victimization Survey* (NCVS). O estudo publicado em 2012 pode ser consultado em Cfr: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv12.pdf]. Para 2014, confrontar: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv14.pdf]. Acesso em: 20.02.2018.
3. Uma análise mais sintética dos números pode ser encontrada em: [www.rainn.org/statistics/criminal-justice-system]. Os motivos indicados pelas vítimas para não proceder as denúncias encontram-se no site [www.bjs.gov/content/pub/pdf/fvsv9410.pdf]. “Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, Female Victims of Sexual Violence, 1994-2010 (2013)”.
4. RADELET, Michale L.; LACOCK, Traci L. Recent Developments do Executions Lower Homicide Rates? The views of Leading criminologists. In: *The Journal of Criminal Law*

no funcionamento do sistema penal e que acreditam no poder “mágico” de reformas do sistema, reconhecem o grave problema de eficácia da norma penal⁵.

Neste complexo contexto, situamos aqui dois movimentos no âmbito da produção do saber criminológico das últimas décadas que, a nosso ver, se configuram como forma de reação a esse estado de coisas. Situamos o primeiro como um movimento “deslegitimador” do sistema de justiça penal. Trata-se da *Restorative Justice* (justiça restaurativa), que foi introduzida no Brasil no ano de 2002⁶ e obteve uma recepção positiva por parte de representantes do Poder Judiciário⁷ e Executivo⁸, mas, sobretudo, do meio acadêmico⁹. O executivo

& *Criminology*, v. 99, n. 2, Northwestern University, School of Law, p. 489-508 2009. Disponível em: [<https://deathpenaltyinfo.org/files/DeterrenceStudy2009.pdf>]. Acesso em: 18.01.2018.

5. Entre outros, cfr. MEARS, Daniel P. *American Criminal Justice Policy: An Evaluation Approach to Increasing Accountability and Effectiveness*. Cambridge University Press: New York, 2010. Já em seu prefácio o autor nos diz: “I argue that American criminal justice is flawed but redeemable”. (p. IX).
6. Neste ano a ONU estabelece uma resolução para tratar do tema e insta aos estados-membros que adotem essa forma alternativa de solução de conflitos na esfera penal. Resolução 2002/12 (Conselho Econômico e Social). Uma versão em português desta resolução pode ser consultada em: [www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf].
7. Um exemplo é a portaria conjunta de 2004 do Tribunal de justiça do Distrito Federal, que instituiu uma comissão de estudo sobre a justiça restaurativa visando o “*desenvolvimento de ações para a implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante*” (art. 1º). Como veremos a seguir esse projeto está vinculado a uma ação do PNUD no país, em parceria com o ministério da Justiça. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2004/00015.html]. Foi efetivamente desenvolvido um projeto que iniciou seu funcionamento no ano de 2005. Uma apresentação sucinta das iniciativas deste tribunal nesta matéria pode ser encontrada em: [www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/justica-restaurativa/o-que-e-a-justica-restaurativa].
8. Em 2006 a Secretaria da reforma do judiciário do Ministério da Justiça publica uma obra esclarecedora sobre o tema, com a ajuda de uma professora da Universidade de Toronto (Catherine Slakmon), vinculada ao conhecido estudioso da matéria John Braithwaite, foram publicados artigos de pesquisadoras(res) do país e também foram traduzidos ao português diversos artigos dos principais expoentes da matéria no estrangeiro. Cfr. SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
9. Apenas para situar alguns exemplos. Uma das primeiras teses de doutorado defendida sobre o tema no país foi de Leonardo Sica (USP-2006) e publicada como livro no ano de 2007. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. No âmbito

inclusive firmou um acordo de cooperação técnica internacional, em 2005, com o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD)¹⁰, intitulado “Projeto BRA/05/009 – Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”¹¹. Em 2007 foi criado o *Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa* no país¹². De fato, os textos de John Braithwaite¹³, Howard Zehr¹⁴, Gerry

do mestrado situamos o também conhecido trabalho de Neemias Moretti defendida em 2009 no programa de pós-graduação em direito da Universidade de Piracicaba (SP) e publicada como livro alguns mais tarde. Cfr. PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça Restaurativa, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. Florianópolis: Bookess, 2013. Porém, antes dessa data já haviam sido publicados estudos que versavam sobre a matéria no país. Assim mesmo, a produção de estudos no país difundiu-se especialmente a partir do projeto desenvolvido com as Nações Unidas. Dentre estes: PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.) *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005; PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. In: *Revista Jurídica Cesumar* [Mestrado]. Maringá, v. 8, n. 01, jan./jul., 2008; SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Ijuí, 2011.

10. A Justiça Restaurativa também era objeto de estudos e normativas das Nações Unidas. Cfr., dentre outras publicações: United Nations (Office on drugs and Crime). *Handbook of Restorative Justice Programmes. Criminal Justice handbook series*. New York: United Nations publication, 2006. Nesta publicação encontra-se (página 99) os princípios básicos de uso de programas de justiça restaurativa para o âmbito penal admitidos pelas nações Unidas. Publicação disponível em: [www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf].
11. Foram criados três projetos-piloto no país. Dois nas Varas da Infância e da Juventude das cidades de Porto Alegre (RS) e São Caetano do Sul (SP), com competência para executarem as medidas socioeducativas e, um terceiro no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes (DF).
12. Disponível em: [www.justiciarestaurativa.org/news/ESTATUTO_APROVADO_EM_ASSEMBLEIA1.pdf/view].
13. BRAITHWAITE, J. Restorative Justice: assessing na immodest theory and a pessimistic theory. 1997. Tratava-se inicialmente de uma monografia elaborada pelo autor para um curso que este ministrou em 1997 na faculdade de direito da Universidade de Toronto e que ficou por longo tempo disponível no site da referida universidade [www.aic.gov.au]. Este texto foi publicado em 1999 na prestigiosa revista jurídica da Universidade de Chicago, Cfr. [www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/449287].
14. Dentre outros textos, indicamos: ZEHR, Howard; TOEWS, Barb. Ways of knowing for a restorative worldview. In: E., WEITEKAMP, E.; H-J. KERNER, H-J. (Orgs.). *Restorative justice in context: international practice and directions.* Willan Publishing: Devon,

Johnstone¹⁵ e Walgrave¹⁶, dentre outros, já eram de leitura obrigatória no meio acadêmico.

A ideia, em uma perspectiva muito simplista e estreita, é a de “retirar” o conflito da esfera jurídica e devolver-lhe aos seus reais interessados para que se encontre uma solução mais adequada a todas as pessoas envolvidas no conflito, incluindo aqui a própria comunidade. Isto ocorre por meio do emprego de técnicas específicas, como a mediação. Abandona-se a ideia da punição da transgressão porque se entende que os problemas emocionais e sociais causados pela prática delitiva, tanto para a vítima (e/ou a comunidade e/ou a família) como para agressor, não são superados com a aplicação da pena privativa de liberdade e outras medidas punitivas de controle e contenção social, operadas pelo sistema penal.

É preciso acolher as pessoas afetadas pelo crime, (re)situar a vítima diante do conflito que lesou sua vida, dialogar com os envolvidos e, assim, reduzir o impacto dos crimes sobre suas vidas. Por isso, é um procedimento fundamentado no consenso entre as partes. Não se trata de uma técnica que objetive somente prevenir práticas delitivas¹⁷, mas também é utilizada mesmo em casos onde se aplicou ou se aplica uma pena privativa de liberdade (como ocorreu no estado de São Paulo, quando se desenvolveu o citado projeto piloto com as Nações Unidas). Também foi empregada para conflitos políticos de larga escala, como no caso da África do Sul, quando da atuação da comissão da verdade ou mais recentemente na Itália, como mecanismo para ajudar vítimas e agressores no conflito histórico entre guerrilha e Estado (dos anos de 1970 e 1980), que produziu centenas de vítimas¹⁸. A experiência internacional (e em parte nacional) nos indica que a

UK, 2003. E no ano de 2008 já se publica seu primeiro livro em português. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

15. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (Orgs). *Handbook of Restorative Justice*. UK: Routledge, 2006. Este livro recolhe igualmente a contribuição dos mais importantes especialistas da matéria aqui indicados.
16. WALGRAVE, Lode. Mediation and community service as models of a restorative approach: why would it be better? Explicating the objectives as criteria for evaluation. In: *Restorative justice on trial: pitfalls and potentials of victim-offender mediation: international research perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (org.). Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1992.
17. Entre outros, Cfr. SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 7. ed. São Paulo: RT, 2017; PRUDENTE, Neemias Moretti. Op. cit., 2008.
18. Por pouco mais de duas décadas a Itália vivenciou uma conturbada situação política. Grupos guerrilheiros de esquerda e de direita realizaram diversos atentados no país,

justiça restaurativa tem ampliado seu campo de aplicação. Particularmente, integrantes da criminologia crítica (tais como Alessandro Baratta – minimalismo penal – e Louk Hulsman – abolicionismo penal) receberam com muito bons olhos as propostas dessa nova modalidade de gestão de conflitos na área penal¹⁹.

No Brasil, o Poder Legislativo praticamente não editou normas que favorecessem a adoção de um modelo de justiça restaurativa, apesar da experiência dos projetos-piloto em parceria com a ONU. Sem apoio institucional, a discussão acadêmica limitou-se a alguns bons e criativos estudos e a justiça restaurativa “perdeu força”²⁰, apesar da referência direta ao instituto na Lei 12.594 de 2012,

vitimando centenas de pessoas. A partir de 1986 diminui o número de atentados, mas ainda no ano de 2003, o grupo *brigata rosse* (responsável pelo sequestro e assassinato do Primeiro Ministro Aldo Moro em 1978) realizou seu último atentado no país. Essa situação criou feridas profundas no país. Tendo consciência disto, três experientes mediadores se propuseram a realizar uma mediação entre vítimas, familiares de vítimas e agressores que cumpriam pena no sistema prisional. O trabalho durou sete anos e foi feito em sigilo. Considerado um sucesso por todos os envolvidos, foi publicado um livro no qual os mediadores relatam todo o longo processo de mediação. A obra “comoveu” a opinião pública e produziu um enorme debate no país, posto que demonstrava a possibilidade de lidar com essa parte da história italiana a partir de uma cultura de paz. Em todo caso, há mais de duas décadas a justiça restaurativa foi introduzida no juizado da infância e juventude, justamente pelo mesmo criminólogo (Adolfo Ceretti) que atuou nessa mediação. Uma edição em português será publicada em 2019 pela editora Revan (Rio de Janeiro), na coletânea dirigida pelo Prof. Dr. Nilo Batista. Cfr. BERTAGNA, Guido; CERETTI, Adolfo; MAZZUCATO, Claudia. *Il libro dell'Incontro*. Vittime e responsabile della lotta armata a confronto. Il Saggiatore: Milão, 2016.

19. No âmbito do abolicionismo, Hulsman sustentava em um livro originalmente publicado em 1984, que os conflitos penais poderiam ser solucionados de forma mais satisfatória fora do sistema de justiça: “Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação punitiva, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc. ...” (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993). Para uma análise aproximativa entre o abolicionismo penal e a justiça restaurativa, Cfr. RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. *International Journal of Law, Crime and Justice*, v. 39, n. 2, p. 100-110, ago., 2011.
20. Apesar da limitada produção, destacamos os estudos empíricos sobre justiça restaurativa de Rosenblatt e Pallamolla. Cfr., entre outros, ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; BOLÍVAR FERNÁNDEZ, DANIELA. *Paving the way toward a Latin restorative justice*. *Restorative Justice*, v. 3, p. 149-158, 2015. ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a Justiça Restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 1, p. 72-82, 2014; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Pesquisa em Justiça Restaurativa. In: Marcelo L. Pelizzoli. (Org.).

que tratava da regulamentação de medidas socioeducativas para jovens infratores (art. 35, II e III). Identifica-se um momento de relativo “abandono” das propostas restaurativas com a expansão do sistema carcerário no Brasil.

O tema será novamente objeto de interesse das instituições de controle do Estado brasileiro, dos operadores jurídicos e do meio acadêmico quando o CNJ se comprometeu, no biênio 2015-2016, a desenvolver a justiça restaurativa e, posteriormente, aprovou uma Resolução (225/2016), que dispõe sobre a política nacional de adoção da justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário²¹. O art. 24 dessa resolução estabelece que “*a coordenadoria estadual da mulher em situação de violência doméstica deverá adotar processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como estabilização e restauração das relações familiares*”. Retomaremos mais adiante os termos dessa resolução, sem deixar de destacar a problemática expressão “restauração das relações familiares” e outras inconsistências desse marco.

Nosso foco neste artigo se direciona para a justiça restaurativa e sua aplicação nos conflitos que envolvem violência doméstica. Como já salientamos, as técnicas restaurativas (mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária e círculos decisórios) são empregadas para ajudar, sobretudo, a vítima e o ofensor a solucionar problemas causados pela prática delitiva. A mediação consiste em um processo informal, que se desenvolve entre pessoas que se encontram em situação de conflito e que expressam um espontâneo interesse em buscar uma “solução” por meio de um diálogo construtivo e absolutamente voluntário guiado pela figura de uma mediadora (ou mediador). O papel desta é auxiliar as partes, de maneira justa e imparcial, a fazerem uma reflexão sincera sobre os efeitos deste conflito em suas próprias vidas, isso obviamente implica que cada uma das partes também possa enxergar o outro para além de si.

Em outras palavras, a empatia é um elemento importante no processo de mediação porque, ao compreender as “razões” do outro, o sujeito consegue,

Justiça Restaurativa: Caminhos da Pacificação Social. Recife: Editora UFPE, 2016. p. 113-128 e PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática*. São Paulo, IBCCrim, 2009. Também se destaca a tese de doutorado em direito de Daniel Achutti (PUC- Rio Grande do Sul), mas seus estudos iniciais se situam inicialmente nos anos de 2005-2006, que corresponde ao primeiro período de produção de pesquisas sobre a matéria no país. Cfr. ACHUTTI, Daniel. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

21. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf]. Acesso em: 12.01.2018.

de forma mais clara, se perceber dentro do conflito e perceber as consequências deste para o outro e para si. Portanto, uma das consequências esperadas de uma mediação é que esta propicie uma mudança voluntária de comportamento para o futuro e, dependendo do contexto, uma eventual reparação de danos²². Os programas de mediação sugerem, como sustenta Ceretti, que é possível promover, em quadros de profunda crise do conjunto de regulamentação social, uma nova gestão dos conflitos, substituindo o paradigma conflitual por um paradigma consensual²³.

Uma característica crucial da justiça restaurativa no âmbito penal é a preocupação com a vítima, fato que pode ser facilmente comprovado nos documentos internacionais e regionais que tratam da matéria²⁴, mas igualmente se destaca a preocupação por realizar uma intervenção positiva em relação a quem pratica uma agressão.

Existem várias técnicas de mediação. Na esfera penal, a opção por uma determinada técnica depende do tipo de conflito que será objeto da mediação. Os especialistas inclusive identificam que existem conflitos penais onde a mediação não se apresenta eficiente. Dentre os conflitos que suscitam dúvidas e discussões estão os crimes econômicos, ambientais e a violência misógina, especialmente quando esta última adquire contornos de violência física.

Nos crimes econômicos e ambientais o insucesso é decorrência da própria lógica de mercado, mas isto não é objeto deste texto. Nos crimes perpetrados com emprego de violência misógina, as dificuldades se relacionam com a cultura patriarcal. Para entendermos os limites do emprego da justiça restaurativa em casos de violência doméstica, é necessário nos reportar ao contexto social e aos efeitos da cultura machista no processo de socialização.

Antes, porém, apresentaremos de forma breve alguns marcos normativos frutos da luta do movimento de mulheres que deram visibilidade a ações

22. Para uma análise do que consiste e como funciona uma mediação, cfr., entre outros, [<https://restorativejustice.org.uk/criminal-justice>]; [<http://www.cooperativadike.org/mediazione.html>].

23. CERETTI, Adolfo. Medizione penale e giustizia. In-contrare una norma. In: Adolfo Ceretti (Org.) *Scritti in ricordo de Giandomenico Pisapia*. Criminologia., Milão: Giuffrè, 2000. p. 717-814. v. III.

24. Esse é o caso da Recomendação núm. R(99)19 do Comité de Ministros do Conselho da Europa e da própria ONU. Cfr. Respectivamente, Documento 1121/02. Recomendação (99)19. Disponível em: [<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=PT&f=S>] e a Resolução 2012/12 da ONU, disponível em: [www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf].

discriminatórias e propuseram um tratamento específico às questões que envolvem gênero visando sanar as inúmeras desigualdades de uma cultura patriarcal.

A ideia do breve parêntese a seguir é de levantar alguns aspectos relativos aos marcos normativos penais que podem ser negligenciados pela justiça restaurativa na forma como ela está sendo proposta no Brasil. Por isso, mais adiante retornaremos a reflexão da justiça restaurativa, já sob uma perspectiva de gênero.

3. MULHERES, DIREITOS E DIREITO PENAL

Desde os idos anos de 1960 se desponta uma preocupação no âmbito acadêmico: de como as ciências podem se vincular (e como se vinculam) à revolução feminista. Muitas violências sofridas pelas mulheres implicavam, em uma perspectiva liberal, na negação de direitos. Por isso, a discussão sobre a invisibilidade feminina começou, paulatinamente, a tomar espaço no meio acadêmico e, também, a se expandir entre os organismos nacionais e internacionais de defesa de direitos humanos. Tratando-se de metade da população da humanidade é compreensível que, apesar do peso e poder do modelo cultural do patriarcado²⁵ (que obviamente varia em função das particularidades locais), essa discussão chegasse à esfera pública.

Não vamos aqui indicar ou analisar todos os fatores que incidiram para que a mulher pouco a pouco saísse do ostracismo que a retinha na esfera privada.

-
25. Embora haja controvérsia sobre o emprego do conceito, utilizamos no sentido conferido originalmente por Kate Millet, como “uma estrutura social e política” de domínio masculino que utiliza um conjunto de estratégias para manter subordinadas as mulheres de caráter global. MILLETT, Kate. *Política sexual*. Madrid: Cátedra, 1969. p. 76. Neste sentido, Rosa Bedia afirma: “O patriarcado, portanto, não é uma unidade ontológica nem uma invariante alheia à história, mas uma antiga e perdurável construção social, cujo traço mais significativo é sua universalidade. Também há que destacar seu caráter adaptativo, ao extremo de se constituir em estrutura central de todo tipo de sociedades, sejam tradicionais ou modernas, do norte ou do sul, ricas ou pobres. Nem as distintas religiões, nem as diferentes formas de Estado, nem os distintos tipos de economia, nem as diversas culturas, organizações sociais, formas raciais ou outro tipo de estruturas são um obstáculo na formação das sociedades patriarcais. Ao revés, em alguns casos, como é o das religiões, convertem-se em fontes inesgotáveis de sexismo”. (BEDIA, Rosa Cobo. Aproximações à teoria crítica feminista. *CLADEM*, Boletim do Programa de Formação, n. 1, ano 1, jun., 2014, p.11). As críticas à utilização do conceito podem ser encontradas em: SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul.-dez., 1995 e PISCITELLI, Adriana. 2002. “Re-criando a (categoria) mulher?”. In: Algranti, Leila Mezan. (Org.). *A prática feminista e o conceito de gênero*. Campinas: IFCH/UNICAMP. v. 48, 2002.

Porém, é importante lembrar que acesso à educação, ao trabalho e ao voto, são fatores que contribuíram, em uma perspectiva liberal, para questionar o papel da mulher na sociedade. Avanços científicos, como a descoberta da pílula, por exemplo, também contribuíram para esse processo de liberalização feminina.

Mas em todo caso, é um processo que se encontra em andamento. O desenvolvimento de estudos científicos desde 1980 se encontrou, nos últimos anos, com a expansão e outros rumos de movimentos feministas. Na virada do século XXI não havia praticamente coletivos de mulheres em universidades brasileiras e um órgão como o CLADEM era conhecido apenas por algumas feministas e cientistas, não possuía projeção social. Hoje temos coletivos que lutam pelos direitos das mulheres praticamente em todas as universidades públicas. E inclusive com demandas historicamente invisibilizadas dentro do próprio movimento de mulheres como os coletivos de mulheres negras e *lgbtqia**, fato que nos indica o alcance dessa reflexão política no âmbito universitário.

Em relação às mudanças nas legislações penais nos últimos anos, citamos três grandes marcos: a promulgação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, que alterou os crimes sexuais e a Lei 13.104/2015, que incluiu o feminicídio como qualificadora no Código Penal.

Todas essas alterações são frutos de lutas dos movimentos de mulheres, que estabelecem novos marcos pra temática de gênero na área penal. Além disso, todas tentam inaugurar, especialmente nas Ciências Criminais, um giro na maneira estereotipada e discriminatória na compreensão das relações de gênero e da figura feminina (como a condenação da misoginia contida na representação da “mulher honesta” ou da legítima defesa da honra, por exemplo)²⁶. Mesmo com as alterações e as denúncias sobre a discriminação das mulheres em tipos penais, ainda hoje os Tribunais são resistentes, por exemplo, à figura unificada do crime de estupro, que inseriu em um mesmo dispositivo a conjunção carnal e atos libidinosos²⁷.

26. A discriminação da mulher em tipos penais foi exaustivamente tratada por diversas autoras. Cfr., entre outras PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou ‘cortesia’? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; Op. cit.; FIGUEIREDO, Débora. Vítimas e vilãs, “monstros” e “desesperados”: como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro. *Linguagem em (Dis)curso*, Tubarão, v. 3, n. 1, p. 135-155, jul.-dez., 2002; PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. ‘Legítima defesa da honra’: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. *Cadernos Pagu*, Campinas, Unicamp, p. 65-134, 2006.

27. Cfr., entre outros, PANDJIARJIAN, Valéria. *Os estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação*, 2003. Mimeografado; Núcleo de

Sobre a Lei 12.015/2015, que tipifica o feminicídio, ainda poucos dados foram produzidos. No entanto, o 11º Anuário de Segurança Pública dá pistas sobre a dificuldade do reconhecimento e aplicação da referida lei. De acordo com números levantados pela instituição, embora uma mulher tenha sido morta a cada uma hora e vinte e quatro minutos em 2016, somente 621 casos de feminicídios foram registrados “demonstrando as dificuldades no primeiro ano de implementação da lei”²⁸.

No entanto, a Lei Maria da Penha, objeto do nosso estudo, desde sua promulgação é alvo de retaliações que vão do questionamento de sua constitucionalidade, por supostamente tratar mulheres e homens de forma não isonômica (ADC 19 e ADI 4.424), até as mais de 50 propostas de alterações que tramitam pelo Congresso Nacional que em muitos casos tentam enfraquecer seu conteúdo.

De todas as críticas à aplicação da Lei Maria da Penha as mais contundentes são as realizadas por criminólogos/os críticas/os, das quais destacamos três que julgamos mais importante para este estudo, correndo o risco de reduzir a profundidade do debate de forma grosseira: 1) a Lei Maria da Penha contribuiu para a expansão de um sistema punitivo típico de sociedades patriarcais que se mostra historicamente ineficaz, 2) a mulher que ingressa no sistema de justiça tem sua autonomia solapada por alguns institutos controversos da lei como a dificuldade de retratação e 3) o encarceramento dos agressores fragiliza as relações familiares por um lado e diversas vezes é um fator determinante para que as mulheres não denunciem seus companheiros.²⁹

pesquisa em gênero, raça e etnia. A semântica do estupro coletivo nas Ciências Sociais, no Poder Legislativo e no discurso do Poder Judiciário. Coord. Adriana Ramos de Mello; pesquisa de Livia Paiva, Simone Cuber, Guilherme Sandoval Góes. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/n1/relatorios-de-pesquisa-nupegre_n1.html]. Acesso em: 18.11.2018.

28. Fórum brasileiro de segurança pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 11, 2017, p. 7-8. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf]. Acesso em: 21.02.2018.

29. Cfr., entre outros, CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: a dor que a lei esqueceu*. Campinas: Servanda, 2002. LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violencia domestica*. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2008. LARRAURI, Elena; CID, José. *La economía política del castigo*. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 11, p. 01-22,

Esses e outros argumentos não são novos. Ao contrário, já foram exaustivamente problematizados³⁰ e apontam para a incoerência de se tratar conflitos decorrentes de uma sociedade machista com mecanismos de controle criados por esta lógica.

Embora somente cinco dos quarenta e seis³¹ dispositivos da lei tenham matéria penal, o viés punitivo é um dos grandes entraves da Lei. A pergunta proposta por Campos e Carvalho continua como um exercício: “É Possível ser Feminista e Crítico/a ou Crítico e Feminista”?

Concordamos com os autores quando afirmam que a Lei Maria da Penha é capaz de “proporcionar uma importante agenda para a superação e o enfrentamento aberto das tensões apresentadas, sobretudo porque sua proposta ultrapassa o campo meramente repressivo e os maniqueísmos determinados pela lógica binária das jurisdições cíveis ou criminais”.³² Como uma ferramenta em constante construção e aberta às reflexões, entendemos que fortalecer os mecanismos de prevenção e combate à violência doméstica previstos na lei, que não necessariamente apostem em uma resposta punitiva ao conflito, é uma saída eficaz para a pergunta proposta.

A ideia que se sustenta aqui é que a Lei Maria da Penha dispõe de mecanismos suficientes para este enfrentamento e sua substituição ou restrição em função da justiça restaurativa, especialmente nos marcos legais em que vem sendo aplicada representam riscos às conquistas de direitos das mulheres.

Para tanto, apresentaremos algumas reflexões acerca da implementação da justiça restaurativa no Brasil no âmbito da violência doméstica, partindo de seus marcos legais, em grande parte dissonantes de uma perspectiva feminista e anti-punitivista.

2009; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: O lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Revista Videre*, v. 02, p. 117-136, 2010 e MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

30. Para uma aproximação com essa argumentação e com indicação bibliográfica específica, Cfr. SABADELL, 2005, Op. cit.

31. São eles: Art. 17. Veda a aplicação de cesta básica; Art. 41. Não se aplica a Lei 9.099/95; Art. 42. Prisão preventiva; Art. 43. Agravante do art. 61, II, “f”, do CP; Art. 44. Altera a pena do crime previsto no artigo 129, § 9º, do CP. Mas possui caráter geral, pois se aplica a todas as pessoas que sofrem violência doméstica (crianças, mulheres, idosos, homens).

32. CAMPOS; Carvalho, 2011, p. 166.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa no Brasil está regulada formalmente pela Resolução 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça. No âmbito da violência doméstica, a Carta da XI Jornada da Lei Maria da Penha estabelece algumas diretrizes para sua aplicação³³. A partir da análise desses dois documentos, estabeleceremos algumas considerações para contribuir com o debate acerca da aplicação da justiça restaurativa nos conflitos de violência doméstica.

Antes, porém, partiremos de algumas considerações de cunho sociológico acerca da situação das mulheres em situação de violência doméstica. O argumento é de que as questões que envolvem violência de gênero precisam ser pensadas dentro de marcos próprios, ou seja, leis e políticas que não partam de uma situação geral para ser aplicada em uma situação específica. A Resolução do CNJ que estabelece diretrizes para a implementação da justiça restaurativa parte de uma visão geral do sistema de justiça, que desconsidera a vulnerabilidade das mulheres em situação de violência.

Em outras palavras, não se pode tratar um conflito de lesão corporal, por exemplo, em que as partes envolvidas têm uma assimetria de poder e invisibilidade históricas, da mesma forma que um conflito de lesão corporal entre iguais.

Nas sociedades patriarcais, as mulheres vivenciam, desde a tenra infância, relações de dominação e subordinação em todas as esferas da convivência social. As meninas são treinadas – desde seu nascimento – a aceitar a dominação e a sujeição. Isso perpassa pela vestimenta, pela doutrinação por meio de uma educação diferenciada que lhes ensina a se comportarem de forma diversa dos meninos (meninas sentam de pernas fechadas, por exemplo), pela designação de espaços e também pela definição das brincadeiras que lhes são ofertadas. Esse processo de “educação” para a dominação e sujeição, que se inicia na família (mas que se repete também em outras instituições que “substituem” a família, como os orfanatos), mantém consonância com o que ocorre fora da esfera privada. O contato com o “mundo” propicia a reafirmação dessa forma de condicionamento. Nesse contexto, a escola e os meios de comunicação também desenvolvem um papel extremamente relevante na medida em que apresentam como “normal” e “natural” a subordinação e a dominação da mulher.³⁴

33. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/706fdfd1d015b74a-169c11d9b56810cb.pdf]. Acesso em: 21.02.2018.

34. O estudo das estruturas políticas e sociais de dominação das mulheres é realizado por diversas autoras e autores. Aqui, tomamos como base especialmente: BEAUVOIR,

Por tal motivo, a violência física se torna um instrumento de correção, que visa “(re)posicionar” a mulher no lugar de sujeição.³⁵ E não é especificamente necessário que ela questione ou se rebele contra o homem para que este opte pelo emprego deste meio de “correção”. Basta que esse homem subjetivamente se sinta, por qualquer motivo, ameaçado ou que considere que é necessário reafirmar, de quando em quando, a sua imagem de dominador. Isto nos permite explicar o motivo pelo qual homens que “bebem” muito podem ser agressivos e baterem em suas esposas, mesmo quando estas “nada fazem”. É que o ato de dominação propicia aos meninos e aos homens, segurança, reafirmação de sua identidade e, por conseguinte, aceitação social.

Em face desta complexa realidade, devemos recordar que ainda que o consciente e o inconsciente sejam objeto de uma educação castradora, existe no sujeito a possibilidade, como destaca Butler, de “*dar a volta*”.³⁶ Referimo-nos aqui, adotando o conceito desta autora, aos mecanismos psíquicos do poder. Persiste, neste contexto, uma dupla relação que guarda dentro de si uma ambivalência. Isso é crucial para entender quais são os riscos que estão em jogo quando se advoga em favor do emprego da justiça restaurativa em face da mulher vitimada.

A dominação e a subordinação estão relacionadas com o exercício de um poder. Este inicialmente se situa externo à pessoa, mas na medida em que é “imposto” ocorre um processo de assimilação e identificação por parte de quem está sendo submetido (no caso a menina\mulher). Existe o poder externo que oprime mulheres e que as coloca na posição de inferioridade e subordinação e existe o poder como forma psíquica que constitui a identidade da pessoa\mulher. Trata-se de um duplo momento de constituição e subordinação subjetiva. Refletir sobre isso é essencial para entendermos como a manutenção do poder se dá também nas práticas daquele que é subjugado.

Simone. *O Segundo Sexo*. 2. ed. Difusão Europeia do Livro, 1970. S. I.; PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993; BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999 e SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

35. Segato apresenta estudos aprofundados sobre a relação entre a violência e a manutenção da subordinação das mulheres. Cfr., especialmente, SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementares de la violencia*. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad de Quilmes, 2003.

36. Aqui nos referimos especificamente às teorias da sujeição que Butler desenvolve em: BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Trad. Rogério Bettori. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

E isso ocorre porque a pessoa, segundo Butler, ocupa um lugar de ambivalência. A pessoa existe como sujeito desejando as condições para a própria subordinação. Sem essa identificação não há possibilidade de ocorrer uma rebelião contra o poder de sujeição. A pessoa realmente se forma na *sujeição* (*subjection*)³⁷. Porém, reiteramos, essa subordinação é a condição da sua própria rebelião.

As pessoas permanecem vinculadas a um modelo cultural que educa, (re) produz condicionamentos e “são submetidas/se submetem” a regras machistas ao mesmo tempo em que ocorrem mudanças que “retiram” a mulher cada vez mais da esfera privada. Assim sendo, é compreensível que as tensões aumentem. Ora, a prática do direito contribui para a consolidação das identidades de gênero, reproduzindo a dominação masculina.³⁸ Por isso, todo o cuidado é necessário quando se fala em emprego de medidas alternativas de solução de conflitos jurídicos, como quer sustentar quem é favorável ao emprego da justiça restaurativa para casos de violência doméstica.

A mulher que procura socorro do sistema de justiça não está, em geral, em situação de *empoderamento*, ao contrário. Em geral, encontra-se fragilizada e muitas vezes apenas espera que o agressor “mude” seu comportamento.

37. “Sujeição é tanto a subordinação quanto o devir do sujeito, o poder é, como subordinação, um conjunto de condições que precedem o sujeito, que o efetuam e o subordinam desde o princípio. Essa formulação vacila, no entanto, quando consideramos que não há sujeito anterior a essa efetivação. O poder não só *age sobre* o sujeito como também, em sentido transitivo, põe em ato o sujeito, conferindo-lhe existência. (...) O poder age sobre o sujeito pelo menos de duas maneiras: primeiro, como o que torna o sujeito possível, como condição de sua possibilidade e ocasião formativa; segundo, como o que é retomado e reiterado no “próprio” agir do sujeito”. (BUTLER, Op. cit., p. 22)

38. Retomando Foucault, Butler afirma que o poder jurídico produz os sujeitos que alega representar. Compartilhamos o pensamento da autora sobre o papel regulatório e conformador que a lei historicamente exerceu sobre identidades femininas. Para além de um papel meramente repressivo, a lei atua ativamente produzindo sujeitos como, por exemplo, a figura “a mulher honesta” em vigor no Código Penal Brasileiro até 2009, mas que ainda hoje continua servindo como paradigma para julgar a gravidade de ofensas e agressões cometidas contra mulheres: “a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. O poder jurídico “produz” inevitavelmente o que alega meramente representar; conseqüentemente, a política tem de se preocupar com a função dual do poder: jurídica e produtiva. Com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de “sujeito perante a lei”, de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subseqüentemente a própria hegemonia reguladora da lei”. (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 11. ed. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 19-20.

Então, suspender o processo e propor às partes envolvidas no conflito o emprego de técnicas de mediação pode implicar não só no aumento da violência contra a mulher vitimada, mas intensificar o próprio processo de vitimização, da qual esta tenta se liberar.

Tomar coragem e ir à delegacia não significa estar em condições de igualdade para enfrentar seu agressor. Mesmo quando essa mulher trabalha, é independente financeiramente e se apresenta como pessoa racional, ela está vinculada, tal como seu agressor, há um arquétipo machista, que condiciona não só seu comportamento, mas o comportamento de todas e todos os operadores jurídicos que atuam no conflito.

Embora o CNJ publicamente argumente que a aplicação das técnicas de justiça restaurativa não tem o objetivo de substituir a prestação jurisdicional, o item “4” da referida Carta recomenda “aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal a implementação de práticas de Justiça Restaurativa como forma de pacificação, nos casos cabíveis, independentemente da responsabilização criminal, respeitando-se a vontade da vítima”.

O texto aprovado disciplina que a técnica deve ser usada com anuência da vítima e por uma equipe técnica capacitada para esse fim. No entanto, não estabelece com um rigor maior como deverá ser feita a formação dos facilitadores.

Há mais de duas décadas a Itália, que possui um modelo reconhecido internacionalmente de justiça restaurativa, introduziu a mediação penal nos tribunais que cuidam de crianças e adolescentes infratores³⁹. Professores universitários especializados em mediação foram “cedidos” aos tribunais para realizar a implementação. Hoje, os cursos de formação de mediadores, neste contexto, duram em média 190 horas⁴⁰. Nestes também as condições emocionais das pessoas que atuarão como mediadores são avaliadas. No Brasil surgem, por força do novo CPC (Código de Processo Civil), cursos de mediadores bastante questionáveis. A seriedade e o profissionalismo acadêmico são condição *sine qua non* para o sucesso de tal projeto.

Além disso, em um dos seus “considerandos”, a Resolução estabelece com base nos arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/95 a possibilidade de homologação dos

39. CERETTI, Adolfo. Progetto per un Ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i Minorenni di Milano, in: Gian Domenico Pisapia; Dario Antonucci (Orgs.). *La sfida della mediazione*. Cedam: Padova, 1997. p. 99 ss.

40. Dados disponíveis em: [www.cooperativadike.org/mediazione.html]. Acesso em: 25.02.2018.

acordos celebrados nos procedimentos próprios “como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais”, desde que regidos pelos fundamentos da justiça restaurativa.

O CNJ assumiu as recomendações da “Carta da XI Jornada da lei Maria da Penha”, realizada na cidade de Salvador em 18 de agosto de 2017 que recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal a “implementação de práticas de Justiça Restaurativa como forma de pacificação, nos casos cabíveis, independentemente da responsabilização criminal, respeitando-se a vontade da vítima”⁴¹. Trata-se de uma recomendação que poderá afetar o princípio da legalidade, já que o Poder Legislativo, de forma taxativa, proibiu o emprego de medidas alternativas de solução de conflito em caso de violência doméstica, quando da edição da lei Maria da Penha. Sob a alegação de tutela a “paz familiar”, corre-se o risco de tutelar-se a cultura patriarcal.

A possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei 9.099/95 nos conflitos de violência doméstica além de ser expressamente proibida pela Lei Maria da Penha (art. 41) já foi alvo de inúmeras análises do STF, todas confirmando a interdição dada pela lei⁴². Evidentemente, a Resolução, ao tratar da Lei 9.099/95 em seus “considerandos” não contraria de forma expressa a Maria da Penha, porque a justiça restaurativa poderia ser aplicada concomitantemente com a ação criminal. No entanto, este fato corrobora com o argumento que estamos tentando construir: o marco legal estabelecido pelo CNJ para a justiça restaurativa é genérico e se aplicado aos conflitos de violência doméstica pode trazer consequências negativas.

A Resolução (artigo 7º, p. u.), prevê que “a autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo”. É sabido, para quem teve acesso diretamente ao serviço ou através de pesquisas sobre acesso das mulheres à justiça que um dos maiores entraves para as mulheres em situação de violência é o atendimento nas delegacias de polícia, onde são revitimizadas – daí a luta

41. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/706fdfd1d015b74a-169c11d9b56810cb.pdf]. Acesso em: 28.08.2018.

42. Em 2012, ao julgar a ADC 19, proposta em 2007 pela Presidência da República, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). O julgamento concomitante da ADI 4.424 ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) declarou a constitucionalidade dos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

constante de coletivos de mulheres para implementar e ampliar as delegacias especializadas de atendimento à mulher.⁴³

Segundo a pesquisa do Fórum de Segurança Pública sobre a percepção da violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais, a culpabilização pela violência sofrida é uma reação frequente relatada pelas mulheres, até mesmo quando recebem atendimento nos serviços de justiça, segurança e saúde⁴⁴.

Portanto, a aplicação deste dispositivo nos conflitos de violência doméstica em uma cultura que estrutura instituições com um pensamento patriarcal pode contribuir para a relativização da violência sofrida.

Questionar a utilização da justiça restaurativa não significa, no entanto, ser a favor da utilização do sistema criminal como forma de resolução de conflitos. Isso porque diversas pesquisas revelam que parte da subnotificação dos casos de agressão está ligada ao temor de algumas mulheres com o resultado draconiano do processo penal, especialmente quando avisadas sobre as condições de retratação⁴⁵. A mesma pesquisa revela que o interesse maior está na obtenção de medidas protetivas de urgência, para que o ciclo de violência seja interrompido (das 75 mulheres entrevistadas na ocasião, somente duas não queriam a medida protetiva de urgência)⁴⁶ e que o encarceramento dos agressores pode ser ainda mais prejudicial às ofendidas, especialmente quando o sustento da família depende dele.

Por este motivo, uma recente decisão do STJ em relação à natureza jurídica das medidas protetivas surge como uma alternativa promissora em relação ao tema. No próximo e último tópico deste estudo, aprofundaremos a hipótese aqui sustentada de que a própria Lei contém as saídas antipunitivistas e respeitadoras da autonomia das mulheres.

43. Sobre a necessidade de implementação de delegacias especializadas e revitimização de mulheres conferir, entre outros: BANDEIRA, Maria de Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, vol. 29, n. 2, mai.- ago. 2014; SUÁREZ, M. e BANDEIRA, L. A Politização da Violência Contra a Mulher e o Fortalecimento da Cidadania. *Série Sociológica*, n. 191. Brasília: UnB, 2001; PAIVA, Livia; MELLO, Adriana *et all*. A resposta do Poder Judiciário às mulheres em situação de violência doméstica: um estudo das medidas protetivas de urgência no 'Projeto Violeta'. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 211-232, 2017.

44. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/download/percepcao-violencia-mulheres-b.pdf]. Acesso em: 20.01.2018.

45. BRASIL. Op. cit., p. 283.

46. BRASIL. Op. cit., p. 185.

5. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: POR ALTERNATIVAS FEMINISTAS E ANTIPUNITIVISTAS

Nesta última parte do presente estudo tentaremos delinear uma forma de atuação nos conflitos de violência doméstica que leve em conta as críticas feministas e criminológicas.

Desde que entrou em vigor, a Lei Maria da Penha ensejou diversas discussões, especialmente por seu caráter híbrido, já que envolve não só dispositivos regulados pelo direito civil e penal, mas porque também prevê medidas de caráter administrativos, trabalhista, entre outros. Desde então, diversos órgãos e organizações tentam regulamentar e pacificar entendimentos com enunciados como o FONAVID (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), que reúne anualmente magistradas e magistrados de todo o país que atuam em processos que tratam da violência contra a mulher no âmbito das relações domésticas/afetivas/familiares e a COPEVID, Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH).⁴⁷

As discussões em órgãos colegiados se mostram interessantes na medida em que a cada encontro, com a participação de operadores do direito e acadêmicos, diversas práticas e formas de combate à violência doméstica são revistas e enunciados são criados ou revogados para orientar a aplicação da Lei.

As diversas alterações propostas nos últimos anos nos dispositivos da legislação, seja através desses órgãos ou do controle jurisdicional direto (com ADIns e ADIs) faz da Lei Maria da Penha um dispositivo em constante construção e mutação com objetivo primevo de observância do artigo 4º da referida lei, ou seja, a finalidade social de combate a violência doméstica.⁴⁸

Ao prever as medidas protetivas de urgência nos artigos 22 a 24 destinadas ao agressor e à vítima, a lei Maria da Penha inaugurou uma série de discussões sobre a natureza jurídica, a autonomia, o rito e a duração desses procedimentos. Uma

47. Os enunciados estão disponíveis respectivamente em: [www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-fonavid-forum-nacional-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/] (FONAVID) e [www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/] (COPEVID)]. Acessos em: 23.02.2018.

48. “Artigo 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”. BRASIL, Lei Maria da Penha, 2006.

delas em especial nos dá pistas interessantes sobre um tratamento que respeite a autonomia da ofendida e não se utilize da expansão do sistema penal. Trata-se de um entendimento recente sobre a possibilidade de existência das medidas protetivas independentemente de um inquérito policial ou ação penal.

A concessão de medidas protetivas de urgência é considerada inovadora no combate à violência contra a mulher por permitir uma interrupção do ciclo de violência sem que haja como primeira resposta, na maioria dos casos ações drásticas como a privação de liberdade do ofensor. Trata-se de um mecanismo que tutela a integridade da mulher por meio de uma atuação emergencial e desburocratizada do Estado.

Dessa forma, há uma mudança no paradigma de atuação do Poder Judiciário, pois enquanto os dispositivos somente penais visam uma resposta à violação cometida pelo réu, a Lei articula mecanismos para proteção da ofendida marcada por danos físicos, psicológicos, morais e patrimoniais. Esta conquista é fruto de demandas feministas que, por décadas, criticaram o funcionamento do sistema penal que, nos casos de violência contra a mulher, se preocupa em demasia com a perseguição do réu, deixando a parte mais vulnerável invisível e sem proteção.

Em muitos casos, ao acessar as autoridades estatais, a ofendida não pretende necessariamente o rompimento da relação ou a separação com o agressor⁴⁹. Na maioria das vezes, o que se pretende é a interrupção da violência, que em muitos casos é frustrada com a sanção penal do agressor. Neste sentido, as medidas protetivas se configuram como um importante instrumento.

Um ordenamento jurídico que respeite a autonomia da mulher deve respeitar sua vontade, mesmo que haja eventuais controvérsias com a normatividade estabelecida. Portanto, não pode o Estado romper com a ordem patriarcal retirando de forma autoritária a voz da mulher em situação de violência⁵⁰.

Os números mais recentes em nível nacional acerca das medidas protetivas são de pesquisa realizada pelo CNJ de 2017. Estes dados revelam que em 2016, de acordo com os tribunais, foram expedidas 195.038 medidas nacionalmente. O TJRS deferiu a maior quantidade em números absolutos (31.044 medidas), seguido do TJMG (22.419 medidas), do TJSP (20.153 medidas), do TJPR (17.964

49. Esta é, aliás, uma constante nas pesquisas internacionais que se desenvolvem desde os anos de 1990 sobre o tema. Cfr. SABADELL, 2008.

50. Cf., entre outras, LAURENZO COPELLO, Patricia. La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, 2016, p. 52.

medidas) e do TJRJ (16.865 medidas). Os tribunais que expediram as menores quantidades foram: o TJAC (181 medidas), TJRO (333 medidas), TJRR (799 medidas) e TJSE (1.123 medidas) – o TJAL não prestou essa informação.

A nomenclatura utilizada pelo legislador que optou por *medidas de urgência* deixa evidente o propósito de tutelar as situações de perigo e manutenção da violência praticada ou do ressarcimento imediato de danos causados pelo delito. Nesse sentido, o entendimento que prevalece é que estamos diante de *medidas cautelares*.

Inicialmente a discussão sobre a autonomia das medidas protetivas dividiu entendimentos sobre a necessidade de sua vinculação a um procedimento principal. Devido à exigência do registro de ocorrência para a concessão da medida protetiva prevista pela Lei Maria da Penha, o entendimento majoritário apontava para a necessidade de vinculação a um inquérito ou processo. Tratava-se, portanto, de um procedimento cautelar, acessório, servil do processo principal, não podendo, em regra, ser utilizada para postulação manifestamente autônoma e satisfativa.

No entanto, ao decidir o Recurso Especial 1.419.421 (TJGO) sobre a possibilidade de agregar caráter cível às medidas protetivas à mulher, independentemente de processo penal ou inquérito policial em curso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mudou o entendimento sobre o tema.

No caso, o Juízo de Direito do Juizado da Mulher da Comarca de Goiânia/GO extinguiu o processo sem resolução de mérito, pois ao receber o pedido para renovação da medida protetiva de urgência o magistrado percebeu que não havia inquérito instaurado. De acordo com o entendimento do magistrado, as medidas protetivas tinham natureza processual penal e sempre instrumentais ao processo-crime.

Conforme apontamos, trata-se de um dos principais pontos de discussão acerca da efetividade da Lei Maria da Penha: muitas mulheres não denunciam seus agressores porque não querem mover o sistema de justiça penal. O caso em tela dizia respeito a agressões de um filho com a mãe, que escolheu não denunciá-lo, mas queria continuar com uma medida de proteção que evitasse novas agressões.

As questões colocadas no Recurso Especial se resumiam a (1) dúvida sobre a aplicação dos prazos do Código de Processo Civil ou de Processo Penal, já que havia uma alegada intempestividade da apelação interposta pela recorrida, ao argumento de que o prazo aplicável é o previsto no art. 593 do Código de Processo Penal, por se tratar de ação de natureza criminal e não cível e (2) se a autora seria carecedora de ação, uma vez que as medidas protetivas pleiteadas na inicial

e previstas na Lei Maria da Penha são de natureza criminal, não subsistindo sem que se ajuíze a ação penal correspondente⁵¹.

A decisão foi cassada pelo Tribunal de Goiás com os seguintes argumentos: (1) as medidas protetivas impostas à espécie, previstas na Lei 11.340/2006, possuem caráter eminentemente civil, devendo, pois, ser aplicado subsidiariamente ao caso em comento o Código de Processo Civil, o qual dispõe ser de quinze dias o prazo para a interposição de recurso de apelação, (2) as medidas de proteção em apreço possuem natureza satisfativa, ou seja, encerram, por si mesmas e por sua natureza, a finalidade desejada, independentemente de propositura de qualquer outra ação, não havendo falar, pois, em necessidade de ajuizamento da demanda principal em trinta dias.

A decisão do ministro relator Luis Felipe Salomão se ancorou não só na previsão constitucional, mas também na proteção internacional prevista na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993 e na “Convenção de Belém do Pará”. Como fundamento, frisou-se a necessidade de “ampliação dos mecanismos jurídicos e estatais de proteção da mulher” e “*não somente pelo viés da punição penal do agressor, mas também pelo ângulo da prevenção por instrumentos de qualquer natureza, civil ou administrativa*”.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos

51. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296735&num_registro=201303555858&data=20140407&formato=PDF]. Acesso em: 12.08.2018.

fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).⁵²

O entendimento do magistrado é construído em convergência ao pensamento de Dias, que entende a medida protetiva de urgência como uma medida cautelar inominada que se assemelha “aos writs constitucionais, como o habeas corpus ou o mandado de segurança”.⁵³

Dessa forma, ao cumprir os dois pressupostos tradicionalmente consistentes no *periculum in mora* e *fumus boni iuris*⁵⁴, o juiz deve analisar a conveniência da adoção de tais medidas, verificar a existência dos pressupostos, podendo conceder *inaudita altera pars* ou após designar audiência de justificação, prevista no art. 804 do CPC.

Essa alternativa respeita o princípio da legalidade já que o artigo 22, § 4º⁵⁵ da Lei Maria da Penha permite a incidência do art. 461 do antigo Código de Processo

52. A referida ementa encontra-se na página 5 do referido recurso. Cf., [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296735&num_registro=201303555858&data=20140407&formato=PDF]. Acesso em: 12.12.2017.

53. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 149.

54. Alguns autores defendem que os pressupostos específicos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* podem ser aplicados nas medidas protetivas concedidas no início da persecução penal. Em resposta, parte da doutrina ressalta o perigo em confundir-se institutos do processo civil com o processo penal. Dentre estes, Lima recorda que se o “delito é a própria negação do direito, como se pode afirmar que a decretação de uma medida cautelar está condicionada à comprovação da fumaça do bom direito? Não é a fumaça do bom direito que determina ou não a prisão de alguém, mas sim a comprovação de elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender. Daí o uso da expressão *fumus comissi delicti*, a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito”. (LIMA, Renato Brasileiro de. Lei 11.340/06 violência doméstica e familiar contra a mulher. In: *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 957).

55. § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Civil⁵⁶ para a concretização das medidas protetivas. O referido dispositivo não estabelece rol exauriente de medidas de apoio, por isso é possível afirmar que há aplicação das medidas protetivas no âmbito do processo civil.

Dessa forma, compartilhamos do entendimento de que são dispensáveis os pressupostos específicos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* quando as medidas protetivas de urgência são requeridas de forma autônoma. Temos, portanto, a aplicação da Lei Maria da Penha nos marcos da legalidade, sem a ilegal aplicação de mecanismos da Lei 9.099/95 e também sem a necessária mobilização do sistema penal.

Essa perspectiva amplia os horizontes de uma atuação do sistema de justiça voltada para a proteção da vítima. A concessão da medida protetiva pode ser revista de acordo com a situação de violência que a mulher se encontrar, respeitando sua vontade caso não queira denunciar seu agressor.

Acreditamos que a aposta nas medidas protetivas de urgência com um viés despenalizador pode se revelar uma ótima alternativa ao propor uma solução às críticas da criminologia feitas à expansão do sistema punitivo sem retroagir em conquistas do movimento de mulheres. Por fim, este novo entendimento pode significar o aumento da demanda de mulheres em situação de violência que não procuram o sistema de justiça por não considerar que a mobilização do aparato criminal do Estado e o encarceramento de seus companheiros\maridos\familiares seja a solução ideal para seus casos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Confrontando-nos com o real peso da cultura machista no Brasil, que nos indica que uma mulher é assassinada a cada uma hora e vinte quatro minutos⁵⁷ por questões de machismo (feminicídio). Consideramos que a justiça restaurativa teria mais “chances” de obter sucesso se aplicada de uma forma diferenciada e que, na verdade, não rejeita os seus próprios pressupostos.

Sabemos que uma das características da justiça restaurativa é ser um conceito aberto. Se empregada como um mecanismo que propicie a sensibilização e uma nova educação do agressor, aí sim ela terá possibilidade de “confrontar” o machismo na sua essência. Isso nos obriga a examinar, se quisermos criar uma cultura do consenso e não do litígio, as particularidades de cada caso.

56. O conteúdo deste artigo encontra-se nos artigos 536 e 537 do CPC de 2015.

57. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 11, 2017, p. 7-8. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf]. Acesso em: 21.02.2018.

É muito comum que agressores que respondem pela prática do art. 129, § 9º não possuam a percepção da gravidade de sua conduta e, mesmo após condenados, continuem acreditando que não cometeram um “crime”. Isto indica que existe uma incompatibilidade entre o dever ser e a percepção que o destinatário tem desta norma. Isto é compreensível justamente porque no Brasil primeiro foram feitas leis de tutela de direitos das mulheres desvinculadas de um processo de educação e sensibilização dos destinatários da norma e porque não se investe em educação de gênero no país.

Se não nos debruçarmos sobre as particularidades de cada caso, corre-se o risco de que a lei seja apenas um mecanismo de reafirmação do machismo. Nesse sentido, o artigo 152, parágrafo único da lei de execução penal (Lei 7.210/1984) estabelece que nos casos de violência doméstica o juiz poderá “*determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação*”.

Esta poderia ser uma saída bastante satisfatória. Quando se desenvolveu o projeto piloto do Ministério da Justiça em parceria com a ONU⁵⁸, em 2005, trabalhou-se com adolescentes infratores e com pessoas condenadas por práticas de homicídio. De todas as formas, a própria aplicação de *sursis* pode ser uma hipótese viável, desde que condicionada à participação em grupos de sensibilização. Como o prazo do cumprimento do *sursis* é longo (não se limita a uma ou duas sessões de mediação) é possível desenvolver um trabalho mais adequado às necessidades de reeducação de agressores⁵⁹.

Porém, um olhar mais atento pode desvendar o que há de mais importante no “clamor” por formas alternativas de solução de conflitos em face da violência machista: educar para revolucionar. O mecanismo mais adequado para “afrontar”, de forma massiva, a violência machista é apostar em políticas públicas de educação e sensibilização da comunidade, ação prevista no artigo 8º da Lei Maria da Penha.

A estas colocações, devemos somar outro elemento: a intervenção por meio do Direito individualiza o conflito ao situar em polos opostos a vítima e o agressor.

58. Tratou-se, especificamente, de uma ação do PNUD no país, em parceria com o ministério da Justiça. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2004/00015.html]. Foi efetivamente desenvolvido um projeto que iniciou seu funcionamento no ano de 2005.

59. Obviamente, aqui se abre um ulterior debate. É necessário reformar a Lei Maria da Penha para dar guarida à figura do *sursis*, já que este é proibido por lei, mas é aplicado no âmbito do ativismo judicial por parte de alguns magistrados. Sem uma reforma legal, torna-se difícil lograr uma homogeneidade na produção de sentenças, tão necessária para a produção de segurança jurídica.

Deste modo, torna invisível a intervenção da cultura patriarcal que é determinante para o surgimento dos conflitos de gênero. Ora, se o juiz não pode chamar à lide o machismo e condenar a cultura patriarcal, a educação intervém sem individualizar os conflitos. A reflexão crítica sobre os valores culturais está no centro dos processos. Por essa razão, a educação *de e para* o gênero é muito mais eficaz do que o recurso ao direito, em projetos que visam a erradicar a violência doméstica. A educação não oferece respostas imediatas, mas é a única capaz de produzir soluções satisfatórias e duradouras.

Em relação à análise dos marcos de aplicação da justiça restaurativa no Brasil, entendemos que a princípio estes não contemplam e não se coadunam com uma perspectiva emancipatória das mulheres. A criação de uma Resolução genérica e sua ulterior adaptação para os conflitos que envolvem violência doméstica somente reproduz um viés de atuação que pode terminar revitimizando mulheres, conforme o exposto ao longo deste estudo.

A alternativa mais eficaz que dê conta de não retroagir nas conquistas dos movimentos de mulheres, incentive o acesso e autonomia da mulher no sistema de justiça e não tutele a expansão de um sistema punitivo, a nosso ver, está na própria lei. A investida nos mecanismos de medida protetiva desvinculados de um inquérito policial ou de um processo penal tem muitas chances de interromper o ciclo de violência e encorajar outras mulheres – que se sentem desmotivadas de denunciar seus parceiros por não querer vê-los presos, por exemplo – a terem acesso a um sistema de justiça respeitador de suas autonomias.

A Lei Maria da Penha não fecha as portas a esta honrosa saída, mas apenas atua dentro de um marco típico dos sistemas jurídicos modernos, de corte democrático. Carece, porém, que os demais poderes (em especial atenção o Executivo) desenvolvam projetos de sensibilização e educação para a equidade de gêneros não seja uma meta, mas uma realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHUTTI, Daniel. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Livraria do advogado editora: Porto Alegre, 2009.
- BANDEIRA, Maria de Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, maio-ago., 2014.
- BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*. 2. ed. [S.l.]: Difusão Européia do Livro, 1970.

- BEDIA, Rosa Cobo. Aproximações à teoria crítica feminista. *CLADEM*, Boletim do Programa de Formação, n. 1, ano 1, jun., 2014.
- BERTAGNA, Guido; CERETTI, Adolfo; Mazzucato, Claudia. *Il libro dell'Incontro*. Vittime e responsabile della lotta armata a confronto. Milão: Il Saggiatore, 2016.
- BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BRAITHWAITE, J. Restorative Justice: assessing an immodest theory and a pessimistic theory. *Crime and Justice*, v. 25: an annual review of research. Michael Tonry (ed.), 1999.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Relatório final: entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. Pesquisa. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf]. Acesso em: 23.05.2018.
- BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Trad. Rogério Bettori. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russel (Orgs.). *Critical Criminology*. Issues, debates and Challenges. Portland: Willan Publishing, 2002.
- CELMER, Elisa Girotti et al. Sistema penal e relações de gênero: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar na cidade do Rio Grande (RS/Brasil). In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Relações de gênero e sistema penal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- CERETTI, Adolfo. Medizione penale e giustizia. In-contrare una norma. In: Adolfo Ceretti (Org.) *Scritti in ricordo de Giandomenico Pisapia*. Criminologia. Milão: Giuffré, 2000. v. III.
- CERETTI, Adolfo. Progetto per un Ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i Minorenni di Milano, in: Gian Domenico Pisapia; Dario Antonucci (Orgs.). *La sfida della mediazione*, Cedam: Padova, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. Actuarial Justice: The emerging new criminal law. In: D. Nelken (Ed), *The futures of criminology*. David Nelken (Org.). *The Futures of Criminology*. Londres: Sage editors, 1994.

- FIELD, Rachel. Encontro Restaurativo Vítima – Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder Para Participantes Jovens do Sexo Feminino. In: SLAKMON, Catherine *et al* Pinto (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Publicação do Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD: Brasília-DF, 2005.
- FIGUEIREDO, Débora. Vítimas e vilãs, “monstros” e “desesperados”: como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro. *Linguagem em (Dis)curso*, Tubarão, v. 3, n. 1, p. 135-155, jul.-dez. 2002.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 11, 2017, p. 7-8. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf]. Acesso em: 21.02.2018.
- HANNAH-MOFFAT, Kelly. Moral agent or actuarial subject: Risk and Canadian women's imprisonment. In: *Theoretical Criminology*, v. 3, n. 1, p. 71-94, 1999.
- HANNAH-MOFFAT, Kelly; SHAW, Margaret. Gender, diversity and risk assessment in Canadian corrections. *Probation Journal*, v. 47, n. 3, p. 163-172, 2000.
- HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: a dor que a lei esqueceu*. Campinas: Servanda, 2002.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (Orgs.). *Handbook of Restorative Justice*. UK: Routledge, 2006.
- LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violencia domestica*. Montevideo: IBDeF, 2008.
- LARRAURI, Elena; CID, José. La economía política del castigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 11, p. 1-22, 2009.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Lei 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MEARS, Daniel P. *American Criminal Justice Policy: An Evaluation Approach to Increasing Accountability and Effectiveness*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- MELLO, Marília Montenegro. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Revista Videre*, v. 2, p. 117-136, 2010.

- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- MILLETT, Kate. *Política sexual*. Madrid: Cátedra, 1995.
- NÚCLEO DE PESQUISA EM GÊNERO, RAÇA E ETNIA. *A semântica do estupro coletivo nas Ciências Sociais, no Poder Legislativo e no discurso do Poder Judiciário*. Coordenação de Adriana Ramos de Mello. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018 (no prelo).
- PAIVA, Livia; MELLO, Adriana et al. A resposta do Poder Judiciário às mulheres em situação de violência doméstica: um estudo das medidas protetivas de urgência no Projeto Violeta. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 211-232, 2017.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- PANDJIARJIAN, Valéria. *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação*, 2003. Mimeografado.
- PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Trad. de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou 'cortesias'? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. Legítima defesa da honra: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. *Cadernos Pagu*, Campinas: Unicamp, p. 65-134, 2006.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine R. De Vito; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). *Justiça restaurativa*. Publicação do Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Brasília, p. 19-39, 2005.
- PISCITELLI, Adriana. 2002. Re-criando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, Leila Mezan (Org.). *A prática feminista e o conceito de gênero*. Campinas: IFCH/UNICAMP, v. 48, 2002.
- PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça Restaurativa, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. Florianópolis: Bookess, 2013.
- RADELET, Michale L.; LACOCK, Traci L. Recent developments do executions lower homicide rates? The views of Leading criminologists. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Northwestern University, v. 99, n. 2, p. 489-508, 2009.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 1, p. 72-82, 2014.

- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Pesquisa em Justiça Restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo L. (Org.). *Justiça restaurativa: caminhos da pacificação social*. Recife: Editora UFPE, 2016.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela. Paving the way toward a Latin restorative justice. *Restorative Justice*, v. 3, p. 149-158, 2015.
- RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. *International Journal of Law, Crime and Justice*, v. 39, n. 2, p. 81-136, ago., 2011.
- SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, p. 429-456, 2005.
- SABADELL, Ana Lucia. La violencia domestica nell sistema giuridico brasiliano. *Studi Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 2, p. 99-126, 2008.
- SABADELL, Ana Lucia. Prefácio. In: BIANCHINNI, Alice. *Lei Maria da Penha*. Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, Patriarcado e Violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul.-dez., 1995.
- SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementares de la violencia*. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad de Quilmes, 2003.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Ijuí, 2011.
- SUÁREZ, M.; BANDEIRA, L. A politização da violência contra a mulher e o fortalecimento da cidadania. *Série Sociológica*, n. 191. Brasília: UnB, 2001.
- UNITED NATIONS (Office on drugs and Crime). Handbook of Restorative Justice Programmes. Criminal Justice handbook series. United Nations publication: New York, 2006. Publicação disponível em: [www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf]. Acesso em: 20.02.2018.

- WALGRAVE, Lode. Mediation and community service as models of a restorative approach: why would it be better? Explicating the objectives as criteria for evaluation. In: *Restorative justice on trial: pitfalls and potentials of victim-offender mediation: international research perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1992.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.
- ZEHR, Howard; TOEWS, Barb. Ways of knowing for a restorative worldview. In: E., WEITEKAMP, E.; H-J. KERNER, H-J. (Orgs.). *Restorative justice in context: international practice and directions*. Devon, UK: Willan Publishing, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Justiça restaurativa e mobilização do direito pelas/para mulheres vítimas de violência doméstica: uma possível articulação em âmbito jurídico-criminal?, de Cristina Rego de Oliveira – *RBCCrim* 124/213-258 (DTR\2016\24299);
- Justiça restaurativa: uma janela aberta para os casos de violência conjugal mútua, de Ivonete Araújo Carvalho Lima Granjeiro – *RT* 940/155-181 (DTR\2014\163);
- Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica, de Cecília MacDowell Santos e Isadora Vier Machado – *RBCCrim* 146/241-271 (DTR\2018\18281);
- Quem são elas e o que elas dizem? Representações das mulheres usuárias dos juizados (ou varas) de violência doméstica em seis capitais brasileiras, de Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt, Marília Montenegro Pessoa de Mello e Carolina Salazar L'Armée Queiroga de Medeiros – *RBCCrim* 146/329-371 (DTR\2018\18306);
- Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero, de Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 146/273-303 (DTR\2018\1828); e
- Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica, de Ilton Garcia da Costa, Renan Cauê Miranda Pugliesi e Rogério Cangussu Dantas Cachichi – *RBCCrim* 137/153-196 (DTR\2017\6618).

FEMINICÍDIO: COLUNAS PARTIDAS DO SISTEMA PENAL

FEMICIDE: THE BROKEN COLUMNS OF THE PENAL SYSTEM

CRISTIANE BRANDÃO AUGUSTO

Pós-Doutora pelo Centro de Investigaciones y Estudios de Género da Universidad Nacional Autónoma de México (CIEG-UNAM, 2019). Doutora pelo Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IMS-UERJ, 2009). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1999). Docente do programa de pós-graduação do Núcleo de Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (NEPP-DH). Professora de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ).
pedipe@gmail.com

LARISSA FREIRE DE OLIVEIRA BARBOSA

Graduada em Psicologia pelo Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IP-UFRJ, 2014). Graduanda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ).
larissafo.barbosa@gmail.com

PALOMA CUNHA SANTAREM

Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ, 2018).
palomacsantarem@gmail.com

THAMIRES OLIVEIRA PEREIRA

Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ, 2018).
thamires.op1994@gmail.com

Recebido em: 27.02.2018

Aprovado em: 28.11.2018

Última versão das autoras: 13.12.2018

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo foi construído a partir da tipificação do feminicídio, como qualificadora do crime de homicídio, por meio da Lei 13.104/2015, tendo como objetivo a análise da proposta legislativa e suas posteriores modificações, bem como a sua recepção pelo sistema jurídico, verificando se a implementação da qualificadora atua, ou não, como via de erradicação da violência letal contra a mulher e para promoção do debate sobre a desigualdade de gênero, sobretudo entre os doutrinadores de direito penal e o Poder Judiciário. Assim, no presente trabalho optou-se pela revisão bibliográfica das obras de feministas, assim como o mapeamento das normas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que também tipificam o feminicídio por diferentes técnicas legislativas. Outrossim, estrutura-se a partir da pesquisa empírica realizada nos quatro Tribunais do Júri do Estado do Rio de Janeiro, onde foi possível acompanhar os casos de feminicídio e observar a argumentação descomprometida com os objetivos almejados pelas feministas e pelos Tratados e Convenções internacionais. Verifica-se, na verdade, um discurso que reforça a discriminação, os estereótipos e os estigmas que permeiam as questões de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio – Lei 13.104/2015 – Patriarcado – Doutrina Penal – Tribunal do Júri.

ABSTRACT: The present article was constructed from the typification of femicide, as a qualifier of homicide, through Law 13,104/2015, with the objective of analyzing the legislative proposal and its subsequent modifications, as well as its acceptance by the judicial system, verifying whether or not the implementation of the qualifier acts as a way to eradicate lethal violence against women and to promote a debate on gender inequality, especially between the scholars of criminal law and the Judiciary. Therefore, the essay opted for the bibliographical revision of the feminists' works, as well as the mapping of the norms in the foreign legal systems, which also typify femicide by different legislative techniques. Furthermore, it is based on the empirical research executed in the four Courts of the Jury of the State of Rio de Janeiro, where it was possible to follow the cases of femicide and observe the uncommitted argumentation with the goals pursued by feminists and international treaties and conventions. In reality, a speech that reinforces the discrimination, stereotypes and stigmas that pervade gender issues is observed.

KEYWORDS: Femicide – Law 13,104/2015 – Patriarchalism – Criminal Doctrine – Jury Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A construção político-criminal do feminicídio. 3. Leituras da dogmática jurídico-penal sobre o feminicídio. 4. Realidades feminicidas no banco dos réus. 4.1. Situando a pesquisa empírica. 4.2. Dados obtidos. 4.3. Conclusões parciais. 4.4. Casos de morte de mulheres sem feminicídio. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os altos índices de assassinato de mulheres elevam o Brasil à categoria de um dos países mais violentos no campo dos crimes de ódio contra o gênero, ocupando o 5º lugar em escala mundial¹. Intrinsecamente relacionado à estrutura

1. Segundo o Mapa da Violência divulgado em 2015, entre 1980 e 2013, 106.093 mulheres foram vítimas de feminicídio. Em 2013, 4762 mulheres foram vitimadas representando

patriarcal da sociedade, que norteia a dimensão subjetiva e as relações intersubjetivas, o feminicídio se expressa como a forma letal da dominação masculina, decisão de vida ou de morte no exercício de um poder masculino dirigido à corporeidade feminina subordinada.

Diante das inúmeras e alarmantes ocorrências, entendeu-se necessário avançar com medidas legislativas que projetassem luz sobre este fenômeno social, incorporando-o às normativas penais, com denominação e qualificação próprias. Assim, apesar do movimento feminista vir há tempos reivindicando a tipificação penal, foi apenas em 2013, por iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) de Violência contra a Mulher, que se criou o Projeto de Lei para a alteração do artigo 121, do Código Penal. A mudança objetivava a inclusão do feminicídio como qualificadora do tipo penal “matar alguém”.

Como justificativa para a propositura de tal alteração legal, apresentaram-se dados que comprovam a vulnerabilidade social e histórica da mulher. Na estimativa da ONU Mulheres², de 2004 até 2009, 66 (sessenta e seis) mil foram mortas a cada ano pelo simples fato de serem mulheres. No Brasil, quase metade destes assassinatos, entre 2000 e 2010, ocorreu dentro da própria casa da vítima, sendo executados por (ex)companheiros ou (ex)cônjuges e parentes.

Infer-se, portanto, que a previsão da qualificadora do feminicídio visava a concretizar uma das propostas das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres, contemplada no amplo espectro das ações voltadas para a construção de uma sólida cidadania feminina, para a prevenção da violência de gênero, bem como para a efetivação dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil – notadamente, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) –, quanto ao processamento, julgamento e punição de agressores, reforçados igualmente na Lei Maria da Penha³. Sendo política de Estado,

4,8 vítimas para cada 100.000. A taxa de 2013 cresceu 111,1% em relação à taxa de 1980. WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso, 2015. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 06.07.2017. p. 13.

2. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 292, de 2013. *Da CPMI de violência contra a mulher no Brasil*. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&ts=1543018336044&disposition=inline]. Acesso em: 05.12.2018.

3. Tal ideia recebe especial importância na ementa da Lei 11.340/06. BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a*

Executivo, Legislativo e Judiciário devem se ver imbricados na Redes de Atendimento e de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, atuando, inclusive, na redução da impunidade, da condescendência estatal, da violência simbólica e da violência institucional.

Nesse sentido, nosso trabalho pretende analisar a proposta legislativa de tipificação do feminicídio, em sua concepção original e suas posteriores modificações, bem como a recepção da qualificadora pelo sistema jurídico e o modo pelo qual vêm se assimilando (ou não) os princípios basilares da promoção da igualdade de gênero no Estado Democrático de Direito, com a superação da discriminação e dos estereótipos tanto na doutrina penal, quanto no Poder Judiciário. Para tal, com a ousadia carismática de Frida Kahlo e sua Coluna Partida⁴, desmembramos os tópicos em três dos pilares do sistema penal, quais sejam, o legislativo, a “ciência criminal” e a criminalização secundária, ou em outras palavras: a construção político-criminal do feminicídio, leituras da dogmática jurídico-penal sobre o feminicídio e realidades feminicidas no banco dos réus.

2. A CONSTRUÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO FEMINICÍDIO

Baseando-se nas recomendações internacionais sobre a tipificação do feminicídio, notadamente no Relatório sobre Violência contra Mulheres, suas Causas e Consequências, assinado pela Relatora Especial Rashida Manjoo na 20ª sessão da *Human Rights Council* das Nações Unidas, de maio de 2012, e nas Conclusões Acordadas da Comissão sobre o Status da Mulher, em sua 57ª Sessão, em 15 de março de 2013⁵, a CPMI da Violência contra a Mulher⁶ apresentou Proposta Le-

mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF 08.08.2006. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm]. Acesso em: 06.07.2017.

4. KAHLO, Frida. *A coluna partida*, 1944: óleo sobre tela. Disponível em: [katarsis2.blogspot.com/2008/08/frida-kahlo-coluna-partida-1944.html]. Acesso em: 10.01.2018.
5. BRASIL. Senado Federal. *Relatório final da comissão parlamentar mista de inquérito (CPMI) da violência contra a mulher*. Brasília, 2013. Disponível em: [www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.
6. A Comissão parlamentar mista de inquérito foi instaurada em 2011 com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão

gislativa de alteração do art. 121, do Código Penal, para incluir os parágrafos 7º e 8º, definindo o feminicídio e cominando a mesma pena do homicídio qualificado.

O texto original⁷ da Comissão afirmava que “denomina-se feminicídio à forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher quando há uma ou mais das seguintes circunstâncias: I – relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor no presente ou no passado; II – prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte; III – mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte”.

Após a criação do então Projeto de Lei do Senado Federal 292/2013, algumas modificações textuais, disputavam as narrativas tipificadoras em relação ao texto proposto pela CPMI, ressaltando-se aquela que alterou as elementares; acrescentou causas de aumento de pena para situações ainda mais extremas, isto é, “contra gestante ou até 3 meses após o parto, contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência, ou na presença de descendentes ou de ascendentes da vítima” (atual § 7º, do art. 121, CP); e incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos.

Assim, o texto aprovado pelo Senado Federal e enviado à Câmara de Deputados incluía o inciso VI do § 2º, do art. 121, do CP, passando a dispor sobre o feminicídio como o crime (de homicídio) praticado contra a mulher por razões de gênero; considerando-se, no § 2º-A, que estas razões existiriam quando houvesse: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei, até o início do ano de 2015, manteve a redação⁸ que veio do Senado – portanto, com a elementar “*gênero femini-*

por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência. O tema tratado na CPMI, no entanto, já era motivo de preocupação e de luta por parte do movimento feminista. Enquanto Diana Russel, já na década de 70 por exemplo, traçava linhas teóricas para se pensar o feminicídio, o Estado Brasileiro se ocupará efetivamente da questão somente em 2011.

7. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 292, de 2013. *Da CPMI de violência contra a mulher no Brasil*. Disponível em: [legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inline]. Acesso em: 26.11.2017.

8. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 8.305, de 2014. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E4F98FEB6C-71234F579C0BE609E1F7.proposicoesWebExterno1?codteor=1294611&filename=Tramitacao-PL+8305/2014]. Acesso em: 26.11.2017.

no” na qualificadora do feminicídio. No entanto, na versão final aprovada em março de 2015 naquela Casa Legislativa⁹ – que não retornou ao Senado Federal, sob o argumento de se tratar de emenda redacional¹⁰ – e sancionada pela Presidente da República teve a elementar “gênero” feminino substituída pela expressão “sexo feminino”¹¹. Dessa forma, restringiu-se o feminicídio ao homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, limitando-se a possibilidade de contemplar questões de identidade de gênero no âmbito da incidência do tipo penal.

Atenta-se para a dificuldade de captar em conceitos um fenômeno tão complexo, que atinge e perpassa diversas esferas de poder. Com efeito, não há consenso sobre a melhor forma de definição do que seja feminicídio, nem entre as teóricas feministas, nem entre os ordenamentos jurídicos estrangeiros. É possível partir de uma concepção ampla, na qual se incluem não apenas as mortes intencionais, mas também aquelas decorrentes da discriminação estrutural que afeta as mulheres: como mortes consequentes de abortos clandestinos; resultantes de enfermidades típicas femininas, em que não há política de saúde adequada para a prevenção e o tratamento; mortalidade materna ou lesões fatais por violência obstétrica, enfim, um sistema de “domínio de gênero”, legitimado por uma percepção social hostil, que desvaloriza e degrada as mulheres, e potencializado pela impunidade jurídica em torno dos delitos contra as mulheres¹². Ou, contrariamente, adotar concepção mais restrita de uma conduta dolosa que resulte em morte ou tentativa de morte de uma mulher, a qual, por seu turno, pode se limitar ao feminicídio íntimo ou abranger outras formas já catalogadas, como o

-
9. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.305-A, de 2014. Redação final. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E4F98FEB6C712374F579C0BE609E1F7.proposicoesWebExterno1?codteor=1306141&filename=Tramitacao-PL+8305/2014]. Acesso em: 27.11.2017.
 10. BRASIL. Câmara dos Deputados. Ofício 7/2015/PS_GSE, de 4 de março de 2015. Comunica envio de PL à sanção. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BCCCBCF77465C0E54EB81AF6E6758653.proposicoesWebExterno1?codteor=1305722&filename=Tramitacao-PL+8305/2014]. Acesso em: 27.11.2017.
 11. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.305, de 2014. Emenda de Redação 1. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305298&filename=ERD+1/2015+%3D%3E+PL+8305/2014]. Acesso em: 27.11.2017.
 12. LAGARDE, Marcela. *Aquél llamamos feminicidio*. [Cidade do México]: [s.n.], [2015?]. 4p. Disponível em: [https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/marcela_lagarde/feminicidio.pdf]. Acesso em: 20.01.2018.

feminicídio não íntimo e aquele por conexão. Na explicação de Wânia Pasinato, o feminicídio íntimo é aquele cometido por homem contra mulher com que possuía relação familiar, de afeto ou afim; não íntimo fala da morte produzida por homem com que havia possuía relação de confiança ou de trabalho ou de amizade; por conexão corresponde à morte de uma mulher que se coloca na linha de fogo de um homem que iria matar outra mulher¹³.

As técnicas legislativas utilizadas diferem de país para país, especialmente em função das diferentes experiências sociais e históricas com relação à temática da violência contra as mulheres. No entanto, percebemos que a tendência da construção jurídico-penal internacional, tomando como recorte a América Latina, se volta para a concepção mais restrita aos crimes dolosos, praticados contra mulheres, com características de violência doméstica ou familiar.

O primeiro país a tipificar o “femicídio”¹⁴ foi a Costa Rica, com a promulgação da *Ley para la Penalización de la Violencia Contra las Mujeres*, aprovada em abril de 2007. O art. 21 desta lei estabelece a pena de 20 a 35 anos de prisão a quem dá causa à morte de uma mulher com quem tenha uma relação conjugal ou de união estável, declarada ou não.¹⁵ Na jurisprudência, tem-se interpretado o termo “declarada ou não” no sentido de contemplar a determinação da Convenção

13. PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, UNICAMP, n. 37, 2011, p. 236. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 06.12.2018. Entendemos que outras formas deveriam ser incorporadas à tipologia, como discorreremos mais adiante.

14. Ponce explica que o termo femicídio – ou *femicide*, conforme foi formulado originalmente em inglês – é atribuído à Diana Russell, que o teria utilizado pela primeira vez em Bruxelas, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em 1976. Posteriormente, em 1990, em parceria com Jane Caputi, completa a definição, indicando que o assassinato se dá por homens motivado por ódio, desprezo, prazer ou um sentido de propriedade das mulheres. Dois anos depois, com Jill Radford, Russell agrega o conceito de misoginia. Desse modo, femicídio procederia de uma discriminação baseada no gênero, corolário a um estado permanente de terror, que inclui abusos verbais, morais e físicos e uma ampla gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas. PONCE, Maria Guadalupe R. “*Mesa de trabalho sobre femicídio/feminicídio*”: contribuições ao debate sobre tipificação penal do Femicídio/Femicídio. Peru: Editora Susana Chiarotti, 2012.

15. COSTA RICA. Lei 8.589, de 25 de abril de 2007. Diário Oficial da República de Costa Rica. San Jose, 30.05.2007. N. 103. Disponível em: [www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=8589]. Acesso em: 15.12.2017.

de Belém do Pará¹⁶, ou seja, de que não é necessária uma relação reconhecida pelo direito para configurar a violência contra a mulher¹⁷.

O femicídio foi tipificado no Chile por meio da Lei 20.480 de 14 de dezembro de 2010, que reformou o art. 390 do Código Penal do referido país. O texto desse dispositivo legal indica que:

El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio¹⁸.

É importante notar que, aqui, o femicídio é colocado como uma modalidade específica de parricídio, que é o delito contra parentes, ascendentes ou descendentes. Além disso, destaca-se que a legislação chilena aborda apenas o chamado feminicídio doméstico, tal como ocorre em outros países latino-americanos, como a Costa Rica. Comina-se tanto para o parricídio quanto para o feminicídio a pena máxima do sistema chileno, que é a prisão perpétua qualificada, ou seja, 40 anos de prisão efetiva antes da tentativa de redução da pena.

Muito similar à disposição do Código Penal Chileno é a do peruano, que, a partir da Lei 29.819, de 27 de dezembro de 2011, passou a dispor sobre o feminicídio como uma modalidade de parricídio praticada contra a cónyuge ou companheira do agente. Tal foi o texto adicionado ao art. 107 do Código Penal de Peru: “si la

16. “Art. 2º Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual”. BRASIL. Decreto 1.973, de 1º de agosto de 1996. *Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 02.08.1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm]. Acesso em: 06.12.2018.

17. VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. Panamá: Únete, 2008. Disponível em: [www.un.org/es/women/end-violence/pdf/reg_del_femicidio.pdf] Acesso em: 15.12.2017. p. 49

18. CHILE. Lei 20.480, de 18 de dezembro de 2010. Disponível em: [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343&idParte=9080591&idVersion=2010-12-18]. Acesso em: 15.12.2017.

víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio”.¹⁹

O México também optou por uma reforma em seu Código Penal Federal. A vigência da norma se iniciou em junho de 2012 e a modificação foi no art. 325, que passou a dispor em seu *caput* que “comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género”. Não há uma delimitação do gênero do sujeito ativo. Complementarmente, há um rol de sete incisos que demonstram quais são as razões de gênero para a aplicação do tipo penal: I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; (...) VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público²⁰.

Tal abordagem tem sua justificativa nos casos de feminicídio de Cidade Juárez, que, por terem sido caracterizados por um uso exacerbado da violência²¹, acabaram por influenciar a forma como o Direito Penal responde a esse delito.

Em El Salvador, foi promulgada a Lei 520, ou *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres*, em 25 de novembro de 2010. O art. 45 da referida lei determina que cometerá feminicídio quem causar a morte de uma mulher por motivos de ódio ou menosprezo por sua condição de mulher²². A pena é de prisão, de 20 a 35 anos.

19. PERU. Lei 29.819, de 27 de dezembro de 2011. Diário Oficial da República do Peru, Lima, 27.12.2011, p. 455897-455898. *Código Penal*. Disponível em: [www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=0&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormal=29819&xNormaF=]. Acesso em: 07.12.2018.

20. MÉXICO. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*. Diário Oficial dos Estados Unidos do México, 14 jun. 2012, p. 33-40. Disponível em: [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lopgr/LOPGR_ref01_14jun12.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

21. TOLEDO, Patsilí. *¿Tipificar el femicidio?*. Anuario de Derechos Humanos, Sección Nacional, n. 4, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2008. p. 218.

22. EL SALVADOR. Lei 520 de 4 de janeiro de 2011. *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres*. Diário Oficial da República de El Salvador, San Salvador, 4 jan. 2011, n. 2, tomo 390. Disponível em: [www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/F3D05392-3EF9-42CF-B4FB-4B390BBBCF9E.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

De forma semelhante ao Código Penal Mexicano, a lei de El Salvador traz um rol dos motivos de ódio ou menosprezo pela condição de mulher, a saber: a) que a morte tenha sido precedida por uma violência contra a vítima, mesmo que ela não tenha denunciado o agente por essa violência anterior; b) que o autor tenha se aproveitado de qualquer condição de risco ou vulnerabilidade física ou psíquica da vítima; c) que o autor tenha se aproveitado da superioridade que as relações desiguais de gênero geraram para ele; d) que tenha sido realizado qualquer delito contra a dignidade sexual antes do feminicídio; e) que tenha ocorrido mutilação.²³

Há, ainda, no art. 46 da Lei 520, a tipificação do feminicídio agravado, que depende de condições específicas do sujeito ativo – o fato de o agente ser funcionário público, por exemplo – ou do sujeito passivo – se a vítima for menor de 18 anos.

Na Guatemala, foi promulgada a *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer* por meio do Decreto 22-2008.²⁴ Tal como El Salvador, a Guatemala optou pela criação de uma lei específica para a tipificação do feminicídio. A referida lei determina, no art. 3º, que feminicídio é a “muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres”. O art. 6º traz um rol de oito circunstâncias que podem configurá-lo. Tais circunstâncias incluem a existência de um relacionamento familiar ou afetivo entre autor e vítima, crimes realizados na presença dos filhos da vítima, entre outros.

É interessante notar que, no rol supramencionado da lei guatemalteca, está presente o assassinato causado “por misoginia” (art. 6º, f). O conceito é trazido pelo art. 3º, f, da lei, segundo a qual misoginia é o “odio, desprecio o subestimación a las mujeres por el solo hecho de serlo”.

A Nicarágua, mediante a Lei 779, de fevereiro de 2012, ou *Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres*, tipifica o crime de feminicídio no art. 9º. Observe-se o *caput* do dispositivo: “comete el delito de femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias”²⁵. Percebe-se, portanto, que a lei da Nicarágua determina que o

23. Idem, ibidem.

24. GUATEMALA. Decreto 22-2008 de 07 de maio de 2008. *Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*. Diário Oficial da República de Guatemala, Cidade de Guatemala, 7 mai. 2008. Tomo CCLXXXIV, livro 27. Disponível em: [www.congreso.gob.gt/consulta-legislativa/decreto-detalle/?id=13045]. Acesso em: 15.12.2017.

25. NICARÁGUA. Lei 779 de 22 de fevereiro de 2012. *Ley integral contra la violencia hacia la mujer*. Diário Oficial da República de Nicaragua, Managua, 22 fev. 2012. n. 35,

sujeito ativo do delito de femicídio seja necessariamente um homem. Tal técnica é chamada de sexualização da resposta punitiva (ou *Derecho Penal Sexuado*²⁶), pois especifica o sujeito ativo do crime²⁷.

Alguns países da América Latina possuem dispositivos que poderiam ser utilizados nos casos de feminicídio, ainda que tal termo não se revele de forma direta. O art. 104 do Código Penal colombiano era um destes exemplos ao estabelecer que a pena é aumentada quando o homicídio ocorre “en los cónyuges o compañeros permanentes; (...) y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica”²⁸. Hoje, a legislação da Colômbia prevê, no art. 104a do C.P., um tipo específico, descrevendo o feminicídio por causar

la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella. b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad. c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural. d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. f) Que la víctima haya sido incomunicada

p. 1361-1376. Disponível em: [www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/Ley_No_779_Ley_Integral_Contra_la_Violencia_hacia_la_Mujer.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

26. LAURENZO, Patricia. El derecho penal frente a la violencia de género. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 142-154, jan.-mar. 2012. Disponível em: [www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_142.pdf.]. Acesso em: 19.12.2017.

27. TOLEDO, Patsilí. *¿Tipificar el femicidio?*. Anuario de Derechos Humanos, Sección Nacional, n. 4, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2008. p. 215.

28. COLÔMBIA. Lei 599 de 24 de julho de 2000. *Código Penal*. Diário Oficial da República da Colômbia, Bogotá, 24 jul. 2000. n. 44.097. Disponível em: [perso.unifr.ch/derecho-penal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf.]. Acesso em: 15.12.2017.

o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

O Código Penal da Argentina também não se refere diretamente ao feminicídio, porém o inciso I do art. 80 do referido código tipifica como homicídio o assassinato “a su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia”. O inciso IV do mesmo artigo dispõe sobre a morte de alguém “por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” e o inciso XI destaca que também ocorre se “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.²⁹ Todos os incisos mencionados foram adicionados ao código pela Lei 26.791, de 14 de dezembro de 2012.

Em suma, Chile, Costa Rica, México e Peru fizeram uma opção por uma mudança legislativa que recorre a seus Códigos Penais para criar um tipo penal do feminicídio ou femicídio, dependendo da terminologia adotada. Por outro lado, El Salvador e Nicarágua incorporaram o delito à sua legislação por meio de uma lei específica que define, além do crime em si, institutos processuais especiais. Tal método tem como vantagem o fato de que, as leis integrais incluem importantes aspectos para a interpretação e aplicação do delito de feminicídio ou femicídio (conceito de misoginia e conceito de vitimização secundária da Nicarágua, por exemplo), além de determinar circunstâncias específicas para a punição e reparação do delito. As penas cominadas também são diferentes nos sistemas jurídicos, mas todas têm em comum o rigor na punição.

A criação de leis que tipificam o feminicídio tem como objetivo a implementação de uma política criminal com perspectiva de gênero, visando, em tese, a estratégias tanto de prevenção, quanto de punição daqueles que cometem tal forma de violência contra a mulher.³⁰ Poderíamos também falar em uma opção pela judicialização³¹ dos conflitos via criminalização específica – com todos os problemas

29. ARGENTINA. Lei 11.179 de 29 de outubro de 1921. *Código Penal*. Disponível em: [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm.] Acesso em: 15.12.2017.

30. VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. Panamá: Únete, 2008. Disponível em: [www.un.org/es/women/end-violence/pdf/reg_del_femicidio.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

31. SABADELL, Ana Lúcia. Violência contra a mulher e o processo de juridificação do feminicídio: reações e relações patriarcais no direito brasileiro. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 168-190, jan.-mar. 2016. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/versao-digital/revista-da-EMERJ-72/assets/

já alertados e devidamente registrados pela Criminologia Crítica³² – para melhor identificação dos casos e melhor apuração dos dados³³. Sem estes, pouco há de fundamentação para o convencimento dos setores público e privado acerca da real necessidade de medidas adequadas ao feminicídio, inclusive no que tange às normas de investigação, perícia e processamento³⁴.

Fato é que, se a via Penal tem a vantagem de dar visibilidade ao fenômeno do feminicídio – propagando inclusive midiaticamente este termo –, por outro lado, cobra seu custo. Como destaca Patsilí Toledo³⁵, com a tipificação, parece haver uma acomodação de outros setores, já que passa a sensação de que o “problema está resolvido”. Ademais, a tipificação não implica, necessariamente, redução de impunidade ou adesão sensível dos membros do Judiciário às questões de gênero. Ao contrário, corre-se o risco de se ter fortemente retomado o velho olhar de que outras violências, que não resultem em morte, sejam, na verdade, infrações de menor potencial ofensivo³⁶.

basic-html/page-168.html#]. Acesso em: 09.12.2017; POUGY, Lilia. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. *Revista Katál*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 76-85, jan.-jun. 2010. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/09.pdf]. Acesso em: 11.01.2018.

32. BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu. In: MELLO, A. R.; BATISTA, N.; PINHO, H. D. B.; GRANDINETTI, L. G.; PRADO, G. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Ed. Sulina, 1999; LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: [s.n], 2007. Disponível em: [mientrastanto.org/sites/default/files/pdfs/928.pdf]. Acesso em: 03.01.2018.
33. Concordamos integralmente com Pasinato neste aspecto: PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 37, p. 219-246, Dec. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 06.12. 2018.
34. ONU Mulheres. PASINATO, Wânia (Coord). *Diretrizes nacionais feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, 2016. Disponível em: [www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf]. Acesso em: 11.11.2017.
35. TOLEDO, Patsilí. La Aplicación de leyes sobre femicidio/feminicidio en América Latina (primeras evaluaciones). *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 82-92, jan.-mar. 2016. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm]. Acesso em: 12.12.2017. p. 8.
36. SANTOS, Cecília Macdowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *E.I.A.L., Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, Tel Aviv University, 2005. Disponível em: [https://pt.scribd.com/document/337865511/SANTOS-Cecilia-

Ressalte-se, ainda, que a tipificação reduz o fenômeno social a um ente jurídico e, como tal, passível de ser analisado à luz de um autor e de uma vítima. Assim, não se concebe o feminicídio dentro de um discurso de *opressão*, senão de *vitimização*; não se reconhece o componente *coletivo* e estrutural da violência de gênero, senão de conflitos *interpessoais*; não se contextualiza o fato dentro de uma cultura patriarcal, de dominação masculina, senão agudizam-se os estereótipos do agressor perverso e da ofendida merecedora da tutela do Estado; não se demonstra uma preocupação em ressignificar a morte por um olhar genocida³⁷ ou necropolítico³⁸, mas em se restaurarem nos julgamentos – logo, perante os jurados e a sociedade –, os padrões de comportamento atribuídos aos papéis tradicionais de gênero. Como alerta Vera Andrade, o próprio sistema penal reforça e relegitima toda a estrutura de violências vividas nas relações familiares e sociais ao submeter a mulher vítima de violência a situações de “discriminação, humilhação e estereotipia”³⁹. Assim, o controle formal do sistema penal funciona como um *continuum* do sistema informal de controle observado nas relações íntimas de afeto.

A operação reduz a complexidade do sexismo e da misoginia na sociedade patriarcal à imputação a alguém com culpabilidade, que agiu de forma livre e consciente, objetivando a produção do resultado morte de uma mulher⁴⁰. Subvaloriza-se, portanto, a subordinação da mulher num sistema estrutural e dinâmico, que circula pelos mais diversos segmentos sociais, incrustada no modo de produção capitalista e nas instituições do Estado, tanto quanto nas relações domésticas e familiares, constituindo um regime político, econômico, cultural e social⁴¹.

-Macdowell-IZUMINO-Wania-Pasinato-Violencia-Contra-as-Mulheres-e-Violencia-de-Genero-Notas-Sobre-Estudos-Feministas-No-Brasil]. Acesso em: 14.02.2018.

37. SEGATO, Rita. “¿Que és um feminicídio? Notas para um debate emergente”. Brasília, Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, 2006. (Série Antropologia, n. 401).
38. MARTÍNEZ, Ana María de la Escalera. *Feminicidio: actas de denuncia y controversia*. PUEG/UNAM: México, 2010.
39. ANDRADE, Vera R. de Andrade. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 132.
40. COPELLO, Patricia Laurenzo. La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida. *Rev. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 41-5, jan.-mar. 2016. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_41.pdf]. Acesso em: 11.11.2017.
41. SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. E SAFFIOTI, Heleieth & ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

Olvida-se, igualmente, a dinamicidade da violência, incorrendo em um processo homogeneizante⁴² que não permite abranger especificidades concernentes à raça, etnia, classe social e outros marcadores sociais, inibindo o cruzamento de dados que descortinam a hierarquia existente não só entre os gêneros, mas também entre as próprias mulheres. Não à toa, analisando os números de feminicídio com recorte racial, as taxas de vitimização negra apresentam um brutal aumento de 54% em dez anos⁴³. Cruzando com o recorte de classe, vê-se notadamente a feminização da pobreza⁴⁴.

Nada disso, entretanto, é considerado na tipificação e na agenda penal. Ingnuidade também pensar que o seria.

3. LEITURAS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL SOBRE O FEMINICÍDIO

Ao incorporar o termo feminicídio à gramática jurídica, o sistema penal produziu consequências no tange à interpretação e ao sentido dado ao fenômeno e, tomando-se como horizonte a análise dos discursos produzidos acerca do feminicídio no ambiente forense, entendemos ser necessário atentar para uma das fontes desse discurso, a saber: a doutrina de Direito Penal.

Nesse sentido, os autores penalistas, por seu reconhecimento intelectual, cumprem um importante papel político na medida em que suas análises do Direito reverberam nas cátedras e nos tribunais brasileiros, produzindo também

42. PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 37, p. 219-246, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 06.12.2018. p. 236.

43. Torna-se ainda mais alarmante quando confrontado com as taxas de feminicídio da população não negra, extraíndo-se a diferença percentual entre as taxas de homicídios de mulheres de ambos os grupos: “em 2003, era de 22,9%, isso é, proporcionalmente, morriam assassinadas 22,9% mais negras do que brancas. O índice foi crescendo lentamente, ao longo dos anos, para, em 2013, chegar a 66,7%”. WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso, 2015. p. 34. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 06.07.2017.

44. Sobre Interseccionalidade e Descolonização: HOOKS, Bell. *Ain't i a woman*. black women and feminism. Boston: South and Press, 1981; CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero, In: VV.AA. *Cruzamento: raça e gênero*, 2004 Brasília: Unifem. p. 7-16. Disponível em [www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf.]. Acesso em: 20.11.2017; FEDERICI, S. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

mudanças no cotidiano da sociedade. Outrossim, apesar de sua pretensão de neutralidade e imparcialidade, o Direito não é somente o resultado pasteurizado e racionalizado dos interesses previamente discutidos em sede legislativa. Ao contrário, o Direito é também constitutivo da realidade social em que opera e não apaga, tampouco apazigua, as lutas e disputas que estruturam essa realidade.

A autora Gayatri Spivak⁴⁵, em 1942, chamava a atenção para esse papel político da classe intelectual destacando que sua produção pode também reforçar violências e opressões por meio de silenciamentos. Como campo de disputa política de linguagem, para dar voz e visibilidade a determinados grupos, exclui e silencia tantos outros.

A recente mudança do ordenamento jurídico iniciou, pois, um movimento na doutrina do Direito Penal, reivindicador de um saber sobre o “instituto jurídico”, a fim de traçar os limites da operacionalização da qualificadora do feminicídio.

A fim de mapear o pensamento jurídico predominante nos manuais editados após a Lei 13104/2015 – “Lei do Feminicídio” –, analisamos os livros editados em 2016 de quatro autores escolhidos não só em razão das atualizações e revisões de suas obras de acordo com a dita lei, mas sobretudo pela importância e pelo prestígio que gozam nas faculdades de Direito. Seus livros são indicações frequentes nas bibliografias dos cursos de Direito Penal oferecidos nos cursos jurídicos: Cezar Roberto Bitencourt, Rogério Greco, Fernando Capez e Guilherme Nucci. Num segundo momento, foram analisadas as obras lançadas em 2017 por Rogério Greco, Fernando Capez, Guilherme Nucci e Luiz Régis Prado e col. e observamos, com tímido otimismo, algumas mudanças nos discursos.

Com o enfoque na questão de gênero e com a perspectiva trazida por Spivak, nosso primeiro passo foi buscar as referências femininas na doutrina Penal, notadamente produzida por homens. Seguindo a política do silenciamento, apenas Cezar Roberto Bitencourt usava autoras como referência, enquanto os demais apenas referenciavam homens a despeito de inúmeras mulheres estudarem o assunto há anos. Já em 2017, observamos que Luiz Régis Prado e col.⁴⁶ recorrem a autoras para definir o instituto e até para trazer discussões acerca da pertinência da qualificadora. Mesma postura adotada por Guilherme Nucci⁴⁷ em 2017, que no

45. SPIVAK, G. *Pode o subalterno falar?*. Trad. Sandra Regina Goulart, Marcos Pereira Feitosa e Andre Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 31.

46. PRADO, L.R. e colab. *Curso de direito penal brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2. p. 68-69.,

47. NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 2. p. 46-48.

ano anterior não havia citado qualquer mulher⁴⁸. Rogério Greco⁴⁹ e Fernando Capez⁵⁰, por sua vez, seguem valorizando os intelectuais masculinos em suas obras.

Observamos, também, forte tendência a apresentar o feminicídio como uma benevolência do legislador, sem qualquer participação e ativismo dos movimentos feministas para que o combate à morte violenta de mulheres se tornasse compromisso do poder público. Rogério Greco⁵¹ e Bitencourt⁵², ao menos, reservaram espaço às iniciativas jurídicas anteriores à lei do feminicídio como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher de 1994 e a Lei Maria da Penha. E, em 2017, Nucci⁵³ reconheceu a importância dos movimentos feministas na luta contra a violência de gênero.

Nenhum dos autores, em 2016, abordava as divergências terminológicas quanto ao uso do termo femicídio ou feminicídio, discussão presente entre autoras feministas especialistas em violência de gênero. A própria definição de Feminicídio, por exemplo, era dada por um homem no livro de Rogério Greco⁵⁴.

Não só a discussão terminológica foi contemplada por Guilherme Nucci, em 2017⁵⁵, como também houve ajustes terminológicos pelos autores. Nucci⁵⁶ utiliza o termo “misoginia” para explicar uma das motivações do feminicídio, o que não aparecia anteriormente, e traz o conceito de “violência de gênero”, bem como a ideia de “gênero”, assim como o fazem Fernando Capez⁵⁷ e Luiz Régis

48. NUCCI, G. S. *Manual de direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

49. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 2. p. 38-44. E *Curso de direito penal: parte especial*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016. v. 2.

50. CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte especial*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. v. 2. p. 88-89. E *Curso de direito penal: parte especial*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. v. 2.

51. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 2. p. 38-44. E *Curso de direito penal: parte especial*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016. v. 2.

52. BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

53. NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 2. p. 46.

54. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, 13. ed. Niterói: Impetus, 2016. v. 2. p. 39.

55. NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 2. p. 46.

56. NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 2. p. 47.

57. CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte especial*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. v. 2. p. 88.

Prado e col.⁵⁸, demonstrando que a insistência no uso da palavra “sexo” vem se enfraquecendo.

Como dissemos, a Lei 13.104/15 definiu o feminicídio, como o homicídio praticado por razões de condição do sexo feminino. Desse modo, uma das principais questões dos autores é entender os termos “sexo feminino”, perguntando-se “o que é ser mulher?” Preocupam-se, então, em definir critérios para reconhecer uma mulher, incluindo a discussão acerca da transgeneridade, mas passando ao largo dos debates existenciais e filosóficos acerca da feminilidade.

Bitencourt e Greco afirmam veementemente que o critério deve ser o do sexo jurídico, dependendo do registro civil. Para o primeiro, nada obsta reconhecer a transexual como sujeito passivo, desde que “transformado cirurgicamente em mulher, como vítima da violência sexual de gênero caracterizadora da qualificadora do feminicídio”⁵⁹. De todo modo, em nome da legalidade estrita, defende que o mais seguro é nos pautarmos pelos documentos civis. O segundo autor ainda mantém o entendimento da edição anterior⁶⁰, recorrendo – tal como Bitencourt o faz – a um manual de medicina legal para definir o “transexualismo⁶¹ ou síndrome de disforia sexual” numa perspectiva psicológica. O referido manual, aliás, aponta como característica clínica “a convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada”⁶². Ambos ainda mencionam o critério biológico, genético ou cromossômico, como possibilidade de identificação da mulher.

Fernando Capez, apesar de não adentrar a discussão, admite que o delito deve ocorrer em “razão de gênero”⁶³. Manobra interessante foi de Luiz Régis Prado

58. PRADO, L.R. e colab. *Curso de direito penal brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2. p. 68-69.

59. BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. p. 99.

60. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 2. p. 44.

61. O sufixo “-ismo” para referir-se a orientações sexuais e identidades de gênero carrega o estigma imposto pela medicina de que expressões desafiantes da heteronormatividade seriam doenças. Por isso, os movimentos LGBT reivindicam o abandono do uso de palavras como “homossexualismo” e “transexualismo”. ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Manual de Comunicação LGBT, 2010. Disponível em: [https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Manual-de-Comunica%C3%A7%C3%A3o-LGBT.pdf]. Acesso em: 09.04.2017. p. 13.

62. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 2. p. 43.

63. CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte especial*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 89. v. 2.

e col.⁶⁴ ao indicar que, se prevalecesse a redação original da lei (que trazia a palavra gênero), a mesma poderia ser aplicada a “transexuais”, demonstrando que o autor, embora siga o princípio da taxatividade da lei penal, está a par da questão.

Forçoso reconhecer, portanto, que os doutrinadores penais, em geral, não se valem do critério da autoidentificação. Sem dúvida que o desafio de se coadunar o princípio da legalidade com a transexualidade impõe ou mudança legislativa para se retomar a expressão original “gênero” ou alguns mecanismos interpretativos criativos, como a utilização do instituto do erro sobre a pessoa,⁶⁵ caso o agente venha atingir uma transexual desejando atingir uma pessoa tradicionalmente dita do sexo feminino, ou ainda como a adoção do critério do sexo psicológico.

Outro aspecto importante se refere à reprodução dos papéis atribuídos aos gêneros pelos juristas e à responsabilidade dos aplicadores do Direito na desconstrução de uma estrutura patriarcal da sociedade, evitando, inclusive, a culpabilização da vítima e a sobreposição da ideologia familista⁶⁶. Bragagnolo, Souza Lagos e Rifiotis chamam a atenção para o estilo tutelar de promover a justiça em casos de violência doméstica, que reproduz a lógica sexista ao representar a mulher como “um sujeito incapaz, uma cidadania malograda na medida em que precisa ser tutelada, em contraposição à sua representação como um sujeito ativo que interage e organiza suas ações no mundo”⁶⁷.

Nesse sentido, caberia a pergunta, se alguns autores incorrem nesta mesma lógica quando citam “fragilidade física e psicológica da mulher” ou quando atribuem certo nexos causal entre tal fragilidade e a prática desses crimes por “homens covardes” ou por “agressores ignorantes”? O perigo, a que nos referimos, é de cairmos na armadilha dos estereótipos de gênero sem perceber, e não nos

64. PRADO, L.R. e colab. *Curso de direito penal brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2. p. 68-69.

65. “Art. 20, § 3º, Código Penal: O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”. BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 06.07.2017.

66. AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ipea/Ministério da Justiça. 2015. (Série Pensando o Direito, v. 52).

67. BRAGAGNOLO, R. I.; SOUZA LAGO, M. C.; RIFIOTIS, T. “Estudo dos modos de produção de Justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina”. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio.-ago. 2015. p. 617.

darmos conta de que o feminicídio não é fruto de um desvio ocasional ou de uma violenta emoção, mas sim uma consequência da estrutura patriarcal da sociedade, como afirmado anteriormente.

Outro ponto a ser salientado, se traduz na divergência quanto à natureza da qualificadora⁶⁸ e sua consequente compatibilidade ou não com a privilegiadora do § 1º do art. 121 do CP. Fernando Capez⁶⁹, corretamente, a nosso ver, aduz tratar-se de qualificadora subjetiva tendo em vista não se referir ao meio, ao modo de execução ou a qualquer outro aspecto material do delito. Guilherme Nucci⁷⁰, por seu turno, manteve o entendimento de considerar a qualificadora objetiva, tendo em vista não ser por motivação torpe ou fútil. Desse modo, seria viável o homicídio qualificado-privilegiado, exemplificando novamente com o homem que mata a companheira após ter flagrado uma traição da mulher.

Em situações como esta, até a década de 1980, haveria o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa da honra. Entretanto, a tese foi, aos poucos, sendo ressignificada pela tese do homicídio privilegiado que também era utilizada nos anos 1980, subsidiariamente à legítima defesa da honra⁷¹. Interessante posicionamento, nesse sentido, é de Fernando Capez que, apesar de concluir pela subjetividade da qualificadora, traz o mesmo exemplo do “homem traído” para ilustrar o que seria um homicídio privilegiado.

Nucci e Prado e col. também pincelam a discussão acerca das medidas do Estado em relação aos agressores, atentando aos danos do encarceramento sem, contudo, fazer uma defesa da não resposta pública a tais fatos. Prado e col.

68. Foge ao escopo deste trabalho o aprofundamento dogmático da questão. Nosso objetivo era destacar as compreensões dos autores sobre a relação entre “condição de sexo feminino” e estrutura patriarcal, misoginia ou discriminação de gênero.

69. CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte especial*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. v. 2. p. 89.

70. NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 2. p. 47-48.

71. TEIXEIRA, A.B. & RIBEIRO, M.S. Legítima defesa da honra: argumentação ainda válida nos julgamentos dos casos dos crimes conjugais em Natal 1999-2005. *Cadernos Pagu*, Campinas, 2006. Disponível em: [www.pagu.unicamp.br/sites/www.ifch.unicamp.br/pagu/files/colenc.05.a06.pdf.] Acesso em: 03.03.2017. E PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria e BELLOQUE, Juliana. “Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina”. In: CORRÊA, Mariza e Souza, Érica Renata de. *Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”*. Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu, Campinas: UNICAMP, 2006. p. 65-134.

reconhecem que o Direito Penal permanecerá ineficaz caso não se adotem “políticas públicas educacionais que promovessem [promovam] a igualdade entre os gêneros desde as mais tenras idades”⁷², tendo em vista que o feminicídio é resultado de uma desigualdade cultural. Nucci⁷³, por sua vez, traz como proposta intervenções adotadas em outros países que visam à prevenção de casos futuros de violência de gênero.

Do exposto, as observações iniciais no que tange à reação da doutrina à inclusão do feminicídio no Código Penal foram bastante pessimistas, tendo em vista a parca sofisticação e pesquisa sobre o assunto pelos autores do Direito Penal Brasileiro. Entretanto, percebemos que houve empenho na produção teórica jurídica brasileira com o aprofundamento das discussões que perpassam o tema, e com a análise do contexto social e cultural em que ocorre a violência de gênero. Embora haja muita mudança a ser feita, como no que diz respeito aos argumentos da violenta emoção, entendemos que o debate promovido pela introdução do termo “feminicídio” no ordenamento jurídico permitiu que os doutrinadores de Direito Penal tivessem mais contato com a temática e, conseqüentemente, os operadores jurídicos estarão mais atentos ao debate. Ao menos, as teóricas feministas cobrarão esta atitude.

4. REALIDADES FEMINICIDAS NO BANCO DOS RÉUS

4.1. *Situando a pesquisa empírica*

Inicialmente, é importante destacar que o presente texto se baseia em dados parciais obtidos pela pesquisa desenvolvida nos anos de 2016 a 2018 por um grupo de pesquisadoras do Rio de Janeiro⁷⁴. Após extensa revisão bibliográfica, fomos a campo para mapear os processos que apuram homicídios cometidos contra mulheres após a vigência da Lei 13.104/2015. Limitou-se espacialmente aos quatro Tribunais do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro,

72. PRADO, L.R. e colab. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2. p. 69.

73. NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 2. p. 46.

74. Integram o Grupo PEVIGE – Pesquisa e Estudo sobre Violência de Gênero – da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro: Cristiane Brandão (Coord.), Bárbara Francesconi, Bruna Fortunato, Deborah Luise Alves, Fernanda Dias, Iana Gonçalves, Larissa Barbosa, Ludmila Brito, Maria Eduarda Côrrea, Paloma Santarém, Patrícia Galdino e Thamires Oliveira.

pela facilidade de acesso às sessões e aos cartórios, face à proximidade física para as pesquisadoras, e pela Cidade do Rio de Janeiro, como metrópole que é, concentrar quantidade significativa de casos.

A pesquisa se propôs a avaliar os discursos engendrados pelos atores envolvidos em julgamentos de feminicídio, buscando-se compreender o sentido do feminicídio para juíza/juiz, promotora/promotor e advogada/advogado de defesa ou defensora/defensor público, observando se seriam protagonizadas discussões de gênero nos debates orais nos Plenários do Júri.

Convém mencionar que apesar de estarmos atentas à importância de outras tratativas fora do padrão “clássico” dos atores do Poder⁷⁵ e, por isso da riqueza que poderia representar a observação também do júri como espelho de nossa sociedade, dada a ausência de oralidade para os jurados e a desnecessidade de fundamentação de suas decisões, raramente se atingiria a efetiva percepção dos julgadores populares quanto às questões de gênero presentes. Ademais, como a preocupação da pesquisa se centrava nas respostas dos atores do sistema de Justiça – figuras integrantes da Política Nacional (e do sistema latino-americano) de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres – optamos por focar nosso olhar em seus discursos.

Ressalta-se, que a análise dos processos e debates orais não se propunha a avaliar temas ligados às teorias do delito e da pena, mas sim, investigar se o Judiciário do Rio de Janeiro interpreta o surgimento da qualificadora do feminicídio como um instrumento de visibilidade das questões de gênero e da violência contra a mulher ou se a analisa como um tipo penal estritamente legal.

Após diversas visitas aos cartórios dos Tribunais do Júri, realizadas a partir de outubro de 2016, foram encontrados, no total, 23 processos nos quais os fatos apurados denotavam a ocorrência de um feminicídio, embora nem todos incluíssem, na capa do processo, a qualificadora do art. 121, § 2º, VI do CP. Nesse aspecto, é relevante esclarecer que tivemos grande dificuldade em localizar processos referentes ao crime de feminicídio, uma vez que não há, no sistema do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tanto física como virtualmente, um critério institucionalmente padronizado que viabilize fácil e direto acesso a processos de primeira instância.

Em pedido feito por nosso grupo de pesquisa às Varas Criminais para que fossem listados os processos de feminicídio de 2015 (pós Lei 13.104) e 2016 pelo

75. SEGATO, Rita L. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016. Disponível em: [www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf]. Acesso em: 11.12.2018.

sistema do TJRJ, utilizando a categoria “artigo 121, § 2º, inciso VI”; “121, § 2º-A”; vítima “mulher”; ou o *nomen juris*, os funcionários do cartório nos informaram que apenas é possível a localização do processo pelo próprio número ou pelo nome das partes, não havendo, no computador, campo de busca pelos temas solicitados.

Na verdade, não há sequer uniformização para a etiquetagem de capa, seja pela capitulação provisória da Delegacia de Polícia, do Ministério Público, seja pelo lançamento desatento de um servidor do setor de Protocolo Geral (PROGER) do TJRJ ou do Cartório das Varas, que nem sempre possui conhecimento jurídico para expressar o crime em artigos da legislação penal. Desse modo, por exemplo, etiquetas nominando um homicídio “simples” (art. 121, *caput*, CP) do § 2º, ou simplesmente “homicídio (violência doméstica)” sem o reconhecimento do feminicídio não eram incomuns.

Assim, iniciamos nossa pesquisa, com a devida autorização dos juízes da 1ª a 4ª Varas do Tribunal do Júri, procurando processos nas pautas de audiências, mensalmente cedidas pelos cartórios, em que constasse a qualificadora do inciso VI do artigo 121, § 2º ou o § 2º-A, do Código Penal em sua capitulação. Foi um trabalho de garimpo individualizado. À medida que os processos eram identificados, procedíamos à busca no *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a fim de acompanhar o andamento processual.

Embora na 1ª Vara do Tribunal do Júri os processos de feminicídio contenham uma fita vermelha afixada, os outros três cartórios não criaram uma forma mecânica para a distinção desses casos. A fita vermelha, todavia, não garantia o acesso a todos os processos, uma vez que apenas aqueles que estivessem nos armários do Cartório poderiam ser registrados por nossa equipe.

Registre-se, aliás, que tal dificuldade impacta sobremaneira o acompanhamento e a divulgação das estatísticas dos processos de feminicídio existentes, sendo problemática a apuração de dados confiáveis para a promoção de políticas públicas.

4.2. Dados obtidos

Em números, do que foi apurado até fins de maio de 2018 sobre os casos de mortes de mulheres ocorridos entre 2015 e 2016: dos 23 que tiveram a denúncia recebida, cinco resultaram em condenações em primeira instância, dois em extinções de punibilidade por falecimento dos réus e cinco em suspensão por instauração de incidentes de insanidade mental. Em quatro destes processos, não houve a imputação da qualificadora do feminicídio pela acusação, apesar de considerarmos como presentes as razões de gênero, como trataremos adiante.

Importante ressaltar que, ao menos em dez destes casos, havia relatos de agressões anteriores sofridas pela vítima e em cinco deles houve medida protetiva anterior ao crime. Houve, ainda, dois casos nos quais, após a tentativa de feminicídio, concedeu-se medida protetiva.

Em todos os processos em que a qualificadora em tela foi imputada, a vítima havia tido um relacionamento amoroso – nem sempre acompanhado de coabitação – com o réu, e, na maioria dos processos analisados, o delito ocorreu após o término do relacionamento ou quando, na constância deste, a mulher demonstrava interesse em se separar do companheiro ou marido.

Interessante notar que raramente a qualificadora do feminicídio é a única incluída na denúncia. Os incisos III (em 7 das imputações) e IV (em 12 delas) do § 2º do art. 121 do CP são constantemente utilizados juntamente com a qualificadora do feminicídio, e denotam, respectivamente, o emprego de meio insidioso ou cruel e a utilização de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Em menor frequência, o feminicídio vem acompanhado das qualificadoras do motivo torpe (inc. I em cinco dos casos apurados) ou do motivo fútil (inc. II em dez dos processos).

Quanto aos perfis etários, dos casos em que os dados puderam ser apurados, 46% das vítimas possuía idade entre 18 e 25 anos, 31% entre 31 e 45 anos e 23% entre 46 e 55 anos. Dos réus, 31% apresentava idade entre 18 e 25 anos, 38% entre 31 e 45 anos e 31% contava de 46 a 55 anos. As outras faixas não foram identificadas, nem mesmo crianças ou adolescentes foram configuradas juridicamente como vítimas de feminicídio.

Com relação à cor, 61,5% das vítimas poderiam se encontrar no espectro da categoria “não branca”, enquanto 38,5% estariam do outro lado do binarismo, corroborando, de certa forma, as taxas apresentadas pelo Mapa da Violência, como visto anteriormente.

Ainda de acordo com os resultados parciais da pesquisa empírica, verificou-se que em todos os casos de feminicídio analisados, o agressor é homem, parceiro ou ex-parceiro da vítima. Não só por este motivo, mas sobretudo pela incipiência dos órgãos que compõem o judiciário, há poucas menções, nos autos do processo ou nas sustentações orais, ao conceito de misoginia, de discriminação, das condições de desigualdade de gênero ou da subordinação da mulher dentro da sociedade patriarcal. Tais características de nossa sociedade, que evidentemente baseiam a prática desse crime em específico, não são consideradas nem como objeto de estudo dos membros do Judiciário em geral, nem como expressiva linha argumentativa pelos agentes que atuam nos julgamentos.

4.3. Conclusões parciais

Feito o levantamento dos processos em curso no Rio de Janeiro iniciados a partir de 2015, passamos a acompanhar as audiências de instrução e as sessões plenárias ocorridas entre início de 2016 e maio de 2018⁷⁶.

A partir do acompanhamento dos júris relativos aos casos de feminicídio, junto às Varas Criminais do Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, foi possível observar de perto os mecanismos de argumentação que andam na contramão das expectativas feministas, deturpando os significados que deveriam ser transmitidos à sociedade quanto à violência sofrida pelas mulheres. Sinteticamente, podemos assim pontuar:

a. Reforço dos estereótipos de gênero – Além da culpabilização da vítima mulher, outros argumentos estereotipados são comumente usados nos júris. Recorrendo ao conceito tradicional de família, a defesa se vale de características do autor para minimizar a violência praticada. Não raramente, se ouve “Vossas Excelências não vão julgar hoje o traficante fulano de tal, como se julga sempre no Tribunal do Júri. Vão julgar o fulano de tal pai, marido”. Em geral, garante-se que o acusado é um homem trabalhador, provedor da família, bom pai e que o ato praticado contra sua parceira foi uma conduta excepcional, que faz parte da relação conflituosa do casal. Em outras palavras, o réu “não é um criminoso”. Os fatos se deram porque o casal vivia uma relação de paixão e agressividade sustentada por “ambas as partes”.

Tais discurso pretendem relativizar a gravidade da violência contra a mulher, tratando-a de forma secundária, como se fosse menos grave do que os demais crimes, quando, em verdade, deveria ser priorizada, por se ancorar em barreiras culturais difíceis de serem ultrapassadas.

b. Culpabilização da vítima – Nesse contexto de minimização da seriedade da violência de gênero, o argumento que culpabiliza a vítima e que traz à tona características da mulher “decente” ainda é o que prepondera não só na sociedade, mas dentro do tribunal. A necessidade de encontrar uma justificativa defensiva para o ato, confere à mulher um tratamento desumanizado e secundário. Falas como “ela vivia com o réu, não deveria estar no bar bebendo com outro homem”; “pensem um minutinho, srs. Jurados, ela passou a chegar em casa mais tarde, com o cabelo molhado, roupas novas e ele passou a desconfiar”; ou “ela

76. A equipe permanece sistematizando os dados, acompanhando os processos e procedendo à análise qualitativa dos casos concretos. O resultado será posteriormente disponibilizado por meio de relatório a ser amplamente divulgado.

provocou, a provocação é permanente, 20 e poucos anos de constantes brigas” ou, ainda, “se ela foi agredida antes, por que não foi embora? Se ficou é porque alimentava a relação violenta”. Desqualificações e estigmatizações não saíram do cenário.

c. Patologização do agente – Outra tática recorrente é a patologização do agressor. Não raro, advogados, promotores e defensores sustentam que o acusado está imerso em problemas de ordem emocionais/psíquicas, ou que estava sob o efeito de drogas ou álcool no momento do fato, desconsiderando que a misoginia, como fator determinante para o feminicídio, é fundante das relações sociais e não decorrente de estados de entorpecência. Por essa razão, cinco dos processos analisados foram suspensos pelo incidente de insanidade mental, na tentativa de demonstrar que o acusado não tinha, no momento da ação, capacidade de entender a ilicitude do fato.

d. Revitalização do crime passionai – Maioria são os casos em que a defesa sustenta os institutos da violenta emoção, da injusta provocação da vítima ou até da inexigibilidade de conduta diversa. Em todas essas hipóteses, a culpa dos fatos se transfere para a vítima, seja por ter (supostamente) traído o acusado, por ter iniciado as brigas, por ter dado motivos para ciúmes, por ser jovem e bonita, por perdoar outras agressões em que foi vítima etc.

“Foi um rompante”, “ele viu ela no bar e perdeu a cabeça”, “é o monstro da passionalidade que fica na cabeça da pessoa”. Todas estas justificativas foram apresentadas nos processos analisados.

Sem muito esforço, é possível perceber que os argumentos normalmente defendidos, e que reproduzem a cultura machista socialmente aceita, vem para ao menos diminuir o grau de culpabilidade do acusado. Verifica-se que o desprezo pela vida das mulheres se dá na prática do ato criminoso e muitas vezes é corroborado nas falas defensivas.

Outrossim, não é apenas a defesa que contribui para um julgamento alheio às questões de gênero. O Ministério Público, no âmbito da acusação, se esquia de mencionar, ainda que minimamente, o pano de fundo de toda essa cultura de genocídio sexista.

Por consequência, é forçoso reconhecer que apelos à lógica patriarcal no Poder Judiciário pelas práticas institucionais contradiz os compromissos internacionalmente assumidos quanto à implementação de políticas de Estado para reduzir a violência contra as mulheres, especificamente aqui, o feminicídio. Se incentivamos o respeito aos direitos humanos no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal, a medida deve valer tanto para o agressor quanto para a vítima sobrevivente ou para a simbologia do papel da mulher na sociedade.

Naturalizar a violência, culpabilizar a vítima, atribuir o fato a um estado de alcoolemia, retroalimentar estereótipos de gênero e estigmas desqualificadoras das diversas experiências do feminino não refletem os princípios de um Estado Democrático de Direito, tampouco contribui para avanços no campo da prevenção de mortes e proteção da vida do segmento populacional que corresponde a mais que a maioria da população brasileira.

Ainda que se tenha expressivo número de mulheres que são mortas todos os dias pelos seus parceiros ou por outros homens, simplesmente pela sua condição de mulher, os órgãos jurisdicionais ainda não foram sensíveis a acolher o problema em toda a sua complexidade, não se perceberam integrados a sistema nacional/internacional de proteção dos Direitos Humanos das mulheres e não foram capazes de compreender a necessidade de um estudo multidisciplinar – judicial, de saúde pública, de assistência social, cultural etc. –, como forma de aperfeiçoamento dos julgamentos e, principalmente, como forma de redução da desigualdade de gênero e, conseqüentemente, da prática de crimes contra a vida das mulheres.

4.4. *Casos de morte de mulheres sem feminicídio*

Restou evidente que o despreparo ou a dessensibilização com as questões de gênero dos muitos atores dos Tribunais do Júri da Comarca da Capital do RJ, resume o feminicídio às situações de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não identificamos nenhum caso que escapasse a essa lógica simplista e reducionista. Basicamente, para o TJRJ, só se caracteriza o art. 121, § 2º, VI, do CP, se presente a circunstância do § 2º-A, I, do mesmo artigo. Leia-se: só há feminicídio se *íntimo*. Aliás, em duas oportunidades diferentes, ouvimos literalmente de um promotor e de um juiz: o feminicídio só pode ser praticado por um “homem contra a ‘sua’ mulher”.

A título de exemplificação, fugiram da qualificadora do feminicídio quatro casos que, a nosso ver, deveriam ser assim tipificados, por menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O primeiro deles se caracterizava por um relacionamento doméstico entre a vítima e o acusado, existindo, inclusive, relatos de violência doméstica anteriores à tentativa de homicídio, que teve como “motivo” a “falta da mulher ao trabalho”. O autor efetuou disparos contra a ex-companheira enquanto esta dormia, atingindo-a no rosto e fugindo após o fato. Em promoção pela decretação da prisão preventiva, o delegado assistente capitula o delito como feminicídio citando a falha na prestação jurisdicional nos casos de Maria da Penha e de Eliza

Samúdio, como argumento para que a violência doméstica fosse considerada. O Delegado Titular, ao remeter o procedimento ao judiciário, imputa homicídio simples; o Ministério Público, por sua vez, reconhece que o crime ocorreu em situação de violência doméstica na manifestação sobre a prisão preventiva. Nessa mesma peça, entretanto, o Promotor ofereceu a denúncia na qual imputa as qualificadoras dos incisos II e IV do art. 121, § 2º, do CP, ou seja, não inseriu a qualificadora do feminicídio.

No segundo, a vítima era uma adolescente de 16 anos que possuía comportamento dito infantilizado devido a uma deficiência intelectual. Apesar de não existir um relacionamento íntimo entre o réu e a vítima (eles eram apenas vizinhos e suas famílias eram próximas), o caso apresentava diversos intervenientes da noção de poder, dominação-exploração e posse, que acompanham as características do feminicídio constantemente descritas pela literatura de gênero: violência sexual e/ou estupro; ações, que aumentaram o sofrimento da vítima e/ou revelaram sinais de misoginia e ódio contra a vítima mulher; numerosos golpes, utilização de vários tipos de armas, decapitações, mutilações e outros; o corpo foi exibido em lugar público e/ou construção de cena humilhante moralmente para a vítima, como deixar preservativos perto do corpo, deixá-la nua ou seminua ou qualquer tipo de cenário construído intencionalmente⁷⁷.

De fato, a adolescente foi encontrada seminua em uma lixeira próxima à casa do réu, havendo indícios de estupro. Ademais, o imputado se defendia dizendo que a vítima “se insinuava para ele”, demonstrando um dolo de matar a mulher pelo fato de ser mulher, além de um discurso de culpabilização da vítima que é recorrente nos casos que envolvem alguma forma de violência de gênero. O caso foi tipificado como homicídio qualificado nos incisos III e IV, do § 2º, do art. 121, CP, ignorando-se completamente as razões de gênero que o permeiam.

O terceiro refere-se ao homicídio da enteada pelo padrasto, que desconfiava que sua companheira – e mãe da vítima – estaria lhe traindo. Embora reste evidente a motivação de gênero e assim tenha concluído o auto de prisão em flagrante, o Ministério Público imputou somente a qualificadora do inciso I, ou seja, motivo torpe.

No outro caso encontrado, o réu matou o pai de sua ex-companheira, quando, em meio a uma briga, tinha a intenção de atingir a irmã daquela. Nestas circunstâncias, seria facilmente identificável o erro na execução de um feminicídio por

77. GOMES, Izabel S. *Morreram porque mataram: tensões e paradoxos na compreensão do feminicídio*. Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Serviço Social. UFRJ, Rio de Janeiro, 2014.

conexão, o que significa que deveria ter sido imputada ao réu a conduta correspondente ao crime que ele pretendia cometer, conforme o art. 73 do CP: “quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela (...)”.

Destarte, destaca-se a importância do debate sobre a ampliação da tipologia do feminicídio, para além daqueles tipos ditos anteriormente (íntimo, não íntimo e por conexão). Sem que se fira a taxatividade ou se extravase as considerações legais do que se entende por “razões de gênero” (menosprezo ou discriminação) e sem que se fuja aos institutos penais já presentes no CP, convém considerarmos também: a) o feminicídio por erro na execução, cabendo aqui a morte de qualquer pessoa que seja atingida por engano no curso da execução de um feminicídio; b) o feminicídio por erro sobre a pessoa, admitindo-se a morte de qualquer pessoa atingida por engano do agente quanto à identidade de uma mulher; c) o feminicídio transversal, quando o agente mata uma terceira pessoa de especial afeição da mulher, geralmente seus filhos, para atingi-la emotiva e psicologicamente; d) o feminicídio sexual, quando praticado em concurso com o estupro.

Por todo o exposto, assim como partidas as colunas de Kahlo, percebemos a cisão entre, de um lado, os aportes da doutrina penal e as práticas e discursos nos julgamentos do Tribunal do Júri e, de outro lado, todo um conjunto normativo, administrativo e jurisdicional interno e latino-americano para o Enfrentamento da Violência contra as Mulheres (Pacto Nacional e Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, Lei 11.340/06, Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade, Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar as mortes violentas de mulheres, Redes de Atendimento à Mulher, Centros de Referência da Mulher, Delegacias Especializadas, Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Comissão e Corte interamericanas de Direitos Humanos etc.).

Resta nítida a afetação negativa dos entendimentos partidos, descontextualizados, desconectados aos processos de políticas públicas para as mulheres que compartilhem os muitos dos atores jurídicos. A falta de conhecimento sócio-histórico da construção da noção de feminicídio, bem como da expectativa de sua eficácia performativa e concreta no âmbito da erradicação da discriminação, impacta sobremaneira: os Direitos Humanos das Mulheres são constantemente afetados pela lacuna da integração do sistema de Justiça à Rede de Atendimento e à Política de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, bem como pela ausência de comprometimento com as regras do sistema interamericano e interno

de investigar, processar, punir e reparar com perspectiva de gênero e com devida diligência. Relembrando, uma das diretrizes de nossa Política é:

reconhecer a violência de gênero, raça e etnia como violência estrutural e histórica que expressa a opressão das mulheres e que precisa ser tratada como questão da segurança, justiça, educação, assistência social e saúde pública⁷⁸ (grifo nosso).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tipificação do feminicídio no Brasil buscou, por um lado, atender à demanda dos movimentos feministas e às convocações da agenda internacional para punição e erradicação das mortes de mulheres. Por outro, trouxe inúmeras indagações quanto à recepção desse instituto pela doutrina jurídica pátria e quanto ao tratamento dispensado aos casos de feminicídio pelo Poder Judiciário.

Embora com redação restrita à conduta de matar por razões do “sexo feminino” – entendendo-se, majoritariamente, “sexo” em seu critério jurídico –, o feminicídio, na literalidade da legislação penal vigente, abarcaria os fatos decorrentes de menosprezo e discriminação à condição de mulher. No entanto, os casos concretos demonstram que maior restrição se opera na prática: apenas o componente “violência doméstica ou familiar contra a mulher” vem qualificando o delito como feminicídio.

A relevância da ressignificação do conceito se encontra não só no reconhecimento de outros tipos de feminicídio, como visibilidade do fenômeno e como revelação de dados mais próximos da realidade misógina, mas também como compromisso de um Poder *estatal* na sua integração à Política do *Estado* brasileiro de promoção da igualdade de gênero e na implementação de medidas que, paulatinamente, reduzam o quantitativo alarmante da violência de gênero em nosso País.

É certo, todavia, que o recurso ao Direito Penal [por si só] não reduz discriminações, estereótipos e estigmas. Ao contrário, pode aprofundá-los, na medida em que a epistemologia do saber jurídico não atenta para as questões de

78. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra Mulher. Brasília: Presidência da República. 2011. p. 32. Disponível em: [www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional]. Acesso em: 26.11.2017.

gênero de forma transversal⁷⁹; na medida em que os concursos públicos não exigem conhecimento de Direito Internacional; na medida em que o Poder Judiciário concentra práticas institucionais patriarcais e classistas. A judicialização via “criminalização” – na verdade, “qualificação” – reflete o Direito Penal simbólico atuando na mesma lógica excludente, punitivista e sexista.

Desse modo, enquanto não houver mudanças estruturais, com real comprometimento e sensibilização dos juristas, adotando-se perspectivas interseccionais e conscientes do *modus operandi* do Patriarcado; enquanto não houver transformações para uma educação não sexista; enquanto a história da sexualidade⁸⁰ revelar a dominação do corpo e do padrão de comportamento femininos pelo poder androcêntrico, dificilmente serão atingidos os legítimos objetivos de se viver uma vida livre de discriminação, opressão, de violência, almejados pelos princípios da igualdade de gênero, pelos Tratados e Convenções internacionais e pelos Direitos Humanos das Mulheres.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUGUSTO, Cristiane Brandão. Violência contra a mulher e as práticas institucionais. Brasília: Ipea/Ministério da Justiça. 2015. (Série Pensando o Direito, v. 52).
- ARGENTINA. Lei 11.179, de 29 de outubro de 1921. *Código Penal*. Disponível em: [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm]. Acesso em: 15.12.2017.
- ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Manual de Comunicação LGBT, 2010. Disponível em: [https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Manual-de-Comunica%C3%A7%C3%A3o-LGBT.pdf]. Acesso em: 09.04.2017.
- ANDRADE, Vera R. de Andrade. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)Ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu. In: MELLO, A. R.; BATISTA, N.; PINHO, H. D. B.; GRANDINETTI, L. G.; PRADO, G. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal: parte especial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.2.

79. FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. *Otras Miradas*, Mérida, v. 4, n. 1, junio, 2004, p. 1-11. Disponível em: [www.redalyc.org/pdf/183/18340101.pdf]. Acesso em: 15.01.2018.

80. FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade i: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

- BRAGAGNOLO, R.I.; SOUZA LAGO, M.C.; RIFIOTIS, T. “Estudo dos modos de produção de justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina”. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio-ago. 2015.
- BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra Mulher*. Brasília: Presidência da República. 2011. Disponível em: [www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional]. Acesso em: 26.11.2017.
- BRASIL. Senado Federal. *Relatório final da comissão parlamentar mista de inquérito (CPMI) da violência contra a mulher*. Brasília, 2013. Disponível em [www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.
- CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Ed. Sulina, 1999.
- CAPEZ. F. *Curso de direito penal: parte especial*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. v. 2.
- CAPEZ. F. *Curso de direito penal: parte especial*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. v. 2.
- CHILE. Lei 20.480, de 18 de dezembro de 2010. Disponível em: [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343&idParte=9080591&idVersion=2010-12-18]. Acesso em: 15.12.2017.
- COLÔMBIA. Lei 599, de 24 de julho de 2000. *Código Penal*. Diario Oficial da República da Colômbia, Bogotá, 24 jul. 2000. N.º 44.097. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 41-65, jan.- mar. 2016. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_41.pdf]. Acesso em: 11.11.2017.
- COSTA RICA. Lei 8.589, de 25 de abril de 2007. Diário Oficial da República de Costa Rica. San Jose, 30 maio 2007. N. 103. Disponível em: [www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=8589]. Acesso em: 15.12.2017.
- CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. *Cruzamento: raça e gênero*. Brasília: Unifem, 2004, p. 7-16 Disponível em [www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf]. Acesso em: 20.11.2017.
- EL SALVADOR. Lei 520 de 4 de janeiro de 2011. *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres*. Diário Oficial da República de El Salvador, San Salvador, 4 jan. 2011, n. 2, tomo 390. Disponível em: [www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/F3D05392-3EF9-42CF-B4FB-4B390BBBCF9E.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

- FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. *Otras Miradas*, Mérida, v. 4, n. 1, junio, 2004, p. 1-11. Disponível em: [www.redalyc.org/pdf/183/18340101.pdf]. Acesso em: 15.01.2018.
- FEDERICI, S. *Calibã e a bruxa*: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Editora Elefante, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I*: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- GOMES, Izabel S. Morreram porque mataram: tensões e paradoxos na compreensão do feminicídio. Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Serviço Social. UFRJ, Rio de Janeiro, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016. v. 2.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 2.
- GUATEMALA. Decreto 22-2008 de 07 de maio de 2008. *Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*. Diário Oficial da República de Guatemala, Cidade de Guatemala, 7 maio 2008. Tomo CCLXXXIV, livro nº 27. Disponível em: [www.congreso.gob.gt/consulta-legislativa/decreto-detalle/?id=13045]. Acesso em: 15.12.2017.
- HOOKE, Bell. *Ain't i a woman*: black women and feminism. Boston: South and Press, 1981.
- KAHLO, Frida. *A coluna partida, 1944*: óleo sobre tela. Disponível em: [katarsis2.blogspot.com/2008/08/frida-kahlo-coluna-partida-1944.html]. Acesso em: 10.01.2018.
- LAGARDE, Marcela. *A qué llamamos feminicidio*. [Cidade do México]: [s.n], [2015?]. 4 p. Disponível em: [https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/marcela_lagarde/feminicidio.pdf]. Acesso em: 20.01.2018.
- LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: [s.n], 2007. Disponível em: [http://mientrastanto.org/sites/default/files/pdfs/928.pdf]. Acesso em: 30.01.2018.
- LAURENZO, Patricia. El derecho penal frente a la violencia de género. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 142-154, jan.-mar. 2012. Disponível em: [www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_142.pdf]. Acesso em: 19.12.2017.
- MARTÍNEZ, Ana María de la Escalera. *Feminicidio*: Actas de denuncia y controversia. PUEG/UNAM: México, 2010.
- MÉXICO. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*. Diário Oficial dos

- Estados Unidos do México, 14 jun. 2012, p. 33-40. Disponível em: [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lopgr/LOPGR_ref01_14jun12.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.
- NICARÁGUA. Lei 779 de 22 de fevereiro de 2012. *Lei integral contra la violencia hacia la mujer*. Diário Oficial da República de Nicaragua, Managua, 22 fev. 2012. n. 35, p. 1361-1376. Disponível em: [www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/Ley_No_779_Ley_Integral_Contra_la_Violencia_hacia_la_Mujer.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.
- NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 2.
- NUCCI, G. S. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. v. 2.
- ONU Mulheres, PASINATO, Wânia (Coord). *Diretrizes nacionais feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, 2016. Disponível em: [www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf]. Acesso em: 11.11.2017.
- PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 37, p. 219-246, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 06.12.2018.
- PERU. Lei 29.819, de 27 de dezembro de 2011. Diário Oficial da República do Peru, Lima, 27. dez. 2011, p. 455897-455898. *Código Penal*. Disponível em: [www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=0&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormaI=29819&xNormaF=]. Acesso em: 07.12.2018.
- PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria e BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina”. In: CORRÊA, Mariza e Souza, Érica Renata de. *Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”*. Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu, Campinas: UNICAMP, 2006.
- PONCE, Maria Guadalupe R. “Mesa de Trabalho sobre Femicídio/Feminicídio”. In: *Contribuições ao debate sobre tipificação penal do feminicídio/femicídio*. Peru: Editora Susana Chiarotti, 2012.
- POUGY, Lilia. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. *Rev. Katál*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 76-85 jan.-jun. 2010. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/09.pdf]. Acesso em: 11.11.2018.
- PRADO, L. R. e colab. *Curso de direito penal brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e reformulada, São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2.
- SABADELL, Ana Lúcia. Violência contra a mulher e o processo de juridificação do feminicídio: reações e relações patriarcais no direito brasileiro. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, EMERJ, v. 19, n. 72, p. 168-190, jan.-mar. 2016. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/versao-digital/revista-da-EMERJ-72/assets/basic-html/page-168.html#]. Acesso em 09.12.2017.

- SANTOS, Cecília Macdowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *E.I.A.L., Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, Tel Aviv University, 2005. Disponível em: [<https://pt.scribd.com/document/337865511/SANTOS-Cecilia-Macdowell-IZUMINO-Wania-Pasinato-Violencia-Contra-as-Mulheres-e-Violencia-de-Genero-Notas-Sobre-Estudos-Feministas-No-Brasil>]. Acesso em: 14.02.2018.
- SAFFITOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SAFFITOTI, Heleieth I. B & Almeida, Suely Souza de. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.
- SEGATO, Rita. “¿Que és um feminicídio? Notas para um debate emergente”. Brasília: Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, 2006. (Série Antropologia, n. 401).
- SEGATO, Rita. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016. Disponível em: [www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf]. Acesso em: 11.12.2018.
- SPIVAK, G. *Pode o subalterno falar?*. Trad. Sandra Regina Goulart, Marcos Pereira Feitosa e Andre Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- TEIXEIRA, A. B. & RIBEIRO, M. S. Legítima defesa da honra: argumentação ainda válida nos julgamentos dos casos dos crimes conjugais em Natal 1999-2005. *Cadernos Pagu*, Campinas, Unicamp, 2006. Disponível em: [www.pagu.unicamp.br/sites/www.ifch.unicamp.br.pagu/files/colenc.05.a06.pdf]. Acesso em: 03.03.2017.
- TOLEDO, Patsilí. La Aplicación de leyes sobre femicidio/feminicidio en américa latina (primeras evaluaciones). *Rev. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 82-92, jan.-mar. 2016. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm]. Acesso em: 12.12.2017.
- TOLEDO, Patsilí. ¿Tipificar el femicidio?. *Anuario de Derechos Humanos, Sección Nacional*, n. 4, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Santiago de Chile: Universidad de Chile, p. 213-219. 2008.
- VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. Panamá: Únete, 2008. Disponível em: [www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso, 2015. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 06.07.2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Criação de lei e racionalidade penal moderna: o caso da criação da lei do feminicídio no Brasil, de Clara Flores Seixas de Oliveira e Mariana Thorstensen Possas – *RBCCrim* 150/17-53 (DTR\2018\22437);
- A proteção das mulheres e o direito penal: um estudo quantitativo sobre os casos de feminicídio no tribunal do júri, de Pamela Torres Villar – *RBCCrim* 151/345-381 (DTR\2018\22760);
- Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Fabiano Porto Francisco – *RT* 999/369-404 (DTR\2018\22792).

FIOS E FUROS NOS ENTRELAÇAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS NAS PESQUISAS CRIMINOLÓGICAS SOBRE MULHERES

WIRES AND HOLES IN THEORETICAL AND METHODOLOGICAL INTERLACING IN CRIMINOLOGICAL RESEARCHES ON WOMEN

LUANNA TOMAZ DE SOUZA

Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra (2016). Professora da Faculdade de Direito e da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. luannatomaz@gmail.com

ANA BEATRIZ FREITAS SILVA

Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. abe.freitas04@gmail.com

YASMIM NAGAT YOSANO

Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. yasmim.nagat@gmail.com

Recebido em: 27.08.2018

Aprovado em: 29.10.2018

Última versão das autoras: 05.11.2018

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O objetivo do artigo é avaliar os alcances metodológicos das pesquisas criminológicas sobre as mulheres, em especial as dificuldades de entrelaçamentos teóricos. A pesquisa desenvolveu-se a partir do método indutivo e da análise documental dos artigos apresentados no CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito) nos anos de 2015, 2016 e 2017, sobre mulher no campo criminológico.

ABSTRACT: The objective of this article is to evaluate the methodological scope of criminological research on women, in particular the difficulties of theoretical interlacing. The research was developed from the inductive method and the documentary analysis of the articles presented at CONPEDI (National Research Council and Postgraduate in Law) in the years 2015, 2016 and 2017 on women in the criminological field. From

A partir de determinados indicadores criados, foram selecionados artigos para se analisar os métodos e as técnicas de pesquisa utilizados, bem como os entrelaçamentos teóricos com tais metodologias. É fundamental verificar os tipos de pesquisa e os aportes metodológicos realizados como forma de perceber como as mulheres têm sido apresentadas nos estudos criminológicos desenvolvidos na pós-graduação.

PALAVRAS-CHAVE: Metodologia – Teoria Feminista – Criminologia – Teoria Decolonial – Pesquisa em Direito.

edited data withdrawals, the articles were included for the research methods and techniques used, as well as the theoretical interlacings with such methodologies. The key is that the types of research and methodological results as a way to realize how women have been analyzed in criminal studies in a graduate.

KEYWORDS: Methodology – Feminist Theory – Criminology – Decolonial Theory – Research in Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O pano de fundo: a importância da metodologia na pesquisa. 3. Métodos e metodologias: para além de um emaranhado de fios. 4. Chuleando o texto: reflexões sobre metodologias e criminologias. 5. Entrelaçamentos teóricos e metodológicos: por metodologias feministas decoloniais. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar os caminhos metodológicos das pesquisas criminológicas sobre as mulheres, verificando quais suas limitações e em que medida promovem de fato entrelaçamentos teóricos e metodológicos. O estudo toma, como referência de análise, os trabalhos apresentados no CONPENDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), o maior evento, em número de participantes, de pós-graduação da área do Direito¹ no Brasil.

A hipótese inicial traçada era a de que as pesquisas criminológicas sobre mulheres publicadas no CONPENDI não possuíam um claro delineamento metodológico e não conseguiam promover a articulação entre as perspectivas teóricas críticas, tais como as das criminologias críticas e das teorias feministas, com perspectivas metodológicas que questionavam a produção tradicional de conhecimento.

A pesquisa desenvolveu-se a partir do método indutivo. Segundo Marconi e Lakatos (2010), no método indutivo segue-se primeiro o caminho da observação de fenômenos, depois procura-se aproximá-los para analisá-los, para que se

1. CONPENDI. *XXVII Encontro Nacional do CONPENDI em Salvador – BA*. Jun. 2018. Disponível em: [<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/y66z1r81>]. Acesso em: 22 jul. 2018.

possa fazer generalizações. Este tipo de método busca conclusões mais amplas do que as premissas da pesquisa, mas reconhece os limites das suas conclusões.

No trabalho em questão, buscou-se observar as escolhas metodológicas traçadas nas pesquisas para verificar a extensão da produção sobre mulheres no âmbito das criminologias. Analisar os artigos apresentados no CONPEDI pode permitir algumas reflexões sobre as pesquisas produzidas em nível de pós-graduação no Direito, sem a pretensão de alcançar toda a produção realizada.

O artigo leva em conta uma metáfora muito comum da escrita acadêmica com a costura. Em verdade, a palavra “texto” provém do termo latino *texere* (construir, tecer). A forma flexionada, “textos”, ao longo dos anos, adquiriu tanto o sentido de “tecelagem” quanto de “estruturação de palavras”².

Para o desenvolvimento da pesquisa, foi realizado um levantamento documental dos artigos publicados nos anais dos eventos do CONPEDI, disponíveis no site da organização, dentro do lapso temporal dos anos de 2015, 2016 e 2017. Ao todo foram dez eventos: a) Em 2015: o XXIV Congresso Nacional (Belo Horizonte – MG) e o XXIV Encontro Nacional (Aracaju – SE); b) Em 2016: o IV Encontro Internacional (Oñati – Espanha), o V Encontro Internacional (Montevideu – Uruguai), o XXV Congresso Nacional (Curitiba – PR) e o XXV Encontro Nacional (Brasília – DF); c) Em 2017: o VI Encontro Internacional (Costa Rica), o VII Encontro Internacional (Braga – Portugal), o XXVI Congresso Nacional (São Luís – MA) e o XXVI Encontro Nacional (Brasília – DF).

O CONPEDI é estruturado em inúmeros grupos de trabalhos (GT). Na área das ciências criminais, há dois GTS característicos: “criminologias e política criminal” e “direito penal, processo penal e constituição” sendo que, em 2016, criou-se um GT “gênero e sexualidade”. Ao selecionar os documentos, optou-se por recortar artigos para além do GT “criminologias e política criminal”, pois verificou-se que muitos estudos criminológicos sobre mulheres eram apresentados em outros grupos de trabalho, como no supracitado, “gênero e sexualidade”, ou até em grupos como “Constituição e democracia”. Assim, foram selecionados, nos anais dos diversos grupos, artigos que continham a palavra “criminologia” e uma das seguintes palavras: “mulher”, “gênero”, “feminismo”, “aborto”, “feminicídio”, “Maria da Penha” ou “mãe”.

Destacamos também que foi adotado como critério de exclusão avaliar se os artigos, mesmo diante das palavras-chave: a) não abordavam reflexões sobre as

2. SILVA, Cynthia. *A costura textual*. Oficina da Palavra, 20 mai. 2013. Disponível em: [<https://www.ofpalavra.com.br/a-costura-textual/>]. Acesso em: 22 jul. 2018.

mulheres, sendo retirados da pesquisa artigos que tratavam sobre, por exemplo, a questão da transgeneridade sem focar na mulher trans; b) não tratavam de discussões criminológicas, sendo excluídos artigos que não abordavam discussões sobre a questão criminal. Ressalta-se que não houve um debate mais esmiuçado no artigo se efetivamente o trabalho poderia ser compreendido como “criminológico”, mas foram incluídas pesquisas a partir do reconhecimento do seu repertório criminológico.

Verificou-se, a partir de então, os métodos e técnicas de pesquisa utilizados, bem como os entrelaçamentos teóricos com tais metodologias. É fundamental analisar os tipos de pesquisa e os aportes metodológicos realizados com o intuito de perceber como tem sido os estudos de crimes contra as mulheres no âmbito da pós-graduação. Utiliza-se como referencial teórico estudos metodológicos, mas também criminológicos e feministas, como forma de possibilitar reflexões teóricas e metodológicas dentro do campo.

Foram selecionados ao todo 45 artigos. Privilegiou-se uma abordagem de caráter eminentemente qualitativa, muito embora existam aspectos quantitativos em nossa análise que devam ser destacados. Foi criado um questionário a ser preenchido na avaliação de cada artigo, contendo as seguintes perguntas: a) nome do artigo; b) número de autores; c) identidade de gênero do(a) pesquisador(a); d) o resumo apresentava metodologia?; e) a introdução apontava a metodologia?; f) foi citado algum(a) autor(a) relacionado à metodologia; g) tendo sido apresentado o método, qual foi?; h) foi feita alguma pesquisa além da bibliográfica?; i) na revisão bibliográfica, o(a) autor(a) apontou como fez a seleção das obras?; j) se foi feita pesquisa jurisprudencial, o(a) autor(a) identificou como fez a seleção de decisões?; k) se foi realizada pesquisa empírica, o que foi feito?; l) se fez entrevista, quem foi entrevistado?; m) A pesquisa era qualitativa ou quantitativa?. As respostas foram posteriormente tabuladas no Excel.

As questões formuladas levavam em consideração a própria ficha de avaliação do CONPEDI, disponibilizada aos(às) avaliadores(as), e apresentada nos editais dos eventos para autores(as)³, que colocavam pontos que deveriam servir para a seleção dos artigos, tais como: a) a introdução apresentava problema, temas centrais, objetivos, justificativa e métodos da pesquisa?; b) a metodologia utilizada mostrou-se adequada para a resposta da problemática enfrentada pela pesquisa?; c) o resumo e as palavras-chave indicavam a metodologia da pesquisa.

3. CONPENDI. IV Encontro Internacional do CONPENDI Instituto Internacional de Sociologia Jurídica Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle Espanha – Gipuzkoa – Oñati. Disponível em: [https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Edital-O%C3%B1ati-Vers%C3%A3o-Publicada-25-1-2016.pdf]. Acesso em: 22 jul. 2018.

O artigo pode ajudar a refletir sobre as deficiências metodológicas nas pesquisas criminológicas sobre as mulheres. Este campo de estudos tem crescido no país, principalmente a partir do aporte teórico das criminologias feministas (MENDES, 2014; CAMPOS; CARVALHO, 2011), e com o advento de leis como a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/15). Não há, contudo, muitas discussões sobre o viés metodológico dessas pesquisas.

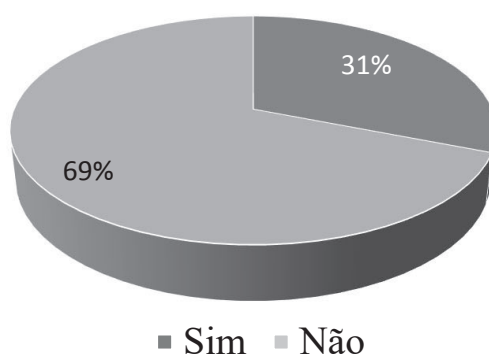
Boa parte dos novos estudos tem tentado conjugar uma abordagem feminista à análise do funcionamento do sistema de justiça criminal. É importante, todavia, refletir sobre os fios metodológicos que estruturaram essas pesquisas para avaliar se realmente possibilitarão a tessitura de novas epistemologias feministas.

2. O PANO DE FUNDO: A IMPORTÂNCIA DA METODOLOGIA NA PESQUISA

Para Tadeu Sampaio (2013), o objetivo da metodologia é o desenvolvimento de procedimentos e técnicas de pesquisa, é a utilização de métodos e sistematização de informações para a produção de conhecimento. A ciência constitui-se como uma atividade de aquisição sistemática de conhecimentos para que possam ser reproduzidos e compartilhados. Segundo Marconi e Lakatos (2010), não há produção de conhecimento científico sem o emprego de métodos e técnicas. Conforme Gil (2017), pesquisa é o procedimento racional e sistemático de fornecer respostas aos problemas propostos. A pesquisa envolve um conjunto de conhecimentos e a utilização cuidadosa de técnicas de investigação.

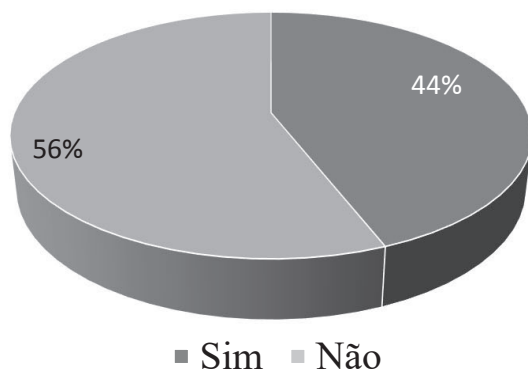
Constatou-se, contudo, na pesquisa realizada no presente trabalho, que boa parte dos artigos selecionados não mencionou qual foi o método de pesquisa utilizado, seja na introdução ou no resumo, o que é, inclusive, um dos critérios da ficha de avaliação do CONPEDI:

Gráfico 1 – Apresentação do método no resumo



Apenas 14 artigos apresentaram o método no resumo, e somente 20 o fizeram na introdução:

Gráfico 2 – Apresentação do método na introdução

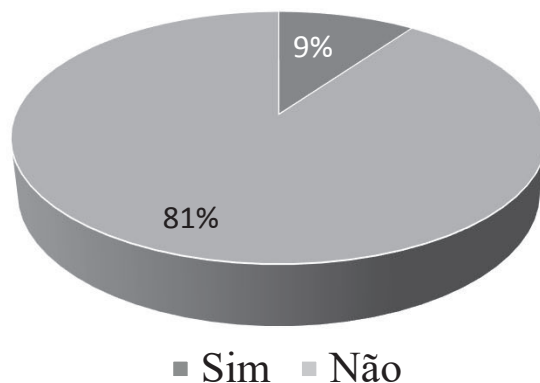


Para Tadeu Sampaio (2013), no direito não há uma preocupação metodológica, pois trata-se de um saber autorreferencial que trabalha muito mais com certezas do que com dúvidas. Deste modo, a pesquisa já parte de uma resposta ao invés de um problema, além de usar uma metodologia muitas vezes equivocada, sem qualquer contribuição social, apenas para sustentar a vaidade acadêmica e as relações de poder existentes.

De acordo com Marco Barros e Matheus Barros (2018), há, na verdade, um problema decorrente do próprio ensino jurídico, que tem predileção histórica por glosa de textos legais em detrimento da produção científica-jurídica crítica. Elaine Volpato (2017) destaca que estimular o desenvolvimento das pesquisas jurídicas implica, antes de tudo, falar em mudanças nas salas de aula, de modo a estimular o “espírito científico”, rompendo com conceitos e visões tradicionais de ciência jurídica.

Como indicador dessa situação, também chama atenção a falta de autores(as) para a construção da metodologia. Apenas quatro artigos citam alguém quando falam do seu percurso metodológico:

Gráfico 3 – Citação de autor(a) sobre metodologia



É essencial o debate qualitativo sobre a pesquisa jurídica para a constituição de melhorias no âmbito das instituições sociais e políticas. Para Fragale Filho e Veronese (2004), a renovação das técnicas na área de Direito pode ter excelentes consequências nas reflexões sobre o sistema de justiça, garantindo melhor operacionalização do sistema.

Para Marcos Nobre (2003), há graves deficiências na pesquisa em Direito pela combinação de dois fatores fundamentais: o isolamento em relação a outras ciências, e uma peculiar confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica. Marco Barros e Matheus Barros (2018) também apontam como um dos principais diagnósticos acerca da pesquisa jurídica no Brasil, a baixa qualidade científica dos trabalhos produzidos no país. Segundo os autores, isso ocorre em razão dos vieses das experiências práticas aplicadas às pesquisas ou pela falta de preocupação metodológica.

Para Elaine Volpato (2017), a falta de preocupação metodológica na pesquisa em Direito revela a despreocupação em desenvolver uma pesquisa em formato científico. Os pesquisadores e as pesquisadoras em Direito não assumem o compromisso em desenvolver uma teoria central e tampouco primar pela adequada aplicação de métodos, ou seja, fazer ciência.

Para Fragale Filho e Veronese (2004), a área de Direito ainda precisa constituir-se como um espaço científico mais denso para alcançar uma melhor inserção no sistema nacional de pós-graduação. Segundo os autores, há uma tensão dentro dos programas de pós-graduação por conta da dicotomia entre formação profissional e produção científica. No campo do Direito, essa tensão fica muito evidente com a pressão por titulação dos(as) profissionais no ensino superior e nas áreas jurídicas, o que alimenta um produtivismo. Não é possível abandonar os critérios de legitimidade acadêmica sob pena de impedir um diálogo rico entre a reflexão e a prática.

De acordo com Tadeu Sampaio (2013), a metodologia é essencial para a afirmação de uma atitude crítica em relação aos problemas científicos, políticos e filosóficos enfrentados nos cursos de pós-graduação, pois a metodologia constitui-se em um dos principais instrumentos para viabilizar o maior aprofundamento na ciência. Há, contudo, diferentes perspectivas metodológicas. Este artigo tenta verificar qual tem sido o acervo metodológico nas pesquisas criminológicas sobre mulheres.

3. MÉTODOS E METODOLOGIAS: PARA ALÉM DE UM EMARANHADO DE FIOS

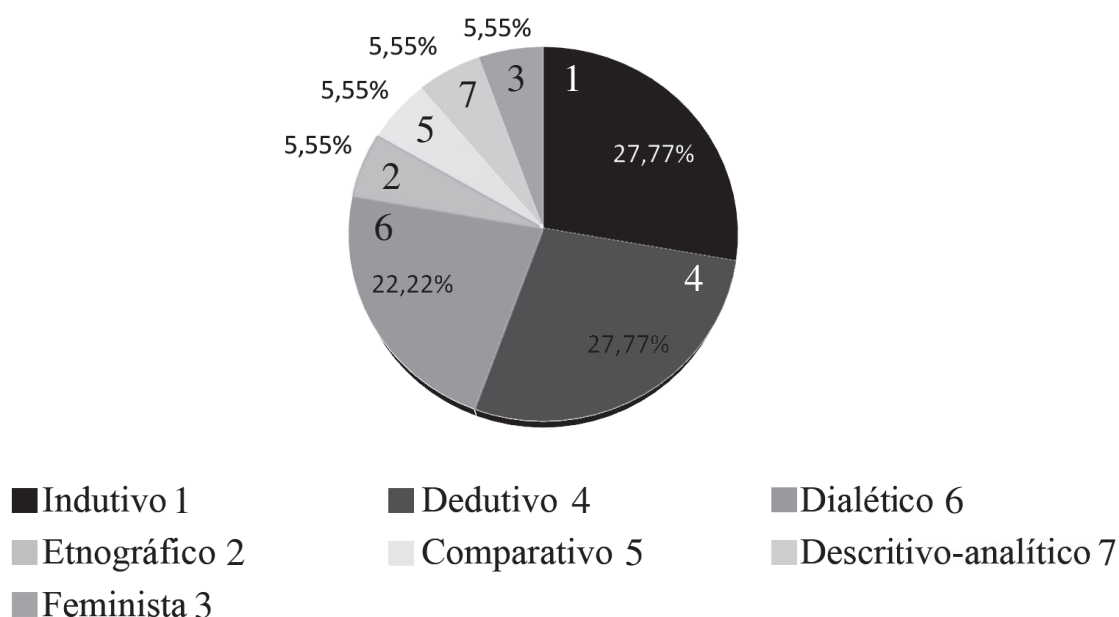
Metodologia é um conceito polissêmico que pode abranger tanto o estudo dos métodos existentes quanto o conjunto dos métodos utilizados em uma pesquisa,

ou seja, a explicação detalhada e exata de toda ação desenvolvida. Método é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais, que permitem alcançar um determinado objetivo (MARCONI; LAKATOS, 2010).

Para Antônio Gil (2008), há dois grandes grupos de métodos. O primeiro seria o de métodos que proporcionam as bases lógicas da investigação científica: dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo, dialético e fenomenológico. Cada um deles vincula-se a uma corrente filosófica: dedutivo ao racionalismo, o indutivo ao empirismo, o hipotético-dedutivo ao neopositivismo e o dialético ao materialismo dialético e o fenomenológico à fenomenologia. O segundo grupo seria o de métodos que têm por objetivo proporcionar a quem investiga os meios técnicos para garantir a objetividade e a precisão no estudo, tais como o histórico, o comparativo, o estruturalista, o etnográfico e o monográfico (estudo de caso). Segundo Marconi e Lakatos (2010), o primeiro grupo seria o de métodos de abordagem e o segundo o de métodos de procedimento.

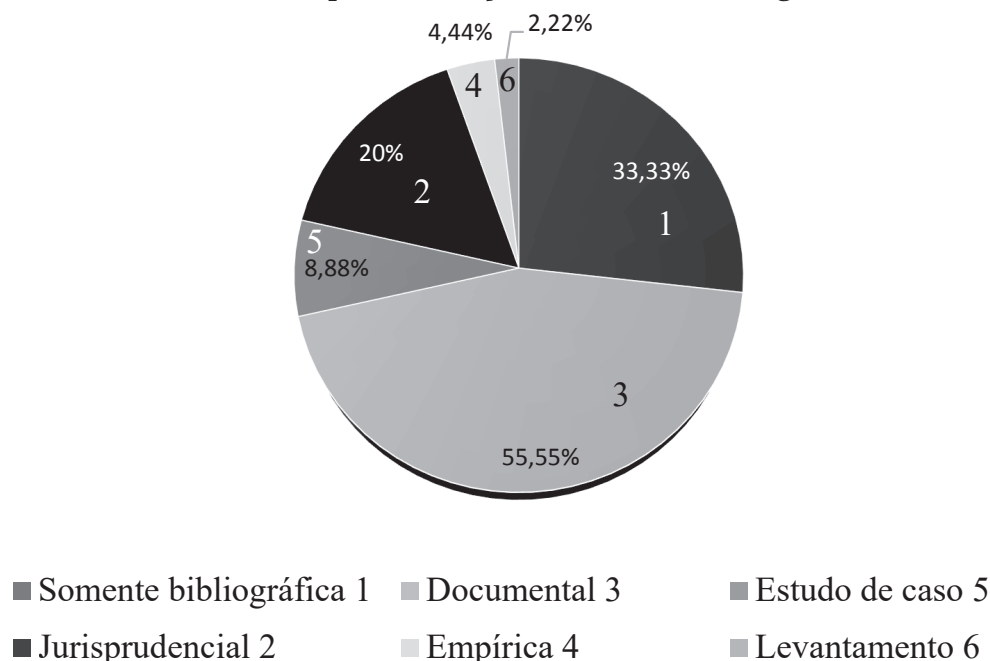
Ao averiguar a diversidade de métodos existentes, percebe-se que boa parte dos estudos reitera os mesmos tipos de pesquisa. Dos artigos selecionados, 18 artigos apontaram o método utilizado: cinco escolheram o método indutivo; cinco, o método dedutivo; quatro, o dialético; um, o comparativo; um, o etnográfico; um, o método descritivo-analítico; e um artigo apontou o uso de um método feminista. Em vinte e nove artigos não há referência alguma ao método de pesquisa. É válido ressaltar que algumas pesquisas utilizaram mais de um método, e, por isso, o total de métodos aparece em número superior ao total de artigos encontrados no levantamento.

Gráfico 4 – Métodos utilizados



Boa parte dos estudos pautam-se na pesquisa bibliográfica. O levantamento de dados apontou que, entre os trabalhos selecionados, quinze não apresentavam qualquer outro tipo de pesquisa além da bibliográfica; vinte e cinco apresentavam, além da pesquisa bibliográfica, análise documental; quatro realizaram também estudo de caso; nove realizaram pesquisa jurisprudencial; dois realizaram pesquisa empírica e um identificou como técnica a pesquisa de levantamento⁴.

Gráfico 5 – Tipos de Pesquisa (Além da bibliográfica)



É válido ressaltar que alguns artigos apresentaram mais de um tipo de pesquisa (além da pesquisa bibliográfica), e, por isso, a quantidade de tipos de pesquisa apresenta-se em número superior à quantidade de artigos analisados.

Outro dado que chamou atenção é que, apesar de boa parte dos trabalhos utilizar exclusivamente a pesquisa bibliográfica, a maioria não apontava os critérios de seleção da bibliografia utilizada. Os resultados indicam que apenas três (sete por cento) pesquisas apresentavam apontamentos sobre a seleção da obra, enquanto quarenta e dois trabalhos não indicavam os critérios de seleção da obra utilizada.

4. Em que pese o artigo apontar a técnica de pesquisa como levantamento, trata-se de pesquisa documental, em que foram analisados relatórios institucionais. A pesquisa de levantamento ou “Survey” busca verificar fenômenos que ocorrem em grupos da população (GRAY, D. E. *Pesquisa no mundo real*. Tradução de Roberto Cataldo Costa. Revisão técnica de Dirceu da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.).

Sobre a pesquisa empírica, um dos artigos optou por fazer entrevistas semiestruturadas com mulheres em situação de prostituição, e o outro fez observações nas DEAMs (Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher).

Sobre a pesquisa jurisprudencial, entre os artigos que a realizaram, apenas um apresentava como foi feita a seleção das decisões. Os outros sete (oitenta e oito por cento) não demonstravam ou indicavam como efetuaram esta seleção em seu trabalho, o que impossibilitou a análise da técnica de pesquisa e do resultado obtido.

Esses dados não diferiram de outras pesquisas já realizadas sobre a produção teórica brasileira no Direito. Segundo o estudo de Elaine Volpato (2017), em teses de doutorado, 74% dos resumos não falam sobre método ou sobre metodologia na introdução e, dentre elas, 51% não indicam o modo de construção da pesquisa. Além disso, as metodologias de cunho bibliográfico, se somadas, totalizam 76% dos estudos selecionados.

Sem recair na dicotomia pesquisa empírica versus teórica, sendo ambas de grande relevância, percebe-se um número grande de pesquisas eminentemente teóricas, sendo fundamental ampliar esse escopo para que nos situemos diante do Direito Penal que se concretiza com a prática social.

Segundo Adrian Howe (2016), não se pode afirmar consensualmente que haja uma metodologia feminista na criminologia, o que pode ser dito, no entanto, é que as pesquisas empíricas implantadas por feministas têm sido importantes para determinações mais precisas de várias questões como a violência dos homens contra as mulheres.

Outro ponto a se destacar é que as pesquisas também precisam alcançar mais a concretude da vida das mulheres e a diversidade de experiências do que ocorre em suas vidas, no âmbito do sistema de justiça criminal, para não correr o risco de serem reproduzidas universalizações. Chandra Mohanty (1984) observa, dentro de uma perspectiva feminista decolonial, os perigos do uso não crítico de metodologias que reforçam uma suposta universalidade das mulheres, o que pode contribuir para a perpetuação de dinâmicas de poder e colonialidade.

Supõe-se as mulheres como um grupo universal com os mesmos desejos e desafios, independente de classe, raça, etnia ou região, quando, na verdade, somente entendendo as contradições inerentes às mulheres e sua localização dentro de várias estruturas, que a ação política se dá de forma mais eficaz. Isso também ocorre, de acordo com Mohanty (1984), na utilização de conceitos, como patriarcado ou família, utilizados sem especificar seus contextos locais, culturais e históricos.

Segundo Linda Alcoff (1991), deve-se ter rigor para escapar da objetificação dos sujeitos, o que não é tarefa simples, mas permite que se falem com os outros e não pelos outros. Para Bruna Novaes (2017), no Direito Penal, mesmo enquanto “objeto” de pesquisa, a mulher é um sujeito estranho, quase invisível. Investigações que abordem as visões de mundo das mulheres em relação à questão criminal têm o potencial de aumentar a permeabilidade do campo, tornando-as menos estranhas ao meio.

4. CHULEANDO O TEXTO: REFLEXÕES SOBRE METODOLOGIAS E CRIMINOLOGIAS

Os dados apontados na presente pesquisa, em que pesem informações já assinaladas em alguns trabalhos que refletem sobre a produção no Direito, causam mais estranheza no campo da criminologia. Diferente do Direito em geral, nas pesquisas criminológicas a metodologia foi, ao longo do tempo, historicamente importante. Segundo Molina e Gomes (2007), a criminologia adquiriu autonomia e status de ciência quando o positivismo generalizou o emprego do método empírico, valorizando mais a observação e a indução do que a especulação e o silogismo do método abstrato, formal e dedutivo clássico.

Historicamente, foram muitas as opções metodológicas nas criminologias. Shecaira (2012, p. 62) destaca, inclusive, que “a investigação criminológica não obedece a um único princípio nem se atém a métodos que possam ser enclausurados em uma única perspectiva”. O autor destaca como principais métodos de estudo os diacrônicos (que avaliam até que ponto tal pesquisa difere das precedentes) e sincrônico (que buscam resultados comparados com estudos interculturais, de outros países ou outras regiões do país local).

Segundo Kaminsk (2017), criminólogo belga, impera muitas vezes na criminologia uma polarização micro x macro das análises que deveria, na verdade, apenas servir para identificar um ponto de partida da pesquisa, não um projeto radicalmente distinto ou manco. Poderia ser assim muito rico nessas pesquisas conjugar mais o peso das estruturas com a força das ações e das representações.

Ferrell (2012) aponta, a partir do seu contexto norte-americano, que a criminologia ortodoxa ficou muito presa a um fetichismo metodológico, que faz com que muitas vezes se adotem métodos completamente inadequados e inapropriados para o estudo das relações humanas. Segundo o autor, haveria uma crença de que a pesquisa por questionários e a análise estatística estariam, de alguma forma, misticamente dotadas do poder da “objetividade”.

Em verdade, o pano de fundo da crítica do autor é a própria pretensão de objetividade da ciência moderna, que busca a concretude e a certeza para toda a

liquidez e fluidez desses tempos, foco da criminologia cultural que critica os padrões, paralisantes e entediantes, da Modernidade (VELASCO, 2018). Conforme Ferrell (2010), deve-se notar as interferências externas nas pesquisas de agências financiadoras que fomentam a utilização de metodologias que “visam explicitamente reduzir as questões humanas a categorias cuidadosamente controladas de quantificação e cruzamento de dados”. Exclui-se, a partir desse olhar, a ambiguidade, o inesperado e o “erro humano” da pesquisa.

Para Velasco (2018), o que a criminologia cultural defende seria permitir que o(a) pesquisador(a) considere as suas experiências e as suas emoções, desmantelando-se as hierarquias epistêmicas dualistas que colocam o(a) pesquisador(a) – e o(a) jurista – sobre, e além, os sujeitos de pesquisa. Ferrell (2010) defende uma espécie de pesquisa etnográfica que consistiria na análise de estudos culturais, de nuances e de significado dentro de determinados meios culturais, estimulando a sensibilidade de quem investiga aos valores e significados subjetivos e do contexto em que pesquisa.

A crítica feita por Jeff Ferrell não é nova. De acordo com Molina e Gomes (2007), não foram poucos os autores a questionar a aplicação de determinadas metodologias de pesquisa no âmbito das ciências humanas e sociais, argumentando que não lhes caberia estabelecer generalizações, uma vez que o comportamento humano é imprevisível ou de tal complexidade e riqueza de matizes que o método empírico não seria capaz de captar sua essência e seu significado. Para os autores, contudo, deve-se complementar a atividade de pesquisa com análises qualitativas e diálogos interdisciplinares capazes de assimilar e interpretar o significado profundo do drama criminal.

Em 1977, Feyerabend, na obra *Contra o Método*, usa o chamado anarquismo epistemológico para defender, na verdade, um pluralismo metodológico, evitando que o(a) pesquisador(a) trabalhe apenas com regras, mas pense contra as regras. O autor defende a possibilidade também de, na pesquisa, se introduzir e elaborar hipóteses que não se ajustem às teorias firmadas ou fatos estabelecidos, mas que os questionem.

Para Edgar Morin (2000), o cuidado deve ser em evitar, na tentativa de adequação do mundo real ao científico, que se perca a noção de vida, de subjetividade, de complexidade. O autor afirma que é necessário seguir caminhos de tal forma diversos que podemos perguntar a nós próprios se há complexidades e não uma complexidade. A aspiração à complexidade tende ao conhecimento multidimensional, mas é preciso indicar as diferentes avenidas que conduzem ao ‘desafio da complexidade’.

5. ENTRELAÇAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS: POR METODOLOGIAS FEMINISTAS DECOLONIAIS

A costura da escrita possibilita a estruturação da coerência entre as bases teóricas e metodológicas, possibilitando a descoberta do texto pela pessoa que lê e intervém na sociedade. Percebe-se, contudo, grande falta de conexão entre os apontamentos críticos dos textos e as escolhas metodológicas. Boa parte das pesquisas utilizadas afirmam utilizar aportes teóricos criminológicos críticos e/ou teorias feministas, mas reproduzem formas metodológicas tradicionais e eurocêntricas, demonstrando falta de visão crítica acerca de outras possibilidades de construção do conhecimento. A diversidade do olhar permite apreciar melhor a complexidade dos problemas aos quais as mulheres estão inseridas no país.

Para Calderón (2017), o problema maior no âmbito metodológico não é se submeter a inúmeras exigências, em que pese, muitas vezes, aprisionar a pesquisa, mas à sua condição de colonizada, seguindo padrões de conhecimento eurocêntricos, que sustentam uma pretensão de universalidade e neutralidade. As metodologias tradicionais estruturam a pesquisa, muitas vezes, de forma verticalizada e descolada da realidade.

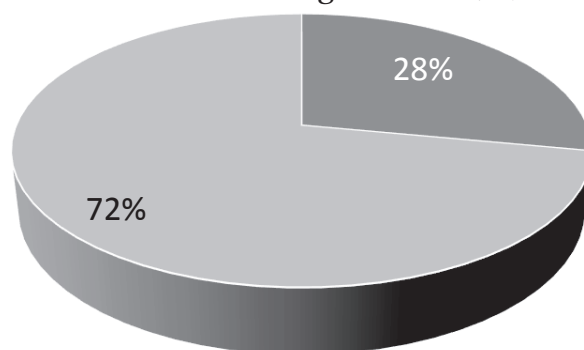
É fundamental pensarmos em metodologias que rompam com as lógicas coloniais. Para Adélia Miglievich-Ribeiro (2014), a proposta decolonial advém de um movimento formado por diversos autores e autoras, principalmente do Sul-Global, que alcançaria o campo teórico, ético e político ao questionar o conhecimento dito científico dos últimos séculos. Segundo Mignolo (2004), a gramática decolonial abre espaço para o aprendizado contínuo a partir do outro, mantendo uma postura desestabilizadora e decisiva na releitura dos construtos que moldaram o pensamento ocidental.

Conforme Borsani (2014), não se tem consolidada uma metodologia nessa perspectiva e, por isso, não se deve falar na possibilidade de um único desenho e/ou protocolo metodológico. É possível, entretanto, tentar construir tais metodologias sem os protocolos e standardizações do conhecimento. No âmbito das pesquisas sobre mulheres, é importante refletir acerca das abordagens que as sustentam.

Interessante observar que no que se refere à autoria dos artigos pesquisados, a maioria (72%) são de mulheres, totalizando 52 (cinquenta e duas), enquanto 28% são de homens, em total de 20 (vinte)⁵. Isso já mostra, todavia, que as mulheres têm pesquisado cada vez mais sobre a realidade das mulheres:

5. Muitos trabalhos foram feitos em coautoria, por isso o número de autores(as) é maior do que o de artigos.

Gráfico 6 – Identidade de gênero dos(as) autores(as)



■ Homens ■ Mulheres

Destaca-se, todavia, a quase ausência da utilização de metodologias feministas mostra a falta de audácia suficiente para que o conhecimento traga real impacto para a vida das mulheres. Apenas um artigo mencionou adotar tal perspectiva. De acordo com Calderón (2017), é preciso coragem para que pesquisadores(as) adotem práticas desobedientes e sejam capazes de desprendimentos e indisciplinas no intuito de utilizar alternativas metodológicas emancipadoras.

O referencial criminológico ajuda a descortinar a aplicação do sistema penal na resolução de conflitos. O diálogo destas leituras com as teorias feministas, que se pautam na defesa dos direitos das mulheres, evidencia como determinadas perspectivas teóricas, inclusive as críticas, ignoram as relações de gênero e os problemas que vivenciam as mulheres. Segundo Loraine Gelsthorpe (2002), a criminologia desenvolveu-se como um estudo de homens, sobre homens, mas se dizendo universal.

Na década de 1970, surgiu uma crítica feminista da ciência, que questionou por que as mulheres estavam excluídas do conhecimento científico, como sujeitos ou objetos de investigação. Várias feministas apontaram como caminho a procura de um novo espaço discursivo, no qual as mulheres livremente pudessem pensar e escrever como mulheres, sem o perigo de um caminho único (SOUZA, 2016).

Para Matos (2008), a crítica feminista contribuiu para facilitar a apreensão da realidade (seja coletiva ou individual) em termos de nova lógica e de nova epistemologia, apostando em perspectivas mais amplas e complexas, e no pluralismo de ciências. Trata-se de uma versão científica que prioriza a ótica da diferença, de alternativas, de flutuações, de descentralizações e incertezas através de aspectos construtivos e processos de abertura e mudanças.

Para Narvaz e Koller (2006), esses estudos passaram a ter como objetivo comum a mudança social, o resgate da experiência feminina, o uso de análises e de

linguagens não sexistas e o empoderamento⁶ dos grupos oprimidos, em especial das mulheres.

Para determinadas autoras, as metodologias feministas remetem mais à inclusão de questões de gênero e poder do que à adoção de técnicas específicas de coleta de dados (BRUSCHINI, 1992). Porém, outras autoras destacam as características mais qualitativas dessas abordagens, principalmente aquelas que se valem de aspectos da vida das mulheres como grupos focais, estudos de caso, e do método autobiográfico (LINTON, 1997).

De uma forma geral, mesmo sendo visões diversas, tais pesquisas são importantes por evidenciar que o feminismo, tanto quanto um movimento político, é também um corpo de conhecimento filosófico-epistemológico negligenciado e desvalorizado, sendo, muitas vezes, criticado por ser “emocional, subjetivo e não replicável”.

Sandra Harding (1986) destaca, no campo teórico-epistemológico, as principais correntes que externalizaram uma crítica à importância dos estudos sobre as mulheres: empirismo feminista, ponto de vista feminino e pós-modernismo feminista. O empirismo feminista ou feminismo da igualdade volta-se às experiências da vida real das mulheres e à identificação dos preconceitos que surgem no processo da investigação. Este modelo teórico é criticado por considerar a desigualdade entre os sexos como sendo circunstancial, desconsiderando o caráter estrutural da discriminação feminina.

A teoria do ponto de vista feminista, ou feminismo da diferença, busca alcançar uma perspectiva feminista sobre o objeto de estudo, superando as manifestações de atitudes sexistas na investigação. O Direito é visto assim como sendo masculino, impregnado de conceitos masculinos (como racionalidade e objetividade), sendo reivindicada a inserção de conceitos femininos. Carol Smart (1995) destaca o risco de se criar uma visão estática e unitária do Direito, em vez de problematizar suas contradições internas.

A teoria chamada de feminismo socialista ou pós-modernismo feminista, partiu de preceitos do feminismo da diferença para ir além e apontar a existência de uma pluralidade de perspectivas, sendo que nenhuma delas pode reivindicar a objetividade. Neste sentido, poderiam ser incluídas diversas dimensões e olhares nas pesquisas como as de raça, classe, gênero, dentre outras. Carol Smart (1976) chamou esse modelo teórico de pensamento contextual, pois desconstruiu o pensamento existente para se reconstruir.

6. Termo derivado do inglês “*empowerment*”, que remete ao desenvolvimento da autonomia das mulheres sobre seus corpos e sua vida.

Em comum, as três abordagens romperam com a visão do sujeito mítico cognoscente universal e permitiram perceber como as teorias criminológicas não incluíam as mulheres, sendo estas apenas uma variável, não um sujeito. Para Carol Smart (1995), as perspectivas feministas precisavam desafiar as concepções que estavam na raiz da criminologia para não arriscar uma existência marginalizada em ambos os segmentos.

Madalena Duarte (2013) apontou para a possibilidade de utilização de metodologias feministas no estudo do Direito, podendo servir quer como instrumento, quer como campo de disputas, para proteção das mulheres e transformação do paradigma societal para um paradigma em que o impacto das desigualdades baseadas no gênero seja mitigado. Segundo a autora, as metodologias feministas podem contribuir no campo do Direito, principalmente na perspectiva de transformação das suas instituições/estruturas investigadas, ou percebendo como a questão da mulher tem se colocado ao nível da lei substantiva, reconhecendo limites, mas também apresentando potencialidades.

O campo dos estudos de gênero e feminista contribuiu permanentemente para ressignificar os conteúdos e as formas daquilo que se apresenta como contingentemente universal, inclusive nas ciências, apostando na crítica contumaz às opressões de todas as ordens, enfim, na e pela transgressão multicultural emancipatória como método. Trata-se de apostar em uma ciência mais reflexiva, rompendo a visão de neutralidade, mas voltada à reconstrução da sociedade em bases mais equânimes e democráticas (MATOS, 2008).

Julia Sudbury (2003) também reconheceu a possibilidade de fazer uma pesquisa “antiopressiva”, militante, voltada não apenas para evitar a reprodução das desigualdades de poderes existentes na sociedade, mas desafiá-las e tentar fortalecer quem estava sendo pesquisado. Segundo Felipe Freitas (2017), a pesquisa militante ou ativista, ou qualquer outra reinvenção dos métodos e técnicas tradicionais, serve para demonstrar que o “mundo da pesquisa empírica” já não cabe mais nos cânones da neutralidade.

Pode-se observar que as metodologias utilizadas pelas criminologias tradicionais, construídas sobre as bases narrativas e as compreensões masculinas, não dão conta do panorama histórico das mulheres. As criminologias feministas precisam pensar, além de novos temas, novas metodologias de recorte e desenvolvimento de suas pesquisas para que se construa efetivamente um novo conhecimento.

De acordo com Ferreira e Nogueira (2016), é importante construir epistemologias que possibilitem a escuta qualificada de sujeitos historicamente

invisibilizados, como as mulheres. Estas têm propriedade para falar por si e devem ser ouvidas em suas reivindicações e consideradas como sujeitos. Para Amos e Parmar (2005), ao adotar métodos e estruturas de pesquisa de acadêmicos brancos do sexo masculino, muito da escrita feminista acadêmica não desafia suas suposições e repete visões dominantes e um chauvinismo racial.

Dentro desse viés, destaca-se a baixa reflexão em torno das questões raciais que afetam as mulheres. Tukufu Zuberi e Eduardo Bonilla-Silva (2008) produziram um interessante estudo em que apontaram a existência de “métodos brancos” e de “lógicas brancas” na análise dos dados empíricos dos trabalhos científicos, que reafirmavam a hierarquia racial.

Segundo Camila Prando (2018), ao estudar branquidade, a comunidade criminóloga possui valores e perspectivas muito homogêneas, o que exclui agendas de pesquisa fora de seu interesse e produz resultados científicos com menor objetividade e com repetição de vieses de pesquisa. Percebe-se assim o quanto as escolhas de pesquisa estão indubitavelmente relacionadas às posições de poder e o quanto precisam ser questionadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A metodologia da pesquisa científica auxilia o(a) pesquisador(a) a sistematizar e planejar sua pesquisa auxiliando na delimitação do tema, elaboração do problema, hipóteses e objetivos, bem como na seleção da bibliografia e nas etapas da pesquisa. Não há produção científica sem o arcabouço metodológico, sem a devida transparência e confiabilidade necessárias para que essa seja feita coletivamente. Buscou-se no presente trabalho definir os percursos metodológicos das pesquisas criminológicas sobre mulheres apresentadas no CONPEDI.

Parte significativa dos textos avaliados no presente artigo não apresentava suas escolhas metodológicas. Tal obscurantismo impediu a aferição da cientificidade da produção, refletindo o produtivismo da produção acadêmica no país. Isso é muito sintomático no Direito, sendo fundamental que os cursos de pós-graduação reconheçam a importância da metodologia para que haja a construção de um conhecimento efetivamente inovador e transformador para a sociedade.

A produção de um novo sistema de justiça criminal e de “tecnologias jurídicas” requer a compreensão do mundo prático a partir de um olhar científico. Já que o CONPEDI é o principal congresso de pós-graduação em Direito no país, faz-se necessário impor mais rigor na análise dos artigos sob pena de estimular a baixa qualidade da produção acadêmica e, conseqüentemente, seu baixo impacto na sociedade.

Isso nos induz à reflexão sobre a dinâmica dos projetos político-pedagógicos dos programas de pós-graduação e as formas de estimular a produção científica. Pode-se, também olhar, no futuro, para outras questões, como os obstáculos pessoais e institucionais de pesquisa ou verificar mais a fundo os problemas e referências escolhidos.

Em se tratando do campo criminológico, percebe-se também a falta de coerência entre as teorias críticas escolhidas e o arcabouço metodológico, além da falta de diversidade nos caminhos traçados. Muitas pesquisas ainda estão muito centradas em um caráter dedutivo e bibliográfico na construção de visões gerais e teóricas acerca do funcionamento do sistema de justiça criminal sem a devida contextualização social. Além disso, percebe-se uma universalização e objetificação das mulheres sem a clareza dos contextos diversos em que estão inseridas.

Os furos detectados mostram dificuldades de articulação teórica e metodológica, bem como de um aporte que realmente possibilite o questionamento do conhecimento atualmente produzido, mantendo-se a subordinação. Deve-se colocar à prova as teorias e metodologias tradicionais apresentadas, questionando as diferentes formas de ver o problema, incorporando outros debates como as perspectivas feministas em sua diversidade, principalmente negras e decoloniais.

Ademais, é importante pensar formas de pesquisar em que se “pesquise com” ao invés de “pesquisar sobre” por meio da escuta qualificada de sujeitos historicamente invisibilizados, como as mulheres negras, indígenas e as demais mulheres subalternizadas.

A pós-modernidade tem feito com que vários autores(as) advoguem cada vez mais uma epistemologia das incertezas. Não se pode, contudo, prescindir do cuidado no detalhamento dos passos de uma pesquisa, sob pena de se alimentar o encastelamento acadêmico e a falta de seu impacto na sociedade.

Longe de defender metodologias positivistas, o presente artigo advoga a importância de se construir novos percursos metodológicos. As metodologias feministas podem contribuir imensamente para a construção de um novo panorama histórico de produção de conhecimento sobre as mulheres no âmbito criminológico. Por meio das mesmas, pode-se contribuir para a definição de novos objetos de estudo e até novos modos de questionar o funcionamento do sistema de justiça criminal e as dinâmicas de controle social, propondo perspectivas mais focadas na mudança da sociedade.

Não se trata assim de se opor à visão de multidimensionalidade analítica, em especial no campo feminista, apenas apontar a necessidade de novos deslocamentos, no caso, no âmbito metodológico. As teorias feministas têm oferecido

ricas ferramentas epistemológicas e metodológicas e é preciso aprofundar estes estudos nas ciências criminais para consolidar esses deslocamentos. Ousar é um passo essencial para se produzir ciência. Novos tecidos de leitura podem representar rasgos e/ou subversões dos paradigmas hegemônicos apontando novos horizontes de costuras.

REFERÊNCIAS

- ALCOFF, L. The problem of speaking for others. *Cultural Critique*, 20. p. 5-32, 1991.
- AMOS, Valerie; PARMAR, Pratibha. Challenging Imperial Feminism. *Feminist Review*. n. 17, p. 3-19, 1984.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; BARROS, Matheus de. Os desafios e os novos caminhos da pesquisa em direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 5, n. 1, p. 25-48, mar. 2018.
- BORSANI, M. Reconstrucciones Metodológicas y/o Metodologías a posteriori. *Astrolabio*, [S.l.], n. 13, dic. 2014. Disponível em: [<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/9028>]. Acesso em: 22.07.2018.
- BRUSCHINI, C. O uso de abordagens quantitativas em pesquisas sobre relações de gênero. In: A. COSTA, A. & BRUSCHINI, C. (Orgs.) *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.
- CALDERÓN, Patricia Asunción Loaiza. Abordagem metodológica em estudos decoloniais: possível diálogo entre a análise crítica do discurso e as epistemologias do sul. *Anais do XX SEMEAD – Seminários em Administração*. Novembro de 2017. Disponível em: [http://login.semead.com.br/20semead/anais/resumo.php?cod_trabalho=2018].
- CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CONPEDI. IV Encontro Internacional do CONPEDI Instituto Internacional de Sociologia Jurídica Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle Espanha – Gipuzkoa – Oñati. Disponível em: [<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Edital-O%C3%B1ati-Vers%C3%A3o-Publicada-25-1-2016.pdf>]. Acesso em: 22.07.2018.
- CONPEDI. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI em Salvador – BA. Ju. 2018. Disponível em: [<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/y66z1r81>]. Acesso em: 22.07.2018.
- DUARTE, Madalena. *Para um direito sem margens: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres*. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra, 2013.

- FERREIRA, Paula Camila Veiga; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Teoria política feminista sul-global: perspectivas do feminismo transnacional para uma transposição epistemológica rumo à alteridade e à igualdade substancial. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, n. 31, p. 189-208, 2016.
- FERRELL, Jeff. Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 82, p. 339-360, jan./fev. 2010.
- FERRELL, Jeff. Morte ao método: Uma provocação. In: *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 1, p. 157-196, jan.-mar. 2012.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
- FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 1, n. 2, p. 53-70, nov. 2004. Disponível em: [http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/40]. Acesso em: 22.07.2018.
- FREITAS, Felipe. *Desafios éticos da pesquisa empírica em direito: racismo e sexismo em debate*. Apresentação Oral. VII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito Pesquisa empírica em direito: porquê? Para quê? Para quem? 2017.
- GELSTHORPE, Loraine. Feminism and Criminology. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Eds). *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford, 2002.
- GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- GRAY, D. E. *Pesquisa no mundo real*. Tradução de Roberto Cataldo Costa. Revisão técnica de Dirceu da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
- HARDING, Sandra. *The Science Question in Feminism*. Ithaca: Cornell University, 1986.
- HOWE, Adrian. Feminist Methods and Sources in Criminology and Criminal Justice. *Legal Information Management*, n. 16, P. 102-107, 2016.
- KAMINSK, Dan. Qual metodologia para uma criminologia crítica? *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 3, p. 162-173, out. 2017.
- LINTON, R. Rumo a um método feminista de pesquisa. In: JAGGAR, Alison. M.; BORDO, Susan. R. (eds.). *Gênero, corpo, conhecimento*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MATOS, M. Teorias de gênero ou teorias e gênero ? Se e como os estudos de gênero e feministas se transformaram em um campo novo para as ciências. *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, p. 333-357, 2008.

- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIGLIEVICH-RIBEIRO, Adelia. Por uma razão decolonial: Desafios ético-político-epistemológicos à cosmovisão moderna. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 66-80, jan.-abr. 2014.
- MIGNOLO, Walter. Os esplendores e as misérias da 'ciência': colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistêmica. In: SANTOS, Boaventura (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: 'um discurso sobre as ciências' revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.
- MOHANTY, Chandra Talpade. Under western eyes: feminist scholarship and colonial discourses. *Boundary 2*, v. 12, n. 3, On Humanism and the University I: The Discourse of Humanism. Spring – Autumn, p. 333-3580 1984.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Metodologias feministas e estudos de gênero: articulando pesquisa, clínica e política. In: *Psicologia em Estudo*. v. 3, n. 11, p. 647-654, 2006.
- NOBRE, Marcos. *Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil*. Novos Estudos Cebrap. São Paulo. jul. 2003.
- NOVAES, Bruna Portella. Possíveis contribuições metodológicas para as tensões entre criminologia crítica e feminismo. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 2, jun. 2017. p. 144-155.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018.
- SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. A importância da metodologia da pesquisa para a produção de conhecimento científico nos cursos de pós-graduação: A singularidade textual dos trabalhos científicos jurídicos. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. v. 23, n. 26. 2013. Disponível em: [<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12368>]. Acesso em: 22.07.2018.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- SILVA, Cynthia. *A costura textual*. Oficina da Palavra, 20 maio 2013. Disponível em: [<https://www.ofpalavra.com.br/a-costura-textual/>]. Acesso em: 22.07.2018.
- SMART, Carol. *Women, Crime and Criminology: a Feminist Critique*. London: New York: Routledge, 1976.
- SMART, Carol. *Feminism and the Power of Law*. London; New York: Routledge, 1995.

- SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade: A aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SUDBURY, Julia. *Outros tipos de sonhos: organizações de mulheres negras e políticas de transformação*. São Paulo: Summus, 2003.
- VELASCO, Liziane Bainy. Criminologia cultural e ciência jurídica: desconstruindo o estereótipo entediante do operador do direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XXI, n. 168, jan 2018. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20022&revista_caderno=3]. Acesso em: 26.07.2018.
- VOLPATO, Elaine Cristina Francisco O. Metodologia da pesquisa versus pesquisa da metodologia: interfaces da dogmática jurídica na pós-graduação. *Revista Brasileira de Pós-graduação*, Brasília, v. 14, 2017. Disponível em: [<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/1413>].
- ZUBERI, Tukufu; BONILLA-SILVA, Eduardo. *White logic white methods: racism and methodology*. Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/ 294-338 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/ 953-994 (DTR\2009\636);
- Teoría del conocimiento feminista y criminología de la mujer, de Gerlinda Smaus – *RBCCrim* 27/235-249 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/299-320 (DTR\1999\576).