Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 142 • abr. / 2018

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 26 • vol. 142 • abr. / 2018

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EDITORES-ASSISTENTES – Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Leonhardt, Jéssica da Mata, Pedro Castro, Thiago Araújo 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 (Universidad 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 (Universidad de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidad de Alicante – Espanha); Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha); Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha); Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal); Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha); David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália); Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (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); Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha); João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha); Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (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 (Universidade do Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/PR); Alexis Couto de Brito (Mackenzie – São Paulo/SP); Ana Carolina Carlos (Uni-Barcelona/ ESP); Ana Cristina Gomes (USAL – Salamanca/ESP); Ana Luiza Gonçalves dos Santos (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ); André Filipe Pereira Reid dos Santos (PPGD-FDV – Vitória/ES); André Machado Maya (FMP – Porto Alegre/RS); Antonio Carlos Tovo Loureiro (Ulbra – Porto Alegre/RS); Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main – ALEM); Camilla Marcondes Massaro (PUCC – Campinas/SP); Cristina Rego de Oliveira (FDUCP – Lisboa/POR); Denise Hammerschmidt (UENP – Jacarezinho/PR); Diogo Rudge Malan (UFRJ e UERJ/ RJ); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe Faoro Bertoni (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS); Gustavo Diniz Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP); Jardel Luís da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS); Jose Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM – Marília/SP); Leonardo Massud (PUCSP – São Paulo/SP); Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/RS); Maria Cláudia Girotto do Couto (USP – São Paulo/SP); Milena Tarzia Barbosa da Silva (OAPEC – Santa Cruz do Rio Pardo/SP); Paula Nunes Mamede Rosa (USP – São Paulo/SP); Paulo Thiago Fernandes Dias (Unisinos – São Leopoldo/RS); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – POA/RS); Renato Silvestre Marinho (USP – São Paulo/SP); Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (Instituto Jurídico Portucalense – PT); Ricardo Tadeu Penitente Genelhú (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES); Rodrigo Camargo (ULBRA – Torres/RS); Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ); Rodrigo Jose Fuziger (USP – São Paulo/SP); Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR); Rosane Teresinha Carvalho Porto (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS); Sebastian Borges de Albuquerque Mello (UFBA – Salvador/BA); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Taiguara Libano Soares e Souza (IBMEC-RJ/UFF – RJ); Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Thiago de Jesus (PUCRS – Porto Alegre/RS); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ); Thiago Mota de Moraes (CESMAC – Maceió/AL); Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ); Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); Vilobaldo Cardoso Neto (Universidade Tiradentes – SE); Viviane Freitas Perdigão Lima (Universidade Estadual do Maranhão – São Luís/MA)

AUTORES (DESTE VOLUME)

André Codo Jakob (UniCEUB/UnB – Brasília/DF); Augusto Tarradt Vilela (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); Bruno Amaral Machado (UniCEUB/UnB – Brasília/DF); Carolina Souza Cordeiro (UniCEUB/UnB – Brasília/DF); Emetério Silva de Oliveira Neto (UFMG – Belo Horizonte/MG); Evandro Piza Duarte (UnB – Brasília/DF); Fernando Nascimento dos Santos (IESB e UNIEURO – Brasília/DF); Jamilla Monteiro Sarkis (UFMG – Belo Horizonte/MG); Júlio César Matias Lobo (Faculdade Católica Rainha do Sertão – Quixadá/CE); Paddy Hillyard (Queen's University Belfast – IRL); Regina Geni Amorim Juncal (UFMG – Belo Horizonte/MG); Renata Albuquerque Lima (UVA – Sobral/CE); Renata Reverendo Vidal K. Nagamine (UFBA – Salvador/BA); Roberto Luiz Corcioli Filho (USP – São Paulo/SP); Steve Tombs (The Open University – UK); Tiago Kalkmann (UFRGS – Porto Alegre/RS); Túlio Vianna (UFMG – Belo Horizonte/MG)

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 26 • vol. 142 • abr. / 2018

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 142 • abr. / 2018

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

Diagramação eletrônica: WK Editoração Gráfica Ltda., CNPJ 13.342.196/0001-44
Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49

© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Juliana Mayumi Ono
Diretora responsável

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 RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [04-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [21.02.2018]

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

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
Vice-Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Secretário
Renato Stanziola Vieira
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
André Adriano Nascimento da Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
Membros
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira
Ouvidor
Rogério Fernando *Taffarello*

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação
Gabriel de Freitas Queiroz
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Silvio Luiz de Almeida
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Maria Helen Rolim
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Jornal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida
Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Christiano Fragoso

Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida
24º Seminário Internacional
Silvio Luiz Almeida

Grupos de Estudos

Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Natália Macedo Sanzovo
Comissão Especial IBCCRIM-Coimbra
Presidente
Rafael Serra de Oliveira

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
Camila dos Santos Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Priscila Nicastro
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Carolina Diniz
Equipe
Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Equipe

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Cristina Uchôa
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Equipe

Núcleo de Educação

Supervisão
Allyne Andrade
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses da Silva
Equipe
Taynara Lira
Rafael Vieira

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 142 • abr. / 2018

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Analistas Editoriais: André Furtado de Oliveira e Karolina de Albuquerque Araújo

Assistente Editorial: Francisca Sena

Produção Editorial
Coordenação
Iviê A. M. Loureiro Gomes

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thaís Rodrigues Sampaio

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecilia Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Beatriz Brandão Bicker, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

Controle de qualidade da diagramação: 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

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

Responsabilidade penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas

Indigenous criminal punishment: dogmatic insufficiency and the intercultural dialogue need with indigenous peoples

Fernando Nascimento dos Santos 17

Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal

Security measure: study on the possibility of a unified penal responsibility model

Regina Geni Amorim Juncal 47

Processo penal

A persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos nos discursos dos magistrados: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal

The criminal prosecution of corruption and economic crimes in the judges' discourses: an exploratory analysis of the Federal Justice system

André Codo Jakob, Bruno Amaral Machado e Carolina Souza Cordeiro... 81

A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em Processo Administrativo Fiscal no Processo Penal

The prohibition of obtaining the evidence produced by requirement in a tax Administrative Process in the Criminal Process

Augusto Tarradt Vilela 111

Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *Habeas Corpus* 126.292

Penal garantism and presumption of innocence: an analysis of the Habeas Corpus *126.292*

Emetério Silva de Oliveira Neto 133

Por uma releitura dos conceitos de sistema processual penal inquisitório e acusatório a partir do princípio da igualdade

A review of the concepts of inquisitorial and accusatory criminal justice systems under the principle of equality

Evandro Charles Piza Duarte e Tiago Kalkmann 171

A prisão cautelar no direito brasileiro: uma ampliação *ope iudicis* a partir de uma visão da nova hermenêutica constitucional

The precautionary arrest in Brazilian law: an enlargement ope iudicis from a view of the new constitutional hermeneutics

Júlio César Matias Lobo e Renata Albuquerque Lima 209

Crime e Sociedade

A hipnose forense como método de investigação criminal

Forensic hypnosis as a method of criminal investigation

Jamilla Monteiro Sarkis e Túlio Vianna 243

Para além da criminologia?

Beyond criminology?

Paddy Hillyard e Steve Tombs
Traduzido por Marina Quezado Soares 273

Direito penal e orientação sexual em contexto: a produção da hostilidade a gays e lésbicas através da proposta de criminalização da homossexualidade em Uganda

Criminal law and sexual orientation in context: the production of hostility to gays and lesbians through proposal of criminalization of homosexuality in Uganda

Renata Reverendo Vidal K. Nagamine 301

Voluntarismo judicial: a internação de adolescentes por tráfico de drogas no TJSP

Judicial voluntarism: São Paulo State Court and the detention of juvenile drugs offenders

Roberto Luiz Corcioli Filho 341

Índice Alfabético-remissivo 375

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 381

Diretrizes ao corpo de avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 391

Condições Básicas para Submissão (*checklist*) 395

Edital I – dossiês temáticos 2018 397

Responsabilidade penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas

Indigenous criminal punishment: dogmatic insufficiency and the intercultural dialogue need with indigenous peoples

Fernando Nascimento dos Santos

Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Ciências Penais pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública pelo CRISP/UFMG. Procurador autárquico no Conselho Federal de Engenharia e Agronomia CONFEA. Professor no IESB e no UNIEURO. Advogado.
donnfernando@yahoo.com.br

Recebido em: 05.07.2017
Aprovado em: 05.12.2017
Última versão do(a) autor(a): 08.01.2017

Áreas do Direito: Penal; Constitucional; Processual

Resumo: O presente artigo analisa a insuficiência da dogmática para a compreensão dos crimes praticados por indígenas em face da diversidade cultural, propondo a abertura do Direito Penal para o diálogo intercultural com os povos indígenas para enfrentar esse desafio. Primeiramente, analisa o papel da dogmática penal no projeto de integração dos índios à sociedade moderna. Em seguida, apresenta os critérios dogmáticos que têm sido utilizados para a responsabilidade penal do índio e, adiante, apresentam-se as noções de multiculturalismo e interculturalismo, como argumentos para evidenciar, no quinto tópico, a necessidade de abertura do Direito Penal para o diálogo com os povos indígenas, na perspectiva do interculturalismo, como forma de superação da insuficiência dogmática, possibilitando novas técnicas de controle penal que podem ser construídas entre o Estado Nacional e as diversas comunidades indígenas.

Abstract: The present article analyses the insufficiency of the dogmatic to understand the crimes practiced by indigenous in face of cultural diversity. It suggests to open the Criminal Law to the intercultural dialogue with indigenous in order to confront this challenge. Firstly, it analyzes the role of the dogmatic in the indigenous integration project into modern society. After, it presents the dogmatic criteria that have been used for the indigenous criminal punishment, and, below, presents the notions of multiculturalism and interculturalism, as arguments to show, in the fifth topic, the need to open the Criminal Law to dialogue with the indigenous peoples, in the perspective of interculturalism, as a way of overcoming dogmatic insufficiency, enabling new techniques of criminal control that can be built between the National State and the various indigenous communities.

Santos, Fernando Nascimento dos. Responsabilidade penal do índio: insuficiência da dogmática e a necessidade de diálogo intercultural com os povos indígenas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 17-46. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

Palavras-chave: Direito Penal moderno – Dogmática penal – Índio – Diversidade cultural – Pluralismo – Multiculturalismo – Interculturalismo.

Keywords: Modern Criminal Law – Dogmatic – Indigenous – Cultural diversity – Pluralism – Multiculturalism – Interculturalism.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dogmática penal no projeto integracionista. 3. Critérios dogmáticos para a responsabilidade penal do índio. 4. *Jus puniendi*, multiculturalismo e interculturalismo. 5. Além da dogmática penal. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Direito Penal moderno vivencia diversos dilemas relacionados às peculiaridades dos povos indígenas. A produção de saberes e os estudos sobre o controle penal até os dias atuais têm se pautado, salvo raríssimas exceções, na historiografia e narrativas tradicionais, baseadas na visão de mundo eurocêntrica, que conta a história sob a perspectiva dos dominadores e, nessa toada, inserem-se também o estudo e o controle sobre os povos indígenas.

Os crimes praticados por índios, integrados ou não à sociedade não índia, geralmente são resolvidos por meio da utilização das categorias jurídico-penais clássicas. A questão se torna complexa diante da pluralidade de valores ético-sociais desses povos que, embora vivam em um Estado Nacional, geralmente não compartilham dos mesmos valores, crenças e modos de vida da sociedade oficial (não índia).

É comum, nas comunidades indígenas, a prática de condutas consideradas crimes pelo Direito Penal oficial, entretanto, na escala própria de valores indígenas são consentidas – e em muitos casos, incentivadas – pela tribo, como forma de reforçar esses mesmos valores. São exemplos dessas práticas o canibalismo, o abuso sexual infantil, o homicídio, o infanticídio, o uso de entorpecentes, entre outras, que, para o Direito Penal dos Estados Modernos, geralmente são condutas de alta reprovabilidade social e punidas com penas severas. Com base no método hipotético-dedutivo, o problema desse estudo é saber se a dogmática penal tem apresentado soluções satisfatórias para a responsabilidade penal do indígena, partindo da hipótese de que as fórmulas jurídicas até então adotadas pelo direito Estatal para os delitos praticados pelos povos indígenas não levam em consideração sua diversidade cultural.

O artigo consiste em uma revisão bibliográfica em torno da responsabilidade penal dos indígenas, porém, busca-se uma releitura das soluções jurídico-penais propostas pelos autores pesquisados sob a ótica do multiculturalismo e do interculturalismo.

Para tanto, o primeiro tópico analisará o papel da dogmática penal no projeto de integração dos índios à sociedade moderna. No tópico segundo, serão apresentados os critérios dogmáticos que têm sido utilizados para a responsabilidade penal do índio. Prossegue-se o estudo com a análise das noções de multiculturalismo e interculturalismo, como argumentos para evidenciar, no quinto tópico, a necessidade de abertura do Direito Penal para o diálogo com os povos indígenas, na perspectiva do interculturalismo, como forma de superação da insuficiência dogmática, possibilitando novas técnicas de controle penal que podem ser construídas entre o Estado Nacional e as diversas comunidades indígenas, sem a pretensão, entretanto, de apontar os critérios que doravante devem ser utilizados para responsabilização do índio, desafio a que todos somos chamados a enfrentar a partir do diálogo proposto.

2. Dogmática penal no projeto integracionista

Historicamente tratados como povos atrasados e inferiores em relação à sociedade ocidental dita civilizada, os povos indígenas foram – e em certa medida ainda são – vítimas de uma política integracionista, que, numa perspectiva etnocêntrica, colonizadora e monista[1], visava à completa integração dos índios à civilização.

1. Sobre a concepção monista, Antonio Carlos Wolkmer anota que é atribuído ao Estado Moderno "o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo" (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura jurídica no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. p. 46). Entre as várias características do Estado Moderno, pretende-se aqui destacar a monopolização do direito e do poder por parte do Estado. Nessa linha de pensamento, é coerente a observação que Norberto Bobbio faz sobre essa transição de paradigma entre a sociedade medieval e a sociedade moderna: "A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. [...] a esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como uma mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado mas pela so-

Esse processo integracionista ocorreu nos diversos territórios explorados pelos países dominadores, por ocasião do colonialismo, na era mercantilista, sobretudo a partir da descoberta das Américas e do caminho das Índias, e se intensificou com a consolidação dos Estados Nacionais.

Analisando a política integracionista, Carlos Frederico Marés de Souza Filho[2] assinala que o colonialismo mercantilista teve um relacionamento com os povos locais de profunda exploração, desrespeito e crueldade, em que "os índios eram caçados, nas selvas, montanhas e pradarias, empurrados para o interior e vendidos ou treinados em cativeiro para servir de escravos, cristianizados e transformados em força de trabalho para capitais mercantilistas"[3]. Para o autor, a política colonialista na América pautou-se pela subjugação e integração dos povos que ia encontrando. A subjugação cultural e econômica consistia em promover a integração forçada, religiosa e econômica dos povos colonizados (não apenas os indígenas), ou então, a sua destruição, em caso de resistência. Aos poucos, aqueles que sobreviviam à luta contra os colonizadores poderiam ingressar na vida do Reino como trabalhadores, semiescravos ou integrantes de missões de "pacificação" de outros povos[4].

A caçada aos povos indígenas na América é muito bem analisada pelo autor, segundo o qual, diante de tantas crueldades perpetradas pelos colonizadores, os índios só tinham a opção de lutar ou sucumbir, e por isso "se pudéssemos visualizar num grande mapa da América o caminho traçado por cada povo até o lugar onde se encontra hoje, seguramente veríamos trilhas de sangue por toda a imensidão das florestas, cerrados, campos e montanhas"[5].

De fato, esse complexo e conflituoso processo de colonização, concomitante à formação dos Estados Nacionais, e que ganhou força na idade moderna, impôs aos povos originários colonizados a "transfiguração de sua identidade étnica, cooptados a integrarem a nação que se queria criar"[6]. Para tanto, buscaram-se, nas mais diversas áreas de atuação do Estado e nos mais variados fluxos de inte-

---

ciedade civil" (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 27).

2. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos para o direito*. 8. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
3. Ibidem, p. 75.
4. Ibidem, p. 77-78.
5. Ibidem, p. 75.
6. SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 25.

ração e controles sociais, a aculturação e a dominação dos povos originários, que passaram por um processo de assimilação ao modo de vida do "homem branco" e dos valores da sociedade moderna. Tornou-se um desafio para o Estado docilizar esses povos estereotipados como atrasados, selvagens e primitivos. Era preciso salvá-los, proporcionando-lhes o progresso e integrando-os à civilização.

Essa foi a opção adotada no Brasil, à luz do art. 4º do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que estabeleceu três categorias de índios: a) isolados, quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se têm poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; b) em vias de integração, quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, dos quais vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; e c) integrados, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

As diversas normas que tratavam dos povos indígenas e ainda das políticas públicas que lhes foram destinadas ao longo da história do Brasil indicam o desejo incessante de incorporação desses povos à comunhão nacional. Obviamente que esse processo integracionista não se deu de forma tranquila e pacífica. Em abrangente estudo sobre a criminalização indígena, Tédney Moreira da Silva[7], retomando as lições de Darcy Ribeiro[8], ressalta os esforços para a criação da nacionalidade brasileira e consagração do Estado Moderno nas terras dominadas pelos lusitanos:

> A construção da nacionalidade brasileira possibilitaria o exercício do poder soberano num território já arduamente conquistado após o afastamento de ataques estrangeiros, no período colonial, e a supressão de movimentos populares separatistas, durante o Império. Isto porque nação, centralização e soberania de exercício do poder e a delimitação de um território eram, à luz do entendimento filosófico-político aplicado aos Estados Modernos, os signos distintivos do verdadeiro Estado[9].

7. SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio:* criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
8. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro:* a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
9. SILVA, Tédney Moreira da. Op. cit., 2015. p. 26.

Tornou-se imprescindível impor aos povos originários os valores universais, de cariz europeu, rompendo com os costumes, tradições e valores desses povos em prol da cultura da sociedade "civilizada" e de um ideal de homogeneização. Isso ocorreu também no Direito Penal, que, segundo Raul Carnevali, talvez seja o principal instrumento de definição de critérios axiológicos predominantes em uma sociedade, tradicionalmente construídos sob as bases de um Estado que escolhe os valores reconhecidos por uma sociedade considerada culturalmente homogênea[10].

Não por acaso, o Direito Penal, como parte desse projeto de racionalização do poder punitivo e superação das práticas e costumes dos povos dominados, é compreendido, numa perspectiva histórica, como um processo de evolução e aperfeiçoamento da vingança punitiva, ou, na expressão de Luigi Ferrajoli, "corresponde a uma longa luta contra a vingança"[11].

Os penalistas costumam apresentar essa evolução em três fases: vingança divina, vingança privada e vingança pública[12]. Por vingança divina entendem-se as práticas de punição próprias das sociedades antigas[13], dominantes no Oriente antigo (além da Babilônia, China, Índia, Israel, Egito, Pérsia, dentre outros), em que se punia o infrator para desagravar a divindade ofendida, e a pena era aplicada geralmente por meio de um representante religioso (sacerdote). A vingança privada, por sua vez, compreende os modos de solução de conflito em que os próprios lesados, individualmente ou por meio da intervenção dos seus grupos, promoviam a resposta à lesão sofrida, o que poderia levar, como forma de punição, até o banimento (expulsão da tribo ou grupo), quando o ofensor era do próprio grupo, ou até mesmo a vingança de sangue ou guerra grupal, quando a ofensa fosse praticada por alguém estranho ao grupo. Com a consolidação do Estado Moderno e a pretensão de racionalização do poder punitivo, o Estado substituiu a vingança privada, monopolizando a

10. CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. *Politica Criminal*, n. 3, 2007, A6. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf]. Acesso em: 03.12.2016. p. 2.

11. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 310.

12. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 28-30.

13. Usualmente, os doutrinadores utilizam "sociedade primitiva". Preferiu-se aqui a substituição pelo termo "antiga", para se manter fiel à crítica à pretensão de superioridade das sociedades ditas "civilizadas".

solução dos conflitos, transferindo o poder de impor sanção penal a uma autoridade pública, segundo padrões definidos nas leis, o que a doutrina denomina vingança pública[14].

Esse modelo punitivo moderno engendra um projeto positivista, que sistematiza e racionaliza o poder de punir estatal por meio da definição de normas incriminadoras gerais e abstratas (tipos penais) que tutelam os valores jurídicos hegemônicos na sociedade (bem jurídico-penal), assim definidos pelo legislador como expressão da vontade da população, e que, uma vez violados (subsunção do fato ao tipo penal), impõem, após cumpridos todos os ritos processuais definidos em lei, a aplicação da sanção penal correspondente, a ser executada pela autoridade pública. Espera-se, com o perfeito funcionamento desse imbricado sistema punitivo, a pacificação social, solucionando o conflito jurídico-penal com a imposição e cumprimento da pena criminal.

Nesse passo, foram desenvolvidas diversas categorias jurídicas, dogmaticamente elaboradas com a pretensão de solucionar o conflito penal (o crime), fornecendo um instrumental normativo-teórico para a compreensão do "se", "porque" "quando" e "como" punir, proibir e julgar[15]. Ao estabelecer limites e categorias conceituais, a dogmática almeja a segurança jurídica, mediante a aplicação do Direito Penal de forma segura e previsível, embora já se tenha re-

14. Zaffaroni sugere a existência de apenas dois modelos: o modelo de solução entre as partes e o modelo de decisão vertical ou punitivo, sendo traço diferencial a posição da vítima. No modelo de partes, similar ao conceito de vingança privada, há duas pessoas que protagonizam o conflito (a que lesiona e a que sofre a lesão) para o qual se procura uma solução. As partes se exprimiam numa luta entre elas, num combate ritualístico ou simbólico relativamente restrito e regulado, ou seja, um estado de guerra entre pessoas decidindo pela contenda ou por seus equivalentes simbólicos (a prova de Deus ou as diversas ordálias). A vítima é colocada de lado (confiscada), ou seja, não é considerada lesionada, mas um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (que intervêm quando querem, assim como atuam sem levar em conta a vontade do lesionado ou vítima). É um modelo de decisão vertical, com a vítima confiscada, reduzida a um objeto que proporciona o dado que permite individualizar o outro, sobre o qual se pode exercer o poder, sempre que os operadores do sistema penal assim decidirem (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro:* teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 384).

15. Essas são perguntas norteadoras de Luigi Ferrajoli na construção de sua fundamentação do Garantismo Penal (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 230-573).

conhecido que muitas vezes "nem sequer tenha permitido tal previsibilidade" e que há "usos relativamente perversos do método dogmático"[16].

A questão que se coloca, e que será melhor desenvolvida no tópico seguinte, é até que ponto esse modelo tem apresentado respostas satisfatórias para a solução de conflitos numa sociedade plural e heterogênea e que, além da diversidade que acompanha o permanente processo de integração e globalização da sociedade moderna, precisa ainda conviver com a existência de grupos originários que não partilham dos mesmos valores, crenças, costumes e até possuem códigos e formas punitivas próprias.

Em relação aos povos indígenas, essa questão ganha especial relevância, diante da dificuldade da dogmática penal para o tratamento jurídico-penal sem se desvencilhar da pretensão integracionista e assimilacionista.

Antes de iniciar essa abordagem, é bastante oportuno retomar a crítica de Zaffaroni et al. acerca dos usos perversos do método dogmático:

> Sua aplicação estritamente limitada às leis clássicas (completude lógica e compatibilidade legal), a restrição de dados para interpretar, reduzindo-os aos normativos (dever ser), a refutação de dados do ser ou sua seleção arbitrária e a incorporação de dados do dever ser como se procedessem da realidade (confusão dos planos normativo e ôntico) permitem construções especulativas conceituais que possibilitam a imposição de penas a fatos que não são ações nem são lesivos; que todo resultado seja considerado previsível; que de todo comportamento se deduza insurgência quanto a um valor jurídico; que todo vulnerável seja tido como perigoso; que todo dissidente seja considerado inimigo do estado ou da sociedade; que toda lesão seja vista como censurável; ou ainda que toda censura alcance a máxima entidade[17].

Nesse contexto, adiante, ver-se-ão os critérios de que tem se valido o Direito Penal Moderno a pretexto de solucionar os crimes praticados por índios, muito embora seja evidente o dissenso entre os valores indígenas e os valores dos não índios.

3. Critérios dogmáticos para a responsabilidade penal do índio

Ao analisar os parcos estudos doutrinários sobre a questão penal indígena, é possível asseverar, sem risco de essencialização, que a responsabilização dos

16. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 153-155.

17. Ibidem, p. 155.

índios parte de um esforço, quase sempre infrutífero, de subsunção dessas situações às categorias próprias do Direito Penal estatal, que acomoda valores próprios da sociedade moderna. As práticas judiciais evidenciam que o resultado dessa inconciliável operação foi uma inferiorização dos povos indígenas, geralmente "enquadrados na forma legal dada à imputabilidade e são mencionados como indivíduos com desenvolvimento incompleto e retardado"[18].

Com base na visão integracionista, os pressupostos da culpabilidade do autor do crime, doutrinariamente estabelecidos em termos de capacidade de culpa (imputabilidade penal)[19], potencial consciência da ilicitude[20] e exigibilidade de conduta diversa[21] são analisados, em relação aos indígenas, a partir de suas condições pessoais, aferidas geralmente por um estudo antropológico que vai analisar, entre outros elementos, o grau de adaptação do índio à cultura, valores e modos de vida da sociedade "civilizada".

Sob essa ótica e de acordo com a integração à sociedade prevista no art. 4º do Estatuto do Índio, caso o índio seja considerado integrado à civilização, tem se reconhecido sua responsabilidade penal[22]. Esse raciocínio, anota Souza Filho, revela o velho preconceito claramente estabelecido nas leis imperiais de que o ideal para o índio é viver sob a proteção da "justa, humana, pacífica e

18. SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 25.

19. "A essa capacidade psíquica denomina-se imputabilidade. Esta é, portanto, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento" (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 183).

20. "É imprescindível apurar se o sujeito poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra conforme o direito, ou seja, se conhecia a ilicitude do fato ou se poderia conhecê-la. Só assim há falta ao dever imposto pelo ordenamento jurídico. Essa condição intelectual é chamada possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato (ou da ilicitude do fato)" (ibidem, p. 183).

21. "É também necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível conduta diversa do agente. É o que se chama de exigibilidade de conduta diversa)" (ibidem, p. 184).

22. "Inimputabilidade – Inocorrência – Índio – Silvícola integrado à sociedade, inclusive alfabetizado – Impossibilidade de excluir-lhe a responsabilidade penal pela prática de ato delituoso. O índio integrado à sociedade, inclusive alfabetizado, não pode ser considerado inimputável, de molde a excluir sua responsabilidade penal pela prática de ato delituoso" (*RT*, v. 797, 2002. p. 642).

doce" sociedade brasileira. Quer dizer, o índio, à medida que vai conhecendo a "civilização", a "cultura", vai delas se abeberando e se transformando em um civilizado, deixando, por isso, de ser índio[23].

Salienta-se que a caracterização da integração com a sociedade, inclusive, tem sido feita perante os Tribunais brasileiros, mesmo sem o estudo antropológico, sendo suficientes a utilização, domínio ou contato com a língua portuguesa, o exercício de trabalho remunerado e a posse de documentos públicos para afastar a consideração de seus direitos peculiares[24].

Por outro lado, quanto ao índio inadaptado ou não integrado à sociedade, as posições doutrinárias e jurisprudenciais caminharam, durante muito tempo, para o reconhecimento da sua inimputabilidade. De acordo com a definição do art. 26 do Código Penal de 1940, são inimputáveis aqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sobre essa corrente, Guilherme Madi Rezende[25] anota que seus defensores partem da premissa de que os índios possuem um desenvolvimento mental incompleto, situação esta que justificaria a sua inclusão, juntamente com os surdos-mudos, dentre aqueles incapazes de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento.

Em linhas gerais, os Manuais de Direito Penal brasileiros adotam essa posição. Citam-se, como referência, os ensinamentos Cezar Roberto Bitencourt:

> Aos surdos-mudos equiparam-se os silvícolas, que podem hoje estar aculturados. No entanto, o nível de adaptação social às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em caso particular.. Evidentemente que a situação dos silvícolas não tem natureza patológica, mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à complexidade das normas ético-jurídico-sociais reguladoras da vida dita civilizada e a diferença de escala de valores[26].

23. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos para o direito*. 8. reimpr. Juruá, 2012. p. 115.
24. SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 46.
25. REZENDE, Guilherme Madi. Critérios para o tratamento jurídico-penal do índio. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 47.
26. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 359.

Rezende[27] destaca ainda a posição da doutrina estrangeira, que, além da abordagem citada, reconhece a inimputabilidade em razão da inferioridade social e econômica do índio. Uma vez reconhecida a imaturidade ou inferioridade mental do índio, a inimputabilidade, em todo caso, levaria à isenção da pena, afastando a incidência do Direito Penal estatal.

Há, ainda, posicionamentos, até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal[28] pelo reconhecimento da semi-imputabilidade do índio, quando, dependendo do seu grau de aculturação, poderá ser considerado incapaz de entender o caráter criminoso do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. Nesse caso, embora não se afaste a punição, esta seria abrandada com base na regra prevista no parágrafo único do art. 26 do Código Penal brasileiro.

A diversidade cultural dos povos indígenas, entretanto, agrega outros elementos que têm contribuído para a solução dos crimes praticados por indígenas. Trata-se da exclusão da culpabilidade com base no erro proibição, que incide sobre a ilicitude do fato e se caracteriza quando o "sujeito não tem possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada"[29]. Desse modo, constatado que o indígena pratica a conduta típica acreditando, de acordo com sua escala própria de valores, que a conduta seria permitida, afasta-se a punição, se o erro for inevitável, ou, se evitável, conduzirá à redução da pena, conforme previsto no art. 21 do Código Penal de 1940.

Considerando as características peculiares que envolvem a formação cultural e o cenário de usos e costumes da vida indígena, René Ariel Dotti sintetiza esse entendimento:

> [...] não se poderá exigir do silvícola o comportamento segundo os princípios e as regras de outro tipo de civilização e de cultura para as quais é editada a lei penal comum. Consequentemente, estará ele isento de pena se o fato punível por ele praticado não estiver na categoria de valores próprios

27. REZENDE, Guilherme Madi. Critérios para o tratamento jurídico-penal do índio. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 49.
28. Cita-se o STF, HC 85.198/MA, rel. Min. Eros Grau, j. 17.11.2005, *DJe* 22.12.2005. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2259510].
29. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 532.

> de seus usos e costumes. Deve-se reconhecer em seu favor, em tal caso, o erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP (LGL\1940\2)). Não existe um dos pressupostos da culpabilidade, ou seja, a consciência da ilicitude do fato[30].

A tese do erro de proibição vem se consolidando no Brasil em face do reconhecimento do respeito e proteção da diversidade dos indígenas. Visando à superação da política integracionaista que marcou o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) e outros diplomas legais, a Constituição Federal de 1988 procurou dar densidade ao pluralismo cultural do povo brasileiro. Coube ao artigo 231 reconhecer aos índios a proteção de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

No plano internacional, a Convenção 169, de 27 de junho de 1989, da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assevera, no artigo 10, que, quando sanções penais forem impostas pela legislação geral a membros dos povos indígenas e tribais, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

Essa sistemática de respeito às minorias é invocada ainda pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992, que prevê, no seu artigo 27, que, nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

O respeito à diversidade cultural dos povos indígenas contribuiu para a ampliação da tese do erro de proibição, como na vertente defendida por Raul Zaffaroni e José H. Pierangeli[31], que tratam o erro sobre a ilicitude da conduta indígena como um erro de compreensão culturalmente condicionado ou motivado, muito semelhante ao previsto no art. 15 do Código Penal peruano, que reconhece expressamente essa situação[32]. Os autores ressaltam que,

30. DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. *Ciências Penais*, v. 10, jan. 2009. p. 287.

31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

32. "Artículo 15: Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso

quando constatado que o índio não compreende a ilicitude do fato, "não existe outra solução senão a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões do tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade da nossa civilização industrial, para destruir as relações culturais a elas alheias"[33]. Nesse caso, o erro de proibição não está baseado no desconhecimento da norma, mas na sua falta de compreensão, como destaca Tédney Moreira da Silva, ao esclarecer o entendimento de Raul Zaffaroni e José H. Pierangeli:

> Para os autores, nem sempre o indígena entenderá a ilicitude da sua conduta, em razão dos valores apreendidos em sua cultura e que o impedem de compreender a proibição da norma. Caberia, apenas, o respeito ao seu modo de agir, sob pena de se pretender uma imposição etnocêncrica de valores outros, alheios à sua realidade – objetivo, aliás, segundo os autores, perseguido pelo Estatuto do Índio, que na busca a integração dos indígenas à "sociedade nacional" acaba "(...) esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ela da nossa"[34].

O condicionamento cultural, na atualidade, tem permeado as discussões em torno da responsabilidade penal não apenas dos povos originários em conflito com a cultura dominante do Estado, mas também em relação aos imigrantes que praticam condutas motivadas ou condicionadas culturalmente, em conflito com os valores nacionais. Essas questões estão presentes nas experiências norte-americanas e europeias, que têm capitaneado a elaboração da *cultural offense* e da *cultural defense*, que será explorada no tópico adiante.

Há ainda autores, como Guilherme Madi Rezende[35], que propõe solucionar a questão pela via do reconhecimento de uma causa supralegal de inexigibili-

---

de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena." Código Penal peruano, Decreto Legislativo 635, de 03.04.1991. Disponível em: [http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope: CLPdemo]. Acesso em: 05.12.2016.

33. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 554-555.
34. SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio:* criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 97.
35. REZENDE, Guilherme Madi. *Critérios para o tratamento jurídico-penal do índio*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 107-110.

dade de conduta diversa, com base no condicionamento cultural. Nesse caso, os valores das sociedades indígenas excluem a culpabilidade à medida que o índio age de acordo com seus costumes e hábitos próprios de seu povo, assumindo sua conduta como resultado de um esquema geral de valores, muitas vezes distinto do nosso e que deve ser respeitado e, inclusive, protegido.

Apesar do esforço da doutrina, é evidente a dificuldade de encontrar critérios dogmáticos para a solução dos crimes praticados por índios. É bem verdade que não será possível resolver esses problemas típicos de uma sociedade que, embora se perceba homogênea e tenha pretensões universalizantes, é, na sua essência, plural e heterogênea.

É preciso, então, alargar o horizonte do modelo penal moderno, para buscar respostas punitivas que sejam compatíveis com a diversidade cultural, em especial no que se refere aos povos indígenas, cuja condição social demanda um tratamento diferenciado ou mesmo a coexistência de métodos de solução de conflitos próprios.

4. *Jus puniendi*, multiculturalismo e interculturalismo

A tendência de homogeneização cultural e o monismo jurídico do Estado Moderno apresentam diversos dilemas, decorrentes, em grande parte, das consequências dos fluxos migratórios e das múltiplas interações inerentes ao processo de globalização. Essas tensões culturais têm produzido intensos debates em torno do multiculturalismo.

Sem perder de vista os diferentes significados do multiculturalismo, são traços comuns a pluralidade cultural e a convivência de grupos culturais diferentes dentro de um mesmo Estado Nacional[36]. No que se entende por multiculturalismo, Raul Carnevali[37] insere também as sociedades em que estão presentes culturas indígenas que demandam pleno reconhecimento, como em alguns Estados latino-americanos, e as sociedades que, frutos da imigração, incorporaram novas culturas, como vem ocorrendo na Europa[38]. Por outro lado,

36. M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originários. *Revista de Sociologia Configurações*, 2014. Disponível em: [http://configuracoes.revues.org/2219]. Acesso em: 07.01.2018. p. 2.

37. CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno. *Política Criminal*, n. 3, 2007, A6. p. 1-28. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf]. Acesso em: 03.12.2016.

38. Ibidem, p. 6.

na visão de Alicia M. Barabas[39], é importante fazer uma distinção em relação aos povos originários, que não podem ser tratados como minorias, tal qual geralmente ocorre em relação aos imigrantes:

> El problema surge cuando bajo el concepto minoría se engloban también otros grupos sociales, como los pueblos originarios, asimismo llamados indígenas. Desde mi perspectiva debe distinguirse claramente a los inmigrantes (de diferentes orígenes étnicos) de las poblaciones aborígenes o autóctonas. Estas últimas fundan sus derechos en la ascendencia histórica y los vínculos territoriales milenarios. Los inmigrantes, al igual que otros grupos culturalmente diversos pero surgidos dentro de las dinámicas de conformación nacionales, no tienen historicidad ni territorialidad, previas a la conformación de los estados nacionales, aunque ciertamente tienen derecho a la reproducción de su diversidad dentro de estados multiculturales. De allí que los pueblos autóctonos no puedan ser catalogados como minorías dentro de una situación de multiculturalismo[40].

O pluralismo cultural, segundo M. Barabas[41], refere-se à união de diferentes grupos étnico-culturais em uma relação de interdependência, igualdade e respeito mútuo, cada um desenvolvendo seu próprio modo de vida e cultura. Nesse caso, Raul Carnevali[42] alude que pode haver – e geralmente há – perspectivas de vidas ou costumes que podem estar inseridos dentro de um mesmo Estado Nacional, em que podem estar em conflito sujeitos que pertencem a grupos sociais minoritários (como os homossexuais e feministas) que passam a lutar por reconhecimento de certos direitos dentro de um sistema do qual já fazem parte e que reconhecem, ou seja, negociam com os mesmos instrumentos. No contexto do multiculturalismo, Carnevali aponta a presença de certos grupos culturais que demandam o reconhecimento de suas identidades, que lhes são negadas ou reduzidas em um sistema diverso, em que as regras de negociação são determinadas pela cultura dominante.

Acerca dessa diferenciação, Catharine Walsh esclarece:

> Lo pluricultural y multicultural son términos descriptivos que sirven para caracterizar la situación diversa e indicar la existencia de múltiples culturas

39. M. BARABAS, Alicia. Op. cit., p. 6.
40. Ibidem, p. 3.
41. Ibidem, p. 4.
42. CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. *Política Criminal*, n. 3, 2007, A6. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf]. Acesso em: 03.12.2016. p. 7.

> en un determinado lugar planteando así su reconocimiento, tolerancia y respeto. El "multi" tiene sus raíces en países occidentales, en un relativismo cultural que obvia la dimensión relacional y oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales. Actualmente es de mayor uso global, orientando políticas estatales y transnacionales de inclusión dentro de un modelo de corte neoliberal que busca inclusión dentro del mercado. El "pluri", en cambio, es término de mayor uso en América del Sur; refleja la particularidad y realidad de la región donde pueblos indígenas y negros han convivido por siglos con blanco-mestizos y donde el mestizaje y la mezcla racial han jugado un papel significante. Mientras que lo "multi" apunta una colección de culturas singulares sin relación entre ellos y en un marco de una cultura dominante, lo "pluri" típicamente indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial aunque sin una profunda interrelación equitativa[43].

Em todo caso, M. Barabas[44] assevera que tanto o pluralismo cultural quanto o multiculturalismo fazem referência à ideologia e à política de respeito à diversidade cultural. Will Kymlicka[45] enfatiza ainda a pretensão do multiculturalismo de superar a crônica tendência de exclusão e estigmatização dos grupos minoritários por parte dos membros do Estado, que os veem como não cidadãos[46].

---

43. WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad – las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul.-dez. 2008. Disponível em: [http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf]. Acesso em: 05.12.2016. p. 140.

44. M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios. *Revista de Sociologia Configurações*, 2014. Disponível em: [http://configuracoes.revues.org/2219]. Acesso em: 07.01.2018. p. 4.

45. KYMLICKA, Will. Defending diversity in an era of populism: multiculturalism and interculturalism compared. In: MEER, Nasar; MODOOD, Tariq; ZAPATA-BARRERO, Ricard (ed.). *Multiculturalism and interculturalism:* debating the dividing lines. Edinburgh University Press, 2016. p. 158-77.

46. A propósito dessa tendência, Kymlicka ressalta: "But of course the goal of multiculturalism is to overcome this chronic tendency, and to create a form of political community without exclusion or stigmatization. And how can we achieve this? According to critics, multiculturalism's solution is to include and recognize minorities outside of the nation, as separate groups who live outside and alongside the nation, in 'parallel societies'. And this solution is then criticized as simply reproducing the very majorityminority schema that created the problem in the first place" (KYMLICKA, Will. Defending diversity in an era of populism: multiculturalism and interculturalism compared. In: MEER, Nasar; MODOOD, Tariq; ZAPATA-BARRERO, Ricard

O problema que se coloca, aponta Carnevali, não é apenas reconhecer que a diversidade existe, mas estabelecer mecanismos para que as minorias possam se manifestar dentro de uma esfera na qual prevalecem outros cânones culturais. A solução para esse dilema não é fácil, pois "si bien puede parecer justo propiciar la tutela de culturas minoritarias, no se puede dejar de considerar que un favorecimiento extremo de la diversidad puede llevar a exacerbar las identidades y con ello construir más barreras que puentes de integración"[47].

Esses dilemas se apresentam com proeminência no Direito Penal moderno, que está vocacionado à proteção de valores (bem jurídico-penal) dos grupos majoritários da sociedade. Assim, o estabelecimento de tratamentos punitivos diferenciados pode dar margem para manifestações de rejeição a uma determinada cultura particular[48].

A experiência norte-americana tem enfrentado esses dilemas jurídico-penais na perspectiva do multiculturalismo com o desenvolvimento da *cultural defenses,* ao passo que, na Europa, tem se consolidado a tese da *cultural offenses*. Porém, cabe assinalar a advertência de José Augusto Nogueira Sarmento:

> Como ponto de partida e ao mesmo tempo elo indissociável de qualquer pretensa discussão sobre a *cultural defense* mostra-se indispensável como precedente lógico identificar ou apontar os contornos do que seja um delito culturalmente motivado, embora, desde logo, seja importante advertir que há quem entenda, por exemplo, como é o caso de Jeroen Van Broeck que as expressões: *cultural defense* e *cultural offense* "podem ser vistas como duas faces de uma mesma moeda".O fato é que, de um lado, a doutrina da Europa tem desenvolvido os estudos sobre o tema a partir de um enfoque de investigação da estrutura do delito como sendo culturalmente motivado e, por outro, em sede da *Common Law*, nomeadamente dos Estados Unidos da América, os estudos têm se concentrado num aspecto eminentemente prático de como, e até mesmo, se deve ser regulamentada tal modalidade de defesa[49].

(ed.). *Multiculturalism and interculturalism:* debating the dividing lines. Edinburgh University Press, 2016. p. 158-77.

47. CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno. *Política Criminal*, n. 3, 2007, A6. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf]. Acesso em: 03.12.2016. p. 9.

48. Ibidem, p. 9.

49. SARMENTO, José Augusto Nogueira. Breves reflexões sobre a cultural defense. Relatório (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013. Dispo-

Por *cultural offense,* ou delito culturalmente motivado, entende-se a conduta praticada por um agente integrante de um grupo étnico minoritário que, segundo sua escala própria de valores e modo de vida, aceita, perdoa, e, em determinadas situações, até mesmo incentiva ou impõe tal conduta, que, entretanto, é considerada delito pelo sistema cultural dominante[50].

Por *cultural defense* entende-se uma estratégia de defesa que vem se consolidando especialmente na jurisprudência norte-americana, como forma de "mitigar uma responsabilidade penal", na expressão de Sarmento, o qual pondera que, embora tenha sido uma estratégia utilizada no âmbito penal, "tal instituto pode igualmente também ser empregado em sentido mais amplo, por exemplo, discussões extrajudiciais ou judiciais de natureza civil, laboral, administrativa e etc."[51]. Segundo Cristina De Maglie[52], a *cultural defense* consiste na apresentação de *excuses* ou desculpas, justificadas nas pressões de um determinado ambiente, que tenham origem nas doenças da sociedade e que poderiam ser invocadas por sujeitos pertencentes a uma cultura minoritária.

O que permeia esse debate em torno da *cultural offense*, na perspectiva europeia, ou das *excuses* da *cultural defense* americana, ambas fruto dos dissensos culturais tipicamente migratórios, não é diferente do que se tem construído entre nós acerca das propostas de exclusão da culpabilidade ou redução da culpa dos povos indígenas que praticam crimes. O cerne do problema continua sendo como lidar com o pluralismo cultural e até que ponto o respeito à diversidade cultural do povo indígena pode legitimar um tratamento diferenciado, ainda que afronte valores considerados fundamentais pela sociedade não índia oficial, que, na prática cotidiana institucional, é quem, por meio dos poderes constituídos, seleciona quais bens jurídicos serão objeto da tutela penal e como devem ser punidos.

---

nível em: [http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3339]. Acesso em: 07.01.2018. p. 9.

50. BROECK, Jeroen Van. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Justice*, v. 9/1, 1-32, 2001. Disponível em: [http://ww.jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf]. Acesso em: 05.12.2016. p. 5.

51. SARMENTO, José Augusto Nogueira. Breves reflexões sobre a *cultural defense*. Relatório (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em: [http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3339]. Acesso em: 07.01.2018, p. 15.

52. MAGLIE, Cristina De. *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 137.

Nesse sentido, Rosembert Ariza Santamaría[53], ao tratar do pluralismo jurídico na América Latina e a nova fase do colonialismo jurídico, propõe uma leitura do colonialismo a partir dos ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos, caracterizando-o como todo sistema de naturalização das relações de dominação e subordinação baseadas em diferenças éticas ou raciais e, nesse sentido, todo Estado Moderno é monocultural e colonial, uma vez que suas instituições sempre se comportaram dessa forma, que é eurocêntrica e oculta a diversidade.

O interculturalismo, então, aponta caminhos radicais, pois rompe com a lógica monista e demanda soluções que podem parecer estranhas à racionalidade moderna. Com efeito, a interculturalidade, segundo aduz Catherine Walsh[54], é algo a ser construído, pois vai muito além do respeito, da tolerância e do reconhecimento da diversidade, mas pressupõe uma transformação radical nas estruturas, instituições e relações da sociedade.

Alguns países latino-americanos, como Equador, Bolívia e Colômbia, onde a questão indígena é marcante, vivenciam experiências que indicam caminhos para esse diálogo intercultural com os povos indígenas, mesmo no âmbito do Direito Penal. O pluralismo jurídico na Bolívia, por exemplo, é emblemático ao estabelecer, no plano constitucional, o inter-relacionamento entre a Justiça Indígena Originária Campesina, a Justiça Ordinária e o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia. Para Rosembert Ariza Santamaría[55], o reconhecimento das normas e procedimentos das nações e povos originários campesinos pelo Tribunal Plurinacional boliviano é, em termos concretos, o exemplo mais avançado em matéria de pluralismo jurídico.

Na visão de Alicia M. Barabas, a interculturalidade é uma meta política que deve ser exercida em todos os âmbitos da vida social[56]. É certo, porém, que tanto na perspectiva multiculturalista quanto no interculturalismo há riscos ainda não dimensionados.

---

53. SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico em los estados constitucionales. *Revista InSURgencia*, v. 1, n. 1, ano 1, jan.-jun. 2015. p. 172.
54. WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul.-dez. 2008. Disponível em: [http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf]. Acesso em: 05.12.2016. p. 140.
55. SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. Op. cit., p. 191.
56. M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina – la presencia de los pueblos originarios. *Revista de Sociologia Configurações*, 2014. Disponível em: [http://configuracoes.revues.org/2219]. Acesso em: 07.01.2018. p. 4.

Ao abordar as práticas multiculturais relacionadas aos imigrantes, Raul Carnevali[57] ressalta os riscos de proteger as minorias e conferir tratamento diferenciado em relação à cultura dominante, o que pode gerar desmembramento social, ineficácia da função preventiva geral da pena e fragmentação do Direito Penal, e destaca que a presença de Direitos penais próprios poderia admitir certos comportamentos intoleráveis para o resto do corpo social. A despeito disso, acredita ser possível um "Derecho Penal intercultural, pero siempre que éste se construya en el respeto a los derechos humanos, lo cual no sólo supone, claro está, recogerlos en el cuerpo sustantivo, sino que además se materialice también en el procedimiento"[58].

É importante lembrar que a Convenção 169/89, da OIT, também define, em seu art. 9º, que os direitos humanos internacionalmente reconhecidos limitam as práticas interculturais, de sorte que serão tolerados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, desde que não afrontem os direitos humanos. Todavia, é importante ressalvar, como o fez Guilherme Scotti Rodrigues, que "se por um lado os direitos fundamentais podem ser vistos como limites a práticas tradicionais, operam ao mesmo tempo como condição de possibilidade para a existência e preservação destas mesmas formas de vida, num contexto globalizante que tende a nivelar e assimilar alteridades"[59].

5. Além da dogmática penal

Pensar a responsabilidade penal dos povos indígenas sob a perspectiva intercultural pressupõe o reconhecimento da insuficiência do dogmatismo penal.

No tópico segundo deste estudo, foram apresentadas as principais soluções jurídico-penais que têm sido utilizadas no controle penal dos índios, destacando categorias como: a) imputabilidade, que atrai a responsabilidade penal do índio integrado à civilização; b) inimputabilidade, excluindo a responsabilidade dos índios aculturados ou não integrados à civilização, com base no

57. CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno. *Política Criminal*, n. 3, 2007, A6. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf]. Acesso em: 03.12.2016. p. 22.

58. Ibidem, p. 23-24.

59. RODRIGUES, Guilherme Scotti. Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo: uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil. 2011. 155 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 109.

desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou na inferioridade social e econômica; c) semi-imputabilidade, em que há um abrandamento da punição em caso de incapacidade de entender o caráter criminoso do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento; d) erro de proibição, quando a responsabilidade é afastada ou atenuada pela falta de conhecimento da norma, se constatada que a conduta foi baseada em princípios e regras próprios dos povos indígenas, embora tipificados no Código Penal; e) erro de compreensão da norma, em que o delito é considerado culturalmente condicionado ou motivado, atraindo, igualmente, o erro sobre a ilicitude do fato; f) inexigibilidade de conduta diversa como causa legal de exclusão da culpabilidade, com base no condicionamento cultural; g) ou mesmo as formulações da *cultural offense* e *cultural defense* utilizadas na Europa e nos Estados Unidos para a exclusão da culpabilidade ou redução da culpa.

Embora, em certa medida, já se reconheça a necessidade de respeito e consideração dos direitos dos povos indígenas, intelectuais e aplicadores do direito não conseguem se desvencilhar do monismo jurídico, do projeto integracionista, e claro, do dogmatismo penal. Apesar dos esforços doutrinários que levaram a essas formulações jurídicas, é preciso considerar que esses saberes foram e são produzidos basicamente sob a perspectiva do direito penal estatal e, portanto, sob a ótica do dominador. Todas essas formulações estão centradas na noção de integração do índio à sociedade não índia oficial, em que o índio é colocado numa posição de inferioridade em relação aos não índios, reforçando o ideal de integração.

À dificuldade de superação do projeto integracionista acrescenta-se a própria noção de bem jurídico-penal. A doutrina do bem jurídico surge no século XIX como consequência da concepção de Estado Liberal, com o propósito de limitar o legislador penal. A partir de então, a introdução do conceito de bem jurídico se transformou em um dos pilares do Direito Penal Moderno. Não há uma univocidade no conceito de bem jurídico e sua compreensão dependerá do contexto em que é empregado. Todavia, na atualidade, "o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um axioma – princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos"[60].

Sob essa ótica, bem jurídico é compreendido "primeiramente, como um bem vital da comunidade ou do indivíduo, depois, como um estado social de-

60. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 31.

sejável"[61]. Cabe ao Direito Penal, nesta visão, fortalecer, estabilizar e garantir os valores ético-sociais.

O direito penal está baseado nessa noção de proteção de bens jurídicos, definidos pelo legislador, no momento da elaboração das leis penais, bem como as considerações que são feitas pelo aplicador da lei no plano concreto. Ocorre que, ao partirmos da visão integracionista impregnada no Estado Moderno, não é difícil concluir que os valores que a lei penal visa fortalecer, estabilizar e garantir são os valores hegemônicos da sociedade ocidental, nem sempre coincidentes com os da sociedade indígena:

> Dentro da comunidade ou povo, existe um complexo sistema penal que reprime condutas consideradas antissociais. Muitas vezes o próprio conceito de crime e de pena são diferentes nas comunidades, já que estes conceitos são históricos e sociais, isto é, existem eles mesmos como respostas a uma situação histórica determinada ambiental e cronologicamente.
>
> Portanto, nem sempre aquilo que é considerado crime pela lei estatal o é dentro da comunidade. E, muitas vezes, um ato legal para a lei é considerado crime abominável para outra cultura. Por outro lado, em muitas sociedades indígenas não é considerada atitude criminosa tirar a vida de filho recém-nascido inapto para a vida social[62].

Há que se destacar ainda a dificuldade de se avançar nessa seara quando a produção de saber e as práticas jurídicas estão centradas no monismo estatal. De fato, em nossas tradições, é difícil pensar o direito fora da caixinha do monopólio do poder punitivo estatal.

Apesar da aparente obviedade da lição de Souza Filho[63] de que os povos indígenas, enquanto mantêm vida comunitária, têm princípios societários diferentes da sociedade ocidental, o Estado moderno mantém o monopólio de punir sem considerar essas diferenças, muito embora existam, no plano normativo, dispositivos que preconizam a tolerância à diversidade cultural e práticas tradicionais desses povos.

Pelo que foi visto até aqui, o ideal de integração dos índios à civilização (projeto integracionista), a noção de bem jurídico-penal presa à homogeneidade cultural da sociedade ocidental e o monismo jurídico constituem o tripé que

61. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 177.
62. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos para o direito*. Curitiba: 8. reimpr. Juruá, 2012. p. 118.
63. Ibidem, p. 118.

sustenta as idiossincrasias do controle penal indígena da sociedade moderna e dificulta a superação desse modelo, mesmo diante dos avanços legislativos.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, alterou substancialmente a condição dos indígenas, inserindo-os na categoria de sujeito peculiar de direitos, não os equiparando aos sujeitos comuns ditos civilizados (cidadãos não indígenas), mas sim, reconhecendo-os como verdadeiramente são ou desejam ser: simplesmente índios e garantindo-lhes, ainda que timidamente, o direito de o serem[64].

A Convenção 169/1989, já citada, é um importante instrumento nesse campo, pois prioriza o respeito à diversidade cultural, a autodeterminação dos povos e a colaboração entre as comunidades indígenas e tribais com os Estados Nacionais para o tratamento das questões que lhe digam respeito. Nos seus diversos dispositivos, constata-se a preocupação da Convenção com a melhoria das condições de vida desses povos, assegurando-lhes, dentre outros itens, os direitos humanos e liberdades fundamentais e priorizando as formas de vida própria, devendo ser levados em consideração, inclusive, seus costumes e seu direito consuetudinário, na aplicação da legislação nacional (art. 8º), e até mesmo na repressão de delitos (art. 9º), desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, e, ainda, quando sanções penais forem impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais (art. 10).

Cita-se, ainda, o art. 57 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares pelas autoridades indígenas contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Vislumbrando essa legitimidade dos povos indígenas na solução de seus conflitos, Paulo Queiroz defende, inclusive, a atipicidade da conduta quando os indígenas praticam condutas de acordo com seus costumes, tradições e

64. Segundo Ana Valéria Araújo, a Constituição Federal de 1988 "abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve" (ARAÚJO, Ana Valéria et al. *Povos indígenas e a lei dos "brancos":* o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 45 (Coleção Educação para Todos; 14).

crenças. E vai além, ao reconhecer a jurisdição indígena, com fundamento no disposto no art. 231 da Constituição Federal, propondo que o Direito Penal estatal deve ser residual:

> Efetivamente, ninguém está em melhor condição de julgar o índio do que a própria comunidade indígena em que se deu o conflito. E mais legitimamente. Tolerar que o índio continue a ser julgado segundo o direito oficial é tão injusto e inadequado quanto o contrário: permitir que os não índios fossem julgados de acordo com o direito indígena. Ofende-se, assim, o princípio da igualdade ao negar o direito à diferença e ao tratar como iguais os desiguais[65].

Infelizmente, essa tolerância não é vista na prática dos Tribunais Brasileiros. A crítica de Souza Filho, na obra originalmente lançada em 1988, já advertia para essa tendência, consignando que, "mesmo em delitos praticados dentro das terras indígenas, entre indígenas, os Tribunais têm se considerado competentes para o julgamento"[66]. Há, de fato, divergências quanto à competência da Justiça Federal ou Estadual para julgamento desses conflitos, mas dúvidas geralmente não há quanto à inaplicabilidade da norma interna da comunidade, pois as decisões se reportam aos tipos e penas da lei nacional[67]. Além disso, geralmente os Tribunais definem a competência sem examinar se a conduta estava ou não afeta aos direitos e interesses dos povos indígenas, a despeito do disposto no art. 231 da Constituição Federal[68].

Julgamentos recentes parecem caminhar noutro rumo. Em Roraima, no município de Uiramutã, na região da Raposa Serra do Sol, foi realizado o primeiro júri popular indígena, em abril de 2015. No caso, os índios acusados confessaram que tentaram matar a vítima, cortando seu pescoço, por acreditarem que ele estava possuído por uma entidade do mal, o canaimé, considerado por diversas etnias como um espírito assassino. Os acusados foram absolvidos em um conselho de sentença formado por sete jurados indígenas. O Ministério Público interpôs recurso de apelação, questionando a validade do sorteio

65. QUEIROZ, Paulo. Jurisdição penal indígena. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 23, n. 266, 2015. p. 8.
66. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos para o direito*. Curitiba: 8. reimpr. Juruá, 2012. p. 119.
67. Ibidem, p. 119.
68. SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 107.

dos jurados e a composição do conselho de sentença, alegando que se tratava de Tribunal de Exceção. A apelação foi desprovida, mantendo-se o júri realizado, sob o argumento de que o Ministério Público não suscitou a irregularidade oportunamente, uma vez que não houve questionamento da lista de jurados quando de sua publicação[69].

Também em Roraima cita-se o "caso Denilson", em que o Tribunal de Justiça, com base no princípio do *non bis in idem*, reconheceu que o julgamento de um crime efetuado pela comunidade indígena é válido, afastando o direito de punir estatal, com base no art. 231 da Constituição Federal, artigo 9º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e art. 57 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973)[70]. O caso trata de homicídio praticado por índio contra outro da mesma tribo, dentro da terra Manoá-Pium, na reserva Raposa Serra da Lua, em Roraima. Dentre as sanções impostas pelas lideranças das comunidades Anauá, Manoá e Wai, destaca-se a remoção, ou seja, a saída da comunidade Manoá por cinco anos, período no qual ele deverá prestar trabalho comunitário e cumprir o regimento interno do povo Wai, proibição de comercializar produto sem permissão da tribo onde estará instalado, e ainda, deverá aprender a cultura e a língua dos Wai.

Iniciativas como essas, embora seja precoce afirmar que seja a forma mais correta de solução desse tipo de conflito[71], devem, ao menos, conduzir para a reflexão sobre formas de solução de conflitos que levem em consideração valores interculturais.

É preciso comprometer-se com a causa indígena, desapegando das fórmulas jurídicas tradicionais e abrir o Direito Penal para o diálogo intercultural. Nessa perspectiva intercultural, em que o direito estatal dialoga com direito não estatal (indígena), novos caminhos podem se abrir para a solução da responsabilidade penal do índio. Na trilha do que apontamos anteriormente, esses novos caminhos e soluções podem ser radicais, pois rompem com a lógica monista

69. TJRR, Apelação Criminal 0045.13.000166-7, Câmara Única, Turma Criminal, j. 15.09.2016.

70. TJRR, Apelação Criminal 0090.10.000302-0, Câmara Única, Turma Criminal, rel. Des. Mauro Campello, j. 18.12.2015.

71. Em relação ao primeiro júri indígena citado acima, por exemplo, houve insatisfação da própria comunidade indígena Macuxi e decidiram julgar e punir os acusados, segundo seus costumes, desconsiderando, na prática, o júri realizado. O fato foi amplamente divulgado pela imprensa. Confira em: [http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632330-indios-classificam-1-juri-feito-em-aldeia-de-brutal-e-refazem-sentenca.shtml]. Acesso em: 07.01.2018.

e demandam soluções que podem parecer estranhas à racionalidade moderna. Mas é necessário avançar!

No sistema norte-americano, por exemplo, há o *Tribal Law and Order Act of 2010 (TLOA),* que aumentou a competência da comunidade indígena para os delitos puníveis com pena de até três anos, limitada a nove anos por fato[72], desde que preenchidos determinados requisitos, tais como habilitação, pela tribo, de advogado para o réu e treinamento para a autoridade que vai presidir o julgamento, vedação de penas cruéis, dentre outros.

Na América Latina, a garantia constitucional da jurisdição indigna tem animado os estudiosos. Nesse sentido, Santamaría esclarece que a Corte Colombiana busca assegurar a autonomia das comunidades indígenas para julgar seus próprios membros, conforme suas normas e procedimentos, com o fim de respeitar sua particular cosmovisão, que se traduz como um direito fundamental, inclusive de que suas decisões sejam obrigatórias e efetivas para as autoridades do Estado Colombiano. Adverte, porém, que esse poder "se encontra limitado pelos Direitos Humanos e deve ser analisada pelo juiz em cada caso concreto. Da mesma maneira, ante os conflitos apresentados entre a jurisdição indígena e a ordinária, tem considerado a Corte que deve aplicar-se o princípio de maximização da autonomia[73].

Com efeito, a interculturalidade, segundo aduz Catherine Walsh[74], é algo a ser construído, pois vai muito além do respeito, da tolerância e do reconhecimento da diversidade, mas pressupõe uma transformação radical nas estruturas, instituições e relações da sociedade.

---

72. Michael J. Bulzomi destaca esse aumento da competência das tribos em relação ao sistema anterior (*Indian Civil Rights Act of 1968*): "TLOA amends the ICRA, increasing tribal court authority by allowing prosecutions of felony cases involving sentencing limited to up to three years imprisonment. Before TLOA, tribal courts handled only misdemeanor cases; they now may prosecute less serious felonies often passed over by federal authorities" (BULZOMI, Michael J., J. D. *FBI Law Enforcement Bulletin*, Indian Country and the Tribal Law and Order Act of 2010. Disponível em: [https://leb.fbi.gov/2012/may/indian-country-and-the-tribal-law-and-order-act-of-2010]. Acesso em: 07.01.2018).

73. SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. Justiça constitucional e contracultura judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 36, n. 2, jul.-dez. 2012. p. 16-17.

74. WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul.-dez. 2008. Disponível em: [http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf]. Acesso em: 05.12.2016. p. 140.

Nesse contexto, a Convenção 169/89, da OIT, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais não devem ser lidos como limites intransponíveis para o respeito aos valores e práticas tradicionais dos povos indígenas e respaldar formas fechadas de solução de conflitos, mesmo quando em contraposição aos bens jurídicos da sociedade oficial, mas sim como espaço de construção de novos saberes e novas possibilidades jurídicas.

Assim, será possível construir pontes de reconhecimento das práticas indígenas que possam coexistir com o direito estatal, definindo seus requisitos e limites em face da sistemática de direitos humanos, das circunstâncias do caso concreto, dos valores, tradições e peculiaridades das diversas comunidades indígenas.

O debate segue em aberto, e não podemos nos furtar a esse desafio de construir – e se necessário for – refundar o Direito Penal para que seja capaz de acomodar as diversidades dos povos indígenas, redefinindo e ressignificando os pressupostos da criminalização indígena.

6. Considerações finais

Pelo que foi apresentado nesse breve ensaio, o problema da responsabilidade penal do índio continua em busca de soluções. Apesar do esforço dogmático e as formulações jurídicas do Direito Penal Moderno, vê-se que não encontraremos respostas satisfatórias enquanto tivermos como premissas o ideal de integração, a noção homogeneizada de bem jurídico-penal e o monopólio do poder punitivo estatal.

Obviamente, não se pretende nesse estudo propor uma fórmula jurídica que supere as diversas propostas de solução da responsabilidade penal do índio, analisadas nesse estudo como insuficientes. Em verdade, partimos da insuficiência do Direito Penal Moderno para a responsabilidade penal indígena e nela voltamos para reafirmar que as soluções jurídico-penais passam pelo respeito à diversidade social e cultural dos povos indígenas. Assim, não há um caminho único, mas vários que podem ser construídos entre o Estado Nacional e as diversas comunidades indígenas, suas práticas e valores, sem superposições do direito estatal nem inferiorização cultural das práticas e valores indígenas.

É urgente, como ponto de partida, abrir o Direito Penal para o diálogo intercultural, o que não será possível enquanto continuarmos apostando na superioridade da racionalidade moderna e no dogma do monismo jurídico-penal, guardião dos valores da cultura dominante, de matriz ocidental, que oculta a diversidade e reforça o colonialismo do poder.

Há limites, por certo, mas estes não se resumem à invocação aos direitos humanos, pois estas categorias também precisam ser repensadas numa perspectiva intercultural que não legitime pretensões abusivas, nem por parte da sociedade dominante nem em favor dos povos originários. Os direitos humanos fundamentais só serão concretizados se as particularidades dos povos e grupos diferenciados forem consideradas, pois se é certo que esses direitos têm uma dimensão universal, também é verdade que sua dimensão local, individual e particularizada é que lhe dá densificação.

7. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Ana Valéria; CARVALHO, Joênia Batista; OLIVEIRA, Paulo Celso de; JÓEF, Lúcia Fernanda; GUARANY, Vilmar Martins Moura; ANAYA, S. James. *Povos indígenas e a lei dos "brancos":* o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação, Alfabetização e Diversidade; LACED/ Museu Nacional, 2006 (Coleção Educação para Todos; 14).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BROECK, Jeroen Van. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offenses). *European Journal of Crime*, Criminal Justice, v. 9/1, 1-32, 2001. Disponível em [http://ww.jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf]. Acesso em: 05.12.2016.

BULZOMI, Michael J., J.D. *FBI Law Enforcement Bulletin*, Indian Country and the Tribal Law and Order Act of 2010. Disponível em: [https://leb.fbi.gov/2012/may/indian-country-and-the-tribal-law-and-order-act-of-2010]. Acesso em: 07.01.2018.

CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno. *Política Criminal*, n. 3, 2007, A6, p. 1-28. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf]. Acesso em: 03.12.2016.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. *Ciências Penais*, v. 10, jan. 2009.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. O direito penal e o índio: desafios históricos sob a perspectiva constitucional. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, v. 6, n. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais, p. 69-85. Disponível em: [http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1827]. Acesso em: 28.11.2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FLORES, Andrea; RIBEIRO, Lamartine Santos. Crime e castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 5, n. 2, maio-ago. 2016. Disponível em: [http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/viewFile/462/pdf]. Acesso em: 29.11.2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

KYMLICKA, Will. Defending diversity in an era of populism: multiculturalism and interculturalism compared. In: MEER, Nasar; MODOOD, Tariq; ZAPATA-BARRERO, Ricard (eds.). *Multiculturalism and interculturalism*: debating the dividing lines. Edinburgh University Press, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

M. BARABAS, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina – la presencia de los pueblos originarios. *Revista de Sociologia Configurações*, 2014. Disponível em: [http://configuracoes.revues.org/2219]. Acesso em: 07.01.2018.

MAGLIE, Cristina De. *Los delitos culturalmente motivados*: ideologías y modelos penales. Madrid: Marcial Pons, 2012.

NOLAN, Michael Mary; HILGERT, Carolina Dias; MORAES, Bruno M. Índios urbanos: caso Doriel Pankararé invisibilidade do indígena urbano. Exclusão de direitos. Constituição Federal. In: FAGGIANO, Daniel; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta (Coord.). *A questão indígena*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PONTES, Bruno Cézar Luz. O índio e a justiça criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010.

QUEIROZ, Paulo. Jurisdição penal indígena. *Boletim IBCCrim*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 266, ano 23, 2015.

REZENDE, Guilherme Madi. Critérios para o tratamento jurídico-penal do índio. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro:* a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

RIBEIRO, Lamartine Santos. *Direito consuetudinário indígena e o positivismo jurídico:* o respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local. Disponível em: [http://site.ucdb.br/public/md-dissertacoes/15461-01-dissertacao-lamartine-cd.pdf]. Acesso em: 29.11.2016.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo: uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil. 2011. 155 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. Justiça constitucional e contracultura judicial.

Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 36, n. 2, p. 13-34, jul.-dez. 2012.

SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. *Revista InSURgencia*, v. 1, n. 1, ano 1, p. 165-194, jan.-jun. 2015.

SARMENTO, José Augusto Nogueira. Breves reflexões sobre a *cultural defense*. Relatório (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em: [http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3339]. Acesso em: 07.01.2018.

SILVA, Tédney Moreira da. No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos para o direito*. 8. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

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

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, 131-152, jul.-dez. 2008. Disponível em: [http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf]. Acesso em: 05.12.2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura jurídica no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias de resolução de conflitos penais, de Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara – *RBCCrim* 133/69-107 (DTR\2017\1843);
- Direito penal indígena, de Luiz Flávio Borges D'Urso – *RT* 708/427-430 (DTR\1994\634); e
- Os direitos constitucionais dos grupos indígenas, de Vânia Siciliano Aieta e Marcelle Mourelle Perez Diós – *RT* 948/31-45 (DTR\2014\12997).

Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal

Security measure: study on the possibility of a unified penal responsibility model

Regina Geni Amorim Juncal

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Psicologia (2012) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada criminalista.
reginajuncal.advocacia@gmail.com

Recebido em: 19.07.2017
Aprovado em: 08.11.2017
Última versão da autora: 18.11.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo questiona o sistema bipartido de responsabilidade penal no Brasil, no qual o sistema de culpabilidade se fundamenta na pena e na imputabilidade, enquanto o sistema de periculosidade se fundamenta na inimputabilidade e na medida de segurança. Ao negar a possibilidade de se responsabilizar pela prática de um fato passado penalmente relevante, a medida de segurança se apoia em uma estrutura de exceção irreconciliável; ao fim e ao cabo trata-se da realização do chamado direito penal de autor. Deve-se pensar, pois, formas de superação desse modelo, entendendo a *responsabilidade* não apenas como um dever, mas também como um direito. Para problematizar a situação atual e pensar a possibilidade de um modelo de responsabilidade única, o artigo irá trazer à interlocução produções de autores de diferentes campos do saber – dogmática penal, psicanálise e filosofia: Claus Roxin, Jacques Lacan e Giorgio Agamben.

Palavras-chave: Medida de segurança – Responsabilidade – Pena – (In)imputabilidade.

Abstract: The article questions the bipartite system of penal responsibility in Brazil, in which the culpability system grounds itself on penalty and on criminal responsibility, while the dangerousness system grounds itself on legal disability and on security measures. The security measure, by denying the possibility to be responsible for a criminally relevant past fact, leans upon an irreconcilable exceptive structure; ultimately, we are dealing with the so called author's criminal Law. We should be thinking, therefore, in means to surpass such model, understanding *responsibility* not only as a duty, but also as a right. In order to question the current situation and to think of the possibility of a unified responsibility model, the article will bring to the discussion the works of authors of different fields of knowledge – criminal theory, psychoanalysis and philosophy: Claus Roxin, Jacques Lacan and Giorgio Agamben.

Keywords: Security measure – Responsibility – Penalty – Legal disability.

Juncal, Regina Geni Amorim. Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 47-77. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. Possibilidade e necessidade de construção de uma nova concepção de responsabilidade penal. 3. Claus Roxin: *La libertad y la responsabilidad serían "un elemento irrenunciable de la convivencia humana".* 4. Jacques Lacan: *por nossa posição de sujeitos somos sempre responsáveis.* 5. Giorgio Agamben: *não será possível pensar outra dimensão da política e da vida se antes não formos capazes de desativar o dispositivo da exceção da vida nua.* 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

A medida de segurança é compreendida no ordenamento jurídico brasileiro como uma das espécies de sanção penal, ao lado da pena propriamente dita. Tal medida atuaria como uma tutela penal para fins terapêuticos, cuja natureza seria preventiva e assistencial[1]. Dessa forma, a medida de segurança é um dos polos de uma cisão no sistema de tutela penal, que se coloca da seguinte maneira: sistema de culpabilidade (imputabilidade/pena) e sistema de periculosidade (inimputabilidade/medida de segurança). A culpabilidade está vinculada a um ato passado, qual seja, o cometimento de um fato penalmente relevante. A periculosidade, por sua vez, orienta a medida de segurança para a prevenção do cometimento de fatos penalmente relevantes no futuro, de tal forma que o sujeito é desvinculado do seu ato ilícito passado, ainda que tenha sido este o mote que ensejou a tutela penal terapêutica.

Contudo, contemporaneamente essa concepção "terapêutico-penal" vem sendo desafiada. A reforma psiquiátrica e a luta antimanicomial (que se positivaram em certa medida na Lei Federal 10.216/2001, que reconhece a autonomia do portador de sofrimento mental) proíbem a construção de novos manicômios no Brasil e fazem preponderar o tratamento ambulatorial em detrimento da internação. Ainda, há pouco mais de dois anos o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez desaparecer a categoria do "absolutamente incapaz" no Código Civil, relativizando, assim, a ideia de que o portador de sofrimento mental não pode ter autonomia (ainda que diferenciada). Todos esses acontecimentos trazem a necessidade de se repensar criticamente esse modelo de (não) responsabilidade penal pautado na periculosidade e na completa incapacidade do portador de sofrimento mental de dizer sobre o seu ato.

A crise da medida de segurança é posta tanto pelo saldo histórico do "tratamento" ofertado aos considerados loucos[2], pela reforma psiquiátrica e pela

1. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
2. *Vide*: ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

luta antimanicomial, quanto pelo fato de se pautar em um prognóstico de periculosidade que, por sua própria natureza, será sempre impreciso – quando não fantasioso. Ademais, a periculosidade no discurso jurídico é tida como um *atributo natural*[3], o que atualiza uma perspectiva de direito penal de *autor*.

O contra-argumento que propugna mais garantias e parâmetros legais para a medida de segurança é insuficiente, pois sua estrutura de exceção é irreconciliável, conforme se supõe, com qualquer marco jurídico democrático, devendo-se pensar, pois, na sua *superação*. Nesse sentido, devem-se procurar meios de romper com a cisão imputabilidade/inimputabilidade em prol de um modelo único de responsabilidade penal. Partindo dessa necessidade, o presente artigo buscará articular conceitos de três autores de diferentes campos: Claus Roxin (no direito penal), Jacques Lacan (na psicanálise) e Giorgio Agamben (na filosofia). Por mais diferentes que sejam as áreas e ainda que os autores não tenham lido uns aos outros, ainda assim tentar-se-á demonstrar que uma interlocução do trabalho desses autores em prol de repensar o atual modelo de responsabilidade não só é possível, mas muito prolífica. Essa é a proposta.

2. Possibilidade e necessidade de construção de uma nova concepção de responsabilidade penal

O sistema de responsabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro se biparte em sistema de culpabilidade (fundamentado na pena e na imputabilidade) e sistema de periculosidade (fundamentado na inimputabilidade e na medida de segurança). No âmbito desses dois subsistemas, existem, pois, três categorias, quais sejam: imputabilidade[4], semi-imputabilidade[5] e inimputabilidade[6].

3. CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo*: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
4. A imputabilidade diz respeito à capacidade etária e psíquica de o sujeito responder pelo crime cometido. Considera-se nessa categoria que o sujeito é capaz de entender o caráter ilícito da sua ação e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sujeitos imputáveis são submetidos à pena, bem como os semi-imputáveis, quando não há para estes últimos a constatação da suposta periculosidade.
5. "São consideradas semi-imputáveis as pessoas que, no momento da conduta delitiva, *não eram totalmente capazes* de compreender a antijuridicidade e comportar-se conforme a expectativa do direito (art. 26, parágrafo único, do Código Penal). A semi-imputabilidade é uma categoria intermediária entre a capacidade e a incapacidade" (CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 499). Pontua-se, ainda, que no caso da constatação da semi-im-

Um dos pontos mais importantes da distinção entre as referidas categorias seria que o *inimputável* é considerado incapaz de ser responsabilizado e de se responsabilizar pelo injusto penal[7] cometido. Não obstante a incapacidade de

putabilidade o sujeito terá sua culpabilidade diminuída, com sua pena reduzida de 1/3 a 2/3, mas caso haja, ainda, a presença de *periculosidade*, a pena será substituída por uma medida de segurança. Essa categoria se localiza em uma zona de indistinção, híbrida, podendo pender tanto para a pena quanto para a medida de segurança. Sua presença no ordenamento como suposto "meio-termo" entre imputabilidade e inimputabilidade apenas sustenta essa cisão e legitima a manutenção da medida de segurança. Vale ressaltar, ainda, que desde a reforma na Parte Geral do Código Penal, em 1984, o semi-imputável é submetido a uma pena *ou* a uma medida de segurança – nunca aos dois. Trata-se do sistema *vicariante*. Antes da referida reforma, o sistema *duplo binário (ou duplo trilho)* ordenava que, constatado o "estado perigoso" do sujeito, poder-se-ia determinar o cumprimento de uma pena *e* de uma medida de segurança. Havia, portanto, tanto uma presunção legal do estado de perigo quanto uma declaração judicial. Ao fim e ao cabo, tal sistema servia como uma forma de legitimar o isolamento perpétuo ou semiperpétuo do sujeito.

6. De acordo com o art. 26, *caput*, do Código Penal, "é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". Nesse caso, a incapacidade jurídica do inimputável decorre da sua suposta incapacidade (psíquica e etária), que o tornaria inapto a ser culpável. Na legislação penal brasileira, portanto, a menoridade absoluta (que não será discutida nesta proposta de trabalho), a doença mental e o desenvolvimento mental retardado ou incompleto são causas de exclusão de culpabilidade, sendo que, por esse motivo, as condutas cometidas pelos referidos sujeitos não podem ser consideradas crimes, impossibilitando, portanto, a aplicação da pena.
7. O modelo analítico de crime adotado amplamente no ordenamento jurídico brasileiro é o *tripartido*. "O modelo tripartido de fato punível [...] admite os conceitos de *tipo de injusto* e de *culpabilidade* como categorias elementares do fato punível, mas concebe o *tipo de injusto* como categoria formada por dois conceitos autônomos: o *tipo legal* (descrição de proibições abstratas) e a *antijuridicidade* (valoração negativa concreta, excluída quando da existência de justificações) – de modo que a realização justificada de um tipo legal constitui a ação *típica justificada*. [...] A culpabilidade, por sua vez, seria o juízo de reprovação pela realização não justificada do tipo de injusto, compreende (1) a *imputabilidade* (excluída ou reduzida por *menoridade* ou por *doenças mentais*), (2) *consciência da antijuridicidade* (excluída ou reduzida em hipóteses de *erro de proibição*), e (3) a *exigibilidade de comportamento diverso* (excluída ou reduzida em situações de exculpação legais e supralegais)" (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 79). Assim, o inimputável, em que pese tenha cometido um injusto penal (fato típico e ilícito), não preenche um dos requisitos da culpabilidade, qual seja, a imputabilidade, de tal forma que não se pode falar na prática de crime e tampouco na presença de pe-

responsabilidade, o que orienta a submissão do sujeito à medida de segurança é a sua periculosidade. E esse é outro ponto fulcral da problematização da manutenção da categoria de medida de segurança no ordenamento jurídico-penal.

Primeiramente, no que concerne à incapacidade de se responsabilizar, o referencial jurídico-penal atual alega que o *inimputável*[8] é submetido à resposta coercitiva penal para fins apenas "terapêuticos" e "curativos". É dizer, o fato passado (injusto penal cometido), que ensejou o exercício do poder punitivo, desaparece: ele é desvinculado, desativado enquanto motivo que submeteu e mantém o sujeito no sistema penal. O que está em questão para a manutenção do indivíduo sob a égide do referido sistema é a sua periculosidade. Nesse sentido:

> O tipo ideal (ou estereótipo teórico) que contrapõe a capacidade de culpa (culpabilidade) é a *condição* ou *potência de perigo* (periculosidade).
>
> O sujeito perigoso, ou dotado de periculosidade, seria aquele que, diferentemente do culpável, não possui condições mínimas para discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude do seu ato e, consequentemente, atuar conforme as expectativas do direito (agir de acordo com a lei). Em razão da ausência de condições cognitivas (déficits cognitivos) para direcionar sua vontade, a aplicação de uma *pena*, com caráter marcadamente retributivo passa a ser inadequada, notadamente no esquema da *culpabilidade pela reprovabilidade*, em que se postula uma adequação da pena ao grau de reprovação do ato voluntário praticado pelo sujeito. Neste cenário de ausência de responsabilidade penal, a pena é substituída pela *medida* (de segurança) e a finalidade retributiva da sanção é substituída pela orientação de *tratamento do paciente*[9].

A contradição flagrante e irreconciliável da medida de segurança, então, surge ao se desvincular o ato que motivou a submissão do sujeito ao sistema penal da sua própria manutenção nesse mesmo sistema, que passa a se orientar pela periculosidade[10], pelos futuros e hipotéticos atos que esse sujeito poderia

---

na. Em nosso ordenamento só se submete à pena quem preenche todos os elementos anteriormente descritos e que compõem o delito.

8. Ou o semi-imputável, quando presente a periculosidade.
9. CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 502.
10. "O instrumento da verificação da periculosidade do autor do fato previsto em lei como crime é o *incidente de sanidade mental*, procedimento regulado pelo Código de

vir a cometer. Esta, por sua vez, direciona-se como se ao portador de sofrimento mental fosse intrinsecamente vinculada a noção de perigo, ou seja, como se aquele etiquetado como louco fosse mais perigoso que os ditos "normais". Essa concepção é naturalizada em nossa sociedade a tal ponto de supostamente sustentar uma intervenção de exceção, que é a medida de segurança.

Barros-Brisset[11] analisa a genealogia da periculosidade, tendo como um dos pontos a ser respondido o seguinte: "*por que a ideia de que o louco é perigoso parece tão natural, uma vez que se alienar, dar um ataque ou mesmo cometer um crime não é algo exclusivo da loucura?* ". O modelo organicista de déficit permanente (hipocrático-galeno) e o modelo metafísico de manifestação do mal moral (concepção herdeira dos inquisidores) articulados por Philippe Pinel no século XIX ensejam uma perspectiva de déficit moral à loucura, que dará ensejo logo em seguida à noção de uma periculosidade intrínseca aos "doentes mentais", que mobilizará a elaboração tanto de um discurso científico sobre a loucura quanto de um instituto no Direito Penal para tratamento dessas pessoas, que é a medida de segurança[12]. No modelo atual, a loucura não só desculpa o crime como incapacita o sujeito de responder pelo seu ato.

Processo Penal. O incidente pode ser requerido em qualquer fase da persecução penal (fase do inquérito ou instrução processual) e a sua instauração suspende o processo [...]. Segundo o art. 149, *caput*, do estatuto processual, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará de ofício ou a requerimento das partes o exame médico-legal (perícia médica). Cabe, pois, ao médico legista (psiquiatra forense) a tarefa de atestar o grau de periculosidade do autor do fato" (CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 502). Pontua-se que o sujeito, quando atestada a sua periculosidade, só poderá ter sua medida de segurança suspensa, retomando, assim, sua liberdade, quando houver o diagnóstico de *cessação da periculosidade*, também realizado por perícia médica.

11. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. Genealogia do conceito de periculosidade. *Revista Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: [http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_01_1/02-GENEALOGIA%20DO%20CONCEITO%20DE%20PERICULOSIDADE.pdf].

12. "De Pinel a Lombroso, passaram-se cem anos, e a exceção dos dementes foi se tornando a regra de todos os delinquentes, e o que mudará nesse discurso, seja nos monomaníacos, seja nos degenerados ou no homem delinquente, é a ideia pineliana de um déficit moral intrínseco na loucura, o que faz dos loucos indivíduos intrinsecamente perigosos. [...] Tendo em vista essa concepção unânime [...], o direito deveria apresentar um mecanismo especial para tratar o indivíduo perigoso, separando-o da sociedade até cessar a sua periculosidade, em nome da defesa social (BULLETIN DE L'UNION INTERNACIONALE DE DROIT PENAL, 1910). [...] De fato, o que Pinel fez foi amarrar num só conceito uma história que precisou de quase vinte séculos para encontrar sua equivalência no saber sobre a natureza perigosa do homem. Depois

A construção do indivíduo criminoso, como ensinou Foucault[13], esteve também vinculada não apenas à afirmação da psiquiatria como campo autônomo na medicina, mas também e, sobretudo, como instrumento de poder que deveria ser garantido e justificado a fim de fazer funcionar um modelo de higiene pública. A ideia do crime louco, como a monomania homicida[14], deu azo à formulação, presente até os dias de hoje, do parentesco entre loucura, periculosidade e crime. Possibilitou, ainda, a concepção de que "o estado de loucura é incompatível com a responsabilidade, e que ele exclui suas consequências"[15]. É essa a lógica presente atualmente na categoria de inimputabilidade.

A medida de segurança recai, com sua finalidade única de prevenção especial[16], necessariamente, em uma perspectiva de direito penal de *autor*, incompatível com uma concepção de direito penal democrático. Dessa maneira, submete-se o sujeito ao sistema penal não pelo que ele fez, mas pelo que ele supostamente é: louco e perigoso. Essa concepção remonta à perspectiva ideo-

---

dessa longa trajetória da gênese do conceito de periculosidade, sua migração para o corpo conceitual e normativo jurídico pôde evoluir e ocorrer em pouco menos de cem anos. Desde então, a identificação da substância malidicente (*sic*) na composição do déficit moral próprio à loucura é algo que se arrasta imutável em todas as teses sobre periculosidade que temos conhecimento até os dias de hoje" (BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. Genealogia do conceito de periculosidade. *Revista Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2011, p. 46-48).

13. FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política: ditos e escritos, v. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

14. "[...] o que se tenta apreender é um tipo de loucura que apenas se manifestaria no momento e nas formas do crime, uma loucura que só teria por sintoma o próprio crime, e que poderia desaparecer uma vez que este fosse cometido. E, inversamente, trata-se de situar crimes que têm por motivo, para o autor, para o 'responsável jurídico', aquilo que, de qualquer forma, no sujeito, está fora de sua responsabilidade; ou seja, a loucura que nele se esconde e que ele não pode dominar, pois muito frequentemente não tem consciência dela. *O que a psiquiatria do século XIX inventou foi esta entidade absolutamente fictícia de um crime louco, um crime que seria inteiramente louco, uma loucura que nada mais é do que o crime. Aquilo que por mais de meio século foi chamado de monomania homicida"* (FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política: ditos e escritos V. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7 e 8 (grifo nosso).

15. FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política: ditos e escritos, v. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 11.

16. As teorias da pena são discursos de racionalização da existência do poder punitivo, que visam justificar o monopólio deste poder pelo Estado. Por ser um ato de violência estatal, que impõe o exercício da força, deve haver uma "limitação" desse poder, bem como uma legitimação discursiva, que é a teoria da pena.

lógica da Escola Positiva Criminológica italiana do século XIX, na qual os teóricos diferenciavam os sujeitos "normais" dos "criminosos" a partir de um referencial biológico, que buscava curar ou eliminar os sujeitos "doentes" e de "natureza associal"[17] em nome da defesa social[18]. Nesse período em que o vínculo entre psiquiatria e direito é normatizado através do surgimento da medida de segurança enquanto instituto jurídico para tratar dos sujeitos considerados loucos, as teorias à época:

17. "[...] O mesmo ideal levará em consideração que aquele delinquente que não produz uma violação no contrato, mas revela, desse modo, sua natureza associal, isto é, trata-se de uma célula doente dentro do organismo. *Diante dessa natureza enferma, o que cabe ser feito não é a retribuição, mas sim que sejam tomadas medidas de cura ou de eliminação*. [...] Através de perspectivas médicas, tanto a célula como todo o organismo poderiam ser curados. Estas medidas provocariam a reorganização do espaço social, tanto público – limpeza e ventilação dos hospícios, hospitais, cemitérios, quartéis; controles de contágios e correção de águas paradas – quanto privado – saneamento de residências particulares e fomento da família. *Todas essas medidas estavam incluídas dentro do prestígio do chamado 'higienismo'*" (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 242 (grifo nosso).

18. "À tese propugnada pela Escola clássica, da responsabilidade moral, da absoluta imputabilidade do delinquente, Lombroso contrapunha, pois, um rígido determinismo biológico. A visão predominantemente antropológica de Lombroso (que, contudo, não negligenciava, como erroneamente certos críticos sustentam, os fatores psicológicos e sociais) seria depois ampliada por Garófalo, com acentuação dos fatores psicológicos (a sua *Criminologia* é de 1905) e por Ferri, com a acentuação dos fatores sociológicos. [...] O delito era reconduzido assim, pela Escola positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores. Esta orientação de pensamento buscava, de fato, a explicação da criminalidade na 'diversidade' ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados.

    O desenvolvimento da Escola positiva levará, portanto, através de Grispigni, a acentuar as características do delito como elemento sintomático da personalidade do autor, dirigindo sobre tal elemento a pesquisa para o tratamento adequado. [...] isto explica a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu um delito. [...] Agora novamente, [...] vemos reafirmada, na história do pensamento penalístico italiano, a concepção da pena como meio de *defesa social*. Ferri agrega à pena todo o sistema de meios preventivos de defesa social contra o crime, que assume formas de 'substitutivos penais'. *Mas como meio de defesa social a pena não age de modo exclusivamente repressivo, segregando o delinquente e dissuadindo com sua ameaça os possíveis autores de delitos; mas, também e sobretudo, de modo curativo e reeducativo*" (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 39 e 40 (grifo nosso).

> […] mostrariam que mesmo quando o sujeito humano tem uma base física temperamental imodificável, é possível fazer algo em relação a determinados sujeitos portadores de anomalias ou imperfeições, para o bem mesmo deles e de todos[19].

O crime passou a ser considerado uma manifestação da personalidade do sujeito, bem como da sua natureza biológica e psicológica. Essa foi uma das principais articulações científicas do século XIX. Nesse sentido, o médico Franz Joseph Gall (1758-1828) considerava que a legislação penal deveria ter como referência a exclusão dos imodificáveis ou incorrigíveis. Cesare Lombroso[20] irá considerar a categoria de "criminoso nato" para suscitar o tipo humano passível de intervenção antes ou depois do cometimento do delito. Buscava-se a referência etiológica do crime, sobretudo no cérebro humano:

> Entre 1812 e 1819, a frenologia de Gall e Spurtzheim já tinha como objeto de estudo o "espírito" localizado no cérebro. Em seu afã de observar, medir e comparar crânios, eles buscavam localizar as funções físicas no cérebro, bem no paradigma metodológico instaurado pela *Encyclopedie*. [...] Gall pesquisou a "anatomia" do centro da razão durante 20 anos, usando muitas cabeças, buscando a superioridade da raça branca caucásica. Anitua expõe as 27 *faculdades* encontradas por Gall em suas pesquisas: amor físico, amizade, defesa, astúcia, etc. As deficiências cerebrais povoavam o sul da Europa, os animais e o resto do mundo. [...] Desses discursos científicos surgiram propostas de eliminação de Laponge e do arianismo de Chamberlain. Os conceitos de degenerescência, ativismo e eugenia justificavam os genocídios. Zaffaroni sempre nos lembra que o genocídio é com frequência precedido de um discurso legitimante da eliminação. É aí que se funda a criminologia como disciplina, como "ciência". Esse saber se fundou na observação e medição dos encarcerados pelo grande internamento. O século dos manicômios era também o século das prisões e dos asilos. A criminologia transforma-se num discurso autonomizado do jurídico, despolitizado e agora gerido pelo saber/poder médico. Como na Inquisição, o "criminoso" será objetificado, agora, com o deslocamento do religioso para o científico, no combate ao mal que ameaça[21].

19. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 237.
20. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.
21. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 42-44.

Atualmente, a medida de segurança orientada pela periculosidade é a manutenção da concepção do crime como manifestação de uma anomalia do sujeito, bem como do seu caráter intrinsecamente perigoso e incapaz de responsabilidade. E em que pese o saldo histórico dessa perspectiva (*vide*, a título exemplificativo, o manicômio de Barbacena e o período hitlerista na Alemanha[22]), há ainda abordagens neurocientíficas que reivindicam o caráter etiológico do crime e o reconhecimento da inimputabilidade para todos aqueles que incorrem em uma conduta delitiva, vez que, para se ter acesso à causa cerebral que culminou no delito, tratar-se-ia apenas da necessidade de uma tecnologia científica, sobretudo de imagem, mais sofisticada.

Com esse pressuposto, o neurocientista estadunidense David Eagleman[23], ao fazer referência ao neurofisiologista Wolf Singer, diz que, mesmo que ainda não possamos medir exatamente o que há de errado no cérebro de um criminoso, pode-se pressupor com boa segurança que há, sim, algo errado, de tal forma que a conduta criminal em si é prova suficiente de uma anormalidade cerebral. Nesses termos, o que se coloca em questão é o reconhecimento da inimputabilidade em todos os casos que envolvem conduta delitiva e, não obstante, até mesmo de forma preventiva, o reconhecimento do sujeito potencialmente perigoso antes mesmo da realização da prática delitiva. Senão, vejamos:

> Uma explicação biológica [...] meramente sublinha a ideia de que seus atos [do criminoso] não estão divorciados da maquinaria do seu cérebro, assim como vimos com Charles Whitman e Kenneth Parks. Não culpamos o pedófilo repentino por seu tumor e não culpamos o cleptomaníaco fronto-temporal pela degeneração do seu córtex frontal. Em outras palavras, há um problema cerebral mensurável, que garante leniência ao réu. Ele não deve ser culpado.
>
> Mas *podemos* culpar alguém se não tivermos tecnologia para detectar um problema biológico. E isto nos leva ao cerne de nosso argumento: *a imputabilidade é a pergunta errada a fazer.*
>
> Imagine um espectro de culpabilidade. Em uma extremidade, você tem pessoas como Alex, o pedófilo [...]. Aos olhos do juiz e do júri, estas são pessoas que sofreram danos cerebrais nas mãos do destino e não escolheram sua situação neural.

22. CONDE, Muñoz. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
23. EAGLEMAN, David. *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

> No lado da imputabilidade na linha está o criminoso comum, *cujo cérebro recebe pouco estudo e sobre quem nossa tecnologia atual não é capaz de dizer muita coisa.* [...].
>
> O espectro apreende a intuição comum que os júris parecem ter sobre a imputabilidade. Mas há um problema grave nisso. *A tecnologia continuará a melhorar, e à medida que melhoramos na medição de problemas do nosso cérebro, a linha migrará para o lado da inimputabilidade.* [...]
>
> Atualmente podemos detectar apenas grandes tumores cerebrais, mas daqui a cem anos detectaremos padrões em níveis inimaginavelmente menores de microcircuitos, correlacionados com problemas de comportamento. *A neurociência poderá dizer melhor por que as pessoas são predispostas a agir como agem.* À medida que nos tornarmos mais qualificados em especificar como o comportamento resulta de detalhes microscópicos do cérebro, *mais advogados de defesa apelarão aos atenuantes biológicos e mais júris colocarão os réus no lado inimputável da linha.*
>
> *Não pode fazer sentido que a culpabilidade seja determinada pelos limites da tecnologia atual. Um sistema de justiça que declare uma pessoa imputável no início de uma década e inimputável no final dela não é um sistema em que a culpabilidade tenha significado claro*[24].

Os riscos trazidos por essa perspectiva neurocientífica são pungentes. A medida de segurança já se mostra completamente defasada e eivada de violência e vícios incorrigíveis de tal forma que vale a pena pensarmos em sua superação, sob pena de que, se autorizarmos "*o direito a intervir sobre os indivíduos em função do que eles são: uma sociedade assustadora poderia advir daí*"[25].

A reforma psiquiátrica, que traz no seu espectro o reconhecimento da autonomia do portador de sofrimento mental, a superação dos modelos asilar e de internação e o prospecto do fim dos manicômios, pode ser diretriz da construção de uma nova concepção de responsabilidade penal, mediante a completa eliminação de um espaço de exceção de tutela penal que é a medida de segurança.

3. Claus Roxin: *La libertad y la responsabilidad serían "un elemento irrenunciable de la convivencia humana"*

O Direito Penal, por toda a complexidade que lhe é inerente, aponta para a possibilidade das mais diversas problematizações, dentre elas a do livre-arbítrio.

24. EAGLEMAN, David. *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 187 e 189.

25. FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política: ditos e escritos, v. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 25.

O que está em questão é a mitigação da categoria da culpabilidade[26], vez que, caso se admita a inexistência de livre-arbítrio, a referida categoria, dentro do referencial da *exigibilidade de conduta diversa*, viria a ruir.

Para Roxin[27], a culpabilidade é entendida como a existência da prática de um injusto penal, em que pese ter o sujeito acesso à norma. Nesse sentido:

> Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles "posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma", cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico[28].

Roxin oferece uma solução em relação ao problema do livre-arbítrio, colocando, ao fim e ao cabo, esta questão como superada para o Direito Penal. O fato de se ter acesso à norma, segundo o autor, faz partir do pressuposto de que todos têm livre-arbítrio[29]. Assim, todo sujeito, tendo acesso à norma, teria

---

26. "A dogmática penal contemporânea edifica o conceito de fato punível com base nas categorias elementares de *tipo de injusto* e da *culpabilidade*, que concentram todos os elementos da definição *analítica* de crime. [...] A *culpabilidade* como juízo de reprovação, tem por objeto o *tipo de injusto*, e por fundamento: a) a imputabilidade [...]; b) o *conhecimento do injusto*, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável *saber*, *realmente*, *o que faz*, excluído ou reduzido os casos de erro de proibição; a *exigibilidade de conduta diversa*, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e concreta indicação do *poder não fazer o que fez*, excluído ou reduzido nas situações de exculpação.

    Esse conceito de culpabilidade, como juízo de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto, parece representar a expressão contemporânea dominante do conceito *normativo* de culpabilidade [...]. O fundamento material da culpabilidade (também chamado fundamento *ontológico* da culpabilidade) é definido pela capacidade de *livre decisão* do sujeito" (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal:* parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 273-278 (grifo do autor).

27. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: Parte General. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

28. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: Parte General. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 807.

29. Como Claus Roxin não chega a problematizar na chave interpretativa aqui proposta o instituto da medida de segurança e, logo, a inimputabilidade, a acessibilidade

condições de agir conforme a mesma. Deve-se, portanto, tratar a todos e todas como livres. Esse pressuposto do autor é considerado tendo como referência o que ele nomeia *asserção normativa*, que tem como sustentáculo a construção social e cultural, até mesmo porque não existem dados empíricos suficientemente conclusivos (e provavelmente nunca existirão) sobre a existência ou não do livre-arbítrio para que se leve a cabo a discussão entre os deterministas e libertários. Nesse sentido:

> Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto. posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor de este libro en este punto) y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo – lo que precisamente no podemos saber –, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre. *La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales.* Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley[30].

Roxin parece adotar uma abordagem compatibilista[31] em relação ao livre-arbítrio, vez que as descobertas e conclusões científicas não retiram de todo

---

normativa pressupõe, para ele, a imputabilidade. Dessa forma, segundo o penalista alemão, todos e todas seriam livres somente se e enquanto *imputáveis*. No entanto, o que se quer com a presente proposta de estudo é abranger a *asserção normativa* de que todos e todas são livres, formulada pelo autor, para toda e qualquer pessoa maior de 18 anos, sem levar em consideração classificações psiquiátricas. A normalidade como premissa de liberdade é mais arbitrária e vulnerável do que a premissa da própria liberdade para todos os sujeitos.

30. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 807-808 (grifo nosso).

31. "[...] Por su propia naturaleza el compatibilismo se sitúa en algún punto intermedio entre el determinismo fuerte, para el que no es consecuente, por admitir la libertad

e qualquer sujeito sua capacidade de ser livre e responsável, tendo como referência a cultura e os valores socialmente construídos e compartilhados. Nas palavras do autor:

> La concepción aquí defendida de que el Derecho penal puede mantenerse al margen en la disputa filosófica y de las ciencias naturales sobre el libre albedrío puede considerarse hoy la dominante. Lackner resume la inabarcable literatura científica con la constatación de "que conforme al presente estado del conocimiento no hay ningún método y probablemente nunca lo habrá que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de una determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación". Ello "ya no se pone hoy seriamente en duda".
>
> A pesar de todo, mi tesis de que la suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos y admisible por igual para deterministas e indeterministas ha hallado una enérgica oposición del lado indeterminista. Dreher opina que para el Derecho penal el problema de la libertad no es "una cuestión que se pueda bordear, sino que es la cuestión decisiva por excelencia".
>
> *La libertad y la responsabilidad serían "un elemento irrenunciable de la convivencia humana...* Puesto que no poseemos otra realidad que la vivida por nosotros, el principio no necesita una prueba ni ideológica ni empírica, sino que está fuera de un ámbito susceptible de prueba"
>
> […]
>
> La libertad no sería "tan poco susceptible de prueba en el sentido de un carácter científico exacto como v.gr. la 'dignidad' del ser humano...". *Para Schünemann ' el libre albedrío no es un "simple hecho o dato bio-físico, sino una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un estrato especialmente elemental, al menos de la cultura occidental...*". Estaría "asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y ya por eso sería socialmente real..."[32].

(o, al menos, un margen de libertad), y el puro indeterminismo, para ele que tampoco resulta convincente, por admitir, al menos parcialmente, la premisa de que nuestros actos están previamente determinados (o, al menos, condicionados por mucho factores que los determinan en gran parte). Se habla en ocasiones asimismo de un 'determinismo' o 'indeterminismo' relativo. […] *Un Derecho penal sin libertad humana equivaldría a un Derecho penal sin culpabilidad, lo que dejaría paso a un Derecho (penal) de medidas de seguridad* […]" (CRESPO, Eduardo Demetrio. *Neurociencias y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, SL, 2013. p. 29 e 30. (Grifo nosso)

32. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García

Dessa forma, Roxin considera que não é possível uma vida conjunta, em sociedade, sem que se pressuponha e que se tenha como um valor primordial a liberdade, sendo que, para sustentar a sua posição, parte do pressuposto da *asserção normativa*. Em que pese o autor considerar e manter a tradição no que concerne à inimputabilidade e à existência da medida de segurança (na verdade ele, como a maioria dos doutrinadores, não chega sequer a problematizar a temática), é plausível e necessário que o seu fechamento para a questão do livre-arbítrio no que tange ao Direito Penal seja aplicada também para se pensar a construção de um modelo de responsabilidade única em detrimento da manutenção das categorias de imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade.

Responsabilidade, para o autor, seria uma valoração que torna o sujeito capaz de ser punido. Quem cumprir os requisitos relacionados à *responsabilidade* pode ser submetido a uma pena. Esse conceito torna mais controlada e limitada a atuação do Direito Penal, pois a "responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la *culpabilidad* del sujeto y de la *necesidad preventiva* de sanción penal, que hay que deducir de la ley"[33]. Assim, não basta a presença da culpabilidade com todos os seus requisitos, mas também a necessidade preventiva para que se possa acionar o Direito Penal. Somente a presença de ambos – culpabilidade e necessidade preventiva – pode dar ensejo à responsabilidade penal. O autor assevera veementemente que por mais que haja uma necessidade preventiva, por maior que seja, se não houver culpabilidade (e vice-versa), não se pode falar, em nenhuma hipótese, em *responsabilidade*.

No que tange à discussão sobre o modelo de responsabilidade penal única, temos no modelo penal tradicional, como já discutido, que o portador de sofrimento mental – o inimputável – não é capaz de responsabilidade: a loucura anularia o crime e, por conseguinte, a possibilidade de o sujeito se responsabilizar por sua conduta. Todavia, essa perspectiva, consubstanciada na categoria de periculosidade, recai na perspectiva de direito de penal de *autor* e fere uma série de princípios constitucionais, além de direitos e garantias penais e processuais penais. Além disso, a periculosidade perpetuaria a história da violência nos (e dos) manicômios e, ainda, não se poderia ter controle das consequências que adviriam de se sustentar a inimputabilidade, como a possibilidade de tute-

Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 807-809 (grifo nosso).

33. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 792 (grifo nosso).

la penal antes do cometimento de um injusto penal (essa possibilidade poderia advir, por exemplo, de uma perspectiva neurocientífica que queira encontrar o referencial etiológico do crime no cérebro humano, tratando o delito como algo *natural* e suprimindo todo o referencial e contexto histórico, social, político e econômico da construção do delito e das formas de punir).

Destarte, o conceito utilizado por Roxin de *asserção normativa* para superar a discussão do livre-arbítrio a partir do pressuposto de que, por valores sociais e culturais, todos os sujeitos são presumidamente (ou juridicamente) livres, pode orientar o modelo de responsabilidade única no seguinte sentido: todos os sujeitos são capazes de responsabilidade, ainda que diferenciada, mas todos (o portador de sofrimento mental, inclusive) podem e devem responder por seu ato (no caso, por seu injusto penal). Essa afirmação seria uma *asserção normativa* de que todos somos capazes de responsabilidade, pois tratar-se-ia de um pressuposto da vida em sociedade, de um dever e também de um direito, voltado para que não se criem espaços de exceção dentro do ordenamento jurídico, qual seja, a tutela penal resultante da condição existencial do sujeito e da sua suposta periculosidade.

Em que pese Roxin não problematizar e, ao fim, manter a categoria de inimputabilidade, há uma fissura a ser explorada em sua obra no que concerne não somente ao modelo de responsabilidade (o adicional da necessidade preventiva para a aplicação da pena trazida por esse autor), mas, sobretudo, ao conceito de *asserção normativa* que esse autor utiliza para superar a discussão do livre-arbítrio no direito penal, evitando, assim, a mitigação da categoria da culpabilidade – ao fim e ao cabo, o cerne do direito penal democrático e obstáculo importante ao exercício ilegítimo do poder punitivo.

Ademais, partindo do pressuposto que um portador de sofrimento mental é capaz de responsabilidade, o prospecto seria que se considerasse, a depender do caso, uma *culpabilidade diminuída –*, pois como Roxin por diversas vezes assevera, no caso de doença mental *sempre* há uma valoração judicial[34]. Dessa

34. "*La delimitación entre la disminución 'notable' y la menos notable de la imputabilidad naturalmente deja un espacio amplio a la valoración judicial*. Para la concesión del marco penal especial abierto por el § 21 se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica del sujeto *se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la inimputabilidad*. Sólo se pueden ofrecer valores de medida estandarizados en el caso de la embriaguez" (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 840 (grifo nosso).

forma, o modelo seria de responsabilidade única e orientado pela culpabilidade, sendo que nos casos em que há constatação de sofrimento mental e de que tal aspecto influenciou de alguma maneira na capacidade de entender o caráter do ilícito do ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, haveria a diminuição da capacidade de culpabilidade, que culminaria única e tão somente na diminuição da pena.

Referida diminuição da pena, por sua vez, nos casos de necessidade de tratamento psiquiátrico, seria orientada pela Lei 10.216/2001, ou seja, o cumprimento da pena se daria preponderantemente em tratamento ambulatorial (internação apenas em casos extremos – por exemplo, o caso de franco surto psicótico – e devidamente fundamentada pelo juiz e por uma equipe técnica competente e, ainda, com prazo *determinado* de duração, sendo a continuidade do tratamento realizada de forma ambulatorial) e durante, estritamente, o tempo determinado de pena, ou seja, a pena (que não perderia seu caráter sancionatório e punitivo) e o eventual tratamento não estão vinculados ou direcionados pela periculosidade. Não se haveria de falar em indivíduo intrinsecamente perigoso cuja periculosidade se tenha que cessar. Trata-se da superação da inimputabilidade e da medida de segurança e da atualização formal do direito penal às novas diretrizes da reforma psiquiátrica.

4. Jacques Lacan: *por nossa posição de sujeitos somos sempre responsáveis*

A ideia de que o louco, além de ser mais perigoso e imprevisível que os ditos "normais", é incapaz de responsabilidade não encontra respaldo na teoria psicanalítica[35]. Quando Lacan diz que "*por nossa posição de sujeitos, sempre somos responsáveis*"[36], essa responsabilidade, evidentemente, é diferente da responsabilidade discutida até o momento, qual seja, a responsabilidade jurídico-penal (vista aqui não apenas como um dever, mas também como um direito). A responsabilidade sustentada por Lacan, porém, não se desconecta da concatenação argumentativa que leva a um modelo de responsabilidade penal única. Isso porque, para Lacan, a responsabilidade da nossa posição enquanto sujeito

35. Teoria esta que, como será demonstrado adiante, orienta trabalho de substanciosa envergadura com os portadores de sofrimento mental submetidos ao sistema penal em Minas Gerais, chamado PAI-PJ. Essa iniciativa apresenta objetivamente resultados tão positivos que não deve passar despercebida à análise e aos desdobramentos de uma condução de tratamento que não se orienta pela periculosidade.

36. LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

independe de se tratar de um neurótico, de um psicótico ou de qualquer categoria que se avente. Todos, sem exceção, podem se responsabilizar e se posicionar diante dos seus atos.

O sujeito da psicanálise, diferentemente do sujeito da ciência, que se coloca enquanto um objeto possível e localizável, é um sujeito implicado com o seu inconsciente, com a sua história e também com a construção da sua própria subjetividade (sempre em relação ao Outro[37]), sendo o objeto da psicanálise o "a" (objeto pequeno "a")[38]. Nas palavras do autor:

---

37. O *Outro* constitui o sujeito, é o lugar da palavra, da linguagem. O sujeito é efeito da linguagem. Nesse sentido: "A concepção lacaniana do significante implica uma relação estrutural entre o desejo e o 'grande Outro'. Essa noção de 'grande Outro' é concebida como um espaço aberto de significantes que o sujeito encontra desde seu ingresso no mundo; trata-se de uma realidade discursiva de que Lacan fala no Seminário 20; o conjunto dos termos que constituem esse espaço remete sempre a outros e eles participam da dimensão simbólica margeada pela do imaginário. *A instância imaginária do eu se forja em função do que faz falta no Outro.* A formalização dessas duas ocorrências passa pelo grafo do desejo [...]. [...] A linguagem se fundará, portanto, nessa inscrição inicial e iniciadora; ela é uma produção de que o sujeito será não o agente, mas o efeito: 'o Nome-do-pai é o significante, é o significante do Outro enquanto lugar da lei'. [...] O Outro vai se tornar mais especificamente o lugar 'onde se constitui o eu de fala'; Lacan manterá essa posição do Outro como lugar: 'do lado do Outro, do lado onde a fala se certifica de encontrar a troca de significantes'. Se num primeiro tempo o Outro é o lugar do tesouro dos significantes, num segundo tempo vai se instituir a subjetivação em que a falta vai implicar o desejo. De fato, o grande Outro é a própria referência do simbólico [...]" (KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise*: o legado de Freud e Lacan. Trad. Vera Ribeiro e Maria Luiza X. de A. Borges. Consultoria Marco Antônio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 385 e 386. (grifo nosso)

38. Para a melhor compreensão da temática, esclarece-se brevemente a função do *a* para a psicanálise, bem como o seu conceito: "o objeto da psicanálise [...] não é outro senão aquilo que já expus sobre a função que nela desempenha o objeto *a*. [...] esse objeto *a* deve ser inserido, já o sabemos, na divisão do sujeito pelo qual se estrutura, muito especialmente, [...] o campo psicanalítico" (LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 877 e 878).

    Também chamado de pequeno *a*, Lacan explica que na estruturação do sujeito, ou seja, na sua divisão, é a partir do Outro que o *a* assume o seu isolamento. O *a* é aquilo que sobra da operação subjetiva que constitui o sujeito: "se *a* chama-se *a* em nosso discurso, não é apenas pela função de identidade algébrica da letra que pregamos outro dia, mas, por assim dizer, humoristicamente, porque ele é o que não *temos* mais" (LACAN, Jacques. *O seminário*, livro 10: a angústia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 132). Para Lacan, é esse resto, essa falta para sempre perdida, que o sujeito busca durante toda a sua vida – essa parte é o objeto (*a*) com o qual nos relacionamos e que se faz presente através da sua ausência.

> *O que ensinamos o sujeito a reconhecer como seu inconsciente é sua história* – ou seja, nós o ajudamos a fazer a historicização atual dos fatos que já determinaram em sua existência um certo número de reviravoltas históricas. Mas se eles tiveram esse papel, já foi como fatos históricos, isto é, como reconhecidos num certo sentido ou censurados numa certa ordem[39].

A ética da psicanálise[40] preceitua que a responsabilidade do sujeito diz respeito, no final das contas, à responsabilidade da sua posição enquanto sujeito. Quando se tem um sistema penal (o simbólico da lei) que não permite que determinados sujeitos se posicionem e respondam pelo seu ato (no caso, um injusto penal), na perspectiva da ética psicanalítica há o completo apagamento do sujeito, que não poderá advir perante sua própria comunidade.

No caso da psicose, em que normalmente se consideram os chamados "loucos", "inimputáveis", "portadores de sofrimento mental", a questão pode ser considerada ainda mais delicada se partirmos do cometimento do injusto penal quando da *passagem ao ato*. Nesse momento (a passagem ao ato) o sujeito se precipita da cena, ou seja, está fora dela. No caso da coincidência entre o cometimento de um injusto penal e a passagem ao ato, a questão fulcral é que talvez a única chance que o indivíduo possa ter de se posicionar, ou seja, de assumir a sua posição enquanto sujeito, seria justamente perante a chamada à responsabilidade da lei comum a todos, no caso, a lei penal. No entanto, o que existe no ordenamento jurídico brasileiro é uma impossibilidade promovida pelo direito penal desse sujeito se posicionar e se responsabilizar (jurídica e subjetivamente), pois é excluído através da medida de segurança orientada pela periculosidade.

Sobre a estrutura da passagem ao ato e o apagamento do sujeito, Lacan assim ensina:

> [...] Se vocês quiserem referir-se à fórmula da fantasia, a passagem ao ato está do lado do sujeito na medida em que este aparece apagado ao máximo pela barra. O momento da passagem ao ato é o do embaraço maior do sujeito, com o acréscimo comportamental da emoção como distúrbio do movimento. É então que, do lugar em que se encontra – ou seja, do lugar da cena em que, como sujeito fundamentalmente historizado, só ele pode manter-se em seu status de sujeito –, ele se precipita e despenca fora de cena.

39. LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 263. Grifo nosso.

40. LACAN, Jacques. *O seminário*, livro 7: a ética da psicanálise. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller [versão brasileira: Antônio Quinet]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

> *Essa é a própria estrutura da passagem ao ato*.
>
> [...] O sujeito se encaminha para evadir da cena. É isso que nos permite reconhecer a passagem ao ato [...][41].

Percebe-se, pois, que ter o portador de sofrimento mental a oportunidade de responder ao seu ato perante a lei, ou seja, essa chamada ao simbólico, é de grande valia tanto subjetivamente, para o sujeito, quanto para a própria sociedade, que terá a coerência normativa de um direito penal constitucionalmente orientado que não cria mecanismos que deem azo ao direito penal de *autor*. O portador de sofrimento mental, no âmbito do direito penal, tem que responder pelo seu ato *passado* como todo e qualquer sujeito, e não ter seu corpo jogado em uma engrenagem voltada para o futuro e para a periculosidade.

Nesses termos, o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ)[42] tem apresentado expressivos resultados no acompanhamento desses sujeitos e da realização da reforma psiquiátrica no âmbito do sistema penal. Referido Programa funciona como um *dispositivo conector*, nas palavras de Célio Garcia, em prefácio ao livreto *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*:

> O dispositivo conector funciona como uma sutura que vem refazer uma conexão que estava interrompida. O termo sutura é usado em Medicina, exatamente com o sentido que acaba de ser lembrado. Ele não assume caráter defeituoso, ou de precariedade, como seria o caso se o aproximássemos de remendo, ou substituto de uma solução mais elaborada.
>
> A conexão se passa entre duas instâncias do serviço público brasileiro, a saber, o serviço de Saúde Mental e o Judiciário. Entre as instâncias dos dois serviços, havia um tensionamento originado pelo acúmulo de usuários que chegavam às portas do hospital psiquiátrico, oriundos do Judiciário, quando esses usuários haviam recebido uma medida de segurança, após terem sido considerados inimputáveis diante do juiz. [...]
>
> O paralelo com o dispositivo conector sugere que estamos diante de fenômenos aproximados do ponto de vista da invenção, criação social. [...]

41. LACAN, Jacques. *O seminário*, livro 10: a angústia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 129 e 130 (grifo nosso).
42. Vinculado ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) através do Programa Novos Rumos em 2010 (Resolução 633/2010). O projeto piloto junto ao referido Tribunal foi implementado no ano 2000, sendo transformado em um programa do TJMG em 2001 através da Portaria Conjunta 25/2001.

> O dispositivo conector viu seu alcance reconhecido por sua vez, ao revelar toda sua capacidade quando permitiu tirar uma outra conclusão, a saber, era possível atender o louco infrator longe do regime de internação permanente, das instituições manicomiais, marcadamente fonte e origem de sociabilidade destroçada, e demais traços de uma prática segregativa[43].

O PAI-PJ não orienta o tratamento dos sujeitos através da periculosidade, mas, sim, através de uma perspectiva humanizante que aposta nos laços sociais para conectar a loucura com o sistema judiciário. Construções de sociabilidades e um novo olhar sobre o sujeito portador de sofrimento mental fizeram surgir outras possibilidades de resposta na interlocução entre saúde mental e direito penal:

> Presumíamos que havia um sujeito entre o paciente e o judiciário, entre o louco e o infrator. Seguir suas pistas nos levaria a algum lugar. Apostávamos que o singular de cada sujeito não poderia ser reduzido à semântica dos vocábulos, paciente judiciário – louco infrator, tão carregados dos sentidos construídos historicamente. Aos poucos fomos levados a considerar que aquele sujeito indefinível poderia ser portador de um potencial de respostas inéditas, impensáveis e razoáveis.
>
> A experiência que inventávamos presumia que a solução se apresentaria no espaço da convivência e não no silêncio do isolamento consentido pela presunção da periculosidade. A lógica era outra. [...] Eram as respostas de sujeito que serviriam de guia quanto a uma possível via de construção de um laço social razoável, no tempo em que era acompanhado por muitos, antes e durante o cumprimento da sentença. [...] O programa se orienta pelos princípios da reforma psiquiátrica, através da Lei 10.216/2001, promovendo o acesso ao tratamento em saúde mental na rede substitutiva ao modelo manicomial[44].

Fernanda Otoni Barros-Brisset, fundadora e coordenadora do PAI-PJ, entende que a possibilidade de responder pelo injusto penal cometido é uma condição humanizante. Na esteira de Lacan, temos responsabilidade sobre a nossa posição enquanto sujeitos e deve haver condições mínimas para que isso seja possível. Na seara do crime e do portador de sofrimento mental, é realmente necessário um dispositivo conector que não perpasse pelo isolamento e pela

43. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator (PAI-PJ)*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010. p. 8 e 9.

44. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator (PAI-PJ)*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010. p. 23 e 28.

periculosidade. Como bem demonstrou Miller[45], "*nada [é] mais humano que o crime*" e, portanto, os que recaem nessa conduta não devem ser tidos como incapazes de outras respostas. Isso porque deve se ter em conta que a prática de um injusto penal é também uma resposta do sujeito[46], que ocorre, dentre outras circunstâncias, quando outras saídas de sociabilidade não são oferecidas. No que concerne ao louco infrator e à dinâmica do PAI-PJ:

> A possibilidade de responder pelo crime cometido é uma condição humanizante, um exercício de cidadania que aponta para a responsabilidade e para a capacidade do sujeito de se reconhecer como parte de um registro normativo que serve para todos. Responder pelo seu crime é um modo de inclusão, pois insere o sujeito dentro do "guarda-chuva" da lei, que abriga a todos sob o seu manto[47].

Dessa forma, resgatando a possibilidade da utilização da *asserção normativa* utilizada por Roxin[48] para superar a questão do livre-arbítrio no direito penal,

45. MILLER, Jacques-Alain. *Nada mais humano que o crime*. Disponível em: [http://almanaquepsicanalise.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Nada-mais-humano-que-o-crime.pdf].

46. "E o que é o mal? O mal é o gozo do 'eu sozinho', desligado do Outro. Aliás, para o gozo, o Outro nem existe. O gozo solto no mundo só quer alcançar, em linha reta, a sua satisfação absoluta. Portanto o mal – isto é, o gozo – está na fonte do ser. Para humanizar, o ser cede ao mundo uma parte de si e, desse pedaço, faz a ponte entre o seu jeito e o Outro. Desde então, passa a ser 'não todo' sozinho. Partilhar com os outros regras e bens é o preço de perder um pedaço desse gozo como substância absoluta do ser. O laço social exige que do ser seja extraído um pedaço desse absoluto, condição para que o desejo possa se apresentar como movimento que liga o sujeito ao mundo em busca de qualquer coisa que possa trazer sensação de satisfação, ainda que provisória e parcial. [...] Podemos dizer que alguns tipos de crimes podem ter sido respostas do sujeito diante de seu encontro com o mal, ali onde outras respostas, por diversas circunstâncias e contingências, não foram alcançadas. [...] O ato pode ser uma resposta. [...] O ato pode ser a única saída naquele instante, uma solução do sujeito naquele momento perturbador para apresentar sua causa num apelo ao Outro. As normas jurídicas e sua execução na sociedade brasileira promovem as condições necessárias para estabelecer possibilidades de sociabilidade?" (BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. O desmonte do cativeiro. *Revista Mal-Estar e Sociedade*, Barbacena, n. 2, ano II, 2009, p. 14-16. Disponível em: [http://revista.uemg.br/index.php/malestar/article/view/9/37]).

47. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator (PAI-PJ)*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010, p. 31. Disponível em: [http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/cartilha_final.pdf].

48. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

temos que a mesma referência pode ser utilizada, diante do exposto, para o fechamento de espaços de exceção no sistema penal e a assunção de um *modelo de responsabilidade única*. Trata-se, inclusive, na lógica da psicanálise, de um pressuposto ético.

5. Giorgio Agamben: *não será possível pensar outra dimensão da política e da vida se antes não formos capazes de desativar o dispositivo da exceção da vida nua*

Tanto os hospitais psiquiátricos quanto os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (aos quais os pacientes judiciários que cometeram injusto penal são submetidos) são mecanismos que apontam para um dispositivo de exceção da vida nua. No entanto, no âmbito do direito penal é a categoria de inimputabilidade que aponta, de fato, para uma vida nua. Mas antes de desenvolver esse conceito trabalhado por Agamben[49] e articulá-lo com a categoria de inimputabilidade, iniciar-se-á pelo resgate que o referido autor faz sobre a forma que os gregos tinham para expressar a palavra *vida*, que não existia no seu vocabulário.

Assim, duas eram as formas que expressavam o termo *vida*, quais sejam: *zoé* (seria o simples fato de viver, a vida natural, a mera vida reprodutiva) e *bios* (a forma qualificada de vida, à qual o escravo, por exemplo, não tinha acesso). Agamben demonstra como Michel Foucault[50] expõe o processo através do qual, na Idade Moderna, essa mera vida natural passa a ser minuciosamente inserida nos mecanismos e no controle estatal, momento em que a política se transforma em biopolítica. Passa-se a governar os homens através do controle da saúde, da natalidade, do saneamento e da vida biológica. Trata-se, pois, do biopoder, de tal forma que essa vida natural, *zoé*, passa a ser atravessada pelas mais diversas tecnologias políticas.

Agamben ensina que a política ocidental se constituiu primeiramente através da exclusão da vida nua[51], e que "*a dupla categorial fundamental da política*

49. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

50. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

51. "E essa vida nua (ou vida 'sagrada', se *sacer* designa acima de tudo uma vida que se pode matar sem cometer homicídio), que, na máquina jurídica-política do Ocidente, funciona como limiar de articulação entre *zoé e bios*, vida natural e vida politicamente qualificada" (AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos corpos*. São Paulo: Boitempo, 2017.

ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, zoé-bios, exclusão-inclusão[52]". Dessa forma, a vida não é por si política, mas se faz política através da exclusão-inclusão da vida nua. Há sempre, portanto, um dispositivo de cisão (*zoé-bios*, vida nua e vida politicamente qualificada, exclusão-inclusão do humano), uma máquina bipolar que constrói seu fundamento através da exclusão e da sua posterior captura.

> A estratégia é sempre a mesma: algo é dividido, excluído e rejeitado e, precisamente por essa exclusão, é incluído como *arché* e fundamento. [...] Em todas as figuras, acontece o mesmo mecanismo: a *arché* constitui-se cindindo a experiência factícia e desenvolvendo à origem – ou seja, excluindo – metade dela para, depois, rearticulá-la com a outra metade, incluindo-a como fundamento. Assim, a cidade fundamenta-se na cisão da vida em vida nua e vida politicamente qualificada; o humano define-se pela exclusão-inclusão do animal; a lei, pela *exceptio* da anomia; o governo, pela exclusão da inoperosidade e sua captura na forma de glória[53].

Toda a estrutura apresentada pelo autor está inserida em uma relação de exceção, relação esta pautada na forma extrema de se incluir algo através da sua exclusão. Nesse sentido:

> [...] a exceção é a localização que não se limita a distinguir o que está dentro do que está fora, normal e caos, mas traça entre eles um limiar (o estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento[54].

---

p. 295). "O que é, então, a vida do *homo sacer*, se ela se situa no cruzamento entre uma matabilidade e uma insacrificabilidade; fora tanto do direito humano quanto do daquele divino? [...] *No caso do* homo sacer *uma pessoa é simplesmente posta fora da jurisdição humana sem ultrapassar a divina.* [...] A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana. [...] Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra*" (AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 81-90).

52. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 16.
53. AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos corpos*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 296 e 297.
54. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 26.

O estado de exceção permeia toda a estrutura política da modernidade, tendo se tornado regra. Os campos de concentração, para Agamben, foram resultado de se tentar dar uma localização visível e palpável a algo que não pode ser precisamente localizado. O campo seria um espaço biopolítico e, por isso, fundado sobre o estado de exceção. Ele será considerado o paradigma oculto do espaço político da modernidade, onde é autorizado que um sujeito privado dos seus direitos seja vítima de homicídio sem que se considere como tal. Sobre o estado de exceção, versa o autor:

> [...] o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito. [...]
>
> Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema da sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam[55].

A medida de segurança, a partir de todo o exposto e dentro do paradigma apresentado por Agamben, apresenta-se como um espaço de exceção, como *campo*. Não obstante o autor pontue em seu livro *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, escrito em 1995, que o cárcere não deve ser considerado campo, pois tratar-se-ia apenas de um âmbito particular do direito penal e que o simples espaço de reclusão não o configuraria como tal, ele acaba por inserir apressadamente nesse raciocínio que a *História da Loucura*, fazendo referência, evidentemente, à tese de doutoramento de Michel Foucault[56] e aos manicômios, não seria considerado campo.

Entretanto, no presente trabalho parte desse imbróglio não será dirimida, é dizer, não se tratará de discutir se o cárcere seria ou não campo e se, consequentemente, produziria ou não vida nua. Tratar-se-á, sim, de contribuir para um reposicionamento da apressada acepção agambeniana em *Homo Sacer I*, ao investigar se a medida de segurança é um instituto que promove um espaço de exceção, que é o manicômio judiciário, e se a categoria de inimputabilidade, orientada pela já discutida periculosidade, é produção de vida nua.

55. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 12 e 39.
56. FOUCAULT, Michel. *História da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

Um modelo de tutela penal que é dividido em sistema de culpabilidade/pena e periculosidade/medida de segurança (sendo que esta última retira do sujeito o direito de se responsabilizar e o coloca em um espaço de exceção, onde o que está em questão, ao fim e ao cabo, é a sua própria condição existencial) realiza o louco, que comete um injusto penal, como vida nua. Trata-se, pois, de um espaço jurídico dissonante de toda a sistemática penal. A cisão imputabilidade/inimputabilidade apresenta a mesma lógica de dupla categorial, na qual algo é dividido, excluído e rejeitado, no caso também o normal e o patológico, para que seja incluído como fundamento.

Em última instância, pode-se dizer que o fundamento do direito penal tal como está posto se dá por essa extração do louco e sua recaptura no sistema penal através de uma exceção. É com a figura do inimputável que não apenas se cria um espaço de exceção para ele, mas também se sustenta todo o sistema punitivo para os imputáveis.

No caso do inimputável, ele aparece no ordenamento jurídico como uma figura que de alguma forma cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser submetida a um sistema de não responsabilidade, a um sistema que, ao desvincular sua submissão à tutela penal da prática do seu ato, promove com isso o seu apagamento, uma espécie de "morte do sujeito", tanto no sentido simbólico, subjetivo[57], quanto no sentido físico, corporal – dado que o espaço de exceção criado pela medida de segurança torna a vida do portador de sofrimento mental sem prerrogativas, exterminável, alijada, destrutível, "matável", sem impedimentos e sem que seja qualificado como homicídio ou algo do gênero. Sobre a valoração jurídica da vida do sujeito:

> É como se toda valoração e toda "politização" da vida (como está implícita, no fundo, na soberania do indivíduo sobre a sua própria existência) implicasse necessariamente uma *nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante, é então somente "vida sacra" e, como tal, pode ser impunemente eliminada.* Toda sociedade fixa esse limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam os seus "homens sacros". [...]
>
> Se ao soberano, na medida em que decide sobre o estado de exceção, compete em qualquer tempo o poder de decidir qual vida possa ser morta sem que se cometa homicídio, na idade da biopolítica este poder tende a emancipar-se

57. Se todos somos sujeitos enquanto justamente responsáveis por nossa posição enquanto sujeito, como preceituou Lacan, então o direito penal, quando submete alguém à medida de segurança, "mata" o sujeito, sem que isso seja entendido como tal.

> do estado de exceção, transformando-se em poder de decidir sobre o *ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante*. [...] Na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal[58].

Dessa forma, a cisão imputabilidade/inimputabilidade parece não apenas sustentar a dinâmica penal atual, mas também isolar o portador de sofrimento mental em um espaço (físico e jurídico)[59] privado de direitos. Um modelo único de responsabilidade penal seria uma forma, ainda que bastante insuficiente, de tentativa de *desativação da máquina*, de superação desse modelo de relação inerente de uma ambiguidade constitutiva: "*o ser precede a relação e existe fora dela, mas é sempre já constituído por meio da relação e nela incluído como seu pressuposto*"[60].

E é, ainda, desde a parceria do direito com a psiquiatria no século XIX, que se construiu um espaço no discurso jurídico e científico para a loucura e para a periculosidade. Nesse paradigma, busca-se a causa etiológica do crime e da loucura. E parece ser justamente essa "extração" da suposta diferença biológica que institui a figura do inimputável enquanto vida nua que pode vir a ensejar, se a marcha das conclusões de algumas vertentes das neurociências prosseguir sem resistência (buscando a referência etiológica no crime no cérebro), a completa patologização do crime e então, de fato, poder-se-ia dizer que o próprio cárcere seria um campo que produz vida nua. Deve-se superar a cisão imputabilidade/inimputabilidade, ter como referência a ética da responsabilidade de todo e qualquer sujeito, mas estar atento para que as novas tecnologias, como a neuroimagem, não capturem essa nova abordagem.

---

58. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 146 e 149.

59. O espaço físico dos manicômios se perfaz como instituição total (GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2010), local onde o sujeito perde sua autonomia, a economia dos seus atos, e, não raro, como a história denuncia, é hipermedicalizado, exposto a condições degradantes de isolamento, confinamento, neutralização, e ao fim e ao cabo, de extermínio. Os manicômios são espaços físicos que produzem vida nua, e os manicômios judiciários, por sua vez, exceção da exceção, legitimam-se através de um discurso jurídico engendrado pela periculosidade. Nesse sentido, tanto o espaço físico dos manicômios judiciários quanto o discurso que tenta legitimá-los são produtores de vida nua. Faz-se necessário pensar a supressão desse espaço (físico e jurídico) que tenta, como disse Agamben, dar localização ao que não pode ser localizado, o que nesse caso é a medida de segurança.

60. AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos corpos*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 302.

6. Considerações finais

O Direito Penal brasileiro deve ser chamado à ordem a fim de apresentar alguma coerência e, com isso, assimilar em profundidade a luta antimanicomial e a reforma psiquiátrica, para estar em consonância com os referenciais democráticos e fortalecer a categoria de culpabilidade, um dos seus sustentáculos mais dogmaticamente rigorosos e passíveis de controle. Dessa maneira, não há que se manter o entendimento de que uma pessoa, por ser portadora de sofrimento mental, não possa ser capaz de se responsabilizar, *ainda que de forma diferenciada*. Trata-se não apenas de colocar todos os maiores de 18 anos no mesmo espectro de humanidade – independentemente de sua situação existencial, intelectual ou psíquica, mas também de oferecer a todos um Direito Penal sistematicamente articulado e dotado de previsibilidade, que não tenha em seu seio o famigerado referencial de direito penal de autor – de longa e triste memória, restolho do que há de mais autoritário em matéria jurídica.

Há ainda muito que se pensar e problematizar sobre um eventual modelo de responsabilidade penal ainda por surgir, que exclua por completo a medida de segurança, não se orientando mais pela *periculosidade* do sujeito. De toda forma, é premente a necessidade de se fazer um verdadeiro movimento de superação geral de marcos atrasados e antidemocráticos em questões jurídico-penais, e para isso o Direito Penal terá que convidar para a sua própria (re)construção outras áreas e campos do saber, sob pena de, se não o fizer, mais cedo ou mais tarde se ver controlado e legitimado por uma *jurisprudência biológica*, é dizer, pelas chamadas *hard sciences* aplicadas de forma açodada e ideologizada ao tema do crime e da pena.

7. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *O aberto*: o homem e o animal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. *O uso dos corpos*. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito penal brasileiro I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*: compilación in memoriam. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. O desmonte do cativeiro. *Revista Mal-Estar e Sociedade*, Barbacena, n. 2, ano II, 2009, p. 11-23. Disponível em: [http://revista.uemg.br/index.php/malestar/article/view/9/37].

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator (PAI-PJ)*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010. Disponível em: [http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/cartilha_final.pdf].

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. Genealogia do conceito de periculosidade. *Revista Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: [http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_01_1/02-GENEALOGIA%20DO%20CONCEITO%20DE%20PERICULOSIDADE.pdf].

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo*: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CASTRO, Lolita Aniyar. El regresso triunfal de Darwin y Lombroso: las diferencias humanas en la Criminología angloparlante presente en los simposios internacionales de Criminología de Estocolmo. *Capítulo Criminológico*, v. 36, n. 4, 2008. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3031563].

CONDE, Muñoz. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Neurociencias y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, SL, 2013.

EAGLEMAN, David. *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

EAGLEMAN, David. *The brain*. New York: Pantheon Books, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política. Ditos e escritos, v. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARCIA, Célio. *Psicologia jurídica:* orientação para o real. Belo Horizonte: Ophicina de Arte & Prosa, 2011.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise*: o legado de Freud e Lacan. Trad. Vera Ribeiro e Maria Luiza X. de A. Borges. Consultoria Marco Antônio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LACAN, Jacques. *O seminário*, livro 10: a angústia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

LACAN, Jacques. *O seminário*, livro 7: a ética da psicanálise. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller [versão brasileira: Antônio Quinet]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MATTOS, Virgílio. *Trem de doido*: o Direito Penal e a Psiquiatria de mãos dadas. Belo Horizonte: UNA Editoria, 1999.

MATTOS, Virgílio. *Crime e psiquiatria*: uma saída: preliminares para a desconstrução da medida de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MILLER, Jacques-Alain. *Nada mais humano que o crime*. Disponível em: [http://almanaquepsicanalise.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Nada-mais-humano-que-o-crime.pdf].

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianopólis: Conceito Editorial, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil, de Tânia Maria Nava Marchewka – Ciências Penais 0/175-189 (DTR\2004\29); e
- Considerações sobre o atual sistema de fundamentação e imposição da medida de segurança, de Adel El Tasse – Ciências Penais 9/137-149 (DTR\2011\2160).

A persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos nos discursos dos magistrados: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal

The criminal prosecution of corruption and economic crimes in the judges' discourses: an exploratory analysis of the Federal Justice system

André Codo Jakob
Mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília (2014).
Pesquisador do grupo Política Criminal.
andrejakob@mail.com

Bruno Amaral Machado
Pós-Doutorado em Sociologia (UnB – John Jay-NY/2013). Doutor em Direito, Especialidade Sociologia Jurídico-Penal, pela Universidade de Barcelona (2005).
Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCeub.
Líder do grupo Política Criminal.
brunoamachado@hotmail.com

Carolina Souza Cordeiro
Doutoranda e Mestra em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub/2013).
Professora da graduação em Direito do UniCeub.
Pesquisadora do grupo Política Criminal.
carolinascordeiro@yahoo.com.br

Recebido em: 22.09.2017
Aprovado em: 08.11.2017
Última versão dos autores: 20.11.2017

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo propõe-se a analisar os discursos dos magistrados acerca da investigação e do processamento de crimes econômicos e da corrupção no Brasil. Em pesquisa realizada recentemente, coletamos os dados e falas que servem de subsídio para essa análise. Observamos que as

Abstract: The article intends to analyze the federal judges' discourses about the investigation and prosecution of economic crimes and corruption, in Brazil. In a research conducted recently, we collected the data and statements that subsidy our analysis. We observed that the narratives

Jakob, André Codo; Machado, Bruno Amaral; Cordeiro, Carolina Souza. A persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos nos discursos dos magistrados: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 81-110. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

narrativas dos magistrados da Justiça Federal propiciam diferentes visões pertinentes para analisar o funcionamento do Sistema de Justiça criminal, bem como como possibilitam adensar a compreensão sobre problemas e dificuldades nas investigações policiais, nas instruções e julgamentos, bem como sobre a interação entre diferentes organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal.

Palavras-chave: Corrupção – Crimes econômicos – Justiça Federal – Antilavagem – Narrativas dos magistrados.

of the judges of the Federal Courts provide different visions that are relevant to analyze the functioning of the Federal Criminal Justice System. It also enables us to comprehend the problems and difficulties in the police investigations, in trials and judgments as about the interaction of different organizations involved in the division of the juridical penal work.

Keywords: Corruption – Economic crimes – Federal Justice System – Anti-money laundering – Judges' discourses.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estrutura da Justiça Federal. 3. A Justiça Federal em números: *Surveys* com magistrados e a evolução dos membros da Magistratura Federal. 4. Narrativas sobre a persecução penal e o julgamento dos crimes econômicos e corrupção. 4.1. A persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: dados empíricos e diferenças regionais. 4.2. Aspectos organizacionais e processuais: especialização e expertise. 4.3. A investigação policial e o inquérito policial na visão dos magistrados federais. 4.4. Interações interorganizacionais e narrativas sobre o papel desempenhado pelas organizações de controle, reguladoras e de fiscalização. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

As taxas[1] de homicídio e encarceramento quase triplicaram no Brasil entre 1980 e 2012. O aumento da pobreza nos anos de 1980 e a crise de insegurança generalizada são outros elementos que compõem esse cenário. Cada vez mais os governos atribuem papel prioritário à segurança pública em seus programas em face da demanda pela redução da violência e cada vez mais são cobrados por isso, especialmente com a nova configuração mundial após o atentado de 11 de setembro. A preocupação de diferentes governos em investir em políticas voltadas para o aumento da segurança e da "sensação de segurança" resultou no aumento do IDH do país, mas não gerou o resultado que se buscava (AZEVEDO, CIFALI, 2017, p. 28-32, 39-41, 49-52). A conformação do campo de estudos da segurança pública e do sistema de justiça criminal certamente

1. Artigo baseado em pesquisa promovida e financiada pela Escola Superior do Ministério Público da União, mediante contratação do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Processo Administrativo n. 0.01.000.002104/2013-44, sob a coordenação-geral de Bruno Amaral Machado.

antecede o cenário descrito. De outro ângulo, nota-se crescente preocupação quanto à atuação dos atores que participam do controle penal da criminalidade, o que pode ser constatado pelo número crescente de estudos em distintos âmbitos (ADORNO, 1994; ADORNO, PASINATO, 2010; CANO, 2006; COSTA, 2015; OLIVEIRA, MACHADO, 2017; VARGAS, 2006).

Nos últimos anos, pesquisas sobre as práticas do sistema de justiça criminal indicam a peculiaridade dos arranjos entre as organizações e os diferentes papéis assumidos na divisão do trabalho jurídico-penal. A investigação criminal, conduzida pelo delegado de Polícia, por meio do inquérito policial, antecede, em regra, a persecução penal perante o Judiciário, onde os fatos são instruídos e julgados (MACHADO, 2007a, 2007b, 2011, 2013, 2014; MISSE, 2010). Em que pese a visibilidade da investigação criminal perante os meios de comunicação de massa, ainda são escassos os estudos empíricos sobre o tema. Algumas razões são bastante evidentes. As dificuldades de acesso às unidades da investigação, a relutância dos policiais em permitir o acesso em razão de preocupações quanto ao sigilo ou exposição das fontes e dos procedimentos. Além disso, "os dados sobre investigação criminal, quando existentes, são precários, pouco confiáveis, não sistematizados, o que dificulta tanto as pesquisas quantitativas quanto qualitativas" (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a). Trata-se de um campo amplo e complexo que sugere variadas frentes de pesquisa. As dificuldades e possibilidades de pesquisa nessa área, na "nossa margem", foram, inclusive, objeto de preocupação da criminologia latino-americana desde a década de 1970 (ANIYAR DE CASTRO, 1979, p. 99-100).

O campo de estudos da corrupção tem recebido a atenção de diferentes disciplinas nos últimos anos, particularmente em razão do consenso sobre os impactos sociais dessas práticas (MACHADO, 2007a; 2007b; 2016). Apesar do aumento de punições a crimes econômicos e de corrupção (também conhecidos como crimes do colarinho branco), os dados do estudo realizado por Azevedo e Cifali indicam que não houve repercussão significativa a ponto de alterar o tradicional retrato da população carcerária brasileira. Continuam, portanto, prevalecendo presos (condenados ou provisórios) por crimes patrimoniais e tráfico de drogas, com reduzida instrução e renda (AZEVEDO, CIFALI, 2017, p. 84).

O protagonismo de policiais federais e procuradores da República na persecução penal e a projeção nacional de magistrados federais na instrução e julgamento dos crimes econômicos e corrupção atraíram a atenção de setores da mídia e do campo de estudos da justiça criminal (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a; 2016b). O crescente interesse, impulsionado nos últimos anos pela dimensão e ampla repercussão política da Lava Jato, expõe, de um lado,

as dificuldades e entraves para a persecução penal da criminalidade complexa, notabilizada pelo uso recorrente de institutos processuais recentes como a colaboração premiada e pela necessidade da atuação conjunta de equipes multidisciplinares, formada por profissionais de distintos âmbitos profissionais e organizacionais. A experiência desvela fenômeno recente que aponta para a diferenciação interna e maior complexidade das organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal (MACHADO, 2014). A construção de pautas de atuação conjuntas convive muitas vezes com conflitos e disputas entre os atores envolvidos. Por outro lado, a proximidade do magistrado da investigação policial também desperta críticas sobre o modelo processual brasileiro e em relação ao distanciamento da fase inquisitorial, que, no Brasil, é instruída, usualmente, por meio do inquérito policial, presidido pelo delegado de Polícia, sob o controle externo do Ministério Público (MACHADO, 2007; 2011; 2013; 2014).

Em recente pesquisa que coordenamos, financiada pela ESMPU (Escola Superior do Ministério Público) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, tivemos a oportunidade de apresentar algumas dessas questões (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a; 2016b; MACHADO, ZACKSESKI, RAUPP, 2016a, 2016b). O foco do estudo dirigiu-se às realidades da investigação criminal por meio do inquérito policial e à persecução criminal nos casos de corrupção e de delitos econômicos. O estudo buscou, assim, compreender como são realizadas as investigações que viabilizam a persecução penal. A partir de um mapeamento nacional da atuação criminal do Ministério Público Federal, em 2012, o estudo concentrou-se em três estados – Pernambuco, São Paulo, Paraná – e no Distrito Federal. Com base em técnicas de pesquisa quantitativas e qualitativas, pesquisamos as formas de notícia, investigação e processamento dos seguintes crimes: peculato (art. 312 do CP); inserção de dados falsos para obter vantagem indevida (art. 313 do CP); extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314 do CP); concussão (art. 316 do CP); corrupção passiva (art. 317 do CP); corrupção ativa (art. 333 do CP); sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP); corrupção ativa em transação internacional (art. 337-B do CP); tráfico de influência internacional (art. 337-C do CP); crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986); crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/1990); crimes de "lavagem" ou ocultação de bens e valores (Lei 9.613/1998); crimes da Lei de Licitações (Lei 9.666/1993).

A pesquisa foi dividida em distintas fases. Partimos da análise estatística das investigações concluídas no ano de 2012, com base nos dados registrados pelo Sistema Único do MPF. O estudo estatístico permitiu evidenciar os coe-

ficientes de denúncia e arquivamento, assim como o tempo de tramitação dos inquéritos policiais, no sistema de Justiça Federal em âmbito nacional. O estudo quantitativo foi complementado com a análise do fluxo das ações penais e arquivamentos na Justiça Federal no DF, localidade onde também realizamos a análise documental a fim de evidenciar o perfil dos inquéritos policiais que geram ações penais, bem como as motivações dos arquivamentos e eventuais divergências entre policiais, membros do MPF e magistrados federais. Conforme detalhamos na introdução da pesquisa, realizamos entrevistas e grupos focais com servidores públicos de diferentes organizações de controle e fiscalização, policiais (delegados, agentes e peritos), membros do Ministério Público e da Magistratura federais, a fim de expor:

> […] a visão desses atores sobre a forma de estruturação das instituições, como estas se comunicam, quais são os principais problemas que identificam no trabalho de investigação e quais as perspectivas de possíveis formas de reestruturação desse trabalho. Tentamos, assim, explicitar as rotinas e as intercomunicações numa perspectiva da lógica interna desses operadores do sistema, suas dificuldades e visões sobre o trabalho (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a, p. 33).

O objetivo deste artigo é apresentar as narrativas dos magistrados federais que participaram da fase qualitativa da pesquisa. Os relatos que selecionamos para análise foram obtidos por meio de grupo focal e entrevistas em profundidade com magistrados lotados em diferentes unidades da federação[2]. Entrevistamos quatro magistrados federais lotados no Paraná, Pernambuco e Distrito Federal e realizamos grupo focal com dois magistrados e uma magistrada no Distrito Federal. A fim de complementar a pesquisa, diante das dificuldades para realização das entrevistas, contando com o auxílio da Associação de Magistrados Federais, enviamos questionário aberto a magistrados federais. Entre janeiro e abril de 2015, cinco magistrados e duas magistradas enviaram relatos escritos. Além de responderem a questões pontuais sobre a atuação, os participantes trouxeram experiências profissionais que adensaram o conhecimento sobre as práticas na área (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a, p. 175). Conforme detalhado no relatório, em razão da *expertise* e do "*ethos* ocupado pelos sujeitos da pesquisa", buscamos também compreender as condições em

2. O leitor pode conferir os roteiros para a realização dos grupos focais e entrevistas e os questionários enviados, bem como conhecer os percalços enfrentados para a realização de todas as etapas da pesquisa (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a; 2016b).

que "ocorrem as instruções e os julgamentos" (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a, p. 176).

2. Estrutura da Justiça Federal

Antes da análise das narrativas, revela-se necessário compreender como a estrutura da Justiça Federal foi sendo modificada e ajustada para atender à crescente demanda, inclusive no âmbito criminal, inclusive em relação aos crimes econômicos e da corrupção.

A competência para processamento e julgamento desses delitos, quando cometidos contra bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas, foi atribuída à Justiça Federal pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 109, inciso IV. Vale destacar que a expressão Justiça Federal aqui utilizada refere-se exclusivamente àquela que possui competência comum, distinguindo-as das Justiças especializadas quanto à matéria (trabalhista, militar, eleitoral), igualmente federais. Além de conferir competência, a Carta Magna também estabeleceu nos art. 106 e seguintes as bases da estrutura organizacional da Justiça Federal, criando, atribuindo competências e disciplinando questões gerais que viabilizaram o funcionamento dos órgãos de 1ª e 2ª instâncias que a compõem: os juízes federais e os Tribunais Regionais Federais (TRFs).

Os TRFs foram distribuídos em cinco regiões, formadas por Seções Judiciárias, que são distribuídas por estado. A escolha dos estados a serem abrangidos por cada tribunal foi feita em parte por proximidade geográfica, mas principalmente em decorrência da demanda processual, de tal sorte que algumas regiões são compostas por muitos estados, como a 1ª região, e outras por apenas dois, como são os casos das 3ª e 4ª Regiões. São assim organizados os TRFs por região e por composição: TRF 1ª Região: Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins; TRF 2ª Região: Rio de Janeiro e Espírito Santo; TRF 3ª Região: São Paulo e Mato Grosso do Sul; TRF 4ª Região: Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina; TRF 5ª Região: Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe[3].

Os primeiros dados levantados, após dez anos da Constituição, mostraram o expressivo crescimento da Justiça Federal a partir do número de juízes federais, que sextuplicou (MARTINS FILHO, 1999). Dados mais recentes apon-

3. Informações no sítio da Justiça Federal: [www.jf.jus.br].

tam esse crescimento a partir do número de varas, que, segundo Martins Filho (1999), seria de 395 em 1998 e chegou a um total de 976 unidades judiciárias de 1º grau, número que se mantém até os dias atuais. Segundo o relatório Justiça em Números 2017, a Justiça Federal brasileira possui 763 varas e 213 juizados especiais federais (CNJ, 2017, p. 28). Além disso, três movimentos contribuíram para – e viabilizaram – a expansão da Justiça Federal nas últimas décadas: a interiorização, a descentralização e a especialização (DARÓS, 2007, p. 103).

A interiorização começou antes mesmo da promulgação da Constituição e promoveu verdadeira revolução estrutural na Justiça Federal. Destacam-se entre as principais mudanças não apenas a implementação de varas federais em centros urbanos no interior do país, mas também o proporcional aumento no número de juízes federais e de funcionários impulsionado por esse movimento. Darós relaciona como propostas da interiorização viabilizar fácil e mais barato acesso à justiça: "A interiorização não só aproxima a justiça federal de primeiro grau do jurisdicionado, como contribui para uma distribuição mais racional do serviço judiciário, tornando-a menos onerosa, além de prestigiar as comunidades em que está instalada, sem falar na facilidade de acesso à jurisdição" (2007, p. 105).

Outro movimento de destaque na Justiça Federal foi a descentralização que houve em decorrência da criação dos Juizados Especiais federais. A Lei 10.259/2001 trouxe para a Justiça Federal a proposta da celeridade, da oralidade e da economia processual, já aplicadas pela Lei 9.099/1995. Os crimes de menor potencial ofensivo, a transação penal e a suspensão condicional do processo passaram a ser instrumento de análise e de trabalho no âmbito federal.

Por fim, a especialização é a mudança de maior destaque para o que se pretende abordar no presente artigo. Foi o movimento que gerou repercussão mais significativa por influenciar na instrução – e em suas respectivas ações penais – que ganharam destaque no Brasil nos últimos anos[4]. A especialização gerou modificações no campo da competência ao criar varas especializadas por matéria, sem que elas deixassem de dividir a competência comum com varas não especializadas.

Essa mudança partiu dos próprios TRFs, que, individualmente, editaram resoluções atribuindo competência específica para que algumas varas se especializassem, mas também foi chancelada pelo Conselho da Justiça Fede-

4. Ação Penal n. 470 do STF e diversas outras ações que tramitam ou tramitaram perante a 13ª vara federal criminal de Curitiba e o STF.

ral (CJF). No âmbito criminal, destaca-se a Resolução 314, de 12 de maio de 2003, que previu a possibilidade de atribuição de competência a varas especializadas no processamento e julgamento de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Posteriormente, a Resolução 273, de 18 de dezembro de 2013, revogou as resoluções anteriores que tratavam do tema e estabeleceu como obrigatória a especialização de varas federais criminais de competência exclusiva ou concorrente para processar e julgar crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e também crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional ou não de suas infrações (art. 1º). Além disso, ainda determinou no parágrafo único do mesmo artigo que fossem especializadas nesses crimes pelo menos duas varas criminais nas seções judiciárias onde houvesse três ou mais varas criminais de competência exclusiva.

As mudanças no âmbito do sistema de Justiça Federal podem ser interpretadas em um cenário mais amplo que contemple as demandas por mais eficácia na resposta estatal ao aumento da criminalidade oficial. É importante destacar que o contexto em que ocorreram foi também decisivo para a implementação e a boa aceitação dos três movimentos acima referidos. As últimas décadas do século XX foram marcadas pelos problemas com violência e segurança na América Latina. No Brasil, o crescimento das taxas de homicídio mobilizou os Estados a investirem em policiamento, mas também refletiu no funcionamento das instituições. A resposta penal veio não apenas por meio de normas, mas também visando eficácia instrumental e resultados na justiça criminal. Por isso, é indispensável observar analiticamente essa mobilização do Sistema de Justiça Criminal (AZEVEDO, CIFALI, 2017, p. 27, 30, 37 e 38).

3. A Justiça Federal em números: *Surveys* com magistrados e a evolução dos membros da Magistratura Federal

Estudos realizados no âmbito da Justiça Federal apontam alguns aspectos problemáticos. Entre as principais questões levantadas estão a necessidade de criação de novas varas, especialmente varas especializadas exclusivas, o aumento no número de juízes federais, além de dados relativos a problemas enfrentados pelo Judiciário, tais como o excesso de processos por vara e a falta de preparo técnico e atualizado dos funcionários.

Em *Survey* pioneiro com os membros do Judiciário, Sadek identificou, entre os magistrados, a visão sobre os principais "obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário". Destacavam-se problemas internos tais como a "falta de

recursos materiais", o "excesso de formalidades nos procedimentos judiciais", além do número insuficiente de juízes e de varas (SADEK, 2010, p. 19-20). Por outro lado, um dos principais responsáveis pela morosidade no Poder Judiciário seria o próprio Legislativo, em razão do "alto número de recursos". A "lentidão dos tribunais" foi retratada pelos magistrados como menos impactante (SADEK, 2010, p. 20-21). A concorrência da Polícia, do Ministério Público ou dos advogados na morosidade processual também é destacada. Avalia Sadek que a população, de forma geral, não compreende o funcionamento do sistema investigativo e processual e, por isso, tende a responsabilizar exclusivamente o Judiciário. Entretanto, os outros participantes do sistema de justiça têm em suas mãos "instrumentos capazes de retardar o processo" (SADEK, 2010, p. 19-20).

A influência externa na "demora na prestação jurisdicional" foi um dos destaques da pesquisa publicada pelo CJF em 2000. Os advogados, a Polícia, os serviços de perícia e o Ministério Público aparecem como os agentes externos mais relacionados com esse atraso do Judiciário (CJF, 2000, p. 14). Pesquisa conduzida pelo CJF em 2005 também apontou que, entre os magistrados, havia "consenso" (91%) acerca da necessidade de criação de varas federais nas subseções em que atuavam. O relatório ainda indicava que os entrevistados estimaram ser necessária a instalação de 233 novas varas federais. Esse número é muito próximo do número de varas necessárias calculado pela própria pesquisa (236), dado retratado como coerente com a percepção dos magistrados (CJF, 2005, p. 66).

Outro aspecto de destaque é o número de magistrados. O relatório Justiça em Números 2014, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontava que o número de magistrados na Justiça Federal em 2013 era de 1.529. A pesquisa também comparou o número de magistrados por 100 mil habitantes em cada Tribunal. À época, os dados foram os seguintes: TRF1: 0,6; TRF5: 0,6; TRF3: 0,7; TRF4: 1,2; TRF2: 1,3. O TRF da 2ª Região apresentava o maior número de magistrados por 100 mil habitantes, e o TRF da 1ª Região, o menor (CNJ, 2014, p. 232-233).

Segundo o relatório Justiça em Números 2017 (ano-base 2016), o número de magistrados providos na Justiça Federal atualmente é de 1.796 (CNJ, 2017, p. 59), ou seja, houve um aumento de 17,46%. Esse número equivale a 92% dos cargos de magistrados federais existentes – total de 2.416. Em outras palavras, isso significa que 8% ou 620 cargos ainda estão vagos na Justiça Federal (CNJ, 2017, p. 42). No que se refere ao número de magistrados por 100 mil habitantes, o último relatório apenas informa que a média atual de toda a Justiça Federal é de 0,80 (CNJ, 2017, p. 60). O relatório de 2016 (ano-base

2015) ainda trazia a média por TRF. Na comparação do número de magistrados por 100 mil habitantes, o TRF da 2ª Região ainda liderava com o maior número (1,32 a cada 100 mil habitantes), seguido pelo TRF da 4ª Região (1,22), TRF3 (0,82), TRF1 (0,61) e TRF5 (0,56). A alteração nessa ordem, em relação a 2014, foi decorrente da redução da média do TRF da 5ª Região de 0,6 para 0,56 magistrados por 100 mil habitantes, que passou a ser o menor número entre os Tribunais Regionais Federais (CNJ, 2016, p. 213-214). Essa redução na média pode ter sido decorrente tanto da diminuição do número de magistrados quanto do aumento populacional na região não acompanhado pelo número de magistrados.

Importante destacar que o relatório de 2017 estabelece comparações entre os diferentes ramos de Justiça no Brasil. Segundo esses dados, o número de magistrados providos na Justiça Federal atualmente – 1.796 – representa apenas 10% do total de magistrados no Brasil (CNJ, 2017, p. 59). O estudo também revela que a Justiça Federal possui 976 unidades judiciárias de 1º grau – o que equivale a 6,1% do total de unidades de toda a Justiça brasileira (CNJ, 2017, p. 28).

4. Narrativas sobre a persecução penal e o julgamento dos crimes econômicos e corrupção

4.1. A persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: dados empíricos e diferenças regionais

Entre os achados da pesquisa, destacamos que, na fase quantitativa, foi possível identificar variações regionais nas taxas de denúncia e arquivamento e denúncia. A análise estatística apontou que 27,70% (1.968 do total de 7.108 casos concluídos) dos delitos econômicos e corrupção (acima relacionados) investigados pela Polícia Federal geraram ações penais (denúncias) no Brasil no ano de 2012. Alguns Estados ostentam o maior número de denúncias, como Pará (43,15%), Espírito Santo (40,50%) e Mato Grosso do Sul (39,81%). Outros, como São Paulo (8,13%), Acre (5,88%) e Roraima (2,56%), apresentam o menor número de denúncias no ano da pesquisa (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a, p. 215).

Em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, nos Estados em que a pesquisa foi aprofundada, do total de 242 inquéritos concluídos, 29 originaram denúncias (10,70%). Em Pernambuco, houve denúncia em seis dos 13 inquéritos policiais concluídos (46,15%). Em relação ao crime de lavagem de dinheiro, do total de 134 inquéritos concluídos, foram oferecidas 11 denún-

cias em São Paulo (8,21%). Do total de 66 investigações pela prática do crime de corrupção passiva, duas denúncias foram oferecidas (3,03%) (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a, p. 219-220).

O arquivamento não necessariamente supõe avaliação negativa do trabalho policial ou ministerial. Eventualmente, a investigação que demonstra a inexistência da prática do crime cumpre o papel do procedimento e propicia a tomada de decisão do MPF e do Judiciário. Certamente a conclusão supõe a análise qualitativa dos inquéritos e da prova produzida, assim como eventuais divergências entre policiais e procuradores na construção jurídica do fato sob investigação. Na análise do fluxo do sistema da Justiça Federal no DF, local onde foi realizada a pesquisa documental dos inquéritos e processos, foi possível identificar que, do total de 86 arquivamentos de investigações de crimes econômicos e corrupção homologados em 2012, a ausência de provas (27,91%) e a prescrição da pretensão punitiva (32,56%) são os motivos predominantes (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a, p. 284). Dados que sugerem que a investigação não se revela adequada, pois não consegue apurar a prática do crime, deixando dúvidas quanto à autoria ou materialidade ou demora excessiva, prejudicando futura persecução penal. O que não implica, necessariamente, responsabilidade da Polícia, pois outros atores podem concorrer para o resultado identificado.

Os dados da pesquisa sugerem diferentes vias para a discussão. Entre os sujeitos da pesquisa, foi possível identificar avaliações distintas de policiais, procuradores e magistrados em relação às realidades e aos percalços da persecução penal dos delitos econômicos e da corrupção. Os procuradores apontam, de um lado, que o inquérito é instrumento burocrático e ultrapassado, visão compartilhada por agentes da Polícia Federal e peritos. De outro lado, os delegados ressaltam a relevância do profissional do direito no controle das investigações e buscam associar o papel de presidência do inquérito ao desempenhado pelo magistrado na fase de instrução. Os procuradores criticam a morosidade do Judiciário e alegam que a especialização não leva necessariamente à eficiência na prestação jurisdicional, pois nem todos os magistrados teriam vocação para a matéria. Os procuradores e policiais são particularmente críticos em relação aos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Superiores. Os relatos são críticos em relação ao modelo processual e ao excessivo número de recursos que ensejam a prescrição, assim como o que é descrito como "jurisprudência restritiva" à investigação, descontextualizada da criminalidade complexa (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016b, p. 383-391).

Neste artigo, destacamos os discursos dos magistrados relacionados a aspectos organizacionais, em especial relacionados à especialização do trabalho

judicial, à estrutura das varas e às atividades desempenhadas por policiais federais, procuradores e distintas organizações reguladoras, de fiscalização e de controle[5].

4.2. Aspectos organizacionais e processuais: especialização e expertise

Na pesquisa realizada, um tema recorrente foi que a complexidade de atuação diante desses crimes exige ir além das práticas organizacionais tradicionais de cada um dos atores. De um lado, a atuação demanda *expertise* e treinamento específico. De outro, requer a mobilização de diversos atores em cooperação. Portanto, os relatos apontam para as mudanças e adaptações da estrutura das varas como parte da resposta da Justiça Federal para adaptar-se à nova realidade e vão além, enfatizando a adequação de rotinas e práticas processuais a fim de atender a esse fim. Esse movimento pode ser interpretado como parte da preocupação sobre o papel do Judiciário, que, avalia Rose-Ackerman, envolve estratégia ampla, que contempla ações voltadas para a promoção de respeito às leis, de fortalecimento da administração da justiça e de fiscalização dos outros poderes no controle dos atos de corrupção (ROSE-ACKERMAN, 1999, p. 152).

É pertinente analisar o movimento de especialização das varas ocorrido especialmente na última década, pautada a partir das necessidades próprias do julgamento da assim denominada criminalidade complexa. Exemplos disso são os crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro, para os quais houve recomendação do CJF para especialização das varas, o que ocorreu principalmente nas capitais. A especialização das varas é defendida por especialistas na área, pois não apenas acelera a prestação da jurisdição, mas também teria o potencial para melhorar qualitativamente a prestação jurisdicional por fomentar a *expertise* dos magistrados especializados na temática e a maior produtividade do sistema de justiça (DARÓS, 2007, p. 115).

As soluções organizacionais idealizadas para atender às novas necessidades aparecem nos relatos dos sujeitos da pesquisa. Para viabilizar a especialização e a continuidade do julgamento dos outros crimes, instituiu-se, em algumas varas, modelo de compensação. Relata um dos magistrados:

5. Siglas: entrevistas orais: Juiz 1 – DF: (J1, DF); Juíza 2 – PR: (J2, PR); Juíza 3 – PE: (J3, PE); Juiz 4 – PR: (J4/PR); Juiz 15 – PE: (J15/PE). Grupo focal: Juiz 5 – DF: (J5, GF/DF); Juiz 6 – DF: (J6, GF/DF); Juíza 7 – DF: (J7, GF/DF); entrevistas escritas: Juiz 8 – PR: (J8, PR, escrita); Juíza 9 – SP: (J9, SP, escrita); Juiz 10 – SP: (J10, SP, escrita); Juiz 11 – PR: (J11, PR, escrita); Juíza 12 – PR: (J12, PR, escrita); Juíza 13 – RS: (J13, RS, escrita); Juiz 14 – SP: (J14, SP, escrita).

> Se eu receber um processo dessa espécie de crime [...] eu deixo de receber três processos de crime comuns, três processos envolvendo os crimes contra a Administração Pública. Tudo isso em razão da complexidade, dos fatos. É resolução, é uma resolução que faz essa compensação e é pelo sistema, é automático (J5, GF/DF).

Embora a diferenciação organizacional por especialidade se justifique, nem sempre a estrutura idealmente proposta recebe os recursos humanos e materiais para o desempenho das novas funções. Assim, em que pese a especialização das varas e o regime de compensação, foram apontados problemas tais como o número insuficiente de servidores e, mesmo entre os servidores disponibilizados, deficiência técnica e de *expertise* em relação aos temas. Entre os relatos predomina a visão de que o processamento dos crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro tendem a ser mais complexos que os usuais, demandando profissionais especializados. Nesse sentido, "a principal deficiência é a falta de servidores com especialização na área técnica e contábil" (J8, PR, escrita). Conforme relata outro entrevistado:

> A estrutura que nós temos no gabinete não é uma estrutura muito boa, não tem muitos servidores comigo trabalhando no processo. Eu gostaria de estar um pouco menos onerado em recolher informação do processo e trabalhar com a decisão do mérito do que eu estou hoje. Mas enfim, essa é a realidade, a gente tem que lidar com a realidade (J6, GF/DF).

A carência de servidores especializados necessita, assim, ser contornada com a convocação de "peritos judiciais para atuação pontual, caso a caso, conforme a especialidade desejada" (J10, SP, escrita), solução que não é a ideal, pois "Peritos e intérpretes são terceiros alheios aos quadros funcionais da Justiça Federal e integram um cadastro organizado pela Diretoria do Foro da Justiça Federal, sendo convocados conforme a necessidade" (J10, SP, escrita).

Esse quadro reforça a percepção de que o Poder Judiciário "não está aparelhado para lidar apropriadamente com tais crimes, que exigem uma superespecialização" (J11, PR, escrita). A especialização das varas, valorizada pelos magistrados, requer o aperfeiçoamento dos magistrados e servidores envolvidos com a temática. Os relatos apontam para a carência de cursos oferecidos pelo Judiciário que abordem os conhecimentos específicos requeridos para a instrução e o julgamento dos crimes econômicos. Ao contrário, cursos de formação jurídica foram apontados como os únicos disponibilizados. Dessa forma, os participantes da pesquisa enfatizam a necessidade de recorrer ao conhecimento empírico e a relações informais com profissionais de outros órgãos para suprir a falta de *expertise*.

> Posso falar apenas pelos crimes financeiros e de lavagem de dinheiro. Há muito poucos cursos do Poder Judiciário nessa área. E aqueles que existem são vagos. O mais importante não é o conhecimento jurídico. Isso se adquire com livros – sobre o tema, aliás, quase todos os livros são ruins, tratam apenas de tudo o que já sabemos e não resolvem problemas práticos. O mais importante, na lavagem, é o conhecimento prático que se adquire nos julgamentos e nas conversas com os colegas: formas típicas de lavagem de dinheiro, funcionamento de sistemas característicos de atuação, exame de documentos, identificação de padrões, saber interpretar relatórios do COAF, informações da Receita etc. Nos crimes financeiros, então, a situação é mais complexa. É preciso ter um conhecimento razoável de contabilidade financeira, até para não julgar os casos de forma meramente "formal" e não se limitar a aceitar conclusões do BACEN. É preciso estudar regulamentos do BACEN e da CVM. Ao meu ver seriam mais relevantes encontros sobre temas específicos, como câmbio, mercado de valores mobiliários, regras prudenciais de instituições financeiras, do que congressos jurídicos. Eu procurava, como disse, obter essas informações diretamente dos órgãos, em conversas informais (J14, SP, escrita).

A narrativa reforça a versão, difundida por outros participantes, de que a atuação jurisdicional qualificada para lidar com os crimes econômicos e corrupção demanda o envolvimento de órgãos de controle/fiscalização, tais como o BACEN, a Receita, entre outros, particularmente para a produção de provas.

Outra questão pertinente no que tange ao fenômeno da especialização das varas é a forma de interação com outras esferas da Justiça, tais como os Tribunais de 2ª instância da Justiça Federal, aos quais estão vinculados, e também os Tribunais Superiores, como o STF e STJ. O destaque à interação entre os órgãos e instâncias do Judiciário reforça a preocupação com formas menos hierarquizadas de relacionamentos entre os tribunais. Os relatos sugerem o distanciamento da base, e de suas necessidades específicas:

> A interação depende da administração de cada qual e das peculiaridades culturais de cada região. Alguns mais abertos outros mais fechados; uns menores, outros maiores; uns mais inovadores, outros mais tradicionais. Como regra os juízes de primeiro grau se ressentem numa maior participação na administração dos Tribunais, que hoje praticamente inexiste. O Judiciário, como se sabe, é um Poder muito hierarquizado (J11, PR, escrita).

Na fase qualitativa da pesquisa, policiais federais e procuradores da República mostraram-se particularmente críticos em relação à atuação dos tribunais superiores. Notamos insatisfação de parte dos magistrados participantes, seja com os Tribunais Regionais Federais, seja com os Tribunais Superiores – em

especial no processamento e julgamento dos crimes que foram objeto desta pesquisa. Entre os magistrados entrevistados há o entendimento recorrente de que "a instrução dos processos criminais nas instâncias superiores é muito deficitária" (J8, PR, escrita).

> Tribunais, como regra, não têm vocação para a instrução de processos criminais (competência originária), pois trabalham em colegiado e não são acostumados com matéria de fato. Por este motivo existe nos Tribunais Superiores a figura dos juízes instrutores, que são magistrados de primeiro grau requisitados para cumprirem a fase instrutória. Avalio a atuação dos Tribunais no julgamento dos crimes, seja de competência originária ou recursal, como insuficiente, como de regra o é o sistema judicial como um todo (J11, PR, escrita).
>
> Falta aos Tribunais Superiores um pouco da "vivência" da primeira instância. Em especial, houve algumas anulações de provas que, com o devido respeito, ignoram a realidade do trabalho jurisdicional e a gravidade dos fatos (J14, SP, escrita).

Uma das preocupações reiteradas refere-se à necessidade de definição de prioridades que orientem a atuação do Judiciário. Os magistrados participantes revelam-se particularmente críticos em relação ao desempenho do CNJ, retratado como distante da realidade dos juízes federais. As críticas abrangem também a atuação dos tribunais regionais e superiores nos julgamentos dos crimes com foro privilegiado. Além da falta de vivência ou vocação, outra queixa presente nas entrevistas é a falta de estrutura para lidar com processos dessa natureza. Isso revela que os problemas estruturais não se atêm à Polícia na fase investigativa nem mesmo ao Judiciário na 1ª instância; trata-se de questão sistêmica que afeta o Sistema de Justiça criminal como um todo. Nesse sentido:

> O que eu acho é que nesses casos de competência originaria os tribunais superiores não detém estrutura para fazer instrução então as instruções em regra se realizam em carta de ordem né (*sic*), ele determina que o juiz faça colheita daquelas provas, faça inquirição de pessoas e realização de interrogatórios e depois pega esse material para fazer as decisões (J3, PE).

No que tange à coordenação das atividades da Justiça Federal, o CNJ também é criticado pelo distanciamento das necessidades da Justiça em 1º grau e por não promover a participação dos magistrados na definição das metas. O descontentamento é justificado pelo que se descreve como desconsideração quanto às peculiaridades de cada região, o que nos sugere que esse distanciamento do CNJ supõe fragilidades nas atividades de coordenação do CNJ, o que

certamente repercute na prestação jurisdicional. As metas definidas pelo CNJ acabam refletindo problemas genéricos, indiferentes aos problemas locais ou regionais. Assim, na prática, cada magistrado acaba por estabelecer suas próprias prioridades segundo as peculiaridades locais e da área de atuação.

> O CNJ fixa algumas metas, mas a magistratura de primeiro grau – que verdadeiramente é o alvo das metas – reclama de que não é convocada para participar desse planejamento. A experiência tem demonstrado que muitas das metas servem muitas vezes mais para satisfação dos órgãos de imprensa e da população em geral do que propriamente para um incremento da melhoria do sistema de Justiça (J11, PR, escrita).
>
> Não existem critérios objetivos de atuação. O juiz das varas criminais geralmente confere prioridade a partir de sua intuição pessoal sobre o que seria mais importante. Não raro, crimes sem nenhuma importância passam à frente dos crimes mais complexos. Nos crimes de corrupção, os quais em geral envolvem agentes públicos (políticos) e muitos acusados em diferentes cidades, a instrução é difícil e acaba sendo postergada. Crimes menores (moeda falsa, por exemplo), acabam tendo uma velocidade e uma prioridade porque mais fáceis e aparecem nas estatísticas oficiais perseguidas pelas corregedorias e pelo CNJ (J8, PR, escrita).
>
> A atuação do CNJ geralmente é burocrática e não toma em consideração as peculiaridades regionais. Muitos dos conselheiros não têm a menor noção de como funciona a justiça federal no Brasil (J8, PR, escrita).

As rotinas e práticas relacionadas à instrução da criminalidade que analisamos, particularmente dos crimes econômicos e da corrupção, possuem especificidades decorrentes da complexidade desses delitos. Os relatos dos magistrados evidenciam especificidades nas formas de atuação em relação a outros crimes:

> Não diria que existam práticas diferentes, mas crimes mais complexos costumam exigir diligências mais sofisticadas. É comum, por exemplo, a expedição de pedidos de cooperação internacional para bloqueio de bens e tomada de depoimentos, o sequestro, o arresto e a alienação antecipada de bens, medidas investigativas mais invasivas, como interceptações telefônicas, gravação ambiental, delações premiadas etc. Além disso, as defesas são sempre mais detalhadas, são arroladas testemunhas em diversas localidades, são requeridas provas mais técnicas etc. (J14, SP, escrita).
>
> Existem determinadas rotinas específicas para os crimes financeiros, haja vista que os autos trazem ao juiz um volume muito grande de informações técnicas, geralmente oriundas do Banco Central, Ministério Público Federal

> e da Receita Federal. Para estes casos, é importante que o juiz tenha assessoria contábil adequada de pelo menos um servidor especializado em finanças ou contabilidade. A oitiva de testemunhas, nestes casos, mostra se menos importante e geralmente não traz grandes avanços (J8, PR, escrita).

Essas especificidades estão também interligadas às peculiaridades do próprio padrão de provas necessárias para a instrução dos crimes econômicos e da corrupção e às características do sistema penal brasileiro. De outro ângulo, alguns dos relatos enfatizam as transformações do Direito Penal, nos últimos anos, e a inadequação do Processo Penal para enfrentar a nova criminalidade. As investigações e a persecução penal tornam-se mais complexas, assim como a instrução, pois supõe novos parâmetros para a produção probatória. Nesse sentido:

> A questão da prova nos crimes que tutelam bens jurídicos difusos é bastante tormentosa para o Direito Penal porque o sistema penal e o processual brasileiro fundamentam-se em um Direito Penal Clássico e em crimes que deixam vestígios materiais, por isso a questão da prova dos crimes de perigo abstrato exigem muita cautela por parte dos membros da polícia e do Ministério Público; nem sempre é fácil a instrução de certos casos, exigindo-se muita cautela dos operadores do Direito (J9, SP, escrita).

Ao contrário da criminalidade tradicional, crimes como o de lavagem de dinheiro e os financeiros demandam, em especial, provas documentais. Assim, "a oitiva de testemunhas e os interrogatórios não se mostram de grande valia, salvo nos casos de organizações criminosas que contem com o sistema de delação premiada" (J8, PR, escrita). Sobressai, na visão dos participantes, a realização de diligências necessárias a cada crime investigado no inquérito policial, sendo imprescindível para a posterior fase instrutória a ser realizada pelo juiz a produção de prova pericial.

> Corrupção financeira e lavagem de dinheiro, nesses casos de crimes contra administração pública, de corrupção, o leque se abre e, frequentemente, esses crimes eles são secundados por perícias que, ao contrário do que acontece em muitos outros casos, são perícias repetidas. Ou seja, é um laudo contábil, e laudo contábil você produz quantos você quiser porque o documento contábil que os peritos utilizaram continua lá salvaguardado. É um laudo que num crime de licitação, onde se dispõe sobre preço, e eles examinaram, observaram diversas planilhas, essas planilhas estão lá pra você ver quantas vezes quiser ou, se quiser, nomear outro profissional, da Engenharia por exemplo, um engenheiro, pra ele rever aquelas planilhas (J6, GF/DF).

4.3. A investigação policial e o inquérito policial na visão dos magistrados federais

O debate sobre a articulação entre diferentes atores por meio de grupos de trabalho na fase de investigação gera debates entre especialistas. Argumenta-se, de um lado, que a proximidade com a investigação policial poderia ser obstáculo para a imparcialidade caso o mesmo magistrado seja o competente para o caso. De outro lado, o tema remete ao debate sobre o modelo processual e os distintos papéis desempenhados nas distintas fases do processo penal (MACHADO, 2013; MACHADO, 2014).

Particularmente em decorrência da atuação judicial no caso Lava Jato, notamos o acirrado debate sobre os papéis desempenhados pelos atores processuais. Um dos temas centrais é o protagonismo do Ministério Público na condução das investigações policiais, em cooperação direta ou em conflito com a Polícia. A proximidade do magistrado da fase de investigação é avaliada como indesejada, uma vez que poderia, supostamente, contaminar a isenção do juiz em futura instrução e julgamento (MACHADO, 2016). Entre os entrevistados, predomina a visão de que a participação do Judiciário na fase investigatória deve restringir-se à concessão de autorizações para medidas cautelares, desde que comprovada sua necessidade, tais como interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário. A necessidade de tais procedimentos se dá especialmente quando relacionados à criminalidade complexa. Em alguns casos, a nulidade das provas tornaria mais difícil a produção probatória na fase de instrução.

> Nós temos os crimes de corrupção que, pra serem desvendados, e via de regra ainda estão na fase de investigação, da interceptação telefônica... e as preliminares de interceptação telefônica de nulidades vem reiteradamente aqui no tribunal e todos têm que rebater: "Foi nula porque demorou", "foi nula porque o juiz deferiu em relação a uma pessoa e pegou outra, encontro fortuito de provas". Preliminares que a gente já conhece de antemão que sempre vêm por que têm interceptação telefônica, e a interceptação telefônica é "uma prova igual a qualquer outra". E os advogados: "Foi só com base na interceptação telefônica?" Poxa, mas a interceptação telefônica é uma prova e não é só – mas é uma prova muito importante pra mostrar quem articulava, quem era o chefe da organização. Então a interceptação telefônica é uma prova da qual a gente não prescinde nesse tipo de investigação (J2, PR).

Os magistrados participantes destacam a importância da atuação do juiz no que é descrito como "judicialização da prova". Isso porque, nos crimes complexos como os econômicos e os de corrupção, a judicialização da prova oral propicia a busca pela elucidação dos fatos sob o crivo da garantia constitucio-

nal do contraditório. A percepção é que apenas com a reprodução da prova oral em juízo e a avaliação concreta pelo magistrado da prova documental e pericial é possível ponderar, de forma concreta, o valor probatório da prova inquisitorial. Os relatos dos entrevistados também sugerem ser recorrente a situação em que os inquéritos trazem elementos suficientes da materialidade dos crimes. O que não ocorre, em regra, em relação à autoria, que apenas é evidenciada durante a instrução.

> O inquérito é uma etapa pré-processual. Ele serve para colher dados que se destinem a subsidiar uma futura ação penal. A sua eficácia dependerá do juízo de valor que o titular da ação penal (Ministério Público ou cidadão, em caso de ação privada) fará sobre o material que foi apurado, e dessa avaliação pode resultar o início, ou não, de uma ação penal. A rigor, o inquérito é prescindível à persecução e as provas nele colhidas necessitam, via de regra, serem repetidas na fase judicial (J11, PR, escrita).
>
> Em relação à questão da prova, o que vem da Polícia, que já vem pronto e acabado, é a prova da materialidade do crime. Isso chega pronto pra nós, e dificilmente há uma modificação dessa materialidade no curso da situação da instrução criminal. Já na prova da autoria, que realmente é muito mais complexa sob o ponto de vista de conseguir elementos, isso tudo é judicializado, e aí também vai muito tempo. Essa parte não vem produzida nos laudos periciais, não tem como fazer isso (J7, GF/DF).

Os relatos valorizaram o princípio do livre convencimento do juiz. Ou seja, o peso da prova testemunhal depende da avaliação concreta pelo magistrado, percepção reiterada entre os entrevistados e que desvela a preocupação de explicitar o poder do magistrado na nomeação do que é o fato criminoso.

> Hoje em dia se tem o livre convencimento. Então às vezes uma testemunha é fundamental, ela é essencial para o desnude da questão e ela é, tem um peso total, digamos assim. Tanto quanto pode acontecer de não ter valor nenhum aquele depoimento, mas não significa que a prova testemunhal tenha um peso, é um livre convencimento (J3, PE).

A discussão remete à questão acerca da expectativa probatória dos magistrados em relação ao inquérito policial para a persecução penal. Além disso, as falas nos interpelam sobre a necessidade de reprodução da prova na fase de instrução, sob o crivo do contraditório, argumento que acaba evidenciando a hierarquia entre a atividade de investigação, conduzida pela Polícia, descrita muitas vezes como superficial, embora suficiente para a ação penal. De outro ângulo, os relatos fazem referência à qualidade do trabalho policial.

> Os inquéritos policiais trazem somente os elementos de convicção necessários à apresentação de denúncia criminal em juízo e não raro contêm falhas. As interceptações telefônicas geralmente não são transcritas em sua integralidade e a polícia federal faz uma simples interpretação de trechos que colhe nas interceptações o que torna tudo muito subjetivo (J8, PR, escrita).

A falta ou deficiência de determinadas provas técnicas, conforme o caso, também se percebe como possível problema advindo tanto do modo de condução do inquérito quanto da própria complexidade do crime. Diante da fragilidade do inquérito, as provas trazidas não se sustentam quando expostas ao contraditório. Segundo interpretação de um entrevistado, isso ocorre porque a produção do inquérito, na prática, obedece a lógicas outras que não atendem às necessidades da instrução. O inquérito policial é descrito como instituto burocrático e marcado pelo "estilo cartorial".

> Os inquéritos, como regra, não produzem um material satisfatório. O material nele colhido, quando sujeito ao contraditório na fase da ação penal, muitas vezes não se confirma. A maior falha do inquérito é a forma de sua tramitação, com muitas rotinas burocráticas, idas e vindas entre os órgãos envolvidos, num estilo cartorial atrasado e cujo fracasso já é um fato consumado (J11, PR, escrita).

Outra crítica presente nas narrativas dos magistrados é a forma de condução das investigações. Relata-se que as conclusões dos delegados e procuradores muitas vezes seriam "tomadas sem uma análise mais aprofundada". Se a burocracia dos procedimentos adotados no inquérito policial é criticada, na fala de magistrados, a celeridade que se pretende imprimir a algumas investigações pode favorecer a adoção de critérios subjetivos por parte do delegado, o que contribui para a fragilidade do inquérito. Ou seja, "o delegado se convence por métodos diversos do que adota o juiz" (J6, GF/DF). As narrativas demarcam *ethos* judicial distinto do mundo policial.

> A autoridade policial se convence rápido, porque o inquérito tem que ser rápido, é o princípio da celeridade. Não tem advogado, não tem contraditório, então a autoridade policial ouve, ouve, e "esse cara não me convenceu não, a justificativa está fraca" e já indicia. Enquanto o juiz não, tem que ouvir advogado e é todo um procedimento, toda uma formalidade, que vai realmente vai atrasando uma conclusão do processo. É ouvir precatória e advogado indica prova, e a autoridade policial não: "Isso aqui pra mim está bom, está ótimo" (J5, GF/DF).
>
> O delegado está lá investigando, o método da investigação, se ele se convence que o investigado é o culpado ele indicia o investigado e ponto-final.

> Para ele está tudo resolvido. Se o cidadão não for condenado, isso é uma deficiência do aparelho judicial, incluindo o Ministério Público, se me permite a expressão. Então o delegado, para ele, fez o trabalho dele, e fez bem-feito. Só que para o convencimento judicial isso ainda é pouco, você precisa ter elementos que de fato te deem justificativa suficiente para apontar pra alguém e dizer: "Você é o autor do crime, o crime foi provado e a prova é essa, o autor do crime é você" (J6, GF/DF).

4.4. Interações interorganizacionais e narrativas sobre o papel desempenhado pelas organizações de controle, reguladoras e de fiscalização

Pesquisas realizadas sobre as representações sociais de magistrados estaduais em relação à polícia e ao trabalho policial, apesar de diferenças regionais, evidenciam, em regra, o distanciamento e a desconfiança (MISSE, 2010; MACHADO, 2013; MACHADO, 2014). Nesta pesquisa, em que pesem as críticas ao inquérito policial, predomina a visão de que os policiais federais são profissionais qualificados para o desempenho de suas funções. Alguns dos magistrados federais mencionam que "a relação com os delegados da polícia federal geralmente é próxima e se baseia no princípio da confiança recíproca" (J8, PR, escrita). Essa proximidade não seria a regra, mas a peculiaridade das investigações que demandam "trabalho mais próximo" entre Polícia e Judiciário.

Nem sempre, contudo, a proximidade implica maior confiança dos magistrados. Na visão de um juiz federal, a relação envolve inclusive um jogo de expectativas, no qual a parte investigativa procura os juízes que podem corroborar suas solicitações.

> A Polícia Federal, com essa mídia toda, o que ela faz é escolher o juiz com quem ela vai trabalhar. E ela vai escolher o juiz com base em que critério? Com base nos critérios que facilitam o trabalho dela. Um bom juiz pra Polícia Federal, eu imagino, estou especulando, é um juiz que tem facilidade em conceder prisão provisória. Porque sem mandado de prisão e, principalmente, sem mandado de busca e apreensão, o delegado perde até o estímulo, se não puder botar o pé na porta e sair com alguém. Eu vejo que eles ficam até decepcionados quando eu nego um pedido deles, ficam... com uma cara de tristeza! (J6, GF/DF)

Assim, reforça-se que a investigação de delitos econômicos supõe complexidade, de forma que há grandes dificuldades para produzir provas, o que requer a adoção de novas tecnologias e habilidades para conduzir a investigação e a instrução.

> A dificuldade de provar o delito. Esses crimes são realizados de forma oculta. Sem a existência de um delator, sua descoberta é quase impossível. Um dos principais problemas, a meu ver, é a demora e as técnicas de investigação. É preciso utilizar mais adequadamente as técnicas modernas – como interceptação e delação premiada. Mas, para isso, é preciso respaldo dos tribunais (J14, SP, escrita).

De outro ângulo, os relatos dos magistrados sugerem compreensão acerca dos problemas internos da PF que prejudicam essas investigações. Entre esses obstáculos, são exemplos a falta de recursos e a demanda por pessoal. Os entrevistados levam em consideração essas dificuldades ao avaliarem a atuação da PF no inquérito.

> Evidente que seria ideal que os inquéritos fossem mais completos, detalhados, mas há que se levar em conta a dificuldade natural de recursos humanos e materiais que acomete a maior parte das Polícias e seus setores. A prova do inquérito será submetida ao crivo do contraditório judicial e se não estiver consistente, o caso será de absolvição. Quanto a falhas do inquérito, em geral ocorrem pela demora no seu processamento, o que faz perder a linha de investigação ou mesmo os objetos do crime e seus praticantes, e pela falta de recursos materiais e humanos das polícias. Nesse ponto é que se vislumbra a necessidade de investimento e qualificação das polícias, no aspecto material e humano (J10, SP, escrita).
>
> Penso que a Polícia deveria se concentrar menos em meios tradicionais – como oitiva de pessoas – e se concentrar em verificações *in loco*, quebras de sigilo, interceptações etc. Falta uma estrutura técnica mais adequada para "seguir o dinheiro", em especial no exterior. Mas esse não é um problema da Polícia, mas da nossa dificuldade de cooperação internacional (J14, SP, escrita).

Para além de aspectos técnicos, a seletividade e a inadequação do trabalho policial foram apontadas negativamente. Para alguns magistrados, não há direcionamento adequado da força de trabalho investigativa de acordo com a relevância dos crimes. O que não deve ser atribuído unicamente à responsabilidade do delegado, mas também do procurador, que deveria direcionar as investigações para os casos mais relevantes. Por outro lado, as narrativas sugerem percepção positiva acerca da capacidade técnica dos policiais, redirecionando as críticas aos problemas estruturais da Polícia Federal:

> Eu não avalio mal o trabalho da Polícia em termos de prova, em termos de investigação. Eu diria que é um trabalho razoável em termos de produção de prova no âmbito da Polícia Federal, mas o que pra mim é muito visível é que ele é um trabalho descontinuado e seletivo, no sentido de ser mal dirigido.

> Seletivo ele tem que ser, pelo menos ao meu ver, mas ele é muito mal dirigido no sentido de que se investiga muito o que tem muito pouca importância e se investiga pouco o que tem importância. E quando se investiga pouco o que tem importância, a tendência é essa investigação morrer, ir morrendo aos poucos, e as Varas criminais serem entupidas com um monte de processos irrelevantes, absolutamente irrelevantes do ponto de vista penal. Eu diria que o trabalho é um trabalho razoável, um trabalho bom, quando a Polícia Federal prioriza uma investigação ela tem condição de realizar bem essa investigação, mas é um trabalho mal dirigido (J6, GF/DF).

> Os peritos da Polícia Federal são muito bons e, às vezes, eles vão parar para fazer uma perícia numa moeda falsa, uma cédula de moeda falsa. Nós temos muitos processos desses aqui da Polícia Federal, enquanto nos casos mais complexos eles não vão poder atuar até pelo limite de pessoal. Então eu acho que essa não é uma coisa propositada, não é algo que seja escolhido (J7, GF/DF).

As imagens quanto à atuação do MPF também são variadas. Elogiam-se o preparo dos procuradores e a estrutura organizacional e técnica do MPF. *Survey* recente indica que, entre os próprios membros do MP, prevalece também visão positiva acerca do papel da própria instituição no funcionamento da justiça no Brasil. Destacamos que aspectos como a "falta de recursos materiais" e o "número insuficiente de procuradores" foram elencados por esses membros como problemas que podem obstaculizar o bom funcionamento da justiça (CASTILHO, SADEK, 2010, p. 10).

Um potencial ponto de conflito poderia ser o arquivamento nos termos do artigo 28 do CPP. Entretanto, tal qual identificado em estudos sobre o inquérito policial nos estados (MACHADO, 2013; MACHADO, 2014), não existem divergências, em regra, do magistrado em relação à decisão do procurador de arquivar o procedimento, de forma que "a regra é se concordar com os arquivamentos, respeitando a titularidade da ação penal pelo Ministério Público. O controle do arquivamento é, e deve ser, excepcional" (J11, PR, escrita).

> Eu ia comentar duas coisas, em seis anos eu usei o 28 duas vezes, só pra subsidiar a pesquisa. E outra coisa, os órgãos de revisão, de um modo geral, segundo nosso tribunal, a Câmara deles falava assim: "Foi pra lá". Não tem a chance deles fazerem uma leitura, como nosso tribunal também, uma vez apresentado o recurso, a chance da decisão não ser modificada nesse sentido é muito pequena (J7, GF/DF).

Outro aspecto que também mereceu destaque na pesquisa, mencionado nas narrativas dos magistrados, diz respeito à centralidade da atuação dos órgãos de controle/fiscalização na produção probatória relacionada a crimes econômi-

cos e da corrupção. Assim, organizações regulatórias, como o COAF, a Receita, o BACEN, a CVM, a CGU, o TCU, auxiliam e instrumentalizam a atuação da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário na investigação e repressão a essas condutas. Essa convergência de interesses só é possível em face de arranjos institucionais que promovem a comunicação entre o Sistema Penal e os citados órgãos de controle estatais (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016b, p. 227-229). A comunicação com agências de controle, regulação e fiscalização faz parte do procedimento na investigação de crimes. Como regra, o papel que desempenham é o de troca de informações.

> Gostaria, por fim, de mencionar o importante trabalho desenvolvido pelos técnicos da receita federal e também do TCU na persecução da corrupção, diante de sua qualidade técnica e isenção de ânimo. As comissões processantes no âmbito de cada um dos órgãos públicos também se mostram de grande importância, pois geralmente são designados servidores públicos de outras localidades para apurar os casos de corrupção no âmbito local e estas pessoas têm grande conhecimento sobre estes casos. Seus depoimentos são, em geral, de grande valia nos casos de combate à corrupção no serviço público (J8, PR, escrita).
>
> Com a CGU, sobretudo nos casos de combate à corrupção, combate ao peculato existe uma relação. Mas aqui, na quinta região a relação é mais distante. O número de casos que nós vemos aqui, da participação direta da CGU é menor, dos relatórios da CGU é menor. Uma vez ou outra existe a participação direta da investigação do CGU, mas é menor, é menor, aqui na quinta região, de ver na prática, relatórios nos processos, alo mais palpável é menor (J15, PE).
>
> Posso falar por mim. Minha relação com o BACEN era direta, eles inclusive ficam na mesma quadra da JF em SP. Mas isso decorria de um esforço pessoal meu, não há estrutura adequada. Algumas informações do BACEN são bastante técnicas, mas eles não se furtavam em responder aos questionamentos a respeito. Porém, sem minha intervenção pessoal, às vezes isso demorava muito. Além disso, o BACEN tem atuado como assistente de acusação em casos maiores de gestão fraudulenta (J14, SP, escrita).

Alguns dos magistrados elogiam o trabalho desempenhado pelo COAF. Ainda que suas informações sirvam apenas como "informações de inteligência", não podendo ser utilizadas como provas, são descritas como "muito relevantes para o início do inquérito policial".

> As informações do COAF não podem ser utilizadas em processos judiciais, elas são informações de inteligência. Se o COAF recebe informação de que

> na Rússia aconteceu uma transação que, provavelmente, indica um crime de lavagem de dinheiro, ele usa essa informação de inteligência pra dizer: "Olha, Ministério Público, aqui temos alguma coisa que parece que precisa ser investigada". E alguns membros do Ministério Público não aceitaram isso no início, eu acho que muito do desconhecimento do que significa esse grupo e pra que ele serve. Do que adianta ter uma informação que eu não vou poder usar? Ela é um ponto de partida, é como se fosse uma informação anônima de alguém que está denunciando alguma coisa, é um ponto de partida e dali tem que se buscar a investigação. Então no início nós tivemos uma série de dificuldades e a gente resolveu trazer pra dentro do processo ao qual ele pertencia, porque a informação não poderia ter vindo pro processo. Bom, passamos essa fase inicial, hoje todo mundo tem consciência que é uma informação de Inteligência que pode servir como ponto de partida de uma investigação, mas nunca como ser utilizada como uma prova dentro de um processo penal (J2, PR).

Uma última questão merece ser mencionada, pois se relaciona às diferentes visões dos atores que participam da divisão do trabalho jurídico-penal (Machado, 2014). Na pesquisa que coordenamos (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a; 2016b) foi analisada a experiência da Estratégia de Nacional Contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003, como instância de articulação de órgãos públicos dos três poderes. Apesar do advento da ENCCLA se inserir num contexto específico de demandas de cooperação internacional visando o combate à lavagem de dinheiro, praticados por organizações transnacionais vinculadas ao terrorismo ou tráfico de substâncias ilícitas (ARAUJO, 2012), sua estrutura de organização absorveu o tema da corrupção a partir de 2006. Constatamos, a partir das reuniões da ENCCLA, que seus participantes traçam metas e diretrizes de trabalho comum, que envolvem ações como criação de bancos de dados comuns, compartimentalização de informações e acordos de cooperação. Importante salientar, contudo, que esses elementos não foram destacados pelos entrevistados como os principais êxitos da estratégia, e sim o estabelecimento de relações pessoais e informais de trabalho. Além disso, o próprio formato da ENCCLA e de seus Grupos de Trabalho associados privilegia a formação de um corpo técnico comum, uma *expertise* em economia financeira e controle de mercado, favorecendo a aproximação dos profissionais para além de suas identidades institucionais, constituindo uma espécie de comunidade epistêmica. Elementos como esses demonstram que o tema da corrupção e lavagem de dinheiro possui relações interinstitucionais peculiares, em que a cooperação entre órgãos públicos é vista como positiva e essencial diante de um problema complexo.

5. Considerações finais

As pesquisas sobre o inquérito policial, nos últimos anos, evidenciam que os significados atribuídos ao procedimento de investigação policial têm sido alvo de críticas de diferentes atores que participam da divisão do trabalho jurídico-penal. As críticas recorrentes dos promotores e procuradores da República encontram eco entre peritos e agentes, tanto da Polícia Civil quanto da Federal, o que evidencia visão marcadamente distinta em relação aos delegados, que destacam sua relevância para a ação penal. Entre os magistrados, estudos recentes sugerem o distanciamento em relação à investigação policial, da qual o magistrado participa (ou deveria) unicamente para o deferimento de medidas cautelares.

Em relação à criminalidade complexa, especialmente a delinquência econômica e a corrupção, que ocupam a atenção dos meios de comunicação de massa, amplia-se o debate sobre a interação entre diferentes atores por meio de grupos de trabalho e a necessidade de articulação entre especialistas e conhecimentos técnicos diversos. A posição do magistrado torna-se central, pois a proximidade com a investigação policial é descrita como envolvimento indesejado, apta, potencialmente, a contaminar a imparcialidade para a instrução. O tema é controverso e deve ainda ser objeto de discussão nos próximos anos, pois remete aos modelos processuais, à configuração dos papéis desempenhados e à modelagem instituída no sistema de justiça criminal.

Os relatos dos magistrados valorizam a importância da especialização não apenas para a persecução penal, mas também para a instrução e o julgamento da corrupção e dos delitos econômicos. Na visão dos sujeitos da pesquisa, a especialização é desejada, mas a Justiça Federal ainda carece de apoio técnico para auxiliar na compreensão dos fatos que demandam *expertise* contábil ou financeira. O foro privilegiado também é objeto de crítica. Os entrevistados compartilham a visão de que os tribunais não possuem "vocação" para a instrução e julgamento, o que aumentaria a percepção de que a justiça é morosa ou ineficiente em relação ao desempenho dessa função. O CNJ é criticado pelo distanciamento da realidade do primeiro grau e pelo pouco conhecimento das dificuldades para o desempenho da função jurisdicional.

As visões dos magistrados em relação ao inquérito policial não são exatamente as mesmas compartilhadas por grande parte dos procuradores da República, agentes e peritos da Polícia Federal que participaram desta pesquisa. Alguns dos entrevistados ponderam que o grande problema não seria o inquérito policial, mas a falta de estrutura da Polícia e o sistema processual, marcado por diferentes recursos, que tornam os julgamentos morosos. Aparecem também relatos de que o inquérito policial é um procedimento burocrático, com

práticas cartoriais que deveriam ser revistas a fim de tornar o procedimento mais ágil. Contudo, a celeridade poderia, não raramente, levar a conclusões apressadas da Polícia. Os relatos marcam a absoluta relevância da prova produzida em juízo, ocasião em que os fatos são esclarecidos, sob o crivo do contraditório. De outro lado, os magistrados elogiam a capacidade técnica dos policiais federais e reconhecem a falta de estrutura suficiente para o desempenho da atividade policial. Nas críticas à forma como os casos são encaminhados ao Judiciário, o MPF também aparece como responsável, pois, na visão de alguns dos participantes, não conduziria, em regra, satisfatoriamente, o trabalho policial. A importância do trabalho técnico também é evidente na descrição do papel desempenhado por instituições reguladoras, de fiscalização ou de controle, como o TCU, a CGU, o COAF, o Banco Central e a Receita Federal.

A experiência da ENCCLA também aparece como boa prática na visão dos participantes da pesquisa. Como instância de articulação, a ENCCLA favoreceu a conformação de comunidade epistêmica de combate à corrupção e lavagem de dinheiro, além de fomentar uma cultura de relações pessoais e informais para além das comunicações institucionais. Pode-se dizer que a estratégia contribuiu para o reconhecimento de que a cooperação entre órgãos é profícua no enfrentamento da corrupção e da lavagem de dinheiro.

6. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. Cidadania e administração da justiça criminal. In: DINIZ, Eli; LOPES, José Sérgio Leite; PRANDI, Reginaldo. *O Brasil no rastro da crise*: partidos, sindicatos, movimentos sociais, Estado e cidadania no curso dos anos 90. São Paulo: Hucitec, 1994.

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social,* v. 3, n. 7, p. 51-84, jan.-mar. 2010.

ARAUJO, F. D. Uma análise da estratégia nacional contra a corrupção e a lavagem de dinheiro (ENCCLA) por suas diretrizes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* Brasília, v. 2, n. 1, p. 53-82, jan.-jun. 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: SOZZO, Maximo (Org.). *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

BECK, Francis Rafael. *A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil*: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do "andar de cima". Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2013.

CANO, Ignacio. *Mensurando a impunidade no sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro*. Relatório Final Pesquisa Aplicada em Segurança Pública e Justiça Criminal. Senasp, abr. 2006.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer; SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil* (*on-line*). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. Projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina. *Revista de Direito Penal,* n. 25, Rio de Janeiro, p. 89-102, jan.-jun. 1979.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. A atuação da Justiça Federal na esfera criminal. *Série Pesquisas do CEJ*, v. 6. Brasília: CJF, 2000. Disponível em: [http://ww w.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/volume-6/view]. Acesso em: 11.08.2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Subsídios para a ampliação do número de juízos federais. *Série Pesquisas do CEJ*, Brasília: CJF, v. 13, 2005. Disponível em: [http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/volume13/view]. Acesso em: 11.08.2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2016. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: [http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros]. Acesso em: 11.08.2017.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira: uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 11-26, jan.-mar. 2015.

COSTA, Arthur Trindade de Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACSKSESKI, Cristina. *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*: uma pesquisa empírica do sistema de justiça federal. Brasília: ESMPU, 2016a. t. I.

COSTA, Arthur Trindade de Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACSKSESKI, Cristina. *A investigação e a persecução da persecução da corrupção e dos delitos econômicos*: uma pesquisa empírica do sistema de justiça federal. Brasília: ESMPU, 2016b. t. II.

DARÓS, Vilson. A justiça federal e o acesso à jurisdição. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29985-30115-1-PB.pdf]. Acesso em: 15.09.2017.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público*: organização, representações e trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007a.

MACHADO, Bruno Amaral. *Fiscalías. Su papel social y jurídico-político*: una investigación etnográfico-institucional. Barcelona: Anthropos, 2007b.

MACHADO, Bruno Amaral. Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial: cultura organizacional e relações institucionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 88, p. 273-314, jan.-fev. 2011.

MACHADO, Bruno Amaral. Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, p. 205-234, 2013.

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

MACHADO, Bruno Amaral. O controle penal da corrupção e o modelo organizacional do Ministério Público: contexto sociopolítico e fragmentos do debate contemporâneo. *Revista de Estudos Criminais*, ano XV, n. 60, p. 143-176, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. Tempos da investigação: o transcurso do inquérito policial no sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 124, p. 143-181, out. 2016a.

MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de justiça federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 118, p. 299-329, jan.-fev. 2016b.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm].

MISSE, Michel (Org.). *O inquérito policial no Brasil*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, 2010.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Berno N. de; MACHADO, Bruno Amaral. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa empírica no campo da segurança pública. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/26702]. Acesso em: 02.03.2018.

PIERANTI, O. P.; RODRIGUES, S.; PECI, A. Governança e *new public management*: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organ. Soc.*, Salvador, v. 15, n. 46, jul.-set. 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government*. Causes, consequences, and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SADEK, Maria Tereza. A crise do Judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

VARGAS, Joana Domingues. *Metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na justiça criminal*. Relatório Final Pesquisa Aplicada em Segurança Pública e Justiça Criminal. Senasp, abr. 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal, de Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski e Rene Mallet Raupp – *RBCCrim* 118/299-329 (DTR\2016\676);
- Corrupção, democracia e judiciário no discurso de ministros do Supremo Tribunal Federal (2013-2016), de Frederico de Almeida, Pereira David da Silva, Bernardes Barbosa Fabiula, Jéssica Andrieta, Marília Martins de Souza e Wilder de Lazari Araujo – *RBCCrim* 134/63-86 (DTR\2017\2547); e
- Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial criminal justice, organizations and systems of interaction: discourses on the police inquiry, de Bruno Amaral Machado – *RBCCrim* 104/205-234 (DTR\2013\9086).

A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em Processo Administrativo Fiscal no Processo Penal

The prohibition of obtaining the evidence produced by requirement in a tax Administrative Process in the Criminal Process

Augusto Tarradt Vilela

Mestrando em Direito, linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Especialista em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico Europeu da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Advogado criminalista.
augusto@tarradtvilela.com

Recebido em: 07.06.2017
Aprovado em: 22.11.2017
Última versão do autor: 05.12.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Considerando que o Processo Administrativo Fiscal (PAF) também é meio utilizado para fundamentar ações criminais e, inclusive, condenações, por averiguarem a existência de delitos fiscais, uma vez que instituído em contraditório e em ampla defesa, e que estas provas são "transferidas" ao processo penal pelo instituto da prova emprestada, que possui alguns requisitos para que possa gerar seus efeitos no âmbito penal, entre eles o princípio *nemo tenetur se detegere*. O referido princípio é destacado quando, no PAF, identifica-se a existência de crime mediante requisição de documentos e informações pelo Fisco ao contribuinte, este último que possui a obrigação de entregar dados ao Fisco, porquanto a legislação tributária impõe tal obrigação. Isso implica, em se utilizando a prova produzida pela requisição e as derivadas dela, uma consequente autoincriminação, algo vedado em matéria

Abstract: Whereas the Tax Administrative Process (TAP), for the most part, are used as evidence to support the action and, often, the condemnation, because instituted in the ample defense and the contradictory. This proof is "transferred" to the criminal process by the institute of the evidence previously used in another case and has some requirements so that it can generate its effects in the criminal scope, among those the *nemo tenetur se detegere* principle. The mentioned principle is highlighted when, in the TAP, the existence of a crime is identified by requesting documents and information by the tax authorities, the citizen having an obligation to deliver data to the tax authorities, the tax legislation imposes such an obligation. This implies, in using the evidence produced by the requisition and its derivatives, a consequent self-incrimination, something prohibited in criminal matters. Thus, the

criminal. Assim, objetiva-se identificar, mediante levantamento bibliográfico, a possibilidade ou não de o uso de provas colhidas em Processo Administrativo Fiscal, por meio de requisição, produzir seus efeitos no processo penal, especificamente para afastar eventuais ilegalidades e contrariedades à Constituição Federal. Da forma posta, a utilização de prova produzida, por força de requisição fiscal, viola o princípio da não autoincriminação, o que se conclui por sua inadmissibilidade em processo penal.

Palavras-chave: Prova emprestada – Processo Administrativo Fiscal – Processo penal.

objective is to identify, through a bibliographical survey, the possibility or not of using evidence gathered in a TAP, by means of requisition, to produce its effects in the criminal process, specifically to eliminate any illegalities and contradictions to the Federal Constitution. As a matter of fact, the use of evidence produced as a result of a tax requisition violates the principle of non-self-incrimination, which is concluded by its inadmissibility in criminal procedures.

Keywords: Evidence previously used in another case – Tax Administrative Process – Criminal process.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. O poder de requisição de informações do Fisco e os deveres da pessoa física e jurídica. 2.2. A prova produzida mediante requisição do Fisco no processo administrativo fiscal e seus efeitos no processo penal: uma análise sob a ótica da prova emprestada e do postulado do *nemo tenetur se detegere*. 2.2.1. Do conceito geral de prova e a sua produção no âmbito do Processo Administrativo Fiscal. 2.2.2. Produção da prova por requisição do Fisco e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. 2.2.3. A prova emprestada e seu meio de obtenção no processo penal. 2.3. Os atos derivados de prova produzida mediante requisição do Fisco no processo administrativo fiscal, seus efeitos no processo penal e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. 2.4. A garantia do princípio do *nemo tenetur* se detegere às pessoas jurídicas/coletivas. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

No âmbito republicano, é comum a concessão de poder ao Fisco para que este possa exigir informações de pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas, a fim de ampliar a potencialidade da fiscalização estatal e a análise sobre o comportamento desse contribuinte para apurar se ocorreu dentro da legalidade o recolhimento devido do tributo. Contudo, não são poucas as vezes que, decorrentes da exigência do Fisco de apresentação de informação pelo contribuinte, delitos são evidenciados, surgindo, então, a grande problemática do presente trabalho: quais os efeitos dessas provas obtidas por requisição fiscal no plano do processo penal?

É certo, como será analisado posteriormente, que, atualmente, a descoberta de delito pelo Fisco, quando alcançada pela atuação de ofício e não provocada, é elemento válido a ser utilizado para promoção de denúncia criminal e poderá, inclusive, produzir efeitos em uma possível sentença condenatória (desde que respeitados determinados postulados). Entretanto, as circunstân-

cias alteram-se quando o Fisco, utilizando-se de seu poder, impõe à pessoa que exponha determinados documentos ou declarações que acabem resultando em um conhecimento pelo Estado de atos ilícitos praticados pelo sujeito, pois nas grandes democracias (em especial Brasil e Portugal) o direito do *nemo tenetur se detegere*, direito da impossibilidade da produção de prova contra si mesmo, é reconhecido como cláusula de direito fundamental em suas Constituições, o que impossibilitaria a valoração dessas provas em um processo criminal.

Dessa análise, a respectiva pesquisa detém a pretensão de alcançar um maior detalhamento dessa situação jurídica, aprofundando o estudo quanto aos poderes do Estado, aos deveres das pessoas (jurídicas e físicas) e às proibições de provas no processo penal.

2. Desenvolvimento

2.1. O poder de requisição de informações do Fisco e os deveres da pessoa física e jurídica

É trivial que se questione o poder do Fisco referente à fiscalização patrimonial de seus contribuintes, pois se poderia interpretá-la como uma invasão à privacidade e ao sigilo destes; contudo, não é assim que efetivamente ocorre, isso porque os dados auferidos pelo Fisco, por meio de requisição, são aqueles aos quais, de uma forma ou de outra, a própria Autoridade Fiscal já deveria ter acesso, inexistindo uma afronta ao direito individual à privacidade, como explica Queiroz[1]:

> Isto quer dizer que o Fisco já deve ter prévio conhecimento de todas as informações e dados que se encontram depositados pelas empresas junto às instituições financeiras. Não se trata, assim, de aviltar, amesquinhar ou "relativizar" os sagrados direitos fundamentais, tão caramente conquistados, mas sim conhecer o real alcance de tais princípios. Com certeza, não pode ser considerada invasão de privacidade ou intimidade o Fisco requisitar dados que já tem ou que deveriam ter sido fornecidos pelo próprio contribuinte, em cumprimento do dever de prestar declarações [...].

O Fisco possui a real legitimidade para requisitar aos seus contribuintes – e aqui não se distinguem pessoas jurídicas das físicas – informações que o per-

1. QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. *A inexistência de sigilo bancário para o fisco*. Instituto Brasileiro de Estudos Tributário – IBET, p. 4.

mitam executar sua atividade de forma plena, como o recolhimento adequado do tributo devido ou questões de formalidades para a existência do vínculo fisco-contribuinte.

O artigo 145, § 1º, da Constituição Federal elucida a capacidade fiscalizatória da Autoridade Fiscal ao dispor que:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> [...]
>
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O supramencionado artigo dispõe que a Autoridade Fiscal poderá identificar os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, desde que respeitados os direitos individuais e os termos legais que a regulamentarão (o Código Tributário Nacional regulamenta esta atuação do Fisco).

Em consonância com os artigos 194 e 195, e seus parágrafos, do Código Tributário Nacional, o Fisco poderá examinar todo e qualquer documento referente ao exercício de determinada atividade, sendo ilegal qualquer norma que exclua ou limite o exercício de exame da fiscalização.

Essa prerrogativa do Fisco tomou tal proporcionalidade que o Congresso Nacional permitiu que o Poder Executivo pudesse requisitar as informações necessárias diretamente às instituições financeiras, como expresso no artigo 5º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001[2], e corroborado pelo Supremo Tribunal Federal[3], que reconheceu a possibilidade de o Fisco ter acesso ao sigilo bancário mesmo sem autorização judicial, uma vez que se desencadeia uma transferência de sigilo, e não sua quebra.

Inclusive, caso o contribuinte não forneça as informações requisitadas, o Fisco, por força do artigo 200 do Código Tributário Nacional, poderá requisitar auxílio da força pública para efetivar a medida imposta pela Administração

2. BRASIL, Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm]. Acesso em: 10.02. 2016.
3. ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859 e RE 601.314.

Tributária, podendo, ainda, o contribuinte ser responsabilizado administrativa e criminalmente por este ato.

Voltando-se principalmente às pessoas jurídicas, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 439[4], referente ao dever de informações do contribuinte, regulamentando que todos os livros comerciais, aqueles de origem registral, estão sujeitos à fiscalização tributária e administrativa, reconhecendo o poder ao Fisco para que apure eventuais irregularidades averiguadas em investigação administrativa.

Nessa perspectiva, tem-se que os contribuintes, sejam pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas, possuem o dever de informar ao Fisco todas aquelas informações necessárias para a boa administração fiscal, sendo, na análise desenvolvida por Canotilho, um dever autônomo, que não está relacionado à concessão de direitos fundamentais, isto é, um dever independente.

Para Canotilho[5], um dever autônomo:

> Ao lado de deveres conexos com direitos fundamentais existem também *deveres autónomos* (ex.: art. 103º, dever de pagar impostos; art. 113º/2 e 4, dever de recenseamento e dever de colaborar na administração eleitoral; art. 276º, de defesa da pátria, do serviço militar e do serviço cívico; art. 88º/2, dever de exploração da terra) (grifos do autor).

Consoante a exemplificação do autor, os deveres autônomos estão relacionados à funcionalidade do Estado, ou seja, não se pode conceder os direitos fundamentais sem que a máquina estatal esteja equipada e o contribuinte cumprindo seu dever de arrecadar ao Fisco.

Dessa forma, pelos motivos anteriormente expostos, tem-se que a legitimidade do poder de requisição do Fisco para viabilizar o exercício da Administração Tributária é concreta, bem como que o dever do contribuinte em repassar as informações necessárias é implícito ao funcionamento do Estado, sob pena da não perfectibilização das atribuições do Ente Soberano, não afrontando, desde que ocorrida dentro dos termos legais, qualquer direito de privacidade do contribuinte, uma vez que o Fisco já deveria possuir essas informações.

4. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 439. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=439.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas]. Acesso em: 10.02.2016.
5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 533.

2.2. A prova produzida mediante requisição do Fisco no processo administrativo fiscal e seus efeitos no processo penal: uma análise sob a ótica da prova emprestada e do postulado do nemo tenetur se detegere

Conforme o apresentado em tópico anterior, tem-se que o contribuinte, seja ele pessoa física, seja ele pessoa jurídica, possui o dever de levar as informações requisitadas pelo Fisco à autoridade julgadora do Processo Administrativo Fiscal (PAF), desde que pertinentes aos artigos 194 e 195, ambos do Código Tributário Nacional.

Ocorre que dessa apresentação documental compulsória – exigida pela lei – delitos podem ser constatados pelo Fisco e, mediante comunicação ao Ministério Público ou Polícia, embasar ação criminal, surgindo, então, a discussão quanto ao uso dessa prova produzida no PAF no âmbito do processo penal. Essa incógnita acaba recaindo sobre a prova emprestada e, muitas vezes, acaba concretizando condenações criminais sem que haja a devida análise dessa possibilidade, como se demonstrará ao decorrer deste tópico.

2.2.1. Do conceito geral de prova e a sua produção no âmbito do Processo Administrativo Fiscal

A prova, como bem sabido, é, para o processo em geral, mas principalmente ao processo penal, uma faculdade da parte[6], seja da defesa, seja da acusação, é a produção de determinado elemento que possui, nos termos de Greco Filho[7], a seguinte finalidade:

> A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Ainda, para que seja válida, é imprescindível que seja produzida sob o contraditório, ampla defesa e perante uma autoridade imparcial, com o objetivo de que o processo seja instruído dentro dos parâmetros legais-constitucionais. Este

6. Há discussões de que a faculdade de produção de prova seja exclusiva da defesa, sendo obrigatória ao Ministério Público a produção de prova, em razão da inversão do ônus probatório no processo penal.

7. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 429.

conceito apresentado é utilizado também no âmbito do processo administrativo (fiscal), por força do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que estabelece o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais.

A prova, no âmbito do PAF, é produzida nos termos gerais da teoria processual e, subsidiariamente, do Código de Processo Civil, garantindo a ampla defesa e o contraditório ao contribuinte, mas apenas no processo administrativo fiscal contencioso, não se estendendo ao processo não contencioso.

Isso porque, utilizando como base a legislação federal (artigo 14 do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972), a ampla defesa e o contraditório são garantidos ao contribuinte no momento em que este opõe impugnação ao auto de infração lavrado em seu desfavor, pois, conforme Carneiro[8] narra em sua obra: "Entende-se por contencioso administrativo tributário toda a atividade administrativa tendente a solucionar conflitos de natureza fiscal, assegurados ao contribuinte, através do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa [...]".

Ocorre, neste ponto, um *bug* no sistema processual, pois, se a prova é um meio facultativo da parte, produzida em contraditório e ampla defesa, o material produzido em sede de processo não contencioso não pode ser constituído como prova para o processo penal. Exemplo de casos assim é quando o Fisco, por meio do instituto da autorregularização, evidencia irregularidades, notifica o contribuinte e este regulariza administrativamente, todavia, sendo as esferas autônomas, o Fisco poderá encaminhar o material ao Ministério Público e este denunciar o contribuinte em razão da documentação encaminhada pelo Fisco e produzida em sede de processo administrativo fiscal não contencioso, porquanto não houve impugnação pelo contribuinte.

Afora situações como esta anteriormente apresentada, impugnando o auto de infração/notificação, a prova lá produzida é válida, mas apenas para o processo administrativo, podendo, por meio do instituto da prova emprestada – que será brevemente analisado posteriormente –, ser importada para o processo penal como prova originária desse.

Malgrado o conceito de prova do processo civil, utilizado no âmbito do PAF, não segue na íntegra a teoria da prova produzida no regramento do processo penal porque, além das circunstâncias apresentadas, há outras que devem ser respeitadas, como a imposição do postulado penal do *nemo tenetur se detegere* (artigo 186, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal), ou prin-

8. CARNEIRO, Cláudio. *Processo tributário:* administrativo e judicial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 44.

cípio da não autoincriminação, que norteia no Direito a impossibilidade de o imputado produzir provas contra si mesmo, algo que entra em conflito com a produção de provas por requisição de informações do Fisco e inviabilizaria seu traslado para o processo penal, como doravante demonstrado.

2.2.2. *Produção da prova por requisição do Fisco e o princípio do* nemo tenetur se detegere

Consabido que o Fisco possui a legitimidade para requisitar ao contribuinte informações que o auxiliem a efetivar seu dever de fiscalizar e garantir a regular arrecadação aos cofres públicos, também é notório que os critérios gerais para produção da prova no âmbito do processo administrativo fiscal respeitam a teoria geral da prova do processo civil e que há algumas diferenças entre essa e a teoria geral do processo penal.

Uma das circunstâncias, e a mais pertinente ao trabalho, é a sobreposição do princípio do *nemo tenetur se detegere*, um princípio eminentemente de cunho penal e que é imposto ao ordenamento jurídico brasileiro pelo princípio da dignidade da pessoa humana (caráter *lato sensu*), pela Constituição Federal e por tratados internacionais ratificados pelo Brasil (caráter *stricto sensu*).

Como parte do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do *nemo tenetur se detegere* é considerado um direito fundamental do cidadão, devido ao seu real significado e da conquista da liberdade ao réu. Queijo[9] assinala que:

> O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Nesse sentido, Vassali, Grevi e Zuccala já se manifestaram. Cuida-se do direito à não auto-incriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio. Parece acertado referido entendimento, de acordo com as notas características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Em suma: é resguardada, nos direitos fundamentais, a dignidade humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado. Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na

9. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio* nemo tenetur se detegere *e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54-55.

> investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações.
>
> Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado.

Em nível *stricto sensu*, o referido postulado está previsto, implicitamente, na Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LXIII, quando afirma que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Em tratados, está previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, item 14, número 3, letra *g*, nacionalizado pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992[10], que possui a seguinte redação:

> Artigo 14
>
> [...]
>
> 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: (sic)
>
> [...]
>
> *g)* De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.
>
> E na Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica), artigo 8º, número 2, letra "g":
>
> Artigo 8º – Garantias judiciais
>
> [...]
>
> 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> [...]
>
> *g)* direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

O princípio segue concretizado, também implicitamente, assim como no Brasil, na Constituição Federal de Portugal, em seu artigo 61º, nº 1, alínea *d*, como refere Mendes[11]:

10. BRASIL, Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm]. Acesso em: 13.02.2016.

11. MENDES, Paulo de Sousa. As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribu-

> O princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, não consta expressamente do texto da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), mas "a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional". Há quem baseie o princípio muito simplesmente nas garantias processuais, consagrada genericamente nos artigos 20º, nº 4, *in fine*, e 32º, no 1, CRP. Outros porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento directo e imediato o *nemo tenetur*, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de carácter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º CRP. Seja como for, o princípio *nemo tenetur* é aceito por todos.

Portanto, o *nemo tenetur se detegere* é o direito do acusado/arguido de não produzir provas em seu desfavor, não se autoincriminar, circunstância que colide diretamente com a produção de provas por meio de requisição do Fisco. Explica-se:

O Fisco, tendo legitimidade para requisitar informações ao contribuinte, assim o faz, sendo que o contribuinte, em seu dever de cooperar, fornece "espontaneamente", a pedido da Administração Pública, todos os documentos que detém quanto à apuração fiscal, inclusive os que comprovam a existência de delito de sonegação, por exemplo. Com base nos documentos juntados pelo próprio contribuinte, o Fisco condena-o administrativamente por sonegação e encaminha a documentação ao Ministério Público que, por sua vez, apresenta a denúncia criminal.

O fato de o Fisco ter utilizado esse documento em desfavor do contribuinte para condenação administrativa não é causa de impossibilidade, porquanto, como já referido, possui legitimidade para tanto, assim como o contribuinte é portador do dever de entregar a documentação, todavia, esta prova, apesar de ter sido produzida em contraditório e ampla defesa, não estava sob resguardo do postulado do *nemo tenetur se detegere*, o que prejudica a (re)utilização – ou reciclagem – desta prova para o processo penal.

Assim, a prova produzida mediante requisição do Fisco, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, é claramente regular, mas seus efeitos não podem alcançar o processo penal, em razão de afronta a direitos fundamentais do indivíduo.

---

nal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano I, n. 1, jan.-mar. 2010, p. 125-126.

2.2.3. A prova emprestada e seu meio de obtenção no processo penal

As provas produzidas no âmbito do processo administrativo fiscal são inseridas e transferidas ao processo penal pelo instituto da prova emprestada, não regulamentado pela lei brasileira, mas em vias disso, uma vez que o projeto do novo código de processo penal o prevê.

No conceito de Badaró[12]:

> A prova emprestada é a prova produzida em um determinado processo e, depois, trasladada, na forma documental, para outro processo. No segundo processo, em que se junta a prova emprestada, embora trasladada na forma documental, ela terá o valor probante originário (por exemplo: de prova testemunhal, de laudo pericial, etc.).

Esse instituto é, doutrinária e jurisprudencialmente, aceito e fora utilizado em casos de grande repercussão no Brasil, como na AP 470, Mensalão, e está no rol de alterações do novo código de processo penal, que, nos termos do artigo 166, introduzido por emenda do Senado Federal, possui a seguinte redação:

> Art. 166. Admite-se prova emprestada, quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado aquele contra o qual será utilizada.
>
> § 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou remessa da cópia autenticada.
>
> § 2º Após juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar.

De acordo com o projeto legal, basta que a prova seja produzida em contraditório e contra a mesma pessoa que a contraditou. Entretanto, Badaró[13] aponta alguns requisitos reconhecidos pela doutrina para que a prova emprestada possa ser trasladada ao processo penal:

> De ponto de vista doutrinário, embora com alguma variação entre os autores, tem se exigido, para que a prova originária de um processo possa ser

12. BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo,, n. 106, 2014, p. 163.
13. BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo,, n. 106, 2014, p. 163.

> validamente trasladada para outro processo, a observância dos seguintes requisitos: (1) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante juiz natural; (2) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo.

Apesar da adequada especificação do autor, denota-se que a doutrina deixou de prever um elemento estritamente necessário, qual seja, *que a prova emprestada respeite às regras de obtenção de provas no processo penal*, o que incluiria o respeito ao postulado do *nemo tenetur se detegere*, por exemplo, evitando que provas produzidas por meios de obtenção ilícitos para o processo penal fossem juntados aos autos deste, com valor probatório originário.

Aliás, adentrando no estudo da obtenção da prova no processo penal, observa-se que a prova produzida em processo administrativo fiscal, por meio de requisição do Fisco e obrigação legal do contribuinte em entregar e fornecer determinadas informações, apesar de ser obtida licitamente no processo administrativo, é axiologicamente ilícita no processo penal, porquanto o desrespeito ao *nemo tenetur se detegere* é causa clara de ilicitude na obtenção de prova, como expõe Andrade[14], ao tratar da "Liberdade de declarações e depoimentos – *nemo tenetur* se *ipsum accusare*[15]", afastaria a vedação do Estado em obter, por meios fraudulentos ou de coação, provas em desfavor do acusado.

Como se sabe, os meios de obtenção de prova são as diligências, as formas utilizadas para produzir a prova; exemplos comuns são as interceptações telefônicas, as buscas e apreensões e, no caso de processo administrativo fiscal, a requisição de documentos e informações por parte do Fisco.

Ocorre que, como já esclarecido anteriormente, as formas de obtenção de provas no processo administrativo nem sempre serão lícitas no processo penal, como circunstância que acontece com a prova produzida pelo meio de obtenção da requisição fiscal, porquanto há afronta ao princípio da não autoincriminação.

---

14. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 120-121.

15. Conforme Sofia Saraiva de Menezes, na obra *Prova criminal e direito de defesa*: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Org. BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Lisboa: Almedina, 2010. p. 117: O princípio *nemo tenetur se detegere* possui diversas derivações tais como: *nemo tenetur se ipsum prodere; nemo tenetur edere contra se; nemo tenetur turpidumen suan, nemo testis se ipsum* ou apenas *nemo tenetur*.

A Constituição brasileira veda expressamente o aproveitamento das provas obtidas de forma ilícita em processos, conforme estabelece seu artigo 5º, inciso LVI.

Já o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, *caput*, reproduz o seguinte texto: "Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", havendo, pela maioria da doutrina, a dicotomia entre prova ilícita – aquela que viola legislação material – e ilegítima – que afrontaria legislação procedimental, como argumenta Lopes Jr.[16]:

> É aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica Maria Thereza, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).

Os elementos demonstrados, então, expõem que a prova produzida em PAF, gerada por requisição do Fisco, quando de sua obtenção para o processo penal, configura-se como ilícita, porquanto o contribuinte, agora réu em um processo-crime, autoincriminou-se por ser compelido legalmente a entregar as provas documentais ou outras informações de que cometeu o ilícito, o que, nos termos da doutrina supramencionada, viola diretamente a Constituição Federal (art. 5º, incisos LV e LXIII), bem como normas de direito material, como as previstas nos tratados anteriormente mencionados.

A prática da utilização da prova produzida no âmbito do processo administrativo fiscal, por meio de requisição fiscal, em processo penal, é um meio ardiloso, coercitivo (por ser imposição legal) do Estado, violador dos direitos fundamentais do réu e do austero princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois ao cidadão é garantida a produção devida da prova, não podendo ser fraudulentamente induzido ou coagido a colaborar para sua eventual condenação[17].

16. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 593.

17. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 121.

Ainda mais levando-se em conta que o meio de obtenção ilícito da prova está umbilicalmente vinculado à atividade do Estado Democrático de Direito, que impede esta prática, ao menos, pelo próprio Estado, já que o réu poderá, a fim de comprovar sua inocência, produzir prova ilícita[18].

Dessa forma, tem-se que a prova produzida por meio de requisição, no âmbito do processo administrativo fiscal, não pode ser utilizada em processo penal, porque sua obtenção, mesmo que válida ao PAF, não preenche os requisitos de obtenção de provas no processo penal, razão pela qual é vedada por dispositivo, inclusive, Constitucional.

2.3. Os atos derivados de prova produzida mediante requisição do Fisco no processo administrativo fiscal, seus efeitos no processo penal e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Toda prova produzida mediante requisição do Fisco, como visto anteriormente, é plenamente válida ao processo administrativo, mas seu meio de obtenção é proibido no âmbito do processo penal, nem sequer possibilitando o ingresso dessa prova no feito criminal.

Ocorre que não apenas a prova produzida pela requisição do Fisco torna-se inválida ao processo penal, como também os atos derivados dessa prova, em razão da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Esta teoria é consectária do Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas[19] ou Princípio da Contaminação[20] e possui referência legislativa no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Constatando-se que a requisição do Fisco para entrega de determinada informação afronta o princípio do *nemo tenetur se detegere*, sendo consequente obtenção ilícita de prova, é evidente que as informações, documentos ou qualquer outra prova juntados em decorrência da requisição são ilícitas e, pela lógica, as que delas derivarem também, desde que haja um nexo causal entre a prova e as derivadas dela. Nucci[21] realiza a seguinte manifestação quanto à "prova ilícita por derivação":

18. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 985.
19. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 363.
20. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 599.
21. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

> [...] A prova ilícita por derivação: além de apoiarmos o sistema de exclusão, por completo, da prova considerada ilícita, devemos atentar para a prova advinda da ilícita. É o que se denomina de "frutos da árvore envenenada" ou "efeito à distância", originário do preceito bíblico de que a "árvore envenenada não pode dar bons frutos". Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Imagine-se que, graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consiga obter dados para a localização da coisa furtada. Conseguindo um mandado, invade o lugar e apreende o material. A apreensão está eivada do veneno gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial. De nada adianta, pois, a Constituição proibir a prova obtida por meios ilícitos, uma vez que a prova secundária serviu para condenar o réu, ignorando-se a sua origem em prova imprestável [...].

O autor demonstra que a utilização de prova derivada de ilícito causaria uma compactuação do Estado com o ilícito, porquanto se estaria validando uma conduta vedada pela Constituição Federal, inclusive podendo ofender princípios norteadores da Administração Pública. Quanto à causalidade, de acordo com o texto legal, a prova derivada deve possuir um nexo causal com a prova originariamente ilícita, ou seja, deve ter sido produzida em decorrência da primeira. Exemplo disso, em um processo administrativo fiscal, seria a requisição de livro de registros financeiros de determinada empresa, cujos registros de recolhimento de impostos demonstram uma aparente sonegação, solicitando o Fisco a apresentação de notas fiscais que comprovam o recolhimento indevido. Estas notas, para o processo penal, também são ilícitas, não só pela não autoincriminação, mas também por sua derivação.

Outra circunstância que se deve levar em consideração é o preconizado nos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, em que se admite a prova derivada da ilícita desde que possíveis de serem obtidas por uma fonte independente, isto é, se a prova ilícita não foi absolutamente essencial para averiguação da prova derivada, esta não será considerada contaminada, podendo surtir seus efeitos no âmbito do processo penal[22].

Apesar da problemática existente quanto à fonte independente – situação que não é objeto deste artigo –, constatados os requisitos da ilicitude da pro-

22. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 603.

va por derivação, não se pode permitir que provas derivadas de requisições do Fisco em processo administrativo fiscal sejam lícitas ao processo penal, mesmo as sendo ao PAF, uma vez que sua prova de origem fora obtida por meio ilícito para o processo penal.

Essa situação causa, de certa forma, grande precariedade em muitas ações penais resultantes de processos administrativos fiscais, porque, geralmente, o contribuinte é autuado e, nesta mesma autuação, consta a exigência do Fisco de apresentação de determinados documentos, momento em que se evidencia a existência de delito com a entrega das informações, pelo contribuinte, ao Fisco, por conseguinte, sendo a autuação termo inicial de ação fiscal, como de praxe o é, o procedimento de obtenção de prova ilícita para o processo penal já fora iniciado.

É preciso ressaltar que essa prova é tida como ilícita, pois produzida mediante requisição da autoridade fiscal, não podendo ser utilizada como prova em processo criminal, todavia, não há impedimento que se aproveite como instrumento indiciário para instauração de inquérito criminal.

Não se pretende afastar a plenitude da validade do Processo Administrativo Fiscal (PAF) em uma possível apuração criminal dos fatos, apenas se constata que a utilização do material produzido por meio de requisição não possui as condições essenciais para reproduzir efeito de prova em processo-crime, sendo, então, possível o aproveitamento deste processo administrativo como indício criminal.

2.4. A garantia do princípio do nemo tenetur se detegere *às pessoas jurídicas/coletivas*

A concessão de garantias às pessoas jurídicas, em regra, é causadora de grande discussão no processo penal. Isso porque há defensores de que os direitos fundamentais e garantias foram direcionados ao cidadão, pessoa física, indivíduo, não podendo alcançar as pessoas jurídicas. Entretanto, não é esse o sentido que se deve observar.

As garantias penais e processuais penais alcançam a todos aqueles que, efetivamente, respondem ao processo penal, essa é a regra do "jogo". Se o Estado entendeu por pertinente utilizar do processo penal para condenar pessoas jurídicas, deve respeitar os princípios que a ele são inerentes, não podendo escolher, de forma arbitrária, a quem concederá as garantias no processo penal, isso afrontaria diretamente a isonomia, a presunção de inocência e transformaria o processo em um instrumento ineficaz, que não alcança a real justiça pretendida no processo penal.

Vilela, Augusto Tarradt. A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em Processo Administrativo Fiscal no Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

Isso porque a eficácia, segundo Wedy[23], é o liame entre o processo e a justiça, pois processo que não se permite conciliar eficiência com garantias e justiça, inevitavelmente, decairá na ausência de legitimidade robusta, pois, da mesma forma que será visto como um processo autoritário, poderá ser acusado de ser um processo relativista e frágil.

É fato que, no Brasil, as pessoas jurídicas respondem ao processo penal unicamente em crimes ambientais, todavia, o Projeto de Lei do Senado 236, de 2012, em seu artigo 41, prevê a responsabilização da pessoa jurídica nos crimes ditos econômicos (contra a administração pública, ordem econômica, sistema financeiro) e crimes ambientais, ampliando o alcance da responsabilidade penal empresarial e constituindo um processo penal econômico-empresarial.

Essa realidade é iminente. Em Portugal, por exemplo, país cuja natureza jurídica guarda semelhanças com a do Brasil, já é possível a responsabilização de pessoas colectivas/jurídicas. Autores brasileiros, como Malan[24], iniciam uma discussão sobre a ineficácia do processo penal tradicional aos crimes de cunho econômico. Há, inclusive, autores argentinos, tais como Arocena e Balcare[25], que já discutem uma autonomia do processo penal econômico.

A doutrina e a realidade de outros países já demonstram a inevitável responsabilização criminal das pessoas jurídicas e, por esses motivos, é preciso depreender que o princípio do *nemo tenetur se detegere* também alcança o réu "empresa".

Greco Filho[26] realiza o diagnóstico de que do princípio *nemo tenetur se detegere* extrai-se o direito ao silêncio, da presunção de não culpabilidade, do ônus da prova ser acusatório, entre outras características indissociáveis do processo penal, algo que, consequentemente, não pode ser tolhido do réu que é pessoa jurídica, porque, volta-se a salientar, se o Estado adotou o direito penal como meio de responsabilização das pessoas jurídicas, deve respeitar suas regras e princípios e, também, não se pode aplicá-las quando apenas lhe convier, uma

23. WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18.

24. MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 114. p. 279-320, maio-jun. 2015.

25. AROCENA, Gustavo A.; BALCARCE, Fabián I. *Derecho penal económico procesal*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Disponível em: [http://www.ciidpe.com.ar/area5/derecho%20penal%20economico%20procesal.GA%20y%20FB.pdf]. Acesso em: 12.10.2015.

26. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

vez que esta ação, claramente, afrontaria às garantias do processo penal e, nos termos de Streck[27], consequentemente ao Estado Democrático de Direito:

> Um Estado Democrático de Direito apenas sobrevive, em todo seu esplendor, na medida em que as garantias processuais penais consagradas no texto da Constituição e das leis processuais têm sua concretização devidamente realizada pelos Tribunais. Nesse sentido, assume importância fundamental o reconhecimento de uma tarefa para hermenêutica contemporânea: o desenvolvimento de anteparos para a atividade jurisdicional, sob pena de que os direitos e garantias inscritos na Constituição, ao invés de serem concretizados pela realização judicial do direito, sejam desvirtuados em uma não concretização.

Não se deve reconhecer a aplicação parcial de um instituto a determinados réus, afrontando o princípio constitucional da isonomia/igualdade. Ou se acolhem as normas que guardam o direito penal e o processo penal para todos os réus, ou se utiliza de outros meios para sancionar as pessoas jurídicas, porquanto o contribuinte, seja pessoa jurídica, seja pessoa física, quando réu em um processo penal, é exatamente o que fora dito: réu (inexistindo diferenças entre pessoa física e jurídica).

É claro que o melhor mecanismo para averiguação dessas garantias à pessoa jurídica será o meio hermenêutico, em que se avaliará o real aproveitamento das garantias à pessoa jurídica, porque muitos dos mecanismos garantidores são incompatíveis com o estado de ser, de existir, do réu "empresa".

Mas isso não afasta a constatação de que a prova produzida por requisição do Fisco, em sede de Processo Administrativo Fiscal, também é meio de obtenção de prova ilícita para pessoas jurídicas, causando a inviabilidade da utilização destas provas em processo penal. Insta, ainda, ressaltar que a mesma lógica é aplicada em processos administrativos de fiscalização ambiental (matéria em que as empresas brasileiras são responsabilizadas criminalmente), pelos mesmos motivos, a fiscalização ambiental tem o poder de exigir informações e documentações de pessoas físicas e jurídicas, sendo essas provas produzidas tidas como ilícitas ao processo penal cuja ré é pessoa jurídica/colectiva.

3. Conclusão

O Fisco possui, em sua essencialidade, o poder e, inclusive, dever de requisitar informações ao contribuinte, para que possa exercer, em sua plenitude, o

27. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O que é isto*: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 104.

controle Administrativo Tributário e manter a ordem de arrecadação, cabendo, também, o dever ao contribuinte em entregar as informações exigidas, sob pena de infringir a legislação administrativa e penal.

Entretanto, o que não se pode permitir é que o Fisco utilize desse seu poder para fazer com que o contribuinte autoincrimine-se e produza provas para um eventual processo penal, algo que é completamente inaceitável pela legislação brasileira e internacional, como se pôde observar pelos tratados dos quais o Brasil é signatário e pela Constituição Federal, causando clara colidência com as estruturas de um Estado Democrático de Direito que protege os direitos individuais, fornecendo paridade de armas àqueles que respondem a processo-crime.

As provas obtidas no Processo Administrativo Fiscal por meio de requisição, por mais que devidamente trasladadas e transferidas ao processo penal pelo instituto da prova emprestada, não possuem capacidade de produzir seus efeitos no âmbito criminal, porque afrontam diretamente dispositivos que norteiam o direito penal, material e processual, como o próprio postulado do *nemo tenetur se detegere*, constituindo-se, então, pela violação de princípio acolhido pela Constituição Federal, em meio de obtenção de prova ilícita e rechaçada pela ordem constitucional (art. 5º, inciso LVI, da CF).

Dessa forma, todo processo penal derivado de prova gerada por requisição do Fisco é, consequentemente, nulo por possuir como base elementos obtidos por meios ilícitos, recaindo, sobre esta situação, os efeitos da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, uma vez que todos os atos derivados desta prova ilícita (prova requisitada) estão contaminados pela autoincriminação, alcançando os réus pessoas físicas e jurídicas.

É imprescindível destacar que as normas destinadas ao direito penal e processual penal não podem ser afastadas pela qualidade do réu, como a circunstância de este ser pessoa física ou jurídica, especificamente quanto ao *nemo tenetur se detegere*, porquanto a escolha do Estado em adotar o sistema penal para responsabilizar pessoas jurídicas não afasta as garantias inerentes ao próprio processo penal. O direito do réu é indisponível e isonômico, sendo impossível não garantir o mínimo para concretização do processo penal constitucional. São perceptíveis as garantias processuais estendidas às pessoas jurídicas quando do interrogatório de uma dessas em que a empresa, por meio de seu representante, possui o direito de permanecer em silêncio sem que isso produza efeito desfavorável à empresa outorgante, essa garantia é derivada do próprio princípio do *nemo tenetur*.

As garantias processuais, seus princípios e regras não podem ser utilizados de forma parcial, *i.e.*, ou se garante efetivamente todo e qualquer direito refe-

Vilela, Augusto Tarradt. A proibição de obtenção das provas produzidas por requisição em Processo Administrativo Fiscal no Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

rente ao *nemo tenetur se detegere* ou não se fornecem tais benefícios, algo que implicaria outro problema, uma vez que este postulado é inerente ao processo penal, causando severa nulidade, ou, mais drasticamente, ilegitimidade do processo.

O processo penal possui suas normas e garantias indissociáveis de sua estrutura, que mantém, além de princípios humanitários, como o da dignidade da pessoa humana, princípios procedimentais reflexos daquele, como o do devido processo legal, estabelecido na Constituição Federal.

Por essas razões, tendo demonstrado que a prova obtida por requisição do Fisco, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, é inadmissível no processo penal em razão de suas peculiaridades, os atos praticados e derivados desta exigência devem ser reconhecidos como nulos, inclusive para pessoas jurídicas, no caso de países que admitem a responsabilização penal econômica das empresas, como Portugal.

4. Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

AROCENA, Gustavo A.; BALCARCE, Fabián I. *Derecho penal económico procesal*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Disponível em: [http://www.ciidpe.com.ar/area5/derecho%20penal%20economico%20procesal.GA%20y%20FB.pdf]. Acesso em: 12.10.2015.

BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Cláudio. *Processo tributário*: administrativo e judicial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012 (livro eletrônico).

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 114, maio-jun. 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano I, n. 1, jan.-mar. 2010.

MENEZES, Sofia Saraiva de. Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (livro eletrônico).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. *A inexistência de sigilo bancário para o fisco*. Instituto Brasileiro de Estudos Tributário – IBET. Disponível em: [http://www.ibet.com.br/download/Mary%20Elbe%20Gomes%20Queiroz.pdf]. Acesso em: 17.01. 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 (livro eletrônico).

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O que é isto:* as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Limites ao compartilhamento de provas no processo penal, de Antonio Magalhães Gomes Filho – *RBCCRIM* 122/43-61 (DTR\2016\22982); e
- Prova emprestada e a preclusão do contraditório, de Fábio Ramazzini Bechara – *Ciências Penais* 14/315-342 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/515-542 (DTR\2011\1827).

Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *Habeas Corpus* 126.292

Penal garantism and presumption of innocence: an analysis of the Habeas Corpus *126.292*

Emetério Silva de Oliveira Neto

Doutorando em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista Capes (Brasil). Advogado criminalista.
emeterio-neto@hotmail.com

Recebido em: 21.07.2017
Aprovado em: 08.10.2017
Última versão do autor: 27.10.2017

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo pretende analisar o princípio constitucional da presunção de inocência à luz da teoria do garantismo penal, desenvolvida e sistematizada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Nesse sentido, mostra que o garantismo representa um pilar fundamental do Estado democrático de direito, ao passo que a presunção de inocência, que nele haure a sua vivacidade, ergue-se, de um lado, como exigência de que o órgão acusador deve provar a culpa do imputado e não este a sua inocência, e, do outro, como obstáculo à execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Prossegue esclarecendo que, apesar desses valores democráticos, expressamente positivados no ordenamento jurídico brasileiro e em importantes documentos internacionais, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o *habeas corpus* 126.292/SP, entendeu por admitir como constitucional a execução da pena após a confirmação da decisão condenatória pela segunda instância, embora pendentes de julgamento os chamados recursos extraordinários,

Abstract: This article intends to analyze the constitutional principle of the presumption of innocence in the light of the theory of penal garantism, developed and systematized by the Italian jurist Luigi Ferrajoli. In this sense, it shows that garantism represents a fundamental pillar of the democratic State of law, while the presumption of innocence, that in garantism finds its liveliness, arises, on the one hand, as an exigency that the accusing body must prove the guilt of the accused and the accused does not have to prove his innocence, and, on the other, as an obstacle to the execution of the conviction before the final judgment. It proceeds clarifying that despite of these democratic values, expressly affirmed in the Brazilian legal system and in important international documents, the *Supremo Tribunal Federal* (STF), in judging *habeas corpus* 126.292/SP, admitted as constitutional the execution of the penalty following the confirmation of the condenation by the second instance, although the extraordinary appeals are pending

com isso relativizando o sentido e o alcance da garantia fundamental. A pesquisa é de cunho bibliográfico, tendo como pano de fundo o estudo de alguns casos de indubitável repercussão sociojurídica enfrentados pelo STF.

Palavras-chave: Garantismo penal – Presunção de inocência – Pena de prisão – Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* 126.292/SP.

judgment, thereby reducing the meaning and scope of the fundamental guarantee. The research is bibliographic, presenting as a background the study of some cases of indubitable social and legal repercussions faced by the STF.

Keywords: Penal garantism – Presumption of innocence – Prison sentence – *Supremo Tribunal Federal* – *Habeas Corpus* 126.292/SP.

Sumário: 1. Introdução. 2. Algumas linhas epistemológicas acerca do garantismo penal. 3. Do sentido e do alcance da presunção de inocência. 4. Das modalidades de prisão no Brasil. 5. Do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP: mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 5.1. Da irresignação de alguns ministros do STF quanto à mudança da jurisprudência da Corte. 5.2. HC 137.728/PR: o "caso de José Dirceu" na operação Lava Jato. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A teoria do garantismo penal, embora desconhecida em profundidade por muitos, é, qual um mantra, reiteradamente invocada, seja no âmbito da pesquisa acadêmica, que de algum modo inspiraria, seja por parte dos operadores do direito, quando se defrontam com situações concretas que reclamam a melhor solução, supostamente nela encontrada. Sob a égide da segunda perspectiva, os principais atores do processo (penal) assim se sentiriam contemplados: *a defesa*, na medida em que o garantismo asseguraria, contra a potestade estatal, o respeito aos direitos fundamentais do imputado; *a acusação*, à luz da ideia de garantismo integral como estorvo à chamada proteção social deficiente; e *o aplicador*, que encontraria no garantismo o fundamento de racionalidade para produzir uma decisão mais próxima dos anseios de justiça.

Com efeito, o grande teórico moderno dessa doutrina é o jurista italiano Luigi Ferrajoli, que a desenvolveu e sistematizou em sua densa obra intitulada *Diritto e ragione:* teoria del garantismo penale, cuja primeira edição, prefaciada por Norberto Bobbio, veio a lume no ano de 1989. Ferrajoli, como se sabe, é autor de linha nitidamente positivista[1], fortemente inspirado nos ideais ilu-

1. Em obra dedicada especialmente ao juspositivismo, Norberto Bobbio (In: *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone Editora, 2006. p. 131-134) elenca sete pontos fundamentais imanentes a essa doutrina, quais sejam: 1) o positivismo jurídico considera o direito como fato e não

ministas, que constituem, destarte, a pedra angular de sua sólida formação jurídico-filosófica.

Em outra mirada, não são poucas as tintas gastas, aqui e alhures, quando o assunto é presunção de inocência[2], a despeito de nem sempre as abordagens desenvolvidas se afigurarem as mais adequadas, mormente por se tratar de tema dos mais fecundos e repleto de *nuances*, comumente identificadas apenas a partir de casos práticos.

Produto de equívocos interpretativos, a incompreensão do tema resvala inexoravelmente sobre os pilares do sacrossanto direito constitucional à liberdade de locomoção (*ir, vir e ficar*)[3], desgraçadamente ferindo-o de morte em plena arena onde se encontra erigido o Estado democrático de direito.

Nessa toada, emblemático e recente exemplo de malferimento da aludida garantia fundamental por força de viés interpretativo é coligido do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP, o qual modificou entendimento pretoriano sedimentado desde o ano de 2009, quando do julgamento do paradigmático HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau)[4], deixando em polvorosa toda a advocacia criminal brasileira, assim como parcela considerável de estudiosos e defensores da Carta Cidadã de 1988, que, atônitos, ainda não digeriram tão grave entendimento promanado da maior Corte de justiça do país.

---

como um valor; 2) o juspositivismo define o direito em função do elemento coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito; 3) o positivismo jurídico afirma a teoria da legislação como fonte preeminente do direito; 4) o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito; 5) o positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico; 6) o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, em detrimento do elemento criativo do direito; 7) o positivismo jurídico encabeça a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal.

2. A ideia de presunção de inocência é indissociável da de garantismo, uma vez que esta é condição de possibilidade da primeira.

3. Os franceses indicam, como conteúdo da liberdade da pessoa física, três prerrogativas, quais sejam: liberdade de ir e vir; segurança individual e liberdade de intimidade. Alguma doutrina brasileira, porém, entende que as formas de expressão dessa liberdade se revelam apenas na liberdade de locomoção e na liberdade de circulação, sendo esta o direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar (cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 237-239).

4. Decidiu-se, naquela oportunidade, que a interposição de recursos da defesa aos Tribunais Superiores (instâncias extraordinárias), mesmo após condenação confirmada por Tribunal local, suspende a execução da pena privativa de liberdade.

Seguindo essa direção, o presente trabalho tem como objetivo crucial analisar o instituto da presunção de inocência – expressamente positivado no ordenamento jurídico pátrio (*v.g.,* Constituição Federal/88 e Código de Processo Penal) – em consonância com a doutrina do garantismo penal, tendo como ponto de referência o entendimento do STF acima ventilado. A crítica volta-se para o fato de que essa garantia não pode ser restringida por obra do julgador, admitindo-se, no máximo, uma modificação legislativa que atinja o sistema recursal com o fito de propiciar maior celeridade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Cuida-se, portanto, de uma pesquisa marcadamente bibliográfica, apresentando como pano de fundo, além do HC 126.292, o estudo de alguns outros casos de induvidosa repercussão sociojurídica enfrentados pelo STF antes e após o seu julgamento (análise de jurisprudência).

2. Algumas linhas epistemológicas acerca do garantismo penal

Para que se entenda corretamente a doutrina *sub examine*, impende sejam assentadas, já *ab initio*, algumas premissas não raras vezes esquecidas (ou desconhecidas) por *aventureiros* que d'algum modo se debruçam sobre a temática.

Em *primeiro* lugar, garantismo e positivismo são realidades que caminham juntas, tanto que a separação entre direito e moral é confessadamente um dos pontos nodais da doutrina garantista[5]. Em *segundo* plano, é importante escla-

5. *Ad exempli*, verifica-se essa premissa na seguinte passagem: "... o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei" (cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 39). Em artigo recente no qual critica o neoconstitucionalismo, Ferrajoli (cf. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Trad. André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst,* Curitiba: ABDConst, 2011. p. 96 e 100-101) aponta uma nova tendência: "com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça. Segundo esta tese, a moral, que no velho paradigma juspositivista correspondia a um ponto de vista externo ao direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno", com a qual não concorda: ""[...] continua a valer, contra aquela enésima e insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, o princípio juspositivista da separação entre direito e moral [...] É, portanto, insustentável a derivação – em razão da banal circunstância de que leis e Constituições incorporam "'valores"' – da tese de uma "'conexão conceitual"' entre direito e moral "[...]". Na

recer que garantismo não se confunde com abolicionismo penal, estando mais próximo, isto sim, do minimalismo penal, que é um de seus pilares[6]. O *terceiro* aspecto, que avulta como consequência do primeiro, sustenta que a pena não tem função pedagógica, pelo que ao Estado não é dado regenerar o condenado com o fito de, reeducando-o no cárcere, reintegrá-lo, corrigido, à sociedade por ele vilipendiada quando da perpetração do crime[7]. Por último, e como *quarto*

mesma linha, cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Principia iuris": una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante,* n. 31, p. 325-353, 2008.

6. Em momento algum da sua extensa e profícua obra Ferrajoli propugna a abolição do sistema penal, papel desempenhado pelas teorias abolicionistas. A esse respeito, assim se pronuncia criticamente àqueles que defendem que a sociedade resolva todos os problemas: "... o modelo da espontânea autorregulação social, que marca a sociedade perfeita sonhada pelas várias versões do abolicionismo holístico, não é uma previsão cientifica, mas um modelo normativo irremediavelmente utópico, idôneo a avalizar sistemas sociais repressivos totalizantes, que, somente graças a uma falácia normativista, podem ser descritos como livres de constrições e coerções" (cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 305-306). Por isso, mantido o sistema penal, professa a adoção de técnicas despenalizadoras e desencarceradoras, bem como a redução dos limites máximos das penas privativas de liberdade. É o que diz, *expressis verbis*: "penso que a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, a curto prazo, a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor; e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos, de dez anos" (cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 381). Sobre os efeitos perniciosos do cárcere (argumento de cunho abolicionista), cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, passim; cárcere como instrumento de exploração da força de trabalho e aviltamento, cf. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica:* as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. passim.

7. A despeito de ser justificacionista, Ferrajoli enfatiza que em hipótese alguma a pena deve cumprir a função de correção (moral) do apenado. Com isso, rechaça as teorias da prevenção especial positiva e negativa, remanescendo a teoria da prevenção geral, justificada em face de que a função preventiva geral, em razão do caráter abstrato da previsão legal quer dos delitos, quer das penas, enfoca o delito e não o delinquente individualmente, protegendo estes de tratamentos desiguais e personalizados com fins corretivos de emenda ou de terapia individual ou social ou para fins políticos de repressão exemplar (cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 259). A posição de Ferrajoli é confrontada por outras, como o *correcionalismo*, doutrina do século XIX que, ao defender a "cura" do criminoso por meio de tratamento correcional, diz que o delito nada mais é do que um sintoma da anormalidade psíquica do infrator, uma prova de seu desequilíbrio moral, que denota a necessidade de um remédio racional destinada à sua emenda,

ponto importante, o garantismo, em oposição ao substancialismo, pauta-se pelo convencionalismo penal, ou seja, advoga que não há um sentido ontológico para o fenômeno da criminalidade (inexistem crimes e criminosos *per se*), até porque os tipos penais são escolhidos ou convencionados pelo legislador, a depender do momento histórico e da sociedade (questões culturais)[8].

Fincadas as principais balizas teórico-metodológicas, torna-se fácil identificar o que não seja garantismo. Assim, diferentemente do que se pensa e se propaga amiúde, não fazem parte do sistema de garantismo as doutrinas que deslegitimam qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. Numa palavra, ausente o sistema penal, não haveria que se falar em necessidade das garantias penais e processuais consubstanciadas no edifício SG[9] – erguido com insofismável maestria por Ferrajoli –, uma vez que inúteis numa sociedade pretensamente autorregulada.

Mas talvez não haja apenas contraposições entre as correntes minimalistas – estas defendidas pelo garantismo penal – e abolicionistas, na medida em que em última análise teriam, consoante entendimento de alguns criminólogos, a finalidade comum de deslegitimarem, cada qual ao seu modo, o sistema penal[10]. Essa é a visão de Zaffaroni[11], vertida nos seguintes termos:

> O *abolicionismo* nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de

em seu próprio benefício (cf. MARQUES, Oswaldo H. Duek. *Fundamentos da pena.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 149). Tal doutrina deu origem à *teoria socializadora*, segundo a qual o objetivo principal da intervenção punitiva deve ser o de integrar o delinquente no meio social, ou seja, a reintegração social do apenado, que se daria por meio de processos educativos desenvolvidos dentro do cárcere. Há vários dispositivos na Lei de Execução Penal brasileira que perfilham essa linha ideológica (*v.g.*, arts. 1º, 10, 17, 22, 25, 78). A esse respeito, cf. MARQUES, op. cit., p. 190-204.

8. Para as doutrinas positivistas (formalistas), consideram-se delitos somente os previstos por uma lei válida como pressuposto de uma pena, de modo que os delitos são *quia prohibita est* (porque é proibido) e não *quia peccatum est* (porque é pecado), caindo por terra o sentido universalista de crime (cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 340-342).
9. Ferrajoli usa a sigla *SG* para designar o *Sistema Penal Garantista*.
10. Com isso não se pretende, em absoluto, estabelecer um "diálogo" entre os defensores de tais correntes, pois é inegável que os pontos de divergência de cada uma sobre-excedem, em muito, os de convergência, o que inviabiliza a convivência harmoniosa.
11. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa et al. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 89.

> qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais. O *direito penal mínimo* (minimalismo penal ou contração penal), a exemplo do abolicionismo, nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que considera como mal menor necessário. Esta corrente é tão deslegitimante quanto o abolicionismo em relação aos sistemas penais existentes, embora o duplo uso do palavra "deslegitimação" por alguns autores tenha gerado alguma confusão: enquanto, para o abolicionismo, a "deslegitimação" engloba tanto os sistemas penais formais existentes como os futuros, para alguns autores do minimalismo penal a deslegitimação estende-se apenas aos sistemas penais atuais e aos sistemas penais que, propostos para o futuro, não incorporem os postulados de sua contração minimizante.

Pautados tais postulados, insta aclarar que o *Sistema Penal Garantista (SG)* de Luigi Ferrajoli, também chamado pelo autor de cognitivo ou de legalidade estrita, resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais não deriváveis entre si[12]. Nessa linha, após desdobrar o seu sistema em máximas latinas de elevada carga semântica, assim Ferrajoli[13] desnuda os referidos princípios:

> 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

Com efeito, o sistema garantista exposto por Ferrajoli é desenganadamente lógico, de maneira que todas as noções que tenham como ponto de partida os axiomas e as máximas deles derivadas encontram-se devidamente concatena-

12. Eis as máximas aludidas por Ferrajoli: 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 judicio*; A8 *Nullum judicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*. As seis primeiras são garantias penais e as demais, processuais.

13. Cf. op. cit., p. 91.

das, obedecendo com rigor a uma sequência argumentativa bem definida, que desemboca na defesa intransigente do Estado de direito e da democracia contra toda e qualquer investida de jaez arbitrário ou autoritário, não importado se proveniente do poder público ou de um particular, sendo impossível não se concordar integralmente com a teoria quando se concorda com as suas premissas[14]. Sendo, como de fato o é, um ideal, não restam dúvidas de que tal modelo jamais será alcançado em sua plenitude, mormente no seio de uma sociedade marcada por imperfeições, embora sirva como farol a guiar todos os poderes do Estado, bem como os seus cidadãos, na busca pelo implemento e observância dos direitos fundamentais[15].

Nesse contexto, tem-se por inabdicável, num primeiro momento, o postulado de estrita legalidade, dirigido fundamentalmente ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais (*auctoritas, non veritas facit legem*). Para Ferrajoli, "a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito"[16].

Vencida essa etapa, pode ocorrer, no mundo vivido, a prática de uma conduta em tese amoldada à descrição típica. Nessa hipótese, cumprirá aos órgãos de investigação do Estado descobrirem por meio de provas idôneas a autoria e

14. Ferrajoli defende a interdependência entre a democracia e o direito e entre o direito e a razão, daí que o título da obra é *Direito e razão*. Dessa relação nasce a eleição de uma teoria axiomatizada do direito. O sistema axiomático formal não é parte acessória da obra, mas sua intrínseca estrutura e razão. Tudo isso fica muito claro no tratado *Principia iuris:* teoría del derecho y de la democracia, no qual traça, através de uma linguagem eminentemente simbólica, as condições de possibilidade de um direito coerente, sem as aporias e as ambiguidades da linguagem comum (cf. FERRAJOL, Luigi. *Principia iuris:* teoría del derecho y de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 3; PALMA, Mauro. "Principia iuris" de Luigi Ferrajoli. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 31, 2008, p. 289-298). Ainda, sobre formalização e axiomatização da teoria do direito e o caráter artificial da linguagem teórica, respondendo críticas e buscando esclarecer alguns pontos do seu tratado, cf. FERRAJOLI, Luigi. "Principia iuris": una discusión teórica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante,* n. 31, p. 393-434, 2008.

15. Estribado nos princípios de estrita legalidade e de estrita jurisdicionariedade, o garantismo penal se debruça sobre os seguintes problemas: a pena, o crime e o processo. Em face disso, Ferrajoli buscará responder três quartetos de questionamentos, a saber: 1º) Se, por quê, quando e como *punir*; 2º) Se, por quê, quando e como *proibir*; 3º) Se, por quê, quando e como *julgar*.

16. Cf. *Direito e razão*, op. cit., p. 39.

a materialidade delitivas, tendo como instrumento para tanto o processo penal, campo argumentativo onde serão postas as "verdades" das partes (defesa e acusação) em busca do convencimento judicial. Nesse momento, como condição de efetividade do convencionalismo penal, entra em cena o postulado de estrita jurisdicionariedade, cujas condições são a verificabilidade e a refutabilidade. Isso significa, consoante lições de Ferrajoli[17], que:

> O pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine judicio*. Ao mesmo tempo, [...], é preciso que as hipóteses acusatórias, como exige a segunda condição, sejam concretamente submetidas a verificações e expostas a refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum judicium sine probatione*.

Preserva-se, com isso, contra possíveis decisionismos, os direitos fundamentais do acusado, dentre eles o da presunção de inocência (*nulla actio sine culpa*), passível de ser elidida tão somente se, garantida a amplitude de defesa (*nulla probatio sine defensione*), a acusação lograr provar (*nulla accusatio sine probatione*), nos autos do processo, estreme de dúvidas, a culpabilidade do réu e esta for reconhecida por sentença do órgão jurisdicional competente (*nulla culpa sine judicio*), corroborada por todas as instâncias recursais[18]. Passada toda essa travessia, executa-se, com caráter de definitividade, a pena imposta ao sentenciado cuja culpa avulta reconhecida.

Com efeito, inobstante tenha Luigi Ferrajoli sistematizado a teoria do garantismo penal, cumpre registrar que a sua noção é antiga, remontando, quiçá, a Cesare Beccaria, que, nos idos de 1763, ao escrever *Dei delitti e delle pene*, sua

17. Cf. op. cit., p. 40-41.

18. A questão que se coloca é a de saber qual o nível de probabilidade aceitável para se proferir uma condenação criminal. Na ocasião do julgamento da Ação Penal (AP) 470 pelo STF, a min. Cármen Lúcia defendeu que a condenação em processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente (cf. Supremo Tribunal Federal, AP 470, 2012, disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf]. Acesso em: 07.07.2017). Os defensores do chamado *garantismo integral* (tese incompatível com o pensamento de Ferrajoli, diga-se de passagem), ao contrário, sustentam que para condenar basta a existência de prova para além de uma dúvida razoável (cf. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo:* prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 267 e ss.).

obra-prima, preconizou, em meio à defesa de tantas outras pautas revolucionárias para aquela época, a noção de proporcionalidade entre o fato delitivo praticado e a resposta estatal, conforme se dessume do excerto abaixo:

> Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forte debbono essere gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura dele spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere uma proporzione fra i delitti e le pene[19].

À guisa de síntese, impõe-se asseverar que o garantismo é um sistema de limites que visa proteger a liberdade dos indivíduos contra o arbítrio punitivo dos poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Muitas vezes, essa proteção é encontrada unicamente no Judiciário, como última trincheira da cidadania, o que se dá quando legitimamente exerce o controle dos atos emanados dos demais órgãos (e poderes) estatais. A propósito, nas situações seguintes o STF demonstrou ser um tribunal de cariz garantista[20]: 1) ampliação das hipóteses de cabimento do *Habeas Corpus*; 2) edição das súmulas vinculantes 11 (preserva a dignidade da pessoa humana) e 14 (assegura a ampla defesa)[21]; 3) reconhecimento, em reiteradas decisões, do princípio da insignificância em

19. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Litteratura italiana Einaudi, 1973. p. 17.

20. Em outros momentos (HC 126.292 e ADCs 43 e 44), consoante se verá ao longo deste texto, o Tribunal cedeu às pressões da população, proferindo decisões com esteio no "clamor público" (*populismo judiciário*), o que é de todo lamentável. Além desses casos notáveis, houve relativização do princípio quando o Supremo, julgando as ADCs 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.578, reconheceu a constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que consideram inelegível o cidadão que tiver condenação não transitada em julgado, desde que proveniente de órgão colegiado.

21. *Verbis*: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado" (SV 11); "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa" (SV 14).

matéria penal[22]; 4) reconhecimento da inconstitucionalidade de diversos dispositivos de redação vaga constantes da Lei das Contravenções Penais[23]; 5) declaração de inconstitucionalidade da vedação à concessão de liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas[24]; 6) autorização da progressão de regime para os crimes hediondos como corolário da aplicação do princípio constitucional da individualização da pena[25] etc. Em trabalho mais recente, Ferrajoli[26] explica esse fenômeno próprio do constitucionalismo moderno:

22. HC 137.290/DF, julgado em 07.02.2017; HC 138.697/MG, julgado em 16.05.2017, merecendo destaque o seguinte trecho do voto do min. Lewandowski: "Destarte, ao perceber que não se reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, tendo por fundamento uma única condenação anterior, na qual o ora paciente foi identificado como mero usuário, entendo que ao caso em espécie, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta" (Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12965943]. Acesso em: 07.07.2017). O projeto de Lei do Senado sobre o Novo Código Penal (236/2012) trata do princípio da insignificância no § 1º do art. 28, a vingar o brocardo *de minimis non curat praetor*.
23. No julgamento do RE 583.523, realizado em 03.10.2013, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41), que trata do porte injustificado de objetos por pessoas com condenações por furto ou classificadas como vadios ou mendigos.
24. Julgando o HC 104339/SP (*DJe* 24.05.2012), o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes.
25. O STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos (HC 82.959/SP, *DJ* 01.09.2006). Tal decisão motivou a edição da Lei 11.464, de 2007, que revogou o mencionado dispositivo legal.
26. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Trad. Miguel Carbonell. *Cuestiones Constitucionales,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, n. 15, 2006. p. 114. Em defesa do constitucionalismo rígido, que é garantista, aduz Ferrajoli: "El constitucionalismo rígido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo jurídico, que se amplía a las opciones — los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales — a las que debe someterse la producción del derecho positivo. Es el fruto de un cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la producción normativa a normas de derecho positivo no sólo formales, sino también sustanciales" (cf. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 34/2011, p. 24. Disponível em: [http://miguelcarbonell.com/artman/

> Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la *rigidez* de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el *Estado constitucional de derecho*, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo palleopositivista del *Estado legislativo de derecho*: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía.

Nos últimos tempos, a versão penal da doutrina do liberalismo defendida por Ferrajoli tem sido sufocada pelo fenômeno da *expansão do direito penal*, que veio a calhar nos ordenamentos positivos das sociedades pós-industriais (modernas), qual se constata da tipificação dos crimes considerados de perigo abstrato, de condutas outras antes tidas por inofensivas e da supressão de inumeráveis garantias fundamentais de imputados, neste último caso sob o signo da doutrina do direito penal do inimigo. Ao observar a chamada "administrativização do direito penal", resultado desse movimento, Jesús-María Silva Sánchez[27] mostra desilusão ante a possibilidade de se voltar às antigas (*e boas*) estruturas liberais, embora não se furte a apresentar um caminho intermediário exequível:

> Definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto, de "vários Direitos Penais distintos", com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização,

uploads/1/Constitucionalismo_principalista_y_const._garantista_Luigi.pdf]. Acesso em: 21.10.2017).

27. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz O. de O. Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 177-186.

> propõe-se *que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão.* Isso tem duas consequências. Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade[28].

3. Do sentido e do alcance da presunção de inocência

A presunção de inocência é, sem nenhuma sombra de dúvida, um dogma do qual a sociedade não pode prescindir sem que pague um alto preço. Nesse sentido, não se pode negar que a relativização dessa garantia através de esforços hermenêuticos casuísticos, bastante defendida em tempos de *populismo judiciário*, provocado, dentre outros fatores, pela insegurança social hipervalorizada pela mídia – do que se originam movimentos como *law and order*, "tolerância zero" etc. –, trará efeitos perniciosos para o segundo maior bem do ser humano, a sua liberdade ambulatória, uma vez que o estado de inocência assoma como óbice à imediata execução da pena de prisão, ou seja, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (por exemplo, na pendência de recurso especial e/ou extraordinário).

Importa acentuar, inicialmente, que a noção de presunção de inocência é bem antiga, tendo germinado em meio a renhidas lutas em prol das liberdades individuais, que marcaram época em momentos emblemáticos da história da humanidade. Com fulcro nessa perspectiva, pretende-se analisar, na presente seção, além do seu sentido e alcance, a sua presença nos principais documentos normativos, nacionais e transnacionais, o que ajudará a compreender adequadamente esse *standard*, cuja importância é manifesta.

Fruto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º, pontificou: "todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei". Ressalte-se que desse texto – de todos o mais antigo – advém o nome histórico pelo qual passou a ser divulgada em todo o planeta a garantia fundamental de que se cuida.

28. Cf. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 186.

No mesmo diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, produzida pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, diz, em seu artigo 11.1, que "toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas"[29]. Certamente esses diplomas internacionais de direitos humanos influenciaram decisivamente o legislador constitucional de inúmeros países democráticos, que passaram a adotar essa garantia em seus respectivos ordenamentos jurídicos como lição da cidadania contra o arbítrio punitivo dos detentores do poder[30].

Tendo em vista que a presunção de inocência produz efeitos na prisão, uma interpretação extensiva (*lex minus dixit quam voluit*) autoriza afirmar que a Constituição Imperial brasileira de 1824 a previu, ainda que de maneira embrionária. Basta observar que assegurou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a *liberdade*, a segurança individual e a propriedade, trazendo no seu bojo a determinação de que "ninguém poderá ser preso sem culpa formada"[31].

---

29. Disposições semelhantes são encontradas na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (artigo 6.2: "toda pessoa acusada de um delito será presumida inocente até que se prove sua culpabilidade conforme a lei"; sobre a Convenção, cf. CHIAVARIO, Mario. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza dela Corte Europea dei diritti dell'uomo. In: *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 80-81); no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 14.2: "qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida") e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (EU) de 2000, que em seu artigo 48 reitera os mesmos termos, reconhecidos expressamente em 2007 pelo artigo 6º do Tratado da EU. Igualmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) estabelece: "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (art. 8.2).

30. Seguem alguns exemplos: 1) Constituição Italiana de 1948, artigo 27: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"; 2) Constituição Portuguesa de 1976, artigo 32.2: "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa"; 3) Constituição Espanhola de 1978, artigo 24.2: "Asimismo, todos tienen derecho [...] a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

31. Art. 179: § 8º Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei [...]. § 9º Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão,

As Constituições posteriores, mesmo as que resultaram de períodos de exceção, trouxeram dispositivos que, ao assegurarem direitos alusivos à liberdade, apresentam alguns elementos constitutivos deste *standard*[32], conforme se vê: 1) A *Constituição de 1891* trouxe previsão de que a prisão exige culpa formada (artigo 72, § 14); 2) A *Constituição de 1934* assegurou a preservação da legalidade da prisão apenas se derivada de flagrante delito ou ordem da autoridade judiciária competente (artigo 113); 3) A *Constituição de 1937* manteve, malgrado com algumas restrições, o *Habeas Corpus* como forma de garantia da liberdade[33]; 4) A *Constituição de 1946* estabeleceu que a prisão dependeria de flagrante delito ou de ordem escrita da autoridade competente (artigo 141, §§ 20, 21 e 22); 5) A *Constituição de 1967*, se de um lado previa a presunção da culpabilidade do acusado (Ato Institucional 5, artigo 10), do outro assegurou a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade; 6) A *Emenda Constitucional 1/69*, que entrou em vigor no ápice da ditadura no Brasil, embora prevendo que todos os atos do governo ficavam aprovados e excluídos da apreciação judicial (art. 81), manteve a cláusula da inviolabilidade dos direitos à liberdade.

De todo modo, a consagração expressa da presunção de inocência veio com a Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º, inciso LVII, determina que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Mas dada a norma, cumprirá ao aplicador (intérprete), num instante posterior, buscar o seu sentido e alcance, tendo por base os aportes normativos acima delineados e os métodos hermenêuticos que animam a funcionalidade

---

ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei a admite [...]. § 10 [...] O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada não compreende as ordenanças militares, estabelecidas como necessárias à disciplina; e recrutamento do Exército; nem os casos que não são puramente criminais, e em que a lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandatos da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo.

32. Numa visão mais restritiva, há quem destaque que as Constituições brasileiras anteriores à de 1988, embora destinassem um capítulo específico aos direitos e garantias individuais, se limitaram a mencionar que a especificação dos direitos e das garantias contidos na Constituição não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nelas adotados (cf. GIACOMOLLI, Nereu José. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 442).

33. O Decreto-lei 88/37 – que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional – previa, no art. 20.5, que "presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime".

da ordem jurídica no Estado democrático de direito. Nessa caminhada, deve evitar, com intransigência, a contaminação do direito pelos seus *códigos morais*, bem como a tomada de decisões sob o influxo de pressões sociais e midiáticas, como sói acontecer em situações de "excepcionalidade", a exemplo do julgamento pelo STF do HC 126.292/SP, a ser analisado adiante.

No que pese seja mais apropriado caracterizar a presunção de inocência não como um direito, mas como modalidade de garantia constitucional fundamental, uma vez que assegura, em diversas frentes, o *status libertatis* do indivíduo contra investidas ilegítimas[34], se lhe é atribuída, outrossim, a conotação de princípio, corroborada pela clássica concepção dworkiniana, segundo a qual os princípios têm dimensão de peso ou importância, a ser confrontada e sopesada no caso concreto com outros princípios do mesmo ordenamento jurídico[35].

Por sem dúvida, a presunção de inocência é norma dirigida indistintamente a todos os indivíduos, e apenas a sentença judicial da a qual não caiba mais nenhuma modalidade recursal – decisão transitada em julgado – tem o condão de fazê-la soçobrar, o que demonstra tratar-se de presunção *juris tantum*, submetida a rígidos critérios desconstitutivos. Em verdade, quando o Estado acei-

34. Para Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 529-530), as garantias constitucionais são as disposições assecuratórias que, em defesa dos direitos, limitam o poder. No dizer de Rui Barbosa, lembrado pelo ilustre constitucionalista, são as "solenidades tutelares", de que a lei circunda alguns direitos contra os abusos do poder. Fala-se, outrossim, de garantias primárias, como sendo todas aquelas que se relacionam com o conteúdo dos direitos, é dizer, com as expectativas positivas ou negativas que o Estado deve satisfazer, identificadas como direitos liberais e sociais, respectivamente (cf. PORTALES, Rafael Enrique Aguilera; SÁNCHEZ, Rogelio López. *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. Disponível em: [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf, p. 64]. Acesso em: 02.07.2017). Diz Ferrajoli (cf. *Poderes selvagens:* a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26-27) acerca das garantias: "... as garantias constitucionais dos direitos fundamentais são também garantias da democracia [...] As garantias constitucionais são as garantias da rigidez dos princípios e dos direitos constitucionais estabelecidos que incidem sobre os poderes supremos do Estado".

35. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 42-43. É extremamente perigoso considerar a presunção de inocência um princípio *nos moldes preconizados por R. Dworkin e R. Alexy*, pois isso permitirá que seja aplicada em maior ou menor intensidade a partir da ponderação com outros princípios constitucionais colidentes. Admite-se, contudo, esse atributo (o de que é princípio), na perspectiva de que constitui norma nuclear do sistema constitucional.

ta a positivação desse princípio em diploma normativo de superior hierarquia, está mostrando que levará em consideração a necessidade de que ele próprio, por meio das agências de investigação, prove e veja reconhecida, em todas as instâncias judiciárias, a culpabilidade ou não inocência de um determinado acusado, para só então poder, em caráter de definitividade, executar a pena imposta. A propósito, duas situações de sumo relevo se colocam: 1ª) não logrando o órgão acusador trazer aos autos do processo criminal elementos probatórios consistentes e restando, pois, dúvidas acerca da autoria do delito ou não existindo prova suficiente para a condenação, cumprirá ao órgão julgador aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, absolvendo, por consequência, o acusado (art. 386, V e VII, do CPP), situação em que a *dúvida* deve obrigatoriamente militar a favor do imputado na ação penal[36]; 2ª) por outro lado, restando provada no caderno processual a inocência do acusado, será essa expressamente declarada (art. 386, IV, do CPP), independentemente de estar ou não o fato prescrito, mantendo-se, *ipso facto*, o seu estado de inocência com todas as consequências dele advenientes. Aqui, ao contrário da situação anterior, é a *não dúvida* sobre a inocência do réu que fundamentará a sentença absolutória.

Ora, se a decisão judicial condenatória não transitada em julgado é inábil a retirar do condenado a capa do estado de inocência, com maior razão, em respeito ao princípio da materialidade (direito penal do fato), eventuais condenações em outros processos, mesmo que definitivas, bem como meras investigações, em curso ou concluídas, não o seriam. Calha, nesse sentido, o alvitre de Aury Lopes Jr., quando afirma que a presunção de inocência se projeta nas dimensões interna e externa ao processo. São palavras do autor:

> Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) [...]; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares [...].
>
> Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência [...] deve ser utilizada como verdadeiro

36. Dada a amplitude do princípio constitucional da presunção de inocência, essa obrigatoriedade vale não apenas em termos do *in dubio pro reo*, mas também em termos de interpretação, a título de *favor rei*, de modo que a interpretação das normas penais e processuais penais há de ser sempre favorável ao réu (cf. PELUSO, Cezar. Presunção de inocência, VI Encontro AASP: aula magna do Min. Antonio Cezar Peluso. *Revista Brasileira da Advocacia,* ano 1, v. 1, p. 239-245, abr.-jun. 2016).

> limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial[37].

Insta esclarecer, em acréscimo às considerações até aqui alinhavadas, que a tutela da presunção de inocência não se limita ao processo penal, a despeito de ser o seu princípio reitor, aplicando-se, também, a quaisquer procedimentos em que "haja possibilidade de restrição de direitos ou sanção à condição, conduta ou atividade da pessoa", de modo que "todas as pessoas, independentemente de estarem sendo submetidas a algum procedimento, estão sob o signo da presunção de inocência"[38], eis que constitui, antes de tudo, um direito natural do indivíduo, que logrou positivação nas ordens jurídicas. Ademais, não impede a decretação, como *ultima ratio*, de prisões processuais[39], de caráter cautelar e vinculadas às necessidades do regular andamento do processo (efetividade da jurisdição), desde que não figurem, na prática, como antecipação dos efeitos da condenação transitada em julgado, hipótese em que será imediatamente revogada, consoante se estudará detalhadamente na seção seguinte.

Preocupado com a presunção de inocência e a garantia de liberdade do imputado, Ferrajoli[40] destacou, em elucidativas passagens de sua obra seminal, o que se segue:

> [...] o princípio de submissão à jurisdição [...] postula a *presunção de inocência* do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação [...]. A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo. [...] Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.

No que concerne ao sentido do vocábulo *presunção* constante da fórmula "presunção de inocência", Cezar Peluso[41], ministro aposentado do STF, sustentou, em texto publicado pela *Revista Brasileira da Advocacia*, a impropriedade

37. Cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 588.
38. Cf. GIACOMOLLI, op. cit., p. 444.
39. Nesse sentido, a antiga Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *verbis*: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".
40. Cf. *Direito e razão*, op. cit., p. 505-506.
41. Cf. PELUSO, op. cit., p. 231-238.

da colocação de tal termo. Para o ministro, há apenas dois sentidos na palavra *presunção*, o legal (*praesumptio iuris*), que reflete o que ordinariamente ocorre na realidade extrajurídica como espelho da jurídica, e o lógico (*praesumptio hominis*), baseado em raciocínio lógico-indutivo, nenhum deles condizentes com o princípio. Ao contrário, o princípio teria, para o autor, outro alcance, de caráter axiológico, porquanto afirmaria um valor político-ideológico ligado à dignidade do homem, com três dimensões semânticas distintas: 1) regra de tratamento do réu no curso do processo; 2) expressão de um modelo de processo penal concebido para proteger a liberdade e a dignidade do réu; 3) regra de juízo, com reflexos na distribuição do ônus da prova.

Na legislação ordinária, a necessidade do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência e a consequente autorização de execução da medida constritiva de liberdade, após o exercício do *onus probandi* pela acusação, capitaneada pelo Ministério Público nas ações penais públicas (modelo de *civil law*)[42], vêm explicitadas na Lei de Execução Penal (LEP)[43] e no art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403, de 2011[44].

Diante de tão sobejas razões, vê-se que ao Poder Judiciário não é dado interpretar casuisticamente o texto constitucional, máxime em detrimento de garantia fundamental, como fez o STF no julgamento do HC 126.292, quando

42. Na *common law* não há nexo entre a presunção de inocência e a liberdade pessoal, mas sim com o encargo probatório, em razão do modelo acusatório de processo penal, que dá a esse princípio significado dúplice: regra de tratamento do imputado e regra de juízo (cf. GIACOMOLLI, op. cit., p. 441).

43. "Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução" e "Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares".

44. "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva". A matriz garantista do constitucionalismo, esclarece Alfredo Copetti Neto (cf. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia,* Curitiba, v. 14, n. 14, p. 417, jul.-dez. 2013), "reforça o positivismo jurídico, no sentido de que os próprios direitos fundamentais estabelecidos nas normas constitucionais devem promover o direito positivo, ou seja, trata-se de um positivismo não apenas formal, mas material, complementando o positivismo jurídico tradicional e o Estado de Direito".

se sabe que as instâncias recursais brasileiras não se esgotam no segundo grau, pelo que este não é a antessala do trânsito em julgado, a menos que o legislador, *de lege ferenda*, modifique, dentro das suas atribuições legítimas, os textos constitucional e legal. A antecipação do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem embargo dos recursos excepcionais, é uma possibilidade que se divisa no horizonte[45], a ser discutida no âmbito estrito da política. Nesse sentido, é inconcebível que um poder desrespeite o limite do outro, nada obstante pareça ter ocorrido. Ao versar sobre os riscos da expansão dos espaços de discricionariedade do poder jurisdicional, Ferrajoli[46] é assertivo:

> L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione – inteso con "creazione" non già l'inevitabile interpretazione della legge esistente, ma la produzione di nuovo diritto – contribuisca ad accrescere questi squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi già amplissimi della discrezionalità, dell'argomentazione e del potere giudiziario, fino all'annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge.

4. Das modalidades de prisão no Brasil

Há basicamente duas modalidades distintas de prisão previstas no ordenamento jurídico nacional, a saber: a prisão *processual* e a prisão como *pe-*

45. Proposta em 2011 pelo então presidente do STF, min. Cezar Peluso, a chamada PEC dos recursos teve como principal objetivo atacar os problemas da lentidão dos processos e da impunidade. A fórmula seria evitar que recursos de natureza meramente protelatória chegassem às instâncias superiores a partir de uma alteração nos arts. 102 e 105 do CF/88. Com ela, as decisões judiciais de segunda instância já teriam efeito imediato. Antecipava-se o trânsito em julgado das decisões. Em artigo publicado, disse o min. Cezar Peluzo: "Em termos simples, o projeto estabelece o final do processo após duas decisões judiciais. O Brasil é o único país do mundo em que um processo pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local ou regional, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal (STF). O sistema atual produz intoleráveis problemas, como a "'eternização"' dos processos, a sobrecarga do Judiciário e a morosidade da Justiça" (disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248]. Acesso em: 10.07.2017). Ocorre, no entanto, que por vontade política do Poder Legislativo o projeto não vingou.

46. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Contro la giurisprudenza creativa. *Questa Rivista,* n. 4/2016, p. 16. Disponível em: [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_03.pdf]. Acesso em: 20.10.2017.

na propriamente dita. A primeira tem como espécie mais comum a preventiva, também cognominada de custódia *ante tempus*, cuja base normativa é o art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), o qual estabelece como requisitos a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, e como pressupostos a prova da existência do crime e o indício suficiente de autoria[47]. A segunda modalidade deflui de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, único título hábil a declarar, em juízo definitivo, a culpabilidade do indivíduo submetido à jurisdição penal (art. 5º, inc. LVII, da CF/88).

Em solo brasileiro, a pena de prisão é a mais grave consequência jurídica ante o cometimento de um crime[48]. Nessa linha, a Constituição Federal admite unicamente a prisão de natureza temporária, eis que veda a pena de prisão perpétua (art. 5º, inciso XLVII, "b")[49], vedação essa corroborada em sede de legislação infraconstitucional pelo art. 75 do Código Penal, ao dispor que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

A grande dificuldade que se coloca sobre a *pena de prisão* é a de saber em que momento a sua execução está autorizada, independentemente da presença ou não dos requisitos das *prisões cautelares* (que com ela não se confundem), uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro prevê diversas instâncias recursais, que segundo a doutrina majoritária devem ser esgotadas a fim de que essa execução se materialize sem arranhões ao texto constitucional. Mais precisamente, são três os níveis de recursos, a saber: segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), Superior Tribunal de Justiça (recurso especial, para preservar a higidez da legislação infraconstitucional) e Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário, para preservar de violações as normas de cunho constitucional).

47. A outra espécie, prevista na Lei 7.960, de 1989, é a prisão temporária, cabível em três hipóteses: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; e III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em crimes graves (homicídio, roubo, extorsão, tráfico de drogas etc.).

48. Cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. A pena de prisão no Brasil: contradições, desproporcionalidade e ausência de isonomia na sua aplicação. In: AVILA, Gustavo Noronha de et al. (coord.). *Criminologias e política criminal:* Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2015. v. 1. p. 191.

49. Na mesma esteira, proíbe penas de morte (à exceção da previsão constante do art. 84, inciso XIX), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Diante dessa mui complexa engrenagem, indaga-se: qual o limite da presunção de inocência? É cabível a execução da pena de prisão quando o caso esteja pendente de recurso, por exemplo, nas instâncias extraordinárias, ambiente em que não se analisará matéria probatória? Elidiria a decisão de segundo grau a presunção de não culpabilidade do réu, a ponto de tornar legítima a execução do título penal?

Em linha de princípio, argumenta-se que não há direitos fundamentais absolutos, mormente em se tratando de direito com estrutura normativa de princípio, que admite sopesamento no caso concreto, podendo um prevalecer sobre o outro, dada a dimensão de peso ressaltada por Dworkin. Diz-se, assim, que a própria presunção de inocência é relativizada pelo sistema ao admitir o uso de prisões *ante tempus* (preventiva e temporária), além do que, mesmo nas hipóteses de condenações definitivas (trânsito em julgado), a inocência seria passível de ser elidida por revisão criminal[50], o que modificaria o estado de inocência do indivíduo já assentado por anterior decisão judicial definitiva, de modo que, por tal raciocínio, aparentemente sedutor, se nem mesmo o trânsito em julgado garantiria em caráter absoluto a inocência do indivíduo, a decisão que exaure a matéria fático-probatória pode ser executada sem que haja agressão aos valores constitucionais, pois a execução é sempre provisória. O argumento, contudo, não procede, por duas razões: 1) o direito penal não é instrumento de vingança e nem remédio para aplacar a cólera da opinião pública ignara; 2) o ordenamento admite recursos extraordinários, na pendência dos quais não se perfaz o trânsito em julgado do édito condenatório. Por isso, não há outra maneira de interpretar o texto constitucional, considerando que esses recursos podem modificar – como de resto em muitas ocasiões têm modificado – a situação jurídica do réu, em seu favor[51].

Apesar das polêmicas e das múltiplas controvérsias instaladas nessa seara, é ponto pacífico o de que a decisão condenatória de primeiro grau mantém intacta a garantia da presunção de inocência do condenado, de modo que nesse contexto a prisão só se manterá ou será decretada exclusivamente no nível da cautelaridade, exigindo-se, destarte, a presença inconcussa dos requisitos da prisão preventiva – única modalidade viável a essa altura – para tanto. No en-

50. Cf. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca et al. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. *Garantismo penal integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 493-494.

51. Os recursos extraordinários corrigem erros na dosimetria da pena, na fixação do regime prisional, etc., cujo impacto incide diretamente na execução da pena. Além disso, reconhecem temas como a prescrição e o princípio da insignificância.

tanto, se a decisão condenatória vier a ser confirmada pela segunda instância, discute-se se é constitucional executar a pena imposta acaso a defesa venha a interpor recurso especial e/ou extraordinário. Os defensores da execução imediata argumentam, dentre outros pontos, que tais recursos não possuem efeito suspensivo, a teor do que dispunha o antigo § 2º do art. 27 da Lei 8.038/90[52] e do que dispõe o art. 637 do CPP sobre os recursos extraordinários[53]. De outra banda, os partidários da inexecução provisória ou antecipada, mais afeiçoados aos postulados garantistas, sustentam que executar a pena sem o trânsito em julgado constitui violação à presunção de inocência.

5. Do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP: mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)

Em 17 de fevereiro de 2016, julgando o emblemático *Habeas Corpus* 126.292/SP[54], o plenário do STF houve por bem mudar jurisprudência consolidada desde o ano de 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG[55], pas-

52. *Verbis*: "os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo". Tal dispositivo foi revogado pela Lei 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, tratando da matéria no art. 1.029, § 5º.

53. Tanto que o STJ editou em 2002 a Súmula 267, que dizia: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão" (consultada em: [https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf.]. Acesso em: 26.10.2017).

54. O Plenário Virtual do STF reconheceu a repercussão geral do tema objeto do referido HC, cujo processo paradigma é o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, rel. Min. Teori Zavascki, *DJe* 10.11.2016, assim ementado: "Constitucional. Recurso extraordinário. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria" (disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966379]. Acesso em: 21.10.2017).

55. Transcrevem-se, pela importância, os pontos altos da ementa deste precedente: "*Habeas corpus*. Inconstitucionalidade da chamada "'execução antecipada da pena"'. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da

sando a perfilhar o entendimento de que a confirmação de uma condenação pelo segundo grau de jurisdição dá ensejo à imediata execução da pena pri-

---

Constituição do Brasil. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "'[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença"'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"'. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. [...]. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "'ninguém mais será preso"'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à "'jurisprudência defensiva"', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – "'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição"'. [...]. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida" (Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796]. Acesso em: 02.07.2017).

vativa de liberdade, independentemente da interposição, pelo condenado, de recurso especial (REsp) e/ou extraordinário (RE), com isso relativizando ou minorando os efeitos e a força normativa da garantia fundamental que entabula a presunção de inocência.

O julgamento se deu na esteira do clamor público contra a impunidade dos assim denominados "crimes do colarinho branco", em grande parte provocado pela midiatização e popularidade da conhecida *Operação Lava Jato*. Jogando com a opinião pública, os ministros, salvo exceções[56], utilizaram, em seus votos, fortes argumentos de ordem moral[57], como se vê abaixo (sem destaques no original):

> [...] portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da *credibilidade da Justiça* [...] Estão em jogo aqui a *credibilidade do Judiciário* – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado [...] Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na *quebra do paradigma da impunidade* [...] Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o *sentimento social* de eficácia da lei penal [...] (trechos do voto do min. Roberto Barroso, HC 126.292. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246], p. 27-54. Acesso em: 07.07.2017).
>
> [...] e, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, *ninguém consegue entender* a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e

56. Merece destaque o voto do min. Celso de Mello, na parte em que diz: "A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos" (Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246]. Acesso em: 10.07.2017, p. 85-86).

57. Na esteira do positivismo jurídico, Bobbio (*Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 59) acentuou: "quando Kelsen sustenta que aquilo que constitui o direito como direito é a validade não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são subjetivos e irracionais".

> ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à *expectativa da sociedade* em relação ao que seja uma presunção de inocência [...] É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional *não encontra mais ressonância no meio social* [...] e se há algo inequívoco hoje, a *sociedade não aceita essa presunção de inocência* de uma pessoa condenada que não para de recorrer [...] (trechos do voto do min. Luiz Fux, HC 126.292. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246], p. 58-60. Acesso em: 07.07.2017).

Conforme se pode observar, o Supremo, a pretexto de debelar a corrupção e a impunidade, dois graves problemas sistêmicos que de há muito assolam a nação sem a tomada de atitude pelas instâncias adequadas no tempo e hora devidos, houve por bem relativizar os reflexos da presunção de inocência em matéria penal, dando a falsa impressão à sociedade de que, em assim agindo, os mencionados problemas serão resolvidos. Para usar uma metáfora, "ante a dor, amputou-se o membro", em vez de curá-lo com medicamentos.

A maioria do Supremo encampou a tese de que a determinação constitucional segundo a qual *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"* deve ser interpretada sem o apego à literalidade, reconhecendo, nesse diapasão, ser possível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. Assentou-se que não se pode dar a essa disposição constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão com outros princípios e regras constitucionais que permitem, a par de uma interpretação sistemática, a conclusão de que é autorizado o início da execução da pena privativa de liberdade independentemente do posicionamento das instâncias extraordinárias[58].

O relator do *Habeas Corpus* 126.292, min. Teori Zavascki, trouxe, em seu substancioso voto vencedor, aportes do direito comparado, mostrando que no cenário internacional as sentenças penais condenatórias são executadas, no máximo, quando confirmadas pela segunda instância. Para tanto, valeu-se de extenso estudo das legislações de vários países, realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman[59]. Ocorre, porém,

58. Argumentos colhidos do voto do min. Edson Fachin, que bem sintetiza o entendimento esposado pela maioria (Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246]. Acesso em: 07.07.2017, p. 20-26).

59. a) Inglaterra: a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança; b) Estados Unidos: o Código de Pro-

que tal estudo esconde as peculiaridades dos países investigados, traduzidas em seus respectivos diplomas normativos e não encontradas no Brasil. Em muitos deles, por exemplo, mesmo sendo gravíssimo o crime perpetrado, se o acusado pagar os altos numerários de fiança, livrar-se-á solto à espera do resultado dos recursos. Isso significa, na prática, que a relativização da regra vale tão só para os pobres, ferindo, muitas vezes, de morte o senso de justiça.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem pretendida, considerando válido, naquele caso (HC 126.292/SP), o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, alterando, destarte, jurisprudência consolidada no âmbito da Corte.

Após a manifestação do STF nesse HC, duas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs), com pedido de medida cautelar, foram interpostas. A primeira (ADC 43), de autoria do Partido Ecológico Nacional (PEN), em que se objetiva a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo a legitimidade constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E a segunda (ADC 44), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com objetivo semelhante, qual seja o de desvelar o alcance e âmbito de incidência dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, à luz do art. 283 do CPP.

---

cesso Penal (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu artigo 16 dispõe que "se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo", o que não impede que as decisões penais condenatórias sejam executadas imediatamente, pois "o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão"; c) Canadá: após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança; d) Alemanha: o Código de Processo prevê que, não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, apenas alguns recursos terão efeito suspensivo; e) França: traz em seu Código de Processo Penal hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos; f) Portugal: o Tribunal Constitucional interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares; g) Espanha: é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias; h) Argentina: o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do mesmo diploma (cf. op. cit., p. 507-515).

O relator da matéria é o min. Marco Aurélio, que votou no sentido de reconhecer a constitucionalidade do sobredito dispositivo processual, determinando a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça e a libertação daqueles presos com alicerce em fundamentação diversa[60]. Ocorre, todavia, que o plenário do Tribunal, por maioria apertada de *6x5*, vencido o relator, denegou, em julgamento realizado em 5 de outubro de 2016, a cautelar, mantendo-se, naquela assentada, o entendimento firmado no HC 126.292.

O voto do min. Roberto Barroso chama a atenção na parte em que busca diferenciar e desvincular a consolidação da *culpa*, para a qual se exigiria, por expressa disposição constitucional, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, da possibilidade de *execução da pena de prisão*, para a qual, no entender do ministro, far-se-ia mister tão somente uma condenação confirmada pela segunda instância. Isso porque, afirma, a Constituição brasileira não condicionaria a prisão – mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E propõe, para se chegar a essa conclusão, uma leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988, à luz do princípio da unidade da Constituição[61]. O argu-

60. Para o ministro, ainda, não se pode suplantar a literalidade do art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior, de ordem a admitir a gradação da formação da culpa para fins de incidência da garantia em jogo, pelo que é necessário admitir que a certeza jurídica não ocorre em segunda instância, mas, sim, perante o Superior Tribunal de Justiça (Disponível em: [http://www.uni7setembro.edu.br/wp-content/uploads/2017/03/UNI7-ADC-44-MC-votos-parcial.pdf]. Acesso em: 09.07.2017, p. 17).

61. A pretexto de conferir uma interpretação sistemática ao dispositivo, Barroso, em verdade, procedeu a uma autêntica mutação constitucional. Absolutamente desnecessário qualquer esforço semântico para concluir que uma interpretação meramente literal ou gramatical do texto constitucional é suficiente para extrair o seu autêntico sentido. Mas, *ad argumentandum*, ainda que fosse uma "norma de textura aberta", o que não é o caso, é defeso ao julgador "extrair B de A". Como disse o professor Domenico Pulitanò (Il giudice e la legge penale. *Questione Giustizia,* n. 2/2017, p. 158. Disponível em: [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-2_21.pdf]. Acesso em: 25.10.2017) acerca da interpretação em "contextos abertos", "L'importanza fondamentale della critica, dell'argomentazione, di un *dare ragioni* in un contesto aperto, vincolato alla legge e non a precedenti fabbricati altrove, è un'esigenza comune a tutti i fabbricanti di interpretazioni: allo studioso, alla parte nel processo, e anche al singolo giudice". Ferrajoli (cf. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo...* op. cit., p. 104), em defesa do que denomina *constitucionalismo garantista*, alçado como complemento do positivismo jurídico, é categórico em dizer que a legitimidade da jurisdição se funda sobre o caráter mais cognitivo possível da

mento, contudo, não procede, exata e precisamente porque a *prisão como pena* é a consequência da sentença definitiva, estando, sim, atrelada ao conceito de culpa, o que não ocorre quanto à *prisão processual* (ou cautelar), que do reconhecimento desta independe. Essas modalidades de prisão, tal qual frisado anteriormente, são, em essência, diversas, de modo que diversos deverão ser os seus requisitos e as suas consequências jurídicas. Nesse ponto, Ferrajoli[62] é preciso:

> La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así sucedió que, mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva, en el Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión per tormentaz. Y sólo volvió a ser estigmatizada en la época de la Ilustración, de forma simultánea con la reafirmación del principio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* y el redescubrimiento del proceso acusatorio.

5.1. Da irresignação de alguns ministros do STF quanto à mudança da jurisprudência da Corte

Consoante frisado, as decisões em comento foram tomadas por maioria bem apertada, de modo que os ministros vencidos ainda se mostram refratários em sufragarem o novel entendimento[63]. Nessa perspectiva, recentemente o

---

subsunção e da aplicação da lei, ressaltando que o cognitivismo judiciário (*veritas non auctoritas facit iudicium*) é a outra face do princípio da legalidade (*auctoritas non veritas facit legem*). Igualmente, merece destaque escrito de Lenio Streck sobre "neoconstitucionalismo", no qual faz coro às críticas de Ferrajoli às tentativas de destruição do positivismo engendradas por uma hermenêutica não muito afeiçoada ao Estado democrático de direito (cf. STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-94).

62. Cf. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997. p. 551.

63. Em sinal claro de que modificou o seu entendimento sobre a temática, o min. Gilmar Mendes concedeu liminar no HC 146.815/MG, determinando a suspensão de execução provisória de sentença penal condenatória confirmada pelo segundo grau. Na

min. Marco Aurélio concedeu liminar no HC 142.869/MT, afastando a execução provisória de prisão de condenado em segunda instância. Em trecho de sua decisão, evidencia que o atual entendimento do STF, no sentido de se permitir a execução provisória da pena de prisão, *não é vinculante*. Em outras palavras, não tem o condão de obstaculizar o acesso ao Judiciário para afastar, via remédio heroico, a lesão a direito que representa[64].

No mesmo proceder vem se manifestando o min. Ricardo Lewandowski, que, também em manifestação recente, concedeu liminar no HC 140.125/DF, suspendendo a execução da pena de prisão até o julgamento do mérito do pedido, semelhantemente ao que já havia feito em 27.07.2016, no HC 135.752/PB. Por seu turno, ao deferir medida cautelar no HC 135.100/MG, o min. Celso de Mello destacou a questão que envolve os efeitos de uma decisão do STF proferida em processo *inter partes*, tema de cariz eminentemente constitucional e que bem calha às discussões encetadas. Disse o decano, em seu voto:

> Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário" –, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, "caput", da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral (*DJe* 01.08.2016)[65].

Com efeito, tudo isso demonstra que o tema é de todo sensível e não consensuado, até mesmo no âmbito do próprio STF, em que alguns ministros

---

oportunidade, fez constar em seu *decisum*: "Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.05.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ" (Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=146815&origem=AP]. Acesso em: 21.10.2017).

64. Cf. Supremo Tribunal Federal, HC 142.869/MT, 2016, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5170345]. Acesso em: 09.07.2017.

65. Cf. Supremo Tribunal Federal, HC 135.100/MG, 2016, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5003617]. Acesso em: 02.07.2017.

sustentam, ao analisarem os casos concretos que se lhes chegam, a *não vinculatividade* da decisão emanada do HC 126.292/SP, pois que tomada em sede de processo subjetivo, remanescendo o debate subsequente ao julgamento das cautelares nas ADCs 43 e 44.

O posicionamento do Pretório Excelso no emblemático HC, conforme exaustivamente analisado e discutido neste trabalho, se afigura extremamente prejudicial aos acusados no processo penal e, como tal, ao próprio Estado de direito, na medida em que viola postulado constitucional do maior relevo, que não admite interpretação fora da moldura que o ordenamento jurídico, no seu conjunto orgânico e sistêmico, lhe confeccionou[66].

5.2. *HC 137.728/PR: o "caso de José Dirceu" na operação* Lava Jato

O "caso de José Dirceu", que na data do julgamento do mérito do HC 137.728/PR era réu condenado apenas em primeira instância (Ação Penal 5045241-84.2015.404.7000/PR), é diverso dos anteriormente descritos, pois remete à prisão preventiva. Assim, a segunda turma do STF se debruçou unicamente sobre os fundamentos desta prisão cautelar, abstraindo completamente as condenações existentes e a nova ação penal ofertada contra o ali paciente na mesma data daquele julgamento, que se afigurou importantíssimo para a evolução do direito processual penal pátrio.

O relator do *writ*, min. Edson Fachin, argumentou, sinteticamente, em seu voto, como razões de decidir, *que a prisão do paciente deveria ser mantida sob a ótica do acautelamento da ordem pública, com lastro na gravidade concreta dos crimes cometidos e no fundado receio da prática de outros delitos*. Ocorre, todavia, que

66. A interpretação é a de que, paradoxalmente, é constitucional a execução da sentença condenatória confirmada por decisão de segundo grau. Sucede, entretanto, que a decisão está escancaradamente fora da moldura constitucional, pois que desrespeitou os limites formais e materiais estabelecidos pelo Constituinte. A esse respeito, Hans Kelsen (*Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 390) pontua: "o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível". Segundo Hart (*O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 352), "não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais".

num sistema processual penal estribado em ideais garantistas, qual o é o brasileiro, a prisão cautelar deve ser vista como *ultima ratio*, é dizer, ter aplicação excepcional, sendo certo, ademais, que *quadro de corrupção sistêmica* não figura como um dos requisitos do art. 312 do diploma processual, ao contrário do que pretensiosamente dão a entender alguns intérpretes desse diploma processual.

Em 2011, a Lei 12.403 modificou diversos dispositivos do CPP e trouxe a possibilidade de aplicação de medidas cautelares como mecanismos substitutivos da famigerada prisão preventiva, mesmo presente o *periculum libertatis*. A propósito, o § 6º do art. 282 do CPP passou a ter a seguinte redação: "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)". A adoção dessas medidas – lamentavelmente ainda escassa – rechaça o mito da *liberdade plena*, eis que o acusado beneficiado, além de permanecer processado pelo(s) crime(s) eventualmente cometido(s), estará jungido a constrições importantes, que vão desde o recolhimento domiciliar noturno até o uso de tornozeleira eletrônica, tudo sob os olhos do Judiciário e dos órgãos de investigação.

Nesse contexto, e analisando o caso concreto, a maioria dos ministros daquela turma resolveu conceder a ordem de *Habeas Corpus*, com isso afastando a ilegalidade da prisão. Além da possibilidade de revisão da sentença condenatória pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), os principais argumentos insertos no voto divergente do min. Dias Toffoli foram: *1) os supostos fatos criminosos, cessados em outubro de 2014, não foram contemporâneos a decretação da preventiva do paciente, decidida e efetivada no mês de agosto de 2015, de modo que a antiguidade do fato joga contra a necessidade da manutenção da medida cautelar pessoal; 2) a presunção de inocência, enquanto norma constitucionalmente prevista, implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias; 3) como consequência, a prisão preventiva não pode figurar como antecipação de pena, uma vez que o paciente ainda não fora condenado em segundo grau*[67]. Dentro dessa linha de raciocínio, merece destaque excerto de voto do min. Teori Zavascki, proferido no HC 127.186/PR, *verbis*:

> Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na

67. Cf. Supremo Tribunal Federal, HC 137.728/PR, 2017, voto. Min. Dias Toffoli. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137728DT.pdf]. Acesso em: 05.05.2017.

> preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador (Segunda Turma, *DJe* de 03.08.2015)[68].

Ainda, estando o paciente preso durante quase dois anos, vê-se, também, claramente o excesso de prazo da sua prisão preventiva, o que *per se* a torna ilegal, independentemente da presença ou não na espécie dos seus requisitos. Ora, diferentemente da prisão temporária, a preventiva não tem prazo de durabilidade prefixado em lei, o que não significa dizer que se deva alongar no tempo, de maneira indefinida, *ad aeternum*, mesmo em se tratando de caso complexo, que geralmente envolve acusações de crimes graves. A sua duração, portanto, deve ocorrer dentro de prazo razoável, e dois anos de manutenção de prisão provisória decididamente não se amolda ao conceito de razoabilidade.

Todas essas considerações comprovam que há razões suficientes para afirmar que a decisão do STF se reveste de correção. O possível fato, apontado por um dos investigadores da operação *Lava Jato*, de o Tribunal não ter mantido coerência, uma vez que anteriormente teria negado liberdades em casos semelhantes ou até de menor gravidade, não retira a legitimidade, a legalidade e a constitucionalidade da decisão que determinou a revogação da prisão preventiva. Isto porque, despiciendo lembrar, *o cometimento de dez arbitrariedades não autoriza a prática de mais uma*. Ao revés, deve ser levado em consideração que o *decisum* em comento, o qual já figura como importante precedente, tem a potencialidade de conduzir o Tribunal a outro patamar em termos de garantia de direitos fundamentais contra o uso arbitrário e indiscriminado de prisões cautelares – que faz o Brasil aparecer nas primeiras colocações dentre os países com maior massa carcerária composta de presos provisórios –, o que se dará a partir do exercício pleno e intimorato de sua função contramajoritária, a qual, conforme pontuado por um dos ministros naquela sessão de julgamento, muitas vezes tem o efeito prático de *proteger o cidadão contra seus próprios instintos*.

6. Considerações finais

Os argumentos desenvolvidos exaustivamente ao longo deste trabalho permitem inferir as seguintes conclusões:

68. Cf. Supremo Tribunal Federal, HC 127.186/PR, 2015, voto min. Teori Zavascki. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4733030]. Acesso em: 02.07.2017.

1. A teoria do garantismo penal, desenvolvida e sistematizada em minúcias por Luigi Ferrajoli, possui quatro características fundamentais: *i)* separa o direito da moral, na linha do positivismo jurídico; *ii)* não se confunde com o abolicionismo penal, estando mais próxima do minimalismo; *iii)* nega que a pena de prisão deva cumprir, sobre o apenado, o efeito da correção; *iv)* estribada no convencionalismo, defende que não há crimes em si, opondo-se às teorias substancialistas.

2. Nesse diapasão, o cerne da obra *Direito e razão* é a interdependência entre a democracia e o direito e entre o direito e a razão, o que faz nascer uma teoria axiomatizada do direito, construída em cima dos alicerces da racionalidade. Com efeito, o sistema axiomático formal não é parte acessória da obra, mas sua intrínseca estrutura e razão. Ao defender um constitucionalismo forte, Ferrajoli identifica um sistema de limites e obrigações ao poder, que sem elas seria soberano, da maioria. Resta claro, portanto, na obra do autor, que democracia não se confunde com a maioria, sendo limite ao exercício arbitrário de qualquer tipo de poder, venha de onde vier.

3. O garantismo sempre enfrentou enorme resistência ao longo dos anos, uma das quais empunhada pela ideia de *expansão do direito penal*, cuja materialização, já efetivada de há muito em vários países, tem levado a supressão de inúmeros direitos e garantias fundamentais, culminando na odiosa doutrina do direito penal do inimigo.

4. O princípio constitucional da presunção de inocência, representativo de uma garantia fundamental, tem importantes antecedentes históricos, remontando à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789. Posteriormente, vários diplomas internacionais e nacionais o previram expressamente, destacando-se a Declaração das Nações Unidas de 1948 e as Constituições do Brasil de 1988, da Itália de 1949 e da Espanha de 1976.

5. O sentido e o alcance da presunção de inocência não são pacíficos, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial. Na doutrina, há quem defenda, em linha mais dura, que o direito mantém-se incólume independentemente da consolidação da culpa após decisão de segunda instância, ou seja, pelos Tribunais Superiores, sob a justificativa de que a inocência é uma *presunção* passível de cair até mesmo após o trânsito em julgado, via ação rescisória, não sendo um direito absoluto, ao passo que a corrente de teor garantista não compadece com qualquer restrição ao alcance do direito, exigindo intransigentemente que todos os recursos sejam esgotados para só então se executar a decisão constritiva.

6. A legislação brasileira prevê duas modalidades distintas de prisão, a saber: a prisão pena e a prisão processual. A primeira resulta de uma decisão ju-

dicial transitada em julgado, estabelecendo a culpa do imputado. A segunda, cuja espécie mais comum é a preventiva, busca resguardar o bom andamento do processo, sendo de natureza instrumental. Essas modalidades não podem ser confundidas, embora o sejam com considerável (e lastimável) frequência.

7. A jurisprudência pátria já enfrentou vários momentos emblemáticos, sendo o mais recente (e tormentoso) o dos julgamentos pelo STF do HC 126.292 e das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, em que se passou a admitir, contra expressa disposição constitucional, a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Tal posicionamento também contraria dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

8. Essa hermenêutica da Constituição Federal não se afigura escorreita, eis que não encontra guarida na moldura traçada pelo legislador constitucional a partir dos postulados da dignidade da pessoa humana e da liberdade, próprios do Estado democrático de direito.

9. Decisões liminares posteriores proferidas em diversos *Habeas Corpus* revelam que alguns ministros da Corte se mostram infensos à aceitação desse entendimento, sob o pálio de que os seus efeitos não vinculam, o que mostra o quanto a mudança na jurisprudência tem ocasionado insegurança jurídica.

10. Compete privativamente ao legislador estabelecer os marcos da presunção de inocência. Qualquer mudança que se queira, portanto, passa por reformas na Constituição e na legislação ordinária que atinjam o sistema recursal, refletindo no momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, o julgador, ao atribuir sentido a essa garantia, não pode, supedaneado na técnica da ponderação, restringir seu alcance contra as liberdades públicas.

7. Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Litteratura Italiana Einaudi, 1973.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHIAVARIO, Mário. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza dela Corte Europea dei diritti dell'uomo. *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000.

COPETTI NETO, Alfredo. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia,* Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, jul.-dez. 2013.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo:* prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Trad. Miguel Carbonell. *Cuestiones Constitucionales,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, n. 15, p. 113-136, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris:* teoría del derecho y de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 3.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens:* a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. "Principia iuris": una discusión teórica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Alicante, n. 31, p. 393-434, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Trad. André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst,* Curitiba: ABDConst, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Contro la giurisprudenza creativa. *Questa Rivista,* n. 4/2016, p. 13-32. Disponível em: [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_03.pdf]. Acesso em: 20.10. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 34/2011, p. 15-53. Disponível em: [http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Constitucionalismo_principalista_y_const._garantista_Luigi.pdf]. Acesso em: 21.10.2017.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca et al. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. *Garantismo penal integral.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

HART, H. L. A. *O conceito de direito.* Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

MARQUES, Oswaldo H. Duek. *Fundamentos da pena.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica:* as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. A pena de prisão no Brasil: contradições, desproporcionalidade e ausência de isonomia na sua aplicação. In: AVILA, Gustavo Noronha de et al. (Coord.). *Criminologias e política criminal*. Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015. v. 1.

PALMA, Mauro. Principia iuris de Luigi Ferrajoli. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 31, p. 289-298, 2008.

PELUSO, Cezar. Presunção de inocência, VI Encontro AASP: aula magna do Min. Antonio Cezar Peluso. *Revista Brasileira da Advocacia,* ano 1, v. 1, p. 231-245, abr.-jun. 2016.

PORTALES, Rafael Enrique Aguilera; SÁNCHEZ, Rogelio López. *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. Disponível em: [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf]. Acesso em: 02.07.2017.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "Principia iuris": una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Alicante, n. 31, p. 325-353, 2008.

PULITANÒ, Domenico. Il giudice e la legge penale. *Questione Giustizia,* n. 2/2017 (p. 149-158). Disponível em: [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-2_21.pdf]. Acesso em: 25.10. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz O. de O. Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa et al. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

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);
- 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); e
- Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, de Fernando Gabriel Ghiggi e Fausto Santos de Morais – *RBCCrim* 132/169-190 (DTR\2017\1428).

Por uma releitura dos conceitos de sistema processual penal inquisitório e acusatório a partir do princípio da igualdade

A review of the concepts of inquisitorial and accusatory criminal justice systems under the principle of equality

Evandro Charles Piza Duarte

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela UFSC. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na Universidade de Brasília (UnB). Coordenador do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras (IDCARÁN) da Universidade Nacional da Colômbia.
evandropiza@gmail.com

Tiago Kalkmann

Mestrando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Editor da Revista de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
tiagokalkmann@gmail.com

Recebido em: 23.09.2017
Aprovado em: 22.11.2017
Última versão dos autores: 04.12.2017

Áreas do Direito: Procesual; Penal

Resumo: Este artigo pretende reorientar a distinção, frequentemente encontrada na dogmática processual penal, entre os sistemas inquisitório e acusatório. Inicialmente, o texto se distancia do emprego tradicional de tal distinção feito pelos manuais de processo penal. Em seguida, reconhecendo os limites historiográficos de tais expressões, passa a refletir sobre as potencialidades do seu uso pelos juristas, tendo em vista o debate sobre os sentidos possíveis para a argumentação jurídica desse mesmo uso. Por fim, defende-se que as duas expressões (acusatório e

Abstract: This article aims to review the distinction, frequently found in criminal procedure studies, between accusatory and inquisitorial systems. At first, the text distances itself from the traditional distinction brought by the classical class-books. Recognizing the historiographical boundaries of those concepts, reflects on the potentialities of their uses by jurists, considering the debate upon the possible legal arguments. At last, endorses that the two formulations (accusatory and inquisitorial) not just reflect a historical misconception. Moreover, they enable

inquisitório), mais do que refletirem um defeito na compreensão da história, permitem trazer ao debate a centralidade do princípio da igualdade para o processo penal, uma vez que tal dicotomia guarda uma "memória" sobre o caráter desigual da criação e aplicação da lei penal e oferece aos juristas soluções gerais para operar argumentativamente sobre esse desequilíbrio.

Palavras-chave: Processo penal – Estado Democrático de Direito – Princípio da igualdade – Sistema inquisitório – Sistema acusatório.

the discussion about the equality on the core of criminal procedure, once the conceptual division saves the "memory" of the uneven formulation and enforcement of the law. Thus, the divide between accusatory and inquisitorial offers jurists solutions to operate on this imbalance.

Keywords: Criminal procedure – Democratic Rule of Law – Equality principle – Inquisitorial system – Accusatory system.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ponderações quanto ao uso da história na dogmática processual penal e das expressões "sistema inquisitório" e "sistema acusatório". 3. Os sistemas processuais inquisitório e acusatório como tipos ideais: como afirmar e negar no discurso jurídico o recurso à denúncia ao inquisitorialismo. 4. A (não) superação do sistema inquisitório: as tensões na concretização da dimensão constitucional do processo penal. 5. A ausência de direito de defesa como núcleo do sistema inquisitório do ponto de vista do acusado. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Na doutrina processual penal pátria não é raro o uso das expressões "sistema inquisitório" e "sistema acusatório". Tais termos adquirem o papel de noções estruturantes para a compreensão da dogmática processual penal e de seus institutos, sendo objeto de intensa disputa quanto à delimitação de seu conteúdo (AURY, 2013, p. 98-144). Por exemplo, seria correto chamar, a um só tempo, de sistema acusatório tanto as práticas penais existentes na Grécia Antiga quanto aquelas presentes nas sociedades contemporâneas? Ou ainda, rotular de inquisitoriais as práticas de investigação existentes na Europa Absolutista e nas delegacias brasileiras?

Mauro Fonseca de Andrade (2013), em sua obra sobre os sistemas processuais penais, destaca a dificuldade de apresentar uma definição de sistema acusatório ou inquisitório, em razão das inúmeras peculiaridades de suas manifestações enquanto fenômenos históricos. Em consequência, o autor faz franco alerta sobre o uso ideológico das expressões por diversos ramos da doutrina jurídica, transformando a diversidade histórica em comparação maniqueísta influenciada pela visão particular de mundo do autor.

A proposta deste texto é, em primeiro lugar, adotar uma estratégia de distanciamento quanto ao discurso dominante sobre os usos da história nos manuais de processo penal, considerando o emprego das expressões "sistema

inquisitório" e "sistema acusatório" como um problema epistemológico para a história do direito. E, em segundo lugar, ao reconhecer os limites historiográficos dessas expressões, refletir sobre as potencialidades do seu uso pelos juristas, adentrando no debate sobre os sentidos possíveis para a argumentação jurídica desse mesmo uso.

Dessa forma, o texto se distancia de dois extremos: da crença irrefletida dos manuais de processo penal e da refutação, por parte dos historiadores, do uso feito pelos juristas de argumentos da história do direito como uma dimensão da dogmática. Em outras palavras, sugere-se a necessidade de desconstruir a crença historiográfica, mas, ao mesmo tempo, propõe-se uma reflexão sobre o debate dogmático e suas dinâmicas internas.

Sobre esse ponto, defende-se que a presença das duas expressões (acusatório e inquisitório) no processo penal, mais do que um mero defeito na compreensão da história e de seu significado para as atuais correntes historiográficas críticas, atesta a centralidade do princípio da igualdade para o processo penal, sobretudo num cenário em que as violações de direitos são estruturais da própria dinâmica do uso e da regulamentação da violência estatal. Em outras palavras, a dicotomia (acusatório e inquisitório) guarda uma "memória" sobre o caráter desigual da criação e aplicação da lei penal e oferece aos juristas soluções gerais para operar de maneira argumentativa sobre esse desequilíbrio.

2. Ponderações quanto ao uso da história na dogmática processual penal e das expressões "sistema inquisitório" e "sistema acusatório"

Seria possível, de acordo com os atuais modelos de pesquisa da história (WOLKMER, 1994; SCHAFF, 1983; VEYNE, 2008; VAINFAS, 2009), aproximar institutos tão distantes como a obrigatoriedade da confissão durante a Inquisição e o uso da tortura nas atuais práticas policiais? Qual a validade de uma narrativa sobre a história para a solução de um problema técnico no presente?

O uso da história por parte dos juristas gera dissenso sobre os limites de sua aptidão para compreensão do passado e da constante aproximação (projeção) com o presente. É criticada a utilização de dados históricos como mero argumento de autoridade, o deslocamento atemporal de institutos e a falta de fontes[1], para daí se concluir a existência de um "senso comum historiográfi-

1. Como afirmam Gonçalves e Teixeira: "A verdade é que – com raras exceções – os juristas não sabem fazer historiografia; essas evoluções históricas que apresentamos

co"[2], responsável por provocar duas distorções principais, conforme denuncia Marcelo Fonseca (2000):

> A historiografia assim orientada constrói um discurso histórico distanciado do passado e próximo do presente, numa distorção da experiência humana (no caso experiência jurídica) presidida por uma lógica que só toma sentido no presente do historiador que elabora este discurso. A história do fenômeno e o fenômeno propriamente dito distanciam-se, compondo uma ligação construída de modo artificial. A história aqui, pode-se dizer, torna-se um enfeite do estudo (seja ela uma dissertação, uma tese ou um manual), torna-se um ornamento, que no mais das vezes tem o seu lugar garantido na escrita por razões meramente formais derivadas da tradição da escrita acadêmica do direito ("deve-se fazer um capítulo histórico"), mas sem operacionalidade teórica alguma.
>
> A segunda distorção se dá justamente na medida em que neste discurso a experiência jurídica é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocará de modo natural e lógico no presente, demonstrando os institutos jurídicos atuais como um resultado consequente da experiência histórica.

Todos esses problemas afetariam "de modo particular a história do processo, ou a história do direito processual" (FONSECA, 2000). Apesar do caráter notadamente histórico das manifestações processuais que compõem os sistemas, infelizmente a análise de documentos ou fontes primárias é relegada a segundo plano. A tentativa de compreensão acaba por se assemelhar a uma viagem às cegas, com a proposição doutrinária de um conceito sobre algo que não se conhece (ANDRADE, 2013).

Não obstante, é preciso contextualizar essa polêmica.

A propósito, Manoel Hespanha (1982) assinala a existência de dois momentos distintos na história jurídica. Num primeiro momento, no contexto da

---

são arremedos de uma história positivista, pré-Escola dos Annales. Ignoramos como a história é presentista, ou seja, como o passado é apreendido através das lentes do presente, como os fatos históricos são percebidos a partir de ideias e interesses atuais" (2015, p. 145). Para compreender a formação da dogmática penal e sua relação com as correntes históricas do direito, veja-se: Andrade (1996; 1997).

2. Duarte propôs em sua dissertação (1998) a análise do "senso comum jurídico sobre a história do direito penal" presente nos manuais introdutórios (2002). No mesmo sentido Gonçalves e Teixeira, com base nos estudos de Warat (1982) e Bordieu (2004), propõem as expressões "senso comum historiográfico dos juristas" ou "distorção historiográfica" (2015, p. 145).

ascensão da burguesia e de sua crítica ao Antigo Regime, a história teria uma "função jurídica (e também sociocultural)" de: "por um lado, a de relativizar [...] a ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça; por outro lado, a de fazer a apologia da luta da burguesia contra essa ordem ilegítima e a favor da construção de um direito e de uma sociedade 'naturais' e harmônicos [...]" (HESPANHA, 1982, p. 9). Portanto, mediante a atividade crítica, ela servia para promover a libertação da arbitrariedade, a partir da defesa dos direitos naturais.

Entretanto, num segundo momento, com a definitiva implantação da ordem burguesa, a função crítica, porque relativizadora da atividade historiográfica, ao pôr em risco a própria mitificação da ordem jurídica e social do capitalismo é colocada sob suspeita de ser elemento desestabilizador. Restou-lhe então uma função justificadora dos resultados da dogmática jurídica, quer dizer, a de apresentar tais resultados como os frutos de uma progressiva descoberta, de um contínuo progresso e apuramento. Tratava-se, no fundo, de propor uma história que fosse a continuação da dogmática por outros meios, ou seja, da complementação da justificação técnica dos dogmas jurídicos por uma justificação histórica (HESPANHA, 1982, p. 11-12).

Desde então, nasce a crise da história do direito como disciplina jurídica e histórica, pois a justificação técnica e, posteriormente, tecnocrática do direito, descartam continuamente a justificação histórica, tornando-a obsoleta para a sua legitimação social. Nos manuais jurídicos, porém, a história sobreviveu como historiografia antiquarista, com a função de reforçar o caráter elitista do conhecimento jurídico ou para dar ares de autoridade aos seus autores (HESPANHA, 1982, p. 11-12; DUARTE, 2002).

Malgrado a presença da narrativa histórica nos manuais jurídicos esteja marcada por essa ambiguidade fundamental da história do direito (crítica à ordem pré-burguesa e, posteriormente, legitimação pura e simples da ordem burguesa implantada) e assinale a sua crise enquanto conhecimento histórico, ela não pode ser simplesmente descartada. Primeiro porque, em um cenário no qual a descrição histórica vai sendo reduzida, ou simplesmente é substituída pela abordagem técnica massificada[3], o retorno da História assinala uma

3. Como alerta Bosi, nas décadas de 1960 e 1970 assistiu-se, de um lado, à queda irreversível dos estudos humanísticos tradicionais e, de outro, à emergência de uma abordagem a-histórica que se restringia à análise de textos a que se aplicariam categorias universais (1993, p. 311). Desse cenário é que nascem reflexões dogmáticas cada vez mais alheias a sua historicidade. Entretanto, o mero rechaço ao uso da História pelos juristas não colabora nem com a História, visto que os juristas sempre tiveram

nova dimensão de compreensão do objeto em estudo e suas múltiplas conexões com a realidade. O direito se torna ainda mais insuficiente quando não compreende o "fato social" em sua dimensão diacrônica. Segundo porque, diferentemente do que ocorreu em outros campos, a história no processo penal guardou um potencial significativamente crítico construído pelo imaginário liberal. Em muitos casos, os autores e as obras que são lembrados são aqueles vinculados à denúncia do Antigo Regime. Não obstante a questionável crença iluminista na oposição medieval *versus* moderno, a história no processo penal, diferentemente da história no direito penal, guarda um potencial crítico em seus conceitos centrais. Terceiro porque a história do direito foi integrada de forma bem peculiar à dogmática jurídica processual penal. De fato, como se argumenta a seguir, elementos do conhecimento da história do direito foram transformados em categorias de análise no interior da dogmática. Quarto porque essa historiografia havia resistido, em certa medida, ao ataque do Positivismo Sociológico da Escola Positiva Italiana, a principal responsável por descartar as dimensões críticas em relação aos modelos de intervenção penal, pois adotava perspectivas que consideravam o crime e o criminoso fenômenos naturais, logo, fora da história.

Portanto, a resposta a nossa pergunta inicial sobre a possibilidade de uso da história deve ser afirmativa, desde que se respeitem alguns limites. Na dogmática processualista, a expressão "Inquisição", por exemplo, não tem (e não pode ter) o mesmo sentido atribuído pelos historiadores. Do ponto de vista historiográfico, a Inquisição nunca foi única e monolítica, ao invés disso, teve traços comuns, mas muitas distinções e nuances locais e variações ao longo do tempo[4]. A construção dogmática, porém, aproxima-se da proposição de Max

---

um papel de importância nas pesquisas nessa área, nem com o Direito, pois reforça mecanismos de alienação do tempo presente.

4. Neste texto fazemos referência à Inquisição Espanhola (1478-1821) e à Inquisição Portuguesa (1536-1821) em suas dimensões metropolitanas e coloniais. A ausência de uma percepção das características comuns das Inquisições não se deve apenas ao rigor metodológico das análises pontuais, mas também, como adverte Henningsen, ao fato de que o estudo da Inquisição é em geral setorizado (1988, p. 38). Parece-nos certo, como defende Magalhães, que: "La Inquisición cambió en su actuación de un modo evidente en su largo recorrido, sobre todo en sus relaciones con las otras instituciones. Por eso, propongo considerarla polícrona y no poliniórfica" (1992, p. 71). Sobre essa mudança na Inquisição Portuguesa, Magalhães (1992) e na Inquisição Espanhola, Marcos (2000). Houve diferenciações internas importantes, por exemplo: em relação aos escravos negros na Espanha, segundo Lopez (1999); aos usos políticos da Inquisição em Portugal e no Brasil, Novinsky (1998); em relação aos indígenas e africanos escravizados, pois, como afirma Vainfas, a Inquisição assumiu a forma de

Weber sobre os "tipos ideais" (ARGUELLO, 1997; WEBER, 1999; 2003). Na proposta weberiana, a estilização de traços presentes numa realidade concreta cria um modelo que permite a comparação, num jogo de semelhanças e estranhamentos, com outras realidades. Todavia, se o tipo ideal nasce do real, com ele não se confunde[5].

De fato, a dogmática processual e a prática judicial incorporaram, no decorrer do tempo, ao seu vocabulário e a sua gramática as expressões "sistema inquisitório" e "sistema acusatório" como categorias analíticas e argumentos da tópica judicial utilizados na definição e aplicação dos direitos fundamentais. Categorias analíticas, porém, não servem para descrever todos os detalhes dos fatos ou para seguir, em suas inúmeras tensões e mudanças, a realidade social. Servem, quando muito, para organizar a análise de determinada realidade, refletindo sobre seu sentido. Como tal, evocam, em seus limites, o jogo entre semelhança e diferença, e desse jogo de diferenciações retiram sua força. Por sua vez, argumentos jurídicos não são verdades verificáveis, ao modo das ciências empíricas, tampouco podem substituí-las. Porém, são decisivos para fazer compreender os pontos de vista das partes e criticar os parâmetros de decisão. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que elementos contextuais, pois integram a própria gramática que o operador jurídico deve articular para trazer as descrições dos fatos e os interesses dos envolvidos ao processo (PERELMAN, 1996; 1998). São, ainda, aqueles instrumentos da linguagem profissional que permitem um conhecimento sobre a "dimensão social do Direito" (SALDANHA, 1988).

De toda sorte, é preciso reconhecer o valor da crítica feita ao uso da história pelos juristas. Muito embora alguns ainda confundam seu ofício com o dos historiadores, quando apenas repetem tratados processualistas e autores dos séculos XIX e XX, de fato, o que nós fazemos, na melhor das interpretações, é a construção de "tipos ideais", que, ao final, expressam pontos de vista sobre as dimensões práticas do processo penal[6]. De qualquer sorte, eles são relevantes,

---

perseguição às idolatrias (1992, p. 30), padrão que se repetiu na América Espanhola, especialmente na Inquisição Andina (PORTUGAL, 1988, p. 23).

5. Essa distinção é uma estratégia para evitar debates intermináveis sobre a natureza deste ou daquele único aspecto, ou ainda, sobre o confronto com fontes históricas passíveis de múltiplas interpretações pontuais. Como aponta Cárdenas, os tipos ideais integram o momento de generalização empírica e têm sempre pretensões analíticas (1979, p. 94).

6. Não se ignoram os problemas que surgem da utilização de "tipos ideais", em especial a ampla possibilidade de que cada autor construa seu tipo ideal de acordo com op-

pois resultam de um longo aprendizado na história das relações que se estabelecem entre indivíduos, sociedade e poder institucionalizado. São produtos da história, da história das práticas judiciais, contendo, na melhor das interpretações, elementos dos discursos jurídicos do passado e aprendizados sociais. Em outras palavras, são "padrões argumentativos" que propõem uma forma de racionalidade dos discursos e das práticas processuais[7].

Ao observar-se desde dentro essas práticas, compreende-se também que Inquisitório e Acusatório são signos disputados pelas próprias "concepções de mundo" que estão na origem de sua construção e logo são reconstruídos em seu uso. (GRAMSCI, 1982)[8]. Toda vez que um advogado acusa um juiz de inquisidor, ele reaviva e redefine uma memória social de disputas internas e externas ao seu ambiente profissional. Toda vez que se minimizam as filiações inquisitoriais de um instituto jurídico novo, abre-se espaço para um incremento dos problemas que essa categoria analítica pretendeu demarcar. Portanto, pensar o uso da história na dogmática pode ser uma tarefa razoável, na medida em que se aponta para desafios de reconstrução contínua das instituições e desde que não se confunda tal tarefa com a mera enunciação de dados isolados ou com a atividade de justificar a impossibilidade de transformar o presente com o recurso ao passado.

A propósito, Paolo Grossi, ao refletir sobre o uso feito pelos juristas, pergunta-se sobre a existência "para a história do direito um papel cultural, ou se-

---

ções ideológicas (ANDRADE, 2013). Todavia, apesar de problemática a utilização dos tipos ideais como método epistemológico, opta-se por sua utilização como método de comparação; é natural a existência de discrepâncias entre o tipo ideal e a realidade histórica, não se pretendendo, com sua formulação, explicitar o fenômeno histórico.

7. Como afirma Claudia R. Roesler, sobre a virada proposta pelas teorias da argumentação nas quais nos inspiramos para propor a compreensão suprarreferida: "No âmbito jurídico propriamente dito mais do que tentar construir um sistema dedutivo com o material legado pela tradição, o objetivo é tentar compreender as estruturas que esse tipo de prática discursivamente tem, bem como (ao menos para alguns autores) determinar que padrões argumentativos poderiam garantir a racionalidade desse discurso" (2013, p. 17).

8. Como concluem Peixoto, Roesler e Bonat, "Não é possível desenvolver uma teoria da argumentação jurídica que cumpra suas funções teóricas e práticas sem uma adequada análise estrutural do Direito, especialmente compreendendo a vinculação entre os processos argumentativos e o comportamento dos juízes. As relações entre o julgamento jurídico propriamente dito e os julgamentos de natureza moral ou política, bem como os elementos ideológicos e de poder, certamente podem se manifestar no julgamento" (2016, p. 228).

ja, um papel que, para efeitos funcionais, se conecte à formação do jurista de nosso tempo" (2005, p. 32), concluindo que é a deficiência do presente, em sua limitação no imediato (aparentemente eterno), a razão principal pela qual a história torna-se indispensável para "dissolver o absolutismo do presente" (2005, p. 43).

Seguramente, o uso da história por parte dos juristas pode gerar equívocos, mas pode ser também uma estratégia importante para a compreensão sobre a permanência (e ruptura) de institutos jurídicos e, especialmente, das relações de poder que estão a configurar as formas jurídicas, as instituições e a sociedade. Como alerta Paolo Grossi, "A história não tem a incumbência de brindar modelos ao presente": "A comparação vertical, mas sem dúvida também a horizontal, produz algo bem diferente: oferece ao presente momentos dialéticos. Relativiza tal presente, situando-o em relação dialética a tais momentos. E ao mesmo tempo o enriquece e robustece, inserindo-o na linha que surge do passado, toca o presente e o sobrepassa, dirigindo-se, reta, em direção ao futuro" (2005, p. 43).

Enfim, para que se compreenda o argumento central deste texto, é indispensável apresentar o que se entende por sistema processual inquisitório como tipo ideal. A seguir, serão expostas as principais características da Inquisição, em seguida, como essas características ainda não foram superadas, ressurgindo sob diversos aspectos, ou melhor, como a permanência das práticas atuais de violência ilegítima nos permite olhar o passado com proximidade e distanciamento.

3. Os sistemas processuais inquisitório e acusatório como tipos ideais: como afirmar e negar no discurso jurídico o recurso à denúncia ao inquisitorialismo

O direito processual penal, tem-se dito, espelha a forma de Estado (RADBRUCH, 1999), os valores dominantes em uma sociedade e, até mesmo, os padrões de cidadania (LIMA, 1988-1989).

Nos manuais, pode-se identificar o reconhecimento de três momentos dos sistemas (estruturas) processuais: a) a estrutura acusatória, antiga-medieval-insular, representada de forma mais característica pelo direito de tradição germânica e inglesa; b) a estrutura inquisitória-moderna-continental, representada de forma mais característica pelo direito europeu continental de tradição romana, ibérico, francês e italiano; c) a estrutura processual contemporânea resultante das transformações provocadas pelas revoluções burguesas e influenciadas pelo Iluminismo, que, de diferentes modos, constitucionalizaram direitos individuais, produzindo na prática jurídica uma tensão entre po-

der punitivo do Estado e direitos fundamentais dos acusados (BARREIROS, 1997; DIAS, 1974).

Por sua vez, Michel Foucault, ao inventariar os regimes de produção da verdade nas ciências sociais, tratou da história do direito processual penal, identificando duas formas jurídicas de produção da verdade na sociedade ocidental: a Medida e o Inquérito. A análise proposta tem seu paralelo na explicação tradicional dos manuais sobre o tema das estruturas processuais, pois a estrutura acusatória medieval corresponde à forma de produção da verdade chamada Medida, e a estrutura inquisitória moderna corresponde ao Inquérito. Segundo o autor, a Medida esteve presente nas sociedades gregas e romanas, bem como durante na primeira parte da Idade Média (alta idade média), sobretudo no direito germânico. O Inquérito, por sua vez, possui antecedentes na idade antiga, aparecendo na tragédia grega de Sófocles, o Édipo-Rei, mas somente veio a se tornar uma forma dominante no final da idade média (baixa idade média), no processo de surgimento do Estado Moderno (FOUCAULT, 1990, p. 30-50; SÓFOCLES, 2002)[9].

Inicialmente, o desaparecimento do Inquérito no início da Idade Média e a vitória da Medida devem-se à rivalidade que se estabelecerá entre o Direito Romano e o direito de tradição germânica. O direito feudal era essencialmente germânico, pois a dissolução de estruturas estatais romanas provocou sua vitória. A medida (estrutura acusatória medieval) se caracterizava, portanto, pela inexistência de ações públicas, pois ninguém representava a sociedade, substituindo-a. Nos litígios, havia apenas dois personagens em disputa, e a solução do conflito requisitado por uma das partes se daria com a continuação da luta simbólica entre estes dois indivíduos. Às vezes, era possível interromper essa forma regulamentada de guerra com um acordo, um pacto entre as partes (conciliação – composição do dano). Desse modo, o Direito Germânico não passava de uma maneira de gerir uma guerra ou legitimar uma transação econômica. A justiça estava sintetizada na força ou em algum montante em

9. "*A verdade e as formas jurídicas*", livro escrito a partir de palestras proferidas pelo autor, e, por tal motivo, despido do extenso volume da citação de fontes, como era comum em seus estudos, constitui um dos principais registros do pensamento de Michel Foucault sobre o processo penal. Neste caso, as vantagens do esquema ali proposto em relação aos processualistas e historiadores são mais que evidentes. A influência weberiana permite-lhe pensar numa história de descontinuidades e permanências, assim como a ideia de racionalização. Por sua vez, a estilização proposta visa mostrar os sentidos em disputa nas práticas penais, ao mesmo tempo em que conecta o tema do processo ao poder e às formas de soberania.

dinheiro. Inexistia um terceiro indivíduo que fosse neutro em relação às partes, fazendo o papel de juiz responsável por investigar o passado. Não havia, portanto, pesquisa acerca da verdade dos fatos acontecidos como falamos hoje (FOUCAULT, 1990, p. 50-78).

Na prática, o sistema de provas, central para esse modelo, provava a força, o peso e a importância social dos litigantes e não um fato como havia ocorrido. Entre as provas utilizadas havia: a) as provas sociais: consistiam no testemunho de pessoas que, muito embora não tivessem conhecimento sobre os fatos, juravam não ter o acusado cometido a infração; b) as provas de tipo verbal: o acusado deveria pronunciar fórmulas gramaticais; um erro de pontuação, uma troca de palavra acarretaria sua condenação; c) as provas mágico-religiosas do juramento: o acusado prestaria um juramento e, se hesitasse ou simplesmente não ousasse fazê-lo, perdia o processo; d) as provas corporais: o acusado era submetido a uma espécie de jogo (ordálias), uma luta contra o próprio corpo que provocava sua vitória ou derrota (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

O sistema de provas demonstrava que esse processo era uma forma de regulamentar, ritualizar a guerra entre os litigantes, e tinha por características: a) apresentar-se de forma binária: ou o indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela, ou ele vence ou fracassa; b) a prova ter fim com a vitória ou o fracasso, não existindo sentença; c) a prova ser de certa forma automática, não havendo necessidade de um terceiro para distinguir os dois adversários; a autoridade só atuaria como testemunha no que diz respeito ao procedimento; d) a prova servir para estabelecer quem é mais forte e não a verdade (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

A estrutura acusatória pura, típica na tradição insular, era marcada pela paridade das partes que se enfrentavam numa disputa semelhante ao modelo burguês de direito civil. O juiz mantinha-se como fiscal do jogo, mas não era ele que possuía a verdade e o poder de decidir sobre a questão debatida. A decisão era, sobretudo, o reconhecimento público da comunidade de que as partes haviam procedido de forma adequada no decorrer da disputa. Essa sociedade fragmentada, marcada por pequenas comunidades, com bens de consumo produzidos localmente, caracterizada pela pobreza e pela precariedade da vida, e onde o poder armado se distribuía entre muitos indivíduos (sem exércitos regulares), produziu uma forma peculiar de igualdade e bem comum (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 1988). A igualdade era o reconhecimento na vida local da proximidade das condições materiais em que todos viviam e estava marcada pela confusão entre identidade pessoal e social. O bem comum era alcançado com a tutela dos interesses individuais, desde que eles não ameaçassem um certo equilíbrio na comunidade. Nesse modelo, em regra, a defesa era autodefesa. O

direito de defesa, embora elementar para a estrutura, não tinha o caráter público que hoje se lhe atribui formalmente (FOUCAULT, 1990, p. 59-62)[10].

Entretanto, na segunda metade da Idade Média, o Inquérito ressurge e se instaura como modelo dominante de tratar a verdade, mas bastante diferente daquele Inquérito nascido na tragédia de Édipo-Rei. A fórmula do Inquérito foi retomada de duas fontes: do modelo eclesiástico e do Império Carolíngio onde ele havia sido utilizado para a gestão administrativa. As novas regras jurídicas representavam algo totalmente novo na sociedade feudal e já anunciavam a sua superação: a) a Justiça passará a ser imposta do alto, devendo os indivíduos se submeter a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político; b) a ideia de que o crime seria apenas uma ação entre dois indivíduos é substituída pela ideia de que o soberano também era lesado; c) surge o procurador para representar o soberano, substituindo, aos poucos, a vítima como parte ativa do processo; d) o infrator passa a ser obrigado a reparar a infração perante sua vítima e, simultaneamente, o soberano, surgindo os grandes mecanismos de confisco da propriedade dos criminosos e de suas famílias (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

Dessa forma, malgrado as diversidades locais, no início da idade moderna a estrutura inquisitória apresentava as seguintes características comuns: persecução penal *ex officio* ou através de acusador público; iniciativa probatória do magistrado; desigualdade entre acusador e acusado; procedimento escrito e secreto; ausência de contraditório e de direito de defesa[11]; sistema tarifado de

10. Como notas características desse modelo destacam-se: a atuação passiva dos juízes, que se mantinham afastados da gestão das provas, que cabia exclusivamente às partes, a separação das atividades de acusar e de julgar em pessoas distintas, a não admissão do procedimento de ofício, bem como o direito de defesa, a oralidade e a publicidade (LOPES JR., 2012, p. 160).

11. Muito embora Fernandes, ao analisar os Regimentos do Santo Ofício Português, observe que as cautelas com os depoimentos enganosos não se tratavam apenas de um *pro forma*, aduzindo que "a orientação geral presente nos manuais e regimentos do Santo Ofício português era que os inquisidores tivessem bastante cuidado com os possíveis falsos testemunhos e que avaliassem o crédito que se deveria dar ao depoimento das testemunhas" (2013, p. 507), os discursos da época demonstravam também o quanto esses mesmos regimentos resultaram de tensões concretas provocadas ora pela incerteza do Inquisidor diante de alguém com importância social capaz de se opor à Inquisição ou de integrante de seu grupo político, ora da incerteza dos potenciais perseguidos diante da Inquisição que pressionavam por reformas. Como demonstra Acha, era a incerteza diante da fragilidade da prova e do poder de fato da Inquisição que provocava as disputas sucessivas por uma maior regulamentação (1991, p. 292).

avaliação probatória; supremacia da confissão; prisão obrigatória; uso indiscriminado da tortura[12]; ausência de coisa julgada.

Segundo o sistema proposto por Mauro Fonseca Andrade (2013), o sistema inquisitório é composto por elementos fixos e elementos variáveis, sendo que estes últimos podem ou não ocorrer no exame histórico sem que seja alterada a natureza inquisitória do sistema. O autor identifica, então, que os únicos elementos fixos aptos a caracterizar o sistema seriam "o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz" (ANDRADE, 2013, p. 395). Esse tipo de produção da verdade assume a forma do Inquérito, ou seja, há a reconstituição do passado pela busca de indícios, de vestígios deixados pela ação criminosa[13]. Destaca-se a posição rebaixada do investigado diante de um Judiciário que assume também a função de órgão acusador. O acusado é objeto, destinatário da ação desse poder absoluto de investigar. A tortura é prática usual[14]. O valor subjacente é de que o poder deve ser onipresente e onipo-

12. Uso indiscriminado não significa desregulamentado, pois havia, de fato, extensas normativas. Ao contrário, significa possibilidade e disponibilidade do poder de usá-la. A propósito, no caso dos servos, por exemplo, malgrado confessassem, havia recomendação para que se aplicasse a tortura, pois "eles" seriam propensos a mentir. Essa disposição foi generalizada contra os escravos negros na Espanha (LOPEZ, 1999, p. 222).

13. "A própria semântica do *nomen juris* 'inquisição': averiguação minuciosa e indagação, já remete à essência da concepção inquisitiva" (PINTO, 2010, p. 198).

14. Como sintetiza Luciano Maia: "Finalmente, revisitando a história do direito penal e do processo penal no Brasil, bem assim, relendo as circunstâncias e motivos invocados para o uso da tortura – quer como meio para obtenção de prova, quer como forma de castigo, ou outro – foi possível observar que: a) a tortura sempre foi instrumental, estando presente nas relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado; b) a tortura era praticada por se fazerem presentes oportunidades favoráveis, e ausência de vigilância sobre as condutas dos torturadores; c) a ambiência e as situações em que agressor e vítima se encontravam eram propensas às fricções e atritos; d) relações pessoais existentes entre agressor e vítima eram propensas às fricções e atritos; e) as vítimas da tortura – os 'torturáveis' – nunca foram consideradas iguais aos seus carrascos, mas inferiores, menores que humanos, e merecedores do sofrimento ou castigo; f) as vítimas eram tornadas invisíveis no processo de aplicação dos tormentos: – ou os processos eram secretos até para a vítima; – ou as vítimas eram mantidas em segredo; – ou as vítimas não tinham acesso a recursos jurídicos; – ou todos os fatores em conjunto; g) as vítimas eram destituídas de poder, sendo presas fáceis nas mãos de seus algozes; h) a 'racionalidade' da aplicação da tortura incluía processo de desumanização da vítima e colocava-a como ameaça concreta aos valores ou fundamentos da

tente. Essa estrutura nasce em uma sociedade que estava em processo contínuo de concentração dos poderes sociais, onde as formas de vida local passam a ser abarcadas por uma única ideologia religiosa que unifica a todos, submetendo-os pelas armas e pela doutrina a um poder temporal e religioso (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 1988). A mensagem das comissões itinerantes da Inquisição que iam às pequenas cidades era explícita: é preciso submeter as consciências e os corpos ao poder, voluntariamente ou pela força, delatando os recalcitrantes, perseguindo os insubordinados em potencial, eliminando os desviantes. Assim, quando alguns poucos se apoderam do aparelho judiciário e passam a desenvolvê-lo em maior extensão, toda a lesão passa a ter interesse público, deixando de ser uma mera infração para ser um crime, uma ofensa ao próprio Estado. Porém, de fato, o interesse público aqui se confunde com o interesse do soberano, na hierarquia de seu comando que se materializa nas decisões de seus nomeados. O direito de defesa não existe, pois ele se confunde com a função de um curador encarregado de colaborar na obtenção da verdade, convencendo o réu a confessar (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

Nesse contexto, Michel Foucault propôs uma explicação para desenvolvimento da justiça penal e de seu processo de concentração e racionalização com o renascimento do Inquérito. Os motivos para tais transformações estariam no fato de que a circulação dos bens na velha forma judiciária (medida) não era assegurada pelo comércio, mas sim através de armas e da herança. Na alta idade média a riqueza era garantida pela guerra, a rapina, a ocupação da terra, de um castelo ou de uma cidade. Vivia-se numa fronteira fluida entre o direito e a guerra, pois o direito era, de certa forma, uma maneira de continuar a guerra. Com os conflitos jurídicos e extrajurídicos havia a circulação de bens. Entretanto, os poderosos buscaram a concentração das armas e das ações e litígios judiciários. Os instrumentos jurídicos, antes privados, foram então confiscados por grupos cada vez mais restritos. As monarquias tomaram para si a Justiça e aplicaram os mecanismos de confiscações dos bens dos infratores e aumentaram seu poder político e econômico. Portanto, foi neste contexto de disputas sociais e estratégias para concentração do poder que o problema de

ordem da sociedade que os algozes representavam, sendo legítimo livrar-se da ameaça que representavam; ou eram vistas como portando algo de valor para o agressor (informação, confissão etc.); i) o medo da ameaça das vítimas e a retaliação pseudo-justiceira agiam como motores para a aplicação dos suplícios; j) o racismo e a ideologia que informam/permeiam o sistema político e normativo influenciará o modo como os órgãos de justiça e segurança atuam para a identificação, prevenção, punição e reparação da tortura" (2006, p. 97-98).

uma verdade racional foi colocado como objetivo da investigação e do processo (FOUCAULT, 1990, p. 59-62).

Por sua vez, segundo Rusche & Kirchheimer (1988), a situação social que permitiu o caráter moderado do sistema punitivo na primeira parte da Idade Média se alterou com o aumento do número de desempregados. Isso foi provocado pelo crescimento populacional, acompanhado pelo decréscimo das colheitas, pela impossibilidade de se ocupar novas terras e, consequentemente, pelo fim da prática do sistema de rodízio de terra. Ocorreu uma queda geral dos salários e um aumento desmesurado da oferta de mão de obra. Na Inglaterra, já do século XV, a substituição da lavoura pela pecuária e o surgimento do sistema de pastagem capitalista resultaram na pauperização de grande parte do país e tragicamente coincidiram com o crescimento geral da população. As cidades passaram a dificultar a entrada dos pobres que vagavam pelos interiores em bandos. A existência desse excedente populacional resultante de um sistema econômico em desagregação com o surgimento dos primeiros focos do capitalismo possibilitou a criação de um sistema punitivo despreocupado com o humanitarismo e possuidor de maior grau de centralização. Os príncipes e autoridades viam na massa de desvalidos um suprimento barato de mão de obra, o que contribuiu para a formação de exércitos regulares, marca do moderno Estado em formação, tornando paulatinamente obsoletas as funções exercidas pelos cavaleiros medievais. Em síntese, três forças atuaram contra esse caráter privado do direito penal:

> Primeiramente, temos o crescimento proeminente da função disciplinar do senhor feudal contra todos que estavam em situação de subordinação econômica. O único limite ao exercício deste poder disciplinar era a reclamação jurisdicional de um outro senhor feudal. Em segundo lugar, encontramos a luta das autoridades centrais para aumentar sua influência através da extensão de seus direitos judiciais. O terceiro e mais importante fator a destacar era o interesse fiscal econômico, comum às autoridades de todo tipo. A administração do direito penal provou ser uma fonte frutífera de rendimentos, e, até bem pouco tempo, muito melhor que encargos fiscais. O pagamento daqueles que administravam a lei ou que outorgavam a outrem que o fizessem em seu nome era financiado pelos custos legais impostos sobre aqueles sob julgamento (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 1988).

No mesmo sentido, a dimensão ideológica foi central para forjar a estrutura inquisitória e o modo como a busca da verdade foi pensada. A Inquisição nasce como uma máquina de guerra a serviço de uma ideologia. Como adverte Henningsen: "cuanto más profundicemos en la comprensión del verdadero ser de

la Inquisición, más se nos revela como una variación más de las instituciones de propaganda y educación del pueblo, que quizás sea una de las peculiaridades inherentes a nuestra civilización occidental" (1988, p. 41). O cristianismo, ao se tornar a religião oficial do Estado, transformou a Igreja num aparelho ideológico, o principal deles durante os primeiros séculos do Estado Moderno. Inicialmente, para atender essa responsabilidade, o catolicismo precisou conter as possibilidades de interpretação divergentes da Bíblia, razão pela qual foi instituído o magistério, segundo o qual os pronunciamentos do papa e bispos gozam de infalibilidade, pois decorrem de própria revelação divina. "O magistério, portanto, é portador exclusivo de uma verdade absoluta. A verdade não é objeto de uma busca" (BOFF, 1993). Ou melhor, a única busca verdadeira seria aquela revelação trazida pela autoridade. A verdade nascia, portanto, do desejo de verdade da autoridade e não era o resultado do uso e do embate público de argumentos mundanos.

Segundo Leonardo Boff, este foi o cerne da diferenciação entre dogma e heresia: a instituição de uma verdade absoluta, de natureza divina e revelada. "Por isso, nessa visão o portador da verdade é intolerante. Deve ser intolerante e não tem outra opção". A heresia tornava-se qualquer manifestação de inconformismo com essa verdade imposta pela "vontade divina". Quem quer que discutisse as verdades relacionadas às Escrituras Sagradas era considerado herege e, portanto, uma ameaça. As mudanças na estrutura dos processos judiciais corresponderam a esse desejo de demarcar e perseguir os desviantes de modo mais eficiente (1993, p. 11).

Essa dinâmica de influências mútuas entre Igreja e Estado Moderno tem exemplos variados, demonstrando como a ideia de competição e oposição é incapaz de explicar os inúmeros desdobramentos posteriores: a semelhança na imposição de uma lei única universal que se opunha às ordens locais foi primeiro uma construção religiosa; igualmente, a ideia de que a verdade da lei poderia ser lida a partir de um único texto guardado pela autoridade; os conceitos de culpa, pena, confissão e testemunho são elementos do repertório cristão (LEGENDRE, 1983). Nesse contexto, houve a necessidade política dos próprios Estados em reprimir as manifestações heréticas, identificando-as a grupos opositores ou se aproveitando da criação de bodes expiatórios. "Precisamente por seu caráter eclético, ou melhor, pela indeterminação deliberada de sua natureza", a Inquisição irá servir "de meio ou instrumento para lograr a consolidação do poder político" (MARÍN, 1992, p. 117). A Inquisição se proliferou com facilidade pelos tribunais seculares e atingiu seu auge nos séculos XVI e XVII, aliada ao interesse político em conter qualquer forma de manifestação contrária à verdade absoluta e em um clima de tensão, gerada pela misé-

ria e por novas ideias que acirravam as rebeliões e as desordens, ou propunham novas possibilidades de reordenação da vida social[15-16].

Numa perspectiva ampliada, a Inquisição foi "uma das inovações do Estado Moderno, malgrado tenha sido erguida sobre os fundamentos de una instituição medieval". Desse modo, "a perseguição das bruxas não foi um problema da Idade Média, mas do Renascimento e da Reforma". Ela está no momento inicial do "processo de aculturação dos europeus, relacionado ao desenvolvimento das bases de poder do Estado Moderno" (HENNINGSEN, 1988, p. 40) e ao processo de domínio dos povos não europeus[17].

A Modernidade, como demonstrou Dussel (1993; 2002), teve esse caráter paradoxal, pois em suas funções declaradas foi a emancipação racional da humanidade; todavia, em suas funções ocultas, foi uma epistemologia e uma

15. No caso da Inquisição Portuguesa: "la unión y convergencia del Estado y de la Iglesia en la Inquisición empieza con el nombramiento dc don Henrique como inquisidor general, en 1539. La tenacidad y la capacidad organizativa y diplomática del infante son datos fundamentales para el éxito de la obtención de la Bula de 1547. Al cardenal infante se debe la organización y la constancia en impedir todas las propuestas de suavizar la actuación del tribunal, siempre que don João III, doña Catalina de Austria o su sobrino-nieto don Sebastián, en dificultades financieras, se sintieron tentados a ello" (MAGALHÃES, 1992, p. 86).
16. Conforme Marín, no caso espanhol, a análise da doutrina política ou político-moral demonstra, ao invés da separação entre Igreja e Estado, uma proposta de entendimento em que cada parte colabora na formação do conjunto, definindo posições, em boa medida, coincidentes. De fato, para a ciência teológico-moral e jurídica, a verdadeira origem de todo poder e jurisdição é divina: "conforme a la concepción teocrática imperante desde la Edad Media y matizada (en beneficio del poder temporal) durante la Edad Moderna, será Dios mismo quien confiera la espada temporal y la espiritual al Príncipe secular y al Papa respectivamente". A natureza política da Igreja facilita a solução de cooperação, elaborada a partir do empirismo e do pragmatismo político, ou seja, na defesa da razão e Estado, de acordo com postulados de Maquiavel. Muito embora esse autor fosse rechaçado pelo Santo Ofício, seus ensinamentos eram reproduzidos inclusive em termos ainda mais extremados. Um dos doutrinadores espanhóis, ao se opor ao Príncipe, afirmava: "pero la diferencia que hay entre los politicos y nosotros es, que ellos quieren que los príncipes tengan cuenta con la religion de sus súditos, cualquiera que sea, falsa o verdadera; nosotros queremos que conozcan que la religion católica es sola la verdadera, y que a ella sola favorezcan" (1992, p. 108, 111, 119).
17. Segundo Naspolini: "Dentre outros fatores, o fato de a Igreja possuir enorme influência sobre o poder temporal e necessitar do auxílio do estado para combater as heresias, esse tipo de crime passou a ser considerado crime de 'lesa-majestade', razão pela qual a competência para o seu julgamento foi estendida aos Tribunais Seculares" (2006, p. 189).

prática de violência exercida contra os povos originários das Américas e da África[18]. Nesse contexto, Inquisição corresponde a uma crise de representação e de controle da comunicação de sociedades locais, hoje europeias, que se veem descalçadas de suas certezas pela criação da economia-mundo na Modernidade, possuindo impacto também no mundo colonial. A partir da Máquina da Inquisição, organizou-se uma ofensiva contra as cosmovisões do cristianismo primitivo e do paganismo na Europa e, especialmente, das cosmovisões das sociedades africanas e indígenas[19].

Malgrado não seja a ocasião para maiores digressões sobre uma crítica ao eurocentrismo das narrativas sobre os movimentos culturais como o Iluminismo e Inquisição, é necessário pontuar algumas questões. Narrativas eurocêntricas, muito embora sejam aceitas com naturalidade na cultura jurídica dominante, são insuficientes porque, de fato, não consideram as dinâmicas externas e globalizadas do impacto do fluxo de comunicação, de bens e de pessoas e as dimensões translocais das relações de poder. A Modernidade não foi um movimento de dentro para fora; hoje se sabe que essa imagem da centralidade resulta apenas de uma posição ideológica consolidada na filosofia hegeliana da história. O renascimento e o humanismo resultaram também do deslocamento do lugar das tradições no espaço geográfico do que hoje se compreende como Europa por imagens e conhecimentos produzidos em outros espaços. A Inquisição, por sua vez, demonstra essa situação de disputa sobre a compreensão do mundo, em um momento em que as visões do mundo eram cada vez mais desterritorializadas pelos descobrimentos, pelas viagens

18. Assim, por exemplo, como adverte Marcos: "el carácter peculiar y paradójico de la cultura hispánica en el mundo moderno se perfila en el hecho de que España representa en los albores de la modernidad, en el siglo XVI, una versión singular de Occidente que, por una parte, inaugura la modernidad con los viajes de exploración y los descubrimientos iniciando con ello, junto a Portugal la expansión de Europa y la difusión de sus ideas, siendo ello uno de los hechos decisivos, y por otra, unos años más tarde se cierra a Europa y a la modernidad con la Contrarreforma, con el concepto jerárquico de la sociedad, y con una visión del Estado que es la de la Monarquía aportada por los teólogos neo-tomistas que desconoce los valores del libre examen y no profesa la democracia religiosa" (2000, p. 189).

19. Como afirma Vainfas, "e, jesuítas à frente, desde o século XVI impôs-se mesmo a demonização dos índios, estendida depois aos negros, e justificando ora a catequese, ora a escravidão, quando não ambas as estratégias colonizadoras" (1988, p. 167). Aqui a Igreja Colonial dedicou-se ao combate das Idolatrias. Serge Gruzincki (1994) e Ronaldo Vainfas (1992) abordam o conceito de idolatria articulado à ideia de resistência das visões de mundo indígenas.

ultramarinas, pelos novos fluxos de pessoas e bens. Os primeiros Estados Modernos, não por acaso, foram coloniais e ultramarinos (DUARTE, 2011; ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016).

A Inquisição integra uma lógica de criação do Estado e concentração do poder social que somente pode ser entendida em termos mundializados. A palavra "heresia", do grego "escolha" (αιρετικός), indica adequadamente aquilo que se visava perseguir, as inúmeras possibilidades de liberdade que se descortinavam num mundo culturalmente aberto pelas trocas sociais.

Enfim, há várias ressalvas que podem ser feitas em relação ao discurso jurídico dominante sobre os sistemas processuais, especialmente sobre a referência à Inquisição. Primeiro, a insistência sobre o caráter medieval da Inquisição. Infelizmente, essa insistência nega a sua vinculação com a Modernidade. Desse modo, os juristas podem expurgar para o passado aquilo que de fato compôs a estrutura do Estado Moderno, especialmente o modelo de decisão burocrática herdado da Igreja (HULSMAN, 1993). Em segundo lugar, o papel conferido ao discurso dos ilustrados no combate à Inquisição e o foco das perseguições sobre os intelectuais ilustrados ou pessoas do povo que estariam marcados pelo Humanismo. Infelizmente, esse retrato exclui de sua perspectiva o caráter transnacional da Inquisição e seus desdobramentos coloniais, ocultando que a Inquisição atingiu duramente grupos sociais não burgueses, como escravos, trabalhadores, indígenas, negros, brancos pobres, etc. Exclui-se, portanto, que a Inquisição foi utilizada na arquitetura do Poder Colonial e, especialmente, que ela esteve vinculada à imposição do poder masculino e por forjar uma autorrepresentação da cultura europeia na Modernidade. De igual modo, oculta-se que são os saberes e as religiões não oficiais, muito mais que o discurso universalista dos intelectuais, o foco das perseguições. Em terceiro lugar, essas características são complementadas pelo silêncio dos juristas sobre os processos de continuidade e de ruptura na história local, o que levaria a observar que muitos dos processos modernos de exclusão ainda estão em curso, assim como muitos dos preconceitos defendidos pela Inquisição ainda estão presentes (GRUZINCKI, 1994; VAINFAS, 1992; PORTUGAL, 2007).

4. A (não) superação do sistema inquisitório: as tensões na concretização da dimensão constitucional do processo penal

Ao observar as Constituições da maioria dos países do Ocidente, a constatação deveria ser inequívoca: do ponto de vista formal, a estrutura processual das Constituições nesses países, inclusive a brasileira, nega as tradições inquisitórias e se aproxima de um modelo acusatório. A oposição ao inquisitorialismo

se confunde com o discurso jurídico penal burguês do Estado de Direito[20]. A tripartição dos poderes como forma de limitação se expressa na divisão interna do processo entre as funções de julgar e acusar. O juiz, no desenho célebre da relação processual, está colocado entre e acima das partes, representa a tensão entre demandas punitivas e direitos fundamentais. A justificação da figura do acusador decorre de um discurso que, subtraindo a vítima do processo, faz do Ministério Público o defensor dos interesses sociais inscritos nas normas proibitivas, mas limitado em sua atuação à legalidade. De outro, emerge o direito de defesa moderno, garantindo que nenhum cidadão seja impedido de exercer sua liberdade. Liberdade definida de forma negativa, ou seja, liberdade de praticar tudo, menos o proibido. O indivíduo é considerado um sujeito de direitos, que expressa, sobretudo, limitações à ação do Estado ou formas de participação dos cidadãos na Justiça (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, proibição da prova ilícita, inocência, *in dubio pro reo* etc.) (BARREIROS, 1997; DIAS, 1974; BECCARIA, 2005).

Não obstante, não são poucas as contradições contidas na afirmação de que o sistema jurídico brasileiro é acusatório. Contradições que somente podem ser explicitadas quando se identifica, de fato, qual é o objeto dessa afirmação. O que entendemos por sistema jurídico? Como compreendemos as relações entre normatividade e realidade? E, especialmente, como pensamos o papel da mediação das instituições?

Ao definir o sistema jurídico como o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, há uma diferença que deve ser evidenciada. No plano hierárquico, a Constituição é acusatória. Não obstante, muitas leis processuais brasileiras têm características inquisitórias, frutos, inclusive, do regime jurídico da Ditadura Civil-Militar de 1964 e da Ditadura de Getúlio Vargas[21] e, até

20. A propósito, segundo Cora: "como es bien sabido, los cambios políticos que cabe resumir en la referencia general al advenimiento del Estado liberal de Derecho, se preanuncian, desde un punto de vista cultural, en la Ilustración. Las ideas del iusnaturalismo racionalista cuajarán en presupuestos y axiomas que cuestionan los engranajes políticos e institucionales del Antiguo Régimen, con una función crítica que encuentra vicios que diagnosticar, en el mundo del derecho, sobre todo en el ordenamiento jurídico penal, sustantivo y procesal, que se había identificado más llamativamente con la maquinaria de la represión de la monarquía absoluta" (2005, p. 91).

21. O argumento mais comum, e em certo sentido adequado, é de que o Código de Processo Penal de 1941 reproduziu o modelo inquisitório ao repetir o modelo da Itália Fascista (SILVEIRA, 2015). Todavia, a visão de uma continuidade com uma tradição medieval perde, como não poderia deixar de ser, a Modernidade da Inquisição e, especificamente, a inserção da Inquisição na Modernidade, com suas dimensões contraditórias e coloniais. Como alerta Bosi (1995), em outro contexto, deveríamos

mesmo, da ação dos Movimentos de Lei e Ordem na Abertura Democrática. Logo, o realce nas leis infraconstitucionais destacará o inquisitorialismo e, ao mesmo tempo, a perspectiva constitucional deveria demarcar a sua inconstitucionalidade. Todavia, do ponto de vista prático, nem sempre isso ocorre, porque nossa Corte Constitucional e a dogmática processual penal mantêm filtros pouco precisos na leitura constitucional dos direitos dos cidadãos contra os abusos do aparato repressivo do Estado[22]. Em face dessa constatação, defende Andrade (2013) que a Constituição Federal deveria expressamente incluir, entre as garantias individuais, o caráter acusatório do sistema processual penal, para então ser realizada uma profunda reforma da legislação ordinária.

Ao definir como "sistema jurídico" o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, em suas dimensões práticas e institucionais (o que in-

prestar atenção à involução da cultura jurídica (aqui nos referimos ao aumento da assimetria de poder e à intensidade da violência) no Colonialismo. Além disso, como destaca Prando (2013), deve-se prestar mais atenção às dimensões criativas do processo aparente de "cópia" de diplomas jurídicos estrangeiros. De qualquer modo, a dimensão moderna da Inquisição é essencial para a definição de nossas tradições locais, como afirma Vainfas: "reconheçamos, porém, que o poderoso traço antissemita das inquisições ibéricas, ainda que relacionado ao fortalecimento das monarquias absolutas na península, foi fenômeno regional. O que inscreve a ação do Santo Ofício português (e espanhol) nos quadros da modernidade europeia são, paradoxalmente, os 'crimes menores', notadamente a feitiçaria e os delitos de ordem moral suspeitos de heresia. Foi, pois, a vinculação da Inquisição ibérica aos ditames do Concílio de Trento, após meados do século XVI, o que nos permite inseri-la num dos processos fundamentais da modernidade: a perseguição da cultura e moralidades populares pela Igreja católica e, nos países protestantes, pelas igrejas reformadas articuladas aos poderes civis. A Inquisição pertenceu, nesse sentido, ao que Jean Delumeau chamou de longo processo de culpabilização e aculturação que os diretores de consciência levaram a cabo no Ocidente durante os tempos modernos" (1988, p. 170).

22. Nesse aspecto estão em disputa na análise das leis infraconstitucionais dois temas recorrentes: a) as origens do inquérito policial no Brasil no sistema misto do Código de Processo Criminal de Napoleão; b) os poderes instrutórios do juiz na determinação de provas de ofício. Em relação ao primeiro tema, em 1808, o Código de Instrução Criminal de Napoleão veio consagrar o que passou a ser chamado de sistema "misto" ou "reformado", que conciliava o sistema tradicional com as novas demandas liberalizantes, fixando um procedimento inquisitório para a primeira fase e "acusatório" para a fase judicial, com inspiração inglesa. Além disso, este sistema consagrou a unidade da justiça civil e penal, a separação das funções de instrução, acusação e julgamento, o princípio da colegialidade e o caráter profissional dos juízes (BARREIROS, 1981). Não deve restar dúvida, como já afirmamos, de que esse modelo foi, de fato, uma retomada das práticas inquisitórias utilizadas e sofisticadas para controlar os descontentamentos populares e a marginalização social provocada pela consolidação da Revolução Burguesa na França.

cluiria as práticas policiais e um amplo espectro de comportamentos sequer transcritos nos autos dos processos), é forçoso admitir a multiplicidade ou a bifurcação do sistema jurídico no Brasil. Nosso sistema nunca foi homogêneo[23]. Nesse caso, pode-se afirmar que ele permite a convivência de práticas jurídicas essencialmente garantistas para alguns acusados e, em alguns casos, simultaneamente, mantêm vivas práticas inquisitórias (e, portanto, inconstitucionais) para outros acusados e outros casos[24]. Estudos empíricos do direito têm demonstrado, nesse sentido, a multiplicidade de práticas de policiamento combinadas com investigação e, ao mesmo tempo, a diversidade das formas de elaboração dos inquéritos policiais nos Estados brasileiros (VARGAS, 2012; JESUS et alii, 2011; BOITEUX, 2009).

Na mesma linha, a criação de leis penais específicas, muito embora com menor importância, importa em padrões distintos de processamento e afeta os direitos dos acusados de forma diferenciada, como se verifica na Lei dos Crimes Hediondos e na Lei de Drogas. De modo geral, nos últimos 30 anos, as reformas processuais e penais consolidaram as categorias jurídicas e ideológicas de "criminosos perigosos" e de "criminalidade hedionda" que, de modo artificial, separam-se da criminalidade comum (VARGAS, 2012; JESUS et alii, 2011; BOITEUX, 2009; KARAM, 2012). Elas vieram a substituir outras categorias centrais do funcionamento do sistema processual, especialmente a categoria do "vadio" e dos criminosos de "maus antecedentes". Era a partir delas que o Código de 1941 atingia um amplo conjunto de infratores, "desiguais" por serem excluídos socialmente, o que independia até mesmo da gravidade em abstrato do delito praticado. No atual modelo de exceção, a política de guerra às drogas cumpre o papel de justificar a marginalização urbana pelos mecanismos de policiamento e encarceramento processual. Essas categorias jurídicas, em seu conjunto, reprisam o conceito inquisitorial de suspeição, utilizado no período colonial também contra os povos originários e escravizados na diáspora africana (ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016; WANDERLEY, 2017).

23. Quanto à atuação da Inquisição no Brasil, Novinsky demonstra a divisão da justiça a partir de critérios relativos ao poder social no uso das competências jurisdicionais (1998, p. 301). Por sua vez, em sua análise, Lima traz elementos sobre as características de uma sociedade hierarquizada e a presença do sistema inquisitório (1988; 1987).

24. Andrade (2013) destaca como as mais claras manifestações do sistema inquisitório no direito brasileiro as investigações criminais presididas por magistrados, como no caso de infração penal cometida por membro do Poder Judiciário (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/1979) ou nas dependências do Supremo Tribunal Federal (art. 43 do Regimento Interno do STF).

Na prática, o sistema jurídico é essencialmente bifurcado. Desse modo, temos processos nos quais os padrões do garantismo penal são respeitados, em que os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, mantêm alto rigor de escrutínio das nulidades pela incorporação seletiva da doutrina da prova ilícita e, ao mesmo tempo, em oposição, temos processos nos quais as práticas de abordagem e investigação são obscuras, onde o acusado é violentado fisicamente em diversos momentos e por diversos representantes do Estado, em que a prova constituída pela violação de direitos básicos e sob coação institucional é trazida ao inquérito e, toscamente, validada pelo silêncio de juízes que desconhecem (ou fingem desconhecer) as práticas cotidianas e institucionais de violação de direitos, legitimados por uma opinião pública e por uma opinião profissional seletiva. Esse cenário, para o qual os múltiplos personagens envolvidos já criaram diversas estratégias de inércia e de neutralização de sua responsabilidade, estrutura-se a partir de uma cidadania dividida, ao mesmo tempo em que o sistema jurídico serve como elemento central de sua reprodução[25]. Em suas dimensões institucionais, nas práticas cotidianas e na indiferença dos que deveriam negar a validade de determinados padrões de comportamento, há elementos reatualizados de nosso passado colonial e de uma sociedade racista e genocida que se estrutura a partir da hierarquia e da figura da autoridade, em vez de fundar-se em relações horizontais entre seus cidadãos e cidadãs, que seriam responsáveis por criar a lei mediante consenso e mediações públicas (CHAUÍ, 2004; LIMA, 1988; 1989; ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016).

No plano mais restrito das transformações das práticas processuais, Salo de Carvalho afirma que o inquisitorialismo, de fato, ainda não foi superado nos regimes jurídicos ocidentais, demonstrando novamente suas marcas em diversos momentos da história e em diversos aspectos da regulação processual penal[26-27]. Ao revés, houve a desconstrução do sistema inquisitório religio-

25. Conforme demonstra Luciano Maia (2006), são os integrantes das "classes torturáveis", ou na síntese de Gorete de Jesus, "Os torturáveis são os não cidadãos, aqueles cuja lei não alcança nem protege" (2009, p. 237).

26. Estavam em voga as ideias de dessacralização do ilícito penal e das medidas repressivas (Thomasius), intervenção mínima e proporcionalidade (Beccaria e Verri), bem como críticas baseadas na constatação da seletividade do sistema e necessidade de garantia de direitos fundamentais previamente ao direito de punir (Marat). Paralelamente ao movimento humanista, a guinada jurisprudencial dos tribunais seculares foi motivo para o declínio do sistema inquisitório confessional, levando, inclusive, a alterações na legislação da época (NASPOLINI, 2006, p. 214-216).

27. Entretanto, é de se observar que a principal ofensiva contra a Inquisição, no caso Português, veio da própria Igreja, como no caso de Antônio Vieira (NOVINSKY, 1997). As

so (confessional), ao mesmo tempo em que foi criado o modelo inquisitorial laico. As reformas oitocentistas no discurso penal e processual penal, ponto máximo do processo que se inicia no século XVI, apesar de estabelecerem co-

---

ofensivas eram movidas por razões de pragmatismo político, como afirma Magalhães: "la lucha sin tregua tuvo el liderazgo del gran escritor Padre António Vieira. El político y diplomático empeñado en la restauración dinástica y en la liberación del Brasil de los flamencos del Norte, va a pasar por las cárceles de la Inquisición de Coimbra, como visionario y mesiánico autor. Eso le incitará a ir más adelante, en su *fuite en avant*, en el esoterismo de una História do Futuro. Sintió en su orgullo y en su carne la injusticia y los prejuicios de la Inquisición, y no lo perdonó. Apoyado en una buena parte de la Compañía, utilizando como carta de triunfo en la Corte papal el prestigio que le distinguía como extraordinario orador sagrado, jugando con las debilidades de un poder real enflaquecido e inseguro, ataca y, al menos por un momento, sale vencedor. Hace la prueba de la iniquidad estructural del tribunal. Apunta los maléficos efectos del laberíntico procedimiento que puede conducir ala condenación de inocentes. A él y a los suyos se debe la interrupción de la actividad decidida por el papa en 1674. Va a perder, por fin, en 1681, y a retomar sus tareas de misionero y de visionario en el remoto Amazonas. Pero hirió definitivamente la fama de la Inquisición. Vieira ha visto un problema fundamental. Como ha escrito muy temprano, en 1642, no se percibe por qué Portugal, país todo basado en el comercio, persigue a los mercaderes. Y la verdad, indudable, es que de aquí ha resultado una de las razones explicativas del retraso económico portugués. Porque, al tiempo que la Inquisición incrementaba las persecuciones, el Estado, necesitado de apoyo internacional para la lucha contra Castilla (1640-1668), abría la puerta a la instalación de los ingleses en Portugal. Esto se ha traducido en la venida de mercaderes, comisarios y agentes de las casas comerciales británicas, sin peligro de confiscación de bienes por razones de religión. Los ingleses estaban por allá unos años y regresaban a su patria con las ganancias que no reinvertían en Portugal. Y así pasó mientras fueron perseguidos los cristianos nuevos, hasta 1765, cambio consolidado por la ley de indiscriminación del marqués de Pombal, de 1773" (1992, p. 88).

O que não deveria ser tido por estranho, pois a disputa, como no caso da Inquisição Espanhola, era interna à própria Igreja, como afirma Acha: "sólo recordaremos que el Santo Oficio no iba dirigido contra los judíos sino contra los malos cristianos – de este origen – que traicionaban su fe, pública o secretamente, y que los mayores enemigos de éstos, sus delatores y principales perseguidores, fueron sus hermanos de raza, los conversos cristianos ortodoxos, que así reaccionaban contra quienes, por su conducta, ponían en duda la veracidad de su conversíon" (1991, p. 292).

E ainda, como destaca Novinsky: "o confronto das fontes documentais manuscritas confirma as opiniões do padre Antônio Vieira e de vários prisioneiros da Inquisição portuguesa, de que a perseguição aos portugueses de origens judaicas, cripto-judeus ou não, foi um fenômeno político, com implicações econômicas, que se apoiava em um racismo organizado e legalizado. O ato da conversão forçada de todos os judeus ao catolicismo já foi um ato eminentemente político, apesar de todas as alegações de ordem religiosa fornecidas pelos reis Católicos e por D. Manuel" (1998, p. 306).

mo variável fundamental a secularização, com a radical separação entre direito (delito) e moral (pecado), não lograram exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal do Ocidente. Em síntese, vivemos a laicização da inquisição que, embora laica, manteve sua influência (CARVALHO, 2005, p. 229-252)[28-29].

Por sua vez, como destaca Leonardo Boff, o surgimento da Inquisição dependeu das próprias relações internas da Igreja. O conceito de hierarquia foi responsável pela diferenciação tanto entre os membros da comunidade religiosa quanto entre estes e os chamados leigos. Os clérigos eram considerados os portadores da verdade real revelada, enquanto os leigos deveriam se submeter a sua condição. Portanto, na base do sistema de poder do inquisitorialismo está o autoritarismo, marcado pela concentração dos meios de produção da verdade (BOFF, 1993, p. 22). Quanto maior a desigualdade verificada, mais acentuados serão os elementos inquisitórios regulando o sistema. Não é à toa que o sistema inquisitório foi fortemente revisitado durante os regimes autoritários do nazifascismo (BARREIROS, 1981) e das Ditaduras Latino-Americanas.

28. Com as *Ordonnances* (1670 e 1682) de Luís XIV obtém-se um modelo inquisitório não confessional de instrução criminal, que, com a recapacitação auferida por Napoleão, torna-se "o" sistema processual penal – "o mito escolástico foi retrabalhado, reformado, retranscrito, mas não demolido" (CARVALHO, 2005, p. 251).

29. Pode-se sugerir que uma das razões da permanência do sistema inquisitório se deva, talvez, ao próprio deslocamento provocado pela censura da Inquisição que permitia a circulação de obras técnicas, e nesse contexto contribuía para a construção de uma técnica preocupada em instrumentalizar a perseguição de criminosos, sem contestar o próprio poder punitivo. Como afirma Cora: "la impresión que se obtiene del rastreo de las censuras del Santo Oficio durante los siglos XVIII y XIX es que los libros jurídicos no sufren una persecución excesiva, si se comparan con los que se ocupan de temática religiosa, teológica o moral. De hecho, como ha podido verse, los reproches de los censores a los libros de o sobre cuestiones penales, se agudizan cuando se pone en tela de juicio un axioma moral católico, pero se retraen al ocuparse de problemas relacionados con la estricta técnica jurídica" (2005, p. 102). Desse modo: "el Santo Oficio persigue los libros jurídicos por su contenido ideológico, político o moral, mas no se adentra en disputas técnicas sin repercusión teológica ni se arroga en ellas autoridad que sobrepuje. Si la obra se ciñe al campo concreto de su precisión técnico-jurídica, sin cuestionar el modelo ideológico, político o social tradicional, el Santo Oficio lo reconoce como ámbito de no intervención. Si la crítica del libro sobre materias criminales desmorona los fundamentos del Antiguo Régimen, lo que es decir de una estructura política e institucional concreta: la Monarquía y la Iglesia, la potestad civil y la eclesiástica – como tantas veces se dice, al fundar su secuestro; en tal caso las expurgaciones y prohibiciones inquisitoriales se encienden y producen sus efectos" (2005, p. 102).

No entanto, é de se observar que a permanência da lógica inquisitorial não é apenas um resquício do passado que não foi superado pela Modernidade. Há muito que refletir sobre o fato de que a Inquisição foi um fenômeno marcado pelo Colonialismo e que decorreu de uma das faces da própria Modernidade. Ao mesmo tempo que o racionalismo destruía antigos preconceitos, sua junção com a prática colonial manteve e fez nascer novas hierarquias, justificando práticas de violência. A razão destruía culturas e povos, hierarquizando "visões de mundo", ao mesmo tempo em que expropriava os saberes tradicionais. Em sociedades coloniais, onde a colonialidade do saber hierarquiza a produção da verdade, os momentos de autoritarismo político ou social fazem reviver características marcantes do sistema inquisitório (ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016).

Ainda hoje, o núcleo inquisitorial é um fantasma que assombra nossos sistemas jurídicos. Porém, ele não se apresenta sob sua forma clássica, mas de maneira atualizada. Ele não se encontra sacralizado, é laico. Ao mesmo tempo, combinou-se em formas cada vez mais burocratizadas de decisão e sempre marcadas pela racionalidade técnica, indiferente aos seus efeitos sociais na destruição de formas horizontais de convivência e dos direitos humanos.

Para identificar a manutenção da Inquisição, é necessário identificar a presença de seu núcleo fundamental nos múltiplos espaços dos sistemas penais. Ainda hoje, constata-se a tentativa dos sistemas jurídicos de monopolizar verticalmente a produção da verdade. O mito da verdade real apenas incentiva a busca da verdade a qualquer custo, desconsiderando eventuais discrepâncias e atropelando direitos fundamentais (BOFF, 1993). De forma circular, esse mito somente pode ser criado em um sistema em que a verticalidade das relações de poder seja a tônica. Porém, a mesma verdade buscada a qualquer custo é a verdade esquecida cotidianamente.

As características do sistema acusatório encontram-se presentes em nosso sistema penal como exceção, e não como regra. A manutenção de um forte sistema policialesco sem controle judicial efetivo leva à confusão entre os papéis de policiar, de investigar e de julgar. O maior exemplo disso é a manutenção da estrutura do inquérito como investigação preliminar. Como o próprio nome diz, o inquérito é pura manifestação do sistema inquisitório, e grande parte da nossa doutrina parece achar isso natural e aceitável. Pior ainda é o fato de que o inquérito é um sistema de registro que, de fato, não contém o registro das práticas policiais de assujeitamento cotidiano que fazem produzir a informação levada somente *a posteriori* e de forma limitada. O inquérito apenas registra a ponta do *iceberg* do Estado Policial que se move em práticas de exceção. A interpretação restritiva da existência de direitos dos acusados na fase de investigação apenas convalida o modo como o Poder Judiciário mantém-se distante,

mas não equidistante no controle da violência institucional (GALTUNG, 1971, p. 73-76). Na prática, esse mesmo modelo é responsável pela validação, sem filtro constitucional, das provas colhidas sob coação, às quais, subjetivamente, embora nem sempre explicitamente, os juízes se vinculam com a valorização da atividade de perseguição aos criminosos e, burocraticamente, nada dizem sobre o cotidiano das investigações (GARCIA, 2015; DUARTE et al., 2014).

Em síntese, na prática, o sistema processual se fragmenta (ou seja, tende a irracionalidade, dadas as condições de não formalização de todas as práticas de investigação) e, em linhas gerais, bifurca-se, (re)produzindo os padrões de uma sociedade que se organizou para manter hierarquias coloniais.

Portanto, o sistema processual penal brasileiro, para a maioria esmagadora da população, é inquisitório. Aqui as características inquisitórias são atualizadas e reprogramadas, mas o núcleo-base do sistema é o mesmo. A Constituição como esperança negada de cidadania paira sobre a realidade. Nem folha de papel nem carta de intenção, mas manifestação política democrática usurpada pela prática institucional autoritária.

5. A ausência de direito de defesa como núcleo do sistema inquisitório do ponto de vista do acusado

Como o inquisitorialismo poderia sobreviver em sistemas nos quais se constata a existência de procedimentos e de autoridades investidas para cumpri-los? Essa pergunta, de fato, tem sido utilizada como justificativa para que se defenda (absurdamente) a constitucionalidade de práticas processuais quando apenas se identifica o aparente cumprimento de regras procedimentais. O esvaziamento do procedimento de suas funções constitucionais, como anotamos, é uma constante, sendo propagado mediante atividades acadêmicas e doutrinárias.

A propósito, Luigi Ferrajoli formulou um Sistema de Princípios Garantistas, decorrente da experiência constitucional dos Estados ocidentais modernos, capaz de representar "um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade" (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Tal sistema é composto de dois elementos: um relativo à definição legislativa, correspondente ao conjunto de garantias penais, e outro relativo à comprovação jurisdicional do desvio punível, correspondente ao conjunto de garantias processuais. Obviamente, tanto as garantias penais quanto as processuais valem não apenas por si mesmas, mas também como garantia recíproca de efe-

tividade. Historicamente, esquemas e culturas penais e processuais penais são sempre conexos entre si, pois sempre há um nexo entre lei e juízo (FERRAJOLI, 2002, p. 30-432).

No plano das garantias processuais, o reconhecimento de um sistema penal garantista depende da separação entre dois conceitos de jurisdição, que permitem identificar a disjunção entre forma e conteúdo do ponto de vista processual: a) a jurisdição em sentido lato – que comporta três teses centrais – não há pena, não há crime e não há culpa sem juízo; b) a jurisdição em sentido estrito – que também comporta três teses centrais – não há processo sem acusação, sem prova e sem defesa. Portanto, há jurisdição lata, inclusive, no modelo inquisitório de processo penal. Porém, a jurisdição estrita ocorre apenas no modelo acusatório, embora tenha um sentido ainda mais restrito que esse conceito (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

De fato, pode-se falar ainda em garantias orgânicas e procedimentais. São orgânicas as garantias relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo (a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal). São procedimentais:

> [...] as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão judicante, tais como: a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciários e outros (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

Novamente há aqui uma importante distinção: as garantias orgânicas são exigidas para todo tipo de juízo, inclusive não penal, e integram a submissão à jurisdição em sentido lato. As garantias procedimentais, ao definirem especificamente o modelo cognitivo do juízo, integram, ao contrário, a submissão à jurisdição em sentido estrito.

No plano processual, o Garantismo, como modelo normativo de direito, funda-se em garantias procedimentais, sobretudo naquelas referentes à jurisdição em sentido estrito, que são garantias relativas à formação do juízo. Delas decorre um modelo de Direito Penal Mínimo no qual prevalece uma verdade mínima, que rejeita critérios substancialistas na definição do delito, tais como "o réu é inimigo do povo", ou critérios "de valor", tais como "o réu deve ser condenado para satisfação do interesse público". Ao contrário, o fundamento do Poder Judiciário estaria na "verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a

base dos próprios provimentos". De tal modo que a verificabilidade e verificação das motivações são as condições constitutivas da estrita legalidade e da submissão à jurisdição das decisões judiciárias (FERRAJOLI, 2002, p. 434-437).

Desse modo, sob o ponto de vista do acusado, o raciocínio formulado por Ferrajoli destaca o que propomos identificar como núcleo fundante do inquisitorialismo: a ausência de direito de defesa. Apesar de farta doutrina em outro sentido[30], entendemos que os outros elementos do sistema inquisitório são apenas manifestações da ausência de direito de defesa, quando considerado o mesmo sistema inquisitório sob outros pontos de vista. Conforme o célebre adágio: quem tem o juiz como acusador, precisa de Deus como advogado (RADBRUCH, 1999)[31].

30. Veja-se a síntese em Marcos e Santiago Neto: "segundo a doutrina majoritária, o que diferencia o modelo inquisitório dos demais modelos processuais penais de partes é a gestão da prova, se a prova é gerida pelas partes teremos um modelo não inquisitorial, caso tenhamos a prova nas mãos do juiz, estaremos diante de um modelo inquisitório. Assim, o procedimento inquisitório é realizado centralizado na figura de um sujeito principal a quem compete a produção da prova e o julgamento, podendo ou não ter outros sujeitos que terão atuação em plano secundário. Por sua vez, a marca do processo não inquisitorial é sua realização mediante o *actus trium personarum*, ou seja, a decisão é construída entre autor, réu e julgador, que atuam em plano de igualdade na construção do provimento. Assim, a decisão penal no modelo democrático é fruto da construção endoprocessual através da atuação conjunta e paritária das partes e do julgador no mesmo palco e em condições de igualdade de diálogo" (2015, p. 381-382). Importante destacar que muitos dos argumentos para caracterizar o processo penal como inquisitório, distanciando-o do processo civil, são, de fato, válidos do ponto de vista normativo para ambos, o que leva Mendes a afirmar que "seja no âmbito do processo civil ou no do processo penal, o juiz tem a atribuição concedida por lei, e assim entendida pela doutrina, de decidir livremente sobre os conflitos de interesses levados a sua apreciação. Complementarmente, a seu livre convencimento, a iniciativa probatória também é consagrada ao juiz pela doutrina e pela lei, o que reforça sua autonomia decisória sobre o processo. Tais prerrogativas dos julgadores, entretanto, trazem à tona aspectos inquisitoriais identificáveis em todos os ramos do processo judicial brasileiro, contrariando a visão naturalizada dos operadores, descrita acima, acerca da classificação do processo judicial brasileiro, que concebe o processo civil como 'acusatório' e o processo penal como 'inquisitório' ou 'misto', sem estranhar que o desfecho do processo, em qualquer das suas modalidades, ocorre em circunstâncias nitidamente inquisitoriais, ancoradas no livre convencimento do juiz e em sua iniciativa probatória" (2010, p. 448). Infelizmente, apesar da semelhança normativa, como argumentamos no texto, a diferença está, de fato, na posição do acusado no processo penal. As peculiaridades do impacto da iniciativa probatória na esfera penal e de sua repercussão jurídica e social sobre a pessoa do réu precisam ser reconhecidas.

31. Uma breve apresentação histórica demonstra que o receio por parte dos réus em relação aos juízes (extensivo aos acusadores e aos investigadores) não deve ser confundi-

O procedimento inquisitório, como afirma Marcos, caracterizou-se:

> [...] porque el acusado carecía de las más elementales garantías para demostrar su inocencia. No había en la jurisdicción inquisitorial ningún mecanismo de defensa (salvo la observancia escrupulosa de los jueces en la ejecución técnica de cada una de las fases del proceso), y se usaba la tortura (al igual que en el procedimiento ordinario, fuertemente influenciado por el Derecho canónico) para obtener la confesión del acusado, que constituía la prueba por excelencia, si bien la confesión obtenida mediante tortura había de ser ratificada después (2000, p. 184).

Mauro Fonseca Andrade (2013) rejeita o direito à defesa como "elemento fixo" do sistema inquisitório. Segundo os argumentos do autor, "em maior ou menor medida, ao imputado era autorizado poder se defender de alguma forma" (ANDRADE, 2013, p. 377). Dessa forma, defende o autor que a ausência de contraditório não era absoluta, e algumas legislações inclusive tinham a finalidade de garantir maior proteção ao imputado.

Todavia, o simples fato de algumas mudanças terem garantido um "*proto*-contraditório", ou maior proteção ao acusado (em comparação com o que existia antes), não quer dizer que era possível o exercício do direito de defesa de maneira efetiva e em paridade de armas.

---

do com a mera crítica à falta de correição moral de alguns deles ou com as alegações processuais de suspeição ou de impedimento. Ao invés disso, esse receio pressupõe que eles sejam corretos moralmente, sem que isso melhore significativamente a sorte dos acusados diante do Poder. No que se refere à delação, é necessário que se frise, desde já, um ponto central sobre a relação dos Juízes no jogo processual: por que juízes não podem jogar como os demais jogadores? Porque jogadores trapaceiam. Simples assim. Em termos históricos, talvez isso não seja tão simples como deveria ser, pois os juízes costumam trapacear em nome de ideais muito nobres, como a fé em um Deus Misericordioso, ou como o ideal de Justiça Transcendente, ou como os Interesses Coletivos, Públicos ou Sociais que seriam mais importantes do que a defesa de um acusado. Por isso é tão perigoso permitir que juízes joguem como jogadores, ao invés de apenas fiscalizar a disputa. Como advertem Marques e Santiago: "a manutenção de escopos metajurídicos ao processo penal fomenta a centralização das funções nas mãos do julgador e mantém o juiz como responsável a buscar objetivos que não podem ser alcançados pelo processo. Dessa forma, acaba por favorecer a manutenção de uma cultura inquisitorial e, o que é ainda mais perigoso ao Estado Democrático de Direito, da mentalidade inquisitória de seus sujeitos que se acostumaram a serem conduzidos por um ente superior que busca atingir aos anseios meta-jurídicos que foram indevidamente inseridos como sendo objetivos do processo" (2015, p. 393).

O direito à ampla defesa é o núcleo fundante das garantias procedimentais em sentido estrito. Ele mantém relação bem particular com a igualdade, em sua dimensão formal e material. Infelizmente, sob a influência da doutrina civilista, o debate sobre esse tema ficou subsumido em questões de ordem aparentemente analítica de sua diferenciação do direito ao contraditório, ou seja, a questão insolúvel era saber se este derivaria da ampla defesa ou vice-versa. Ao observar que ambos os direitos têm em sua estrutura uma ideia comum de informação e reação, restaria difícil compreender qual seria, portanto, a especificidade da ampla defesa (FERNANDES, 2012).

Não obstante, a linguagem cotidiana ainda guarda uma diferenciação importante quanto ao lugar que a ampla defesa ocupa na formação do sistema de garantias processuais. Diz-se, comumente, que o acusado tem direito ao contraditório e à ampla defesa, mas não se repete a mesma expressão quando se fala da acusação. Obviamente, a acusação tem direito apenas ao contraditório. De igual modo, não faz sentido alardear algum tipo de desigualdade material em relação à acusação, vez que, ao contrário do acusado, ela dispõe de recursos e de uma posição estrutural de vantagem. Entretanto, é perfeitamente razoável aceitar a alegação de que há um desequilíbrio formal em relação ao tratamento dado pelo juiz à acusação, por exemplo, ao conferir prazos distintos.

A diferenciação entre desigualdade formal e material é estrutural em diversas áreas do direito (DUARTE, 2007). Assim, por exemplo, o Direito Trabalhista parte da existência de um desequilíbrio decorrente da hipossuficiência do empregador diante do empregado, e do mesmo modo, o direito consumerista reconhece a posição de vantagem do fornecedor de bens e serviços em relação ao consumidor. *Grosso modo*, pode-se afirmar que tais ramos do direito projetaram institutos jurídicos para, ao incidirem no âmbito do processo, produzirem efeitos sobre uma desigualdade fática e estrutural de uma relação que, efetivamente, decorre das relações sociais.

No caso do processo penal, há uma peculiaridade importante que o direito à ampla defesa revela. A desigualdade vivenciada pelo acusado tem natureza semelhante, mas paradoxalmente distinta. A desigualdade vivenciada pelos acusados em geral decorre da aplicação do direito, ou melhor, da captura do acusado por um sistema de poder que se justifica atualmente por pretender aplicar o direito penal. A ameaça de incidência do direito penal sobre um indivíduo, especialmente pela tomada de seu corpo com a privação de liberdade e a exposição de sua honra ao exame público, desencadeia contra ele uma série de privações imediatamente mensuráveis, tais como a diminuição do seu padrão alimentar, o aumento do risco de contração de doenças, a exposição ao ambiente de violências físicas, bem como um outro sem número de priva-

ções prováveis, embora nem sempre mensuráveis, tais como os danos psicológicos, a ruptura dos laços de convivência social, a perda da autoestima, etc. O sistema jurídico, em sua dimensão prática e institucional, ao incidir sobre determinados indivíduos, bastando a mais leve suspeita de incidência, confere-lhes um novo *status* social. Esse *status* social é, portanto, constituído por e, ao mesmo tempo, constituidor de um lugar de hipossuficiência (BARATTA, 1991; 1993).

Pouco importa se não há distinções reais entre infrações civis e penais, pois a transformação legal de comportamentos civis em penais gera novas dimensões aos efeitos sociais decorrentes da atribuição da etiqueta de suspeito ou acusado. Nesse sentido, o acusado sempre será uma vítima do sistema penal, independentemente do crime que possa ter praticado ou da pena que se pretenda ser merecida. Não por acaso, as definições do direito à ampla defesa fazem referência expressa ao tema do direito à prova legitimamente obtida, recordando séculos de condenações injustas resultantes de processos em que a prova era produzida sob formas variadas de coação, e ao tema do direito da defesa técnica, recordando os milhares de processos nos quais os réus foram condenados sem que pudessem questionar minimamente os procedimentos legais utilizados.

O direito à ampla defesa intenta blindar o acusado das violações de direitos atuais e potenciais que a atribuição da condição de acusado gerou. A ampla defesa é a resposta à desigualdade material gerada pela incidência do sistema jurídico sobre determinadas pessoas. O mesmo sistema jurídico que produz uma desigualdade necessita reequilibrar os dois polos envolvidos para, assim, garantir a igualdade. A ampla defesa trata de uma hipossuficiência que remonta à estrutura da guerra de onde nasce, de fato, o direito de punir (BARATTA, 1993; BARRETO, 1926). Ela garante direitos àqueles que, por serem considerados inimigos do Estado, já foram, de fato, vencidos, em face da magnitude dos meios e dos recursos monopolizados pelos órgãos públicos.

Não obstante, a manutenção dos elementos centrais do sistema inquisitório tem contribuído para a formação de um sistema em que o direito de defesa do acusado é mitigado a ponto de ser considerado inútil e inexistente. Dentre estes elementos, o segredo e a escritura assumem função central, por negarem a possibilidade de contestação aos fatos denunciados. Também a concentração dos poderes de acusação nas mãos do juiz e sua iniciativa probatória ferem a igualdade entre as partes. A partir do momento em que aquele que julga é também quem acusa e quem propõe a prova, fica impossibilitada e inutilizada qualquer tentativa de defesa por parte do acusado, uma vez que o julgador está predisposto a sua condenação. Não existe, neste sistema,

o pressuposto fundamental da imparcialidade do julgador, pois este dificilmente assumiria que acusou injustamente. Sendo assim, além de impossível, mostra-se também inútil qualquer tipo de defesa por parte do acusado. Da mesma forma, a ausência de advogado prejudica o acusado, que se vê na posição de usar apenas sua autodefesa. Qualquer de suas afirmações é usada contra ele, e não existe defesa técnica para aconselhá-lo e defendê-lo de maneira mais adequada.

6. Conclusão

Como se tentou demonstrar neste artigo, a análise histórica, embora mal utilizada pela maior parte da dogmática jurídica, pode oferecer aparato de extrema utilidade para a análise dos sistemas processuais atualmente aplicados, desde que aplicado o devido filtro de historicidade apto a garantir validade científica às informações. Nesse sentido, a construção de "tipos ideais", embora não seja imune a críticas, cumpre o papel de orientar o método comparativo entre as linhas gerais de uma manifestação histórica com o modelo atualmente utilizado.

O que se concluiu é que as manifestações básicas do sistema inquisitório não se encontram superadas. Pelo contrário, elas apenas são interpretadas e reinseridas no sistema sob outras roupagens e denominações, o que reforça a necessidade de compreensão dos núcleos essenciais do sistema inquisitório em distinção ao sistema acusatório.

A doutrina tradicional aponta a referida distinção na separação entre os órgãos de acusação e de julgamento e na iniciativa da ação penal. Todavia, tal distinção acaba por ser limitar ao ponto de vista orgânico e distribuição de competências, ignorando qual é a distinção de fato percebida pelo acusado. Dessa forma, defendeu-se que o núcleo do sistema do ponto de vista do acusado é a ausência do direito de defesa.

Enfim, a distinção entre sistema inquisitório e sistema acusatório é mais do que um jargão utilizado no cotidiano dos fóruns e nas salas de aula. Trata-se de um espaço de compreensão da própria historicidade e facticidade da violência institucional. Apesar de existirem outros elementos centrais quando o sistema é analisado sob pontos de vista diversos, para o acusado a centralidade da distinção se encontra na ausência de direito de defesa. Essa centralidade recupera, do ponto de vista dogmático processual, o tema da desigualdade material, em seus múltiplos desdobramentos, e, ao mesmo tempo, mantém em nossa consciência o ponto de vista daqueles que são submetidos a formas de violência institucional.

7. Referências bibliográficas

ACHA, Jaime. La limpieza de sangre. *Revista de la Inquisición,* v. 1, p. 289-308, 1991.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica:* escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARGOLO, Pedro; DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa. A hipótese colonial, um diálogo com Michel Foucault: a Modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. *Universitas Jus,* v. 27, n. 2, 2016.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da modernidade:* direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal:* introducción a la sociologia jurídico-penal. Tradução de Alvaro Bunster. México: Siglo Veinteuno, 1991.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 44-62, 1993.

BARREIROS, José Antônio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981. v. 1.

BARREIROS, José Antônio. *Sistema e estrutura do processo penal português,* 1997.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos:* fundamentos do direito de punir. Sergipe: Editora do Estado de Sergipe, 1926.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição*. Brasília, Série Pensando o Direito n. 1/2009.

BOSI, Alfredo. Cultura como tradição. In: BOSI (Org.). *Literatura brasileira:* tradição/contradição. São Paulo: Ática, 1987.

BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOSI, Alfredo. Plural, mas não caótico. In: BOSI (Org.). *Literatura brasileira:* temas e situações. São Paulo: Ática, 1987.

CARVALHO, Salo. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais,* v. 2, ano 2, n. 2, p. 229-252, jan.-jun. 2005.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. *Brasil*: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

CÁRDENAS, Héctor Gildardo C. El concepto de tipo ideal y la construcción de modelos para el cambio organizacional. *Revista de Administración Pública,* n. 40, 1979.

CORA, Enrique Álvarez. El derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio. *Revista de la Inquisición:* (intolerancia y derechos humanos), n. 11, p. 91-106, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DUARTE, Evandro C. Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2007.

DUARTE, Evandro C. Piza. *Criminologia & racismo*: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2002.

DUSSEL, Enrique D. *1492, o encobrimento do outro:* a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique D. Ética da *libertação*. Petrópolis: Vozes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2012.

FERNANDES, Alécio Nunes. A construção da verdade jurídica no processo inquisitorial do Santo Ofício português, à luz de seus regimentos. *Revista História & Perspectivas,* v. 26, n. 49, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil,* 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1990.

GALTUNG, Johan; HÖIVIK, Tord. Structural and direct violence: a note on operationalization. *Journal of Peace Research* 8.1 (1971): 73-76.

GARCIA, Rafael de Deus. *O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial:* gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas. Mestrado em Direito. Brasília: UnB, 2014.

GONÇALVES, Francysco; TEIXEIRA, João. As evoluções históricas e a "historiografia" dos juristas. *Revista de Informação Legislativa,* ano 52, n. 206, p. 137-146, abr.-jun. 2015.

GRAMSCI, Antônio. *Os intelectuais e a organização da cultura.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre, v. 39, 2003.

HENNINGSEN, Gustav. ¿Por que estudiar la Inquisicion? Reflexiones sobre historiografia reciente y el futuro de una disciplina. *Revista d'Història Moderna,* 1988, (7): 35-49, 45.

HESPANHA, Antônio. *História do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1982.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal:* um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo. 2010. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo.

JESUS, Maria et al. *Prisão provisória e Lei de Drogas:* um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de Estudos da Violência, São Paulo, 2011.

KARAM, Maria Lucia. "Guerra às drogas" e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). *Estudos críticos sobre sistema penal:* homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZé, 2012.

LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor:* ensaio sobre a ordem dogmática. Colégio Freudiano do Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOPEZ, José Luis Cortés. Los esclavos y la Inquisición (Siglo XVI). *Studia historica: Historia moderna*, n. 20, 1999, p. 217-240.

MAGALHÃES, Joaquim Romero. La inquisición portuguesa: intento de periodización. *Revista de la Inquisición:* (intolerancia y derechos humanos). n. 2, 1992, p. 71-94.

MAIA, Luciano Mariz. *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil de hoje:* à luz do direito internacional dos direitos humanos. 2006. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.

MARCOS, Regina María Pérez. Derechos humanos e Inquisición: ¿conceptos contrapuestos? *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)*. n. 9, 2000, p. 181-190.

MARÍN, José María Garcia. *Inquisición y poder absoluto* (*siglos XVI-XVII) Universidad de Córdoba*, *Derecho y Opinión* 0, 131-139 (1992).

MARQUES, Leonardo; NETO, José. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 15, n. 2, p. 379-398, 2015.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 3, p. 447-482, jul. 2012.

NASPOLINI, Samyra. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NOVINSKY, Anita. A inquisição portuguesa a luz de novos estudos. *Revista de la Inquisición*, v. 7, p. 297-308, 1998.

PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. *Revista da Faculdade de Direito UFPR* 61.3 (2016): 213-231.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 56, 2010.

PORTUGAL, Ana Raquel Marques da Cunha et al. A inquisição espanhola e a bruxaria andina: evangelização e resistência. *Revista de História Regional*, v. 4, n. 2, 2007.

PRANDO, C. C. M. *O saber dos juristas e o controle penal:* o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROESLER, Claudia Rosane. O renascimento da retórica e a reabilitação da filosofia prática. *Revista Direito em Debate* 10.15 (2013).

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SALDANHA, Nelson. O Poder Judiciário e a interpretação do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* v. 31, n. 30-31, p. 47-59, 1988.

SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan.-fev. 2015.

SÓFOCLES. Édipo-Rei. Pará de Minas: VirtualBooks, 2002.

VAINFAS, Ronaldo. A problemática das mentalidades e a inquisição no Brasil Colonial. *Estudos Históricos*, v. 1, 1988.

VAINFAS, Ronaldo. História cultural e historiografia brasileira. *História Questões & Debates,* v. 50, 2009.

VAINFAS, Ronaldo. Idolatrias e milenarismos: a resistência indígena nas Américas. *Revista Estudos Históricos*, v. 5, n. 9, p. 29-43, 1992.

VARGAS, Beatriz. *Política de drogas no Distrito Federal*. Tese Doutorado em Direito, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2012.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2008.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no estado de direito:* o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. Brasília: Dissertação de Mestrado em Direito, UnB, 2017.

WEBER, Max. *Ciência e política:* duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, ano 28, n. 28, p. 55-67, 1994-1995.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo, de Marta Saad e Diogo Rudge Malan – *RT* 842/413-436 e Doutrinas Essenciais Processo Penal 1/289-320 (DTR\2005\831);
- Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, de Fredie Didier Jr. – *RePro* 198/213-226 e Doutrinas Essenciais de Processo Civil 1/1347-1359 (DTR\2011\2319);
- Processo penal e história - A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo, de Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares – *RBCCRIM* 114/379-412 (DTR\2015\9155).

A prisão cautelar no direito brasileiro: uma ampliação *ope iudicis* a partir de uma visão da nova hermenêutica constitucional

The precautionary arrest in Brazilian law: an enlargement ope iudicis *from a view of the new constitutional hermeneutics*

Júlio César Matias Lobo

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus. Especialista em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela mesma Faculdade no ano de 2009. Graduado em Direito pela Faculdade Christus no ano de 2002. Defensor Público do Estado do Ceará desde o ano de 2008. Professor na Faculdade Católica Rainha do Sertão.
julio.lobo@defensoria.ce.def.br

Renata Albuquerque Lima

Pós-doutora em Direito pela UFSC. Doutora em Direito pela UNIFOR. Mestre em Direito pela UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE). Professora Adjunta do Curso de Direito da UVA. Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da FLF. Professora da Graduação e do Mestrado em Direito da Unichristus. Advogada.
realbuquerque@yahoo.com

Recebido em: 31.08.2017
Aprovado em: 01.12.2017
Última versão dos autores: 18.12.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O trabalho pretende estudar o alargamento indevido das prisões cautelares *ope iudicis*, e não *ex lege*, como deveria ser em matéria penal. Essa ampliação se dá, sobretudo, em razão da utilização indevida e equivocada de teorias estrangeiras, sem a correta e a necessária observância dos pressupostos estruturais de sua aplicação, como se a mera referência a elas fosse suficiente para legitimar a decisão adotada, como ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal (STF),

Abstract: The work intends to study the undue enlargement of the precautionary prisons of *ope iudicis* and not *ex lege* prisons, as it should be in criminal matters. This application is mainly because of undue and wrong use of foreign theories, without the correct and necessary observance of the structural presuppositions of its application, as if the mere reference were enough to legitimize the adopted decision, as occurred in the judgment of the *Habeas Corpus* 126.292 by the Federal Supreme Court (FSC), which used

Lobo, Júlio César Matias; Lima, Renata Albuquerque. A prisão cautelar no direito brasileiro: uma ampliação *ope iudicis* a partir de uma visão da nova hermenêutica constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 209-239. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

que empregou a teoria interpretativista de Ronald Dworkin e a própria ideia do neoconstitucionalismo de forma equivocada e indevida, e que o resultado alcançado acabou por criar uma terceira espécie de prisão cautelar não prevista na legislação infraconstitucional e a violar o próprio texto constitucional, cuja violação partiu justamente de quem tem a nobre missão de preservá-lo. Daí a necessidade de um estudo aprofundado e crítico do entendimento adotado. A pesquisa será de natureza bibliográfica, com leitura especializada da doutrina sobre o tema e análise dos votos vencedores do julgamento do referido *habeas corpus*.

Palavras-chave: Prisão cautelar – Neoconstitucionalismo – Pós-positivismo – Crítica.

Ronald Dworkin's interpretative theory and the very idea of neoconstitutionalism in a wrong and undue way, and that the result achieved created a third kind of precautionary prison not provided in the infraconstitutional legislation and to violate the constitutional text itself, whose violation was due precisely to those who have the noble task of preserving it. Hence the need for an in depth and critical study of the understanding adopted. The research will be of bibliographic nature with specialized reading of the doctrine on the subject and analysis of the votes winning the judgment of said *habeas corpus*.

Keywords: Precautionary prison – Neo-constitutionalism – Post-positivism – Criticism.

Sumário: 1. Introdução. 2. Movimento de ampliação do direito constitucional de ir e vir por opção legislativa (*et lege*). 3. A ampliação da prisão cautelar como opção judicial (*ope iudicis*) e a importação de teorias ou ideologias estrangeiras. 3.1. Análise dos votos "vencedores" do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução

Recentíssimo estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em janeiro de 2017 demonstra que o Brasil possui 654.372 presos, sendo 221.054 provisórios, que representam 34% do total da população carcerária, e 433.318 condenados, que abrangem os 66% restantes. No Ceará, existem 12.103 presos, sendo 8.099 provisórios, que representam 66,92% do total. Isso depois de realizados vários mutirões carcerários para reduzir o contingente de presos provisórios no Brasil, por conta das rebeliões nos estados de Roraima, Manaus e Rio Grande do Norte.

A pesquisa revelou, ainda, que o estado do Ceará tem 4.621 presos provisórios com mais de 180 dias de prisão, que representam 58% do total de presos, e 3.393 presos provisórios com até 180 dias, que representam 42% do total. Implica dizer que, em média, o acusado ficou preso cautelarmente 180 dias. O tempo médio de prisão cautelar no Ceará é de 389 dias.

Os números mostram, sem sombra de dúvida, o alto índice de presos provisórios no Brasil, e particularmente no Ceará, onde supera significativamente o de presos condenados. Uma simples leitura da Carta de 1988 serve para apon-

tar que algo está errado, e não é preciso muita inteligência para entender que há uma infinitude de compreensão acerca dos incisos LVII e LXVI do art. 5º da Constituição Federal conferida pelo Poder Judiciário.

Para o próprio desenvolvimento da ideia central do trabalho, serão analisados os votos "vencedores" no julgamento do Habeas Corpus 126.292, realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17.02.2016, tentando com isso denunciar que o alargamento das hipóteses de prisão cautelar ocorreu menos por opção legislativa (*ex lege*) e mais por opção judicial (*ope iudicis*), em razão da aplicação indevida e equivocada da teoria interpretativista de Ronald Dworkin e da própria ideia do neoconstitucionalismo.

Com outras palavras, o que se denuncia é a aplicação indevida de teorias importadas, sem a rigorosa observância dos pressupostos por elas exigidos para sua adequada utilização, na solução de todo e qualquer conflito jurídico. Esse equívoco, com a devida vênia, ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 126.292, resultando na criação de uma nova modalidade de prisão cautelar não autorizada pela lei, que só encontra ressonância no *ope iudicis*.

Para desenvolvimento do trabalho, inicia-se uma investigação sobre as modificações legislativas na tentativa de estimular a aplicação de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, iniciada com as Leis 9.099/95[1] e 10.259/2001, e se consolidou com a Lei 12.403/2011[2], que reduziu as espécies de prisões cautelares de cinco para somente duas, entre inúmeras outras alterações que favoreceram a concessão de liberdade provisória, tudo com o propósito maior de evitar o encarceramento provisório. Esse corte na história não desconhece a Lei 6.416/77, que ampliou a possibilidade de liberdade provisória sem fiança (CPP, art. 310, parágrafo único).

Apesar do avanço legislativo, não houve a necessária redução no índice de prisões cautelares. Por mais paradoxal que seja, houve, na verdade, o crescimento dessa modalidade de encarceramento, apesar da previsão legal de balizas delimitadoras das hipóteses de cabimento e aplicação, fato que levou o Conselho Nacional de Justiça a desenvolver a pesquisa citada e a realizar mutirões carcerários em todos os estados da Federação.

1. Eugênio Pacelli de Oliveira (2010) entende que a Lei 9.099/95 inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que, ao lado do modelo condenatório, teria o modelo consensual.
2. Ressalte-se, contudo, que a Lei 12.403/2011 não cuidou de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, é dizer, prisões penas, mas sim de prisões cautelares, temporária e preventiva, de natureza eminentemente instrumental.

Partindo dessas premissas, a estrutura do trabalho é bem simples, desenvolvendo-se em duas partes que se interligam: na primeira realiza-se uma pesquisa legislativa nos diplomas que foram promulgados para tentar reduzir as prisões. Essa postura legislativa de instituir medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, iniciada com a Lei 9.099/95, representou um rompimento com a ideologia tradicional até então vigente no tratamento das punições (LOPES JR., 2015). A Lei 12.403/2011 deu continuidade a essa ideologia.

Na segunda parte, destaca-se a atuação do Judiciário, que, na contramão legislativa, tem alargado, *sponte propria*, o cabimento de prisões cautelares, fruto de uma construção ideológica apoiada em uma liberdade que, longe de encontrar guarida na Ciência do Direito, pretende buscar consistência teórica e filosófica tanto no acolhimento e na aplicação (indevida) da teoria interpretativista de Ronald Dworkin quanto nas ideias do neoconstitucionalismo.

Fala-se em acolhimento e aplicação indevidos pelo fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) desprezar ao mesmo tempo os pressupostos de aplicação da própria teoria e desse movimento[3] e a ideia central de Konrad Hesse (1991) de que o texto constitucional traz uma necessária vinculação constitucional, é dizer, possui força normativa e não pode ser desprezado pelo aplicador, sob pena de desmoronamento do próprio sistema positivo, não superado pela atual corrente filosófica denominada de neoconstitucionalismo, que tem o pós-positivismo como seu marco filosófico, como tem defendido Luís Roberto Barroso (2005). Longe disso, os pilares fundamentais do positivismo jurídico ainda se encontram intactos e devem ser respeitados (STRECK, 2011a), embora não o tenham sido pelo STF.

A pesquisa desenvolvida é eminentemente bibliográfica, conduzindo-se mediante o estudo da literatura livresca sobre o assunto, especialmente a obra de Ronald Dworkin que trata da aplicação e sopesamento de princípios e o movimento do neoconstitucionalismo, e a análise dos votos vencedores no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17.02.2016, com o firme propósito de comprovar a tese central do trabalho: o alargamento das prisões cautelares tem ocorrido menos por opção legislativa (*ex lege*) e mais por opção judicial (*ope iudicis*), tomada de posição justificada a partir da aplicação indevida da teoria interpretativista de Ronald Dworkin e da aplicação acrítica do movimento neoconstitucionalista.

3. Na linha de raciocínio do prof. Humberto Ávila (2009), o neoconstitucionalismo está menos para uma teoria jurídica ou método e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira.

Desde logo, pede-se a compreensão do leitor para os limites do trabalho, que não se propõe a analisar todas as teorias estrangeiras recepcionadas e aplicadas equivocadamente pelos operadores do Direito, mas somente a alertar para o uso indevido da teoria interpretativista de Ronald Dworkin e do movimento neoconstitucionalismo no julgamento do Habeas Corpus 126.292, que permitiu a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, criando uma terceira espécie de prisão cautelar não autorizada pela Lei 12.403/2011 e pelo plano legal (infraconstitucional).

O leitor mais atento poderia fazer o seguinte questionamento: qual seria então a importância desse trabalho, se esse fato já foi constatado por Virgílio Afonso da Silva (2005), pelo prof. Humberto Ávila (2009) e por Lenio Luiz Streck (2012), por exemplo? Apresentam-se então dois pontos que se considera podem justificar sua realização.

O primeiro reside na constatação de que os alertas emitidos pelos autores citados não impediram que a doutrina brasileira e o próprio Supremo Tribunal Federal continuassem a recepcionar teorias estrangeiras sem uma análise estrutural e crítica da compatibilidade dos pressupostos de sua aplicação com a ordem jurídica brasileira, como ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 126.292.

O segundo, não menos importante, aponta que a acolhida da teoria de Ronald Dworkin e da ideologia do neoconstitucionalismo pelo STF confere ao aplicador ampla liberdade interpretativa, a ponto de permitir a construção de normas (resultantes da interpretação) que não se encaixam no texto jurídico (STRECK, 2011b) ou até mesmo de alargar a ideia de que todas as normas da Constituição poderiam ser ponderadas, desprezando as normas jurídicas que tratam do assunto sopesado e os próprios pressupostos de aplicação da teoria importada.

2. Movimento de ampliação do direito constitucional de ir e vir por opção legislativa (*ex lege*)

Apesar da visível expansão do Direito Penal[4] por meio da criação de novos tipos penais e da majoração das penas já existentes, é possível também enxer-

4. Giovani Agostini Saavedra e Vinícius Gomes de Vasconcellos (2011) destacam que, de 1990 até 2011 (os autores usam a expressão "1990 até os dias atuais"), houve uma

gar um movimento legislativo de restrição à aplicação de prisões cautelares e sua consequente substituição por outras medidas diversas do encarceramento, não constituindo inconsistência teórica o reconhecimento da inflação legislativa em matéria penal e da existência de leis que procuram limitar a aplicação da prisão temporária ou preventiva a certos parâmetros mais rigorosos ou ampliar a concessão de liberdade provisória, a fim de evitar o encarceramento.

O que não é tolerável é a importação de teorias ou ideologias estrangeiras para conferir ao intérprete ampla discricionariedade interpretativa, dispensando-o de analisar com o necessário rigor científico a compatibilidade dessas teorias e ideologias com os fundamentos científicos do próprio sistema jurídico que deseja interpretar. Esse fenômeno tem sido utilizado para ampliar o poder interpretativo do aplicador do Direito, desaguando em uma indesejada discricionariedade arbitrária (WEBBER, 2013).

Acrescente-se, como faz Fábio Roberto D'Avila (2011, p. 92), que "o que mais importa não é tanto uma questão de quantidade (mais direito penal), mas uma questão de qualidade (qual direito penal)".

Um exemplo disso é o PLS 156/2009 (SANTOS, 2010), em trâmite no Senado Federal, que procura, dentre outras reformas do Código de Processo Penal, reduzir o âmbito de incidência da prisão temporária para os crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 12 (doze) anos, exceto os de quadrilha ou bando ou organização criminosa.

Atualmente, nos termos da Lei 7.960/89, não há limite de pena máxima abstrata para decretação da prisão temporária, o que a torna possível até mesmo em razão de crime que possua pena mínima de 1 (um) ano. Por isso o regramento do PLS 156/2009 se mostra mais razoável que o da enumeração taxativa de crimes atualmente prevista na lei, sobretudo diante da possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo (art. 89, *caput,* da Lei 9.099/95) para crimes com pena de até 1 (um) ano.

---

inflação legislativa incrível em matéria penal, citando como exemplos de textos legais nesse âmbito as seguintes leis: Crimes Hediondos (8.072/90), Crimes contra a Ordem Tributária (8.137/90), Crimes contra a Ordem Econômica (8.176/91), Crime Organizado (9.034/95), Crimes Ambientais (9.605/98), Crimes de "Lavagem de Dinheiro" (9.613/98), Porte de Armas (10.826/2003), Violência Doméstica (11.340/2006), Nova Lei de Tóxicos (11.343/2006), além de outras mais voltadas para o âmbito civil, não necessariamente penal, mas que preveem novas condutas criminalizadas, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), a Lei de Propriedade Industrial (9.279/96), o Código de Trânsito (9.503/97), o Estatuto do Idoso (10.741/2003) e a Nova Lei de Falências (11.101/2005).

Quanto ao tempo da prisão temporária, o Projeto estabelece o prazo máximo de 5 (cinco) dias, prorrogável uma única vez e por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, seja para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, seja para os demais crimes. Atualmente, o tempo de prisão provisória para os crimes hediondos ou os a eles equiparados é de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta).

Portanto, não são incompatíveis a inflação legislativa em matéria penal e o movimento legislativo de restrição à aplicação de penas privativas de liberdade, embora este último não tenha atingido a mesma "quantidade" daquele.

Seguindo esse raciocínio, é possível citar as Leis 5.941/77 e 6.416/77, que possibilitaram a liberdade provisória sem fiança, a apelação em liberdade para o réu primário e de bons antecedentes e a impossibilidade de impedir a liberdade do réu diante de recurso contra a sentença absolutória. Nesse mesmo sentido, as Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 revogaram, respectivamente, as prisões decorrentes da pronúncia e da sentença (BIANCHINI, 2011), com a imposição de que o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (CPP, art. 397, parágrafo único).

A Lei 9.099/95 instituiu quatro medidas despenalizadoras para evitar a instauração do processo (composição dos danos civis, transação penal, representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas) ou impedi-lo de ter continuidade, mediante a suspensão condicional. Como alerta Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 194), "para além dos institutos despenalizadores criados pela Lei 9.099/95, há uma importante medida descarcerizadora". No mesmo sentido, a Lei 10.259/2001 ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, estendendo-o à Justiça Federal.

Por último, tem-se a Lei 12.403/2011. Ao alterar profundamente o tema da prisão e das medidas cautelares, pode ser considerada um marco do movimento legislativo, em razão da extensão e da profundidade das modificações. Além de reduzir o número de prisões cautelares de cinco para somente duas, estabeleceu limitadores claros e precisos balizadores da decretação da prisão cautelar, com o propósito maior de reduzir a discricionariedade do julgador no momento da sua aplicação e proporcionar mais previsibilidade e segurança jurídicas.

A partir da mencionada lei, só é possível falar em duas espécies de prisão cautelar: a prisão preventiva e a prisão temporária (CPP, art. 283). Com isso, todas as demais foram revogadas, tais como a prisão do réu vadio, a prisão administrativa, a prisão como efeito imediato da sentença de pronúncia e de sentença recorrível, que já haviam sido, inclusive, revogadas pelas Leis 11.689 e

11.719/2008. A prisão em flagrante não mais persiste como prisão autônoma. Quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, deve ser convertida em preventiva, nos termos do art. 310 do mesmo diploma.

Além disso, ampliou o rol de medidas cautelares (CPP, art. 319), outrora materializadas na prisão preventiva e na liberdade provisória. Cuidou da ampliação das hipóteses de fiança, com aumento de seu valor, e da liberdade provisória para todos os crimes quando ausentes os requisitos da prisão preventiva, com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Quanto à prisão preventiva, estabeleceu que se trata de medida cautelar excepcional, como *extrema ratio da ultima ratio* (CPP, art. 282, § 6º), cabível nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos ou se houver reincidência em crime doloso ou ainda se o crime praticado envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, e desde que presentes e demonstrados concretamente os seus pressupostos.

Existem inúmeras outras alterações que não poderiam deixar de ser destacadas, mas em razão dos limites do trabalho as já citadas servem para ilustrar a visão de que a lei em comento representou um importante marco de ampliação do direito constitucional de ir e vir. Uma observação, contudo, ainda se faz necessária.

Destaca-se que o fato de se poder visualizar, atualmente, um movimento legislativo de restrição à aplicação de prisões cautelares, não significa sufragar a recente história legislativa brasileira das Leis 7.492/86, 8.035/90, 8.072/90, 9.034/95, 9.613/98 e 11.343/2006, que procuraram justamente dificultar a libertação provisória do réu ao proibir a concessão de fiança ou a liberdade provisória sem fiança ou até mesmo a liberdade provisória com fiança, muito menos desconhecer a atuação do direito jurisprudencial, que em certos momentos evoluiu para assegurar o direito constitucional de ir e vir e para ampliar o sentido do princípio da presunção de inocência, como é o caso da Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[5].

O que não pode ocorrer é o inverso, ou seja, a inflação legislativa em matéria penal, com ampliação das hipóteses de prisão cautelar e consequente restrição ao direito constitucional de ir e vir, na forma já destacada.

Um bom exemplo de atuação jurisprudencial de ampliação do direito constitucional de ir e vir é a consideração do fornecimento de bebida alcoólica a

5. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

menor de 18 (dezoito) anos, por entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (HC 113.896/PR, Rel. ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 19.10.2010, *DJe* 16.11.2010), como contravenção penal (art. 63, inciso I, da Lei de Contravenções Penais), e não crime previsto nos arts. 81 e 243 da Lei 8.069/90, como queria o Ministério Público.

Foi justamente por conta dessa atuação que a Lei 13.106/2015 alterou o art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90), tornando a conduta de vender bebida alcoólica a menor de 18 anos crime, e não contravenção penal.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do STJ – AgRg no REsp 1.645.884/DF, Rel. ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 30.03.2017, *DJe* 07.04.2017 – de que o descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha não configura crime de desobediência (CP, art. 330).

Nesses dois julgamentos, o Superior Tribunal de Justiça não acolheu a tese da insuficiência[6] dos métodos e dos princípios da hermenêutica clássica desenvolvidos por Savigny (apud MAGALHÃES FILHO, 2009) ainda na metade do século XIX, para se valer dos princípios e métodos de interpretação exclusivamente constitucional[7], desenvolvidos após a metade do século XX, ou aplicá-los de forma isolada ou em conjunto com outras teorias estrangeiras para encontrar a melhor decisão.

No primeiro caso (venda de bebida alcoólica a menor de 18 anos), o STJ se valeu da interpretação gramatical (*verba legis*) e da interpretação sistemática, responsável pela coerência e integridade do ordenamento jurídico, para resolver o conflito, e concluiu que a conduta se amolda ao tipo penal previsto no art. 63, inciso I, da Lei de Contravenções Penais (LCP, Decreto-lei 3.688/1941)[8], e não nos arts. 81, inciso II, e 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 9.069/90).

6. Soares Ricardo (2009), além de destacar a insuficiência da metodologia tradicional para concretização de princípios constitucionais, sugere a aplicação do recurso da operação argumentativa da ponderação.
7. Se é que se pode afirmar que esses métodos e princípios são exclusivos da interpretação constitucional.
8. O art. 63, inciso I, da LCP diz: "servir bebida alcoólica a menor de 18 anos". O art. 81, inciso II, do ECA diz: "É proibida a venda a criança ou ao adolescente de: [...] II – bebidas alcoólicas"; e o art. 243 do mesmo diploma diz: "vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: [...]".

O único dispositivo que menciona expressamente a conduta de fornecer "bebida alcoólica" e a tipifica como contravenção penal é o inciso I do art. 63 da LCP, e, diante de vários dispositivos legais que disputam a primazia da incidência, deve-se escolher o que mais respeita a legalidade constitucional, que, em matéria penal, constitui um pilar fundamental, e não pode ser desprezado pelo operador do Direito, sob pena de violação aos postulados do Estado Democrático de Direito. Esse é o sentido da regra[9] contida no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal (CF/88), ao definir que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

O paralogismo histórico de considerar a legalidade em matéria penal como princípio é resquício da obra clássica de Cesar Beccaria *Dos delitos e das penas*, na qual era tida como princípio, equívoco sanável com uma leitura atenta do tópico da interpretação das leis, no mesmo livro, em que o autor determina a utilização do silogismo perfeito para interpretação das leis penais, empregado, segundo a doutrina dominante, na interpretação de normas-regras, e não do recurso argumentativo da ponderação, utilizado na interpretação de normas-princípios. Nas palavras do autor, "o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro" (BECCARIA, 2000, p. 22).

No julgamento do segundo caso (saber se o descumprimento de medida protetiva de urgência caracteriza o crime previsto no art. 330 do Código Penal Brasileiro), o STJ também se valeu da interpretação sistemática ou do princípio da unidade, como quer que se deseje nominar o método utilizado, para sustentar que a conduta não se encontra prevista n o art. 330 do Código Penal Brasileiro (interpretação gramatical), e que há dispositivo de natureza processual (CPP, art. 313, inciso III, CPP) regulando a conduta de descumprir medida protetiva de urgência (regra da legalidade).

Em sede de conclusão do tópico, resta evidente que a aplicação dos postulados da hermenêutica clássica (método gramatical e sistemático) foi suficiente para a correta compreensão da regra contida no inciso XXXIX do art. 5º da Lei Maior e no inciso I do art. 63 da LCP, cuja solução não exigiu o emprego dos métodos e princípios utilizados na interpretação das normas constitucionais

9. Ao se considerar o artigo XXXIX como regra, acolhe-se a doutrina de Virgílio Afonso da Silva (2003) de que o princípio da legalidade, a despeito de sua fundamentalidade, não pode, à luz da teoria de sopesamento de valores de Robert Alexy, ser considerado *princípio*, mas sim *regra*.

ou até mesmo das ideias do pós-positivismo jurídico. Todavia, mesmo que se sustentasse a utilização da hermenêutica especificamente constitucional, a resposta certamente seria a mesma, pois não é só a Constituição que exige "unidade" – princípio da unidade da Constituição[10]; a legislação infraconstitucional também exige unidade, que recebe o *nomen iuris* de interpretação sistemática. Nesse aspecto, não há diferença entre princípio da unidade da constituição e interpretação sistemática.

Nos dois casos, aplicou-se o método lógico-dedutivo porque a norma apresentou alto grau de precisão, e não caberia ao julgador, como de fato não ocorreu, aplicar a técnica do sopesamento de princípios, que é própria dos princípios e deve ser utilizada exclusivamente para solução dos *hard cases*. Para o julgamento dos demais casos, o intérprete pode e deve achar a solução embasado no direito infraconstitucional e nos métodos do positivismo jurídico.

Por isso, em razão das virtudes que o princípio do estrito formalismo apresenta e das benesses sociais que oportuniza (previsibilidade, segurança/certeza jurídica etc.), crê-se que não se trata de princípio do qual se possa ou deva abrir mão por completo (BUENO, 2010), muito menos deixar de aplicá-lo quando for suficiente para a solução do caso.

3. A ampliação da prisão cautelar como opção judicial (*ope iudicis*) e a importação de teorias ou ideologias estrangeiras

A perspectiva da ponderação e da aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação, como ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 126.292, insere no contexto o pensamento/movimento jusfilosófico denominado de pós-positivismo jurídico[11] ou neoconstitucionalismo, que teve início na metade do século XX e como pano de fundo a insuficiência da visão puramente formal e desprovida de cunho axiológico do Direito desenvolvida pelo positivismo normativista, que teve como corifeu Hans Kelsen (2000).

10. Para Luís Roberto Barroso (2003, p. 52-53), "A ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. [...] Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios – mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras – emprega-se a técnica da ponderação".

11. Hugo de Brito Machado Segundo (2009) reconhece que o termo "pós-positivismo" é demasiadamente vago e não indica com clareza o conteúdo dessa corrente. Indica apenas tratar-se de algo surgido depois do positivismo jurídico, mas mesmo nesse sentido a denominação não é correta, pois subsistem diversas correntes positivistas na atualidade que assim se intitulam, e que não são anteriores às ditas pós-positivistas.

Como resultado dessa constatação, desenvolvem-se várias teorias[12] "pós-positivistas"[13] com ênfase no estudo da necessária relação a existir entre o Direito e a Moral (DWORKIN, 2002) ou, pelo menos, de uma aproximação contingencial (HART, 2009)[14], da força normativa dos princípios[15], das fontes do direito, do novo papel conferido à norma (diferença entre texto e norma) e ao intérprete[16], o que, por si só, não representa a superação do positivismo jurídico.

Apesar de bastante explorada no Direito brasileiro, os doutrinadores que dela cuidam não mencionam o conteúdo dessa nova ideologia filosófica e em que ponto houve a superação do positivismo jurídico. Ora, afirmar que esse novo movimento filosófico é pós-positivista revela, em razão do próprio caráter da linguagem empregada com a preposição "pós", uma ideia de superação, de algo que vem depois, no caso, depois do positivismo. Mas essa superação, na visão de Lenio Luiz Streck, como já dito, não ocorreu (BARROSO, 2006b)[17].

12. Não é o objetivo do trabalho, e nem seria possível, destacar todas as características básicas do pós-positivismo, até porque se trata de movimento ainda não bem definido, tendo em vista que muitos autores que se consideram positivistas traçam características que, na visão de outros, seriam do pós-positivismo. Para uma ampla compreensão desse novo paradigma no âmbito da teoria jurídica, conferir Luís Roberto Barroso (2006b).

13. Não é tarefa fácil dizer se este ou aquele autor é positivista, pós-positivista, jusnaturalista ou juspositivista. Hugo de Brito Machado Segundo (2009), por exemplo, sustenta que Ronald Dworkin é jusnaturalista, embora seja, na sua visão, impropriamente qualificado como pós-positivista. Contudo, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho (2011) entendem que Ronald Dworkin é antipositivista.

14. Diferentemente de Ronald Dworkin, Herbert L. A. Hart (2009) sustenta que não há uma aproximação necessária entre o direito e a moral, mas contingencial, razão pela qual é considerado um positivista inclusivo/moderado.

15. Essa "superação" consiste no fato de o pós-positivismo jurídico conferir aos princípios normatividade jurídica, tratando-os como normas-princípios (GUERRA FILHO, 2000, apud MACHADO SEGUNDO, 2009). No mesmo sentido de que os princípios com o pós-positivismo passam a ser tratados como direito, conferir Paulo Bonavides (2003).

16. Isso não significa dizer que são somente essas as características do pós-positivismo. Longe disso. Da mesma forma que não há consenso na doutrina acerca das características comuns do pós-positivismo, também não se mostra pacífica a utilização do termo "pós-positivismo". Para Lenio Streck (2011), somente poderia ser chamada de pós-positivismo uma teoria do direito que tivesse efetivamente superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegética-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária, o que não ocorreu. Daí a inadequação do sufixo "pós", que representa uma superação, que, na verdade, como já dito, não ocorreu.

17. Também não se mostra correto equiparar pós-positivismo a pós-modernidade, como faz Luís Roberto Barroso (2006b). A ideia desenvolvida pela teoria da pós-moderni-

Há, na verdade, uma dificuldade de definir, de dizer o que realmente é o pós-positivismo, como bem adverte Castoriads Cornelius apud Hugo de Brito Machado Segundo (2009). Não obstante, o autor cearense aponta as principais características do pós-positivismo, de forma aproximada e não definitiva:

> […] a norma jurídica, sendo o sentido de um ato de linguagem, é necessariamente determinada pelo intérprete, que "completa" um trabalho iniciado, mas só iniciado, pelo legislador; b) na determinação da norma aplicável, o intérprete parte dos textos normativos, mas considera sobretudo os princípios aplicáveis e as peculiaridades do caso concreto, em face das quais esses princípios são ponderados; c) os princípios são mandamentos que determinam a promoção de determinados valores ou objetivos com a maior intensidade possível. Estão consagrados, implícita ou explicitamente, no texto constitucional; d) na determinação da norma aplicável ao caso, o intérprete há de realizar a conciliação dos princípios aplicáveis, de modo a adotar a solução que os realize de forma "ótima", vale dizer, com a maior intensidade possível. Em caso de conflito entre os princípios implicados, deve haver uma ponderação, de sorte a que se adote a solução que os realize da forma mais equilibrada possível; e) os direitos indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana estão positivados na Constituição, implícita ou explicitamente, em normas que podem ter estrutura de princípio. São os direitos fundamentais; f) os direitos fundamentais, até por serem consagrados em norma com estrutura de princípio, não têm como ser protegidos de forma absoluta. Têm de ser conciliados, ou "relativizados", com aplicação do postulado da proporcionalidade, de forma a que seja possível o controle intersubjetivo e racional da decisão respectiva (p. 70-71).

Veja-se que o citado autor não apontou como característica do pós-positivismo a superação das balizas-mestras do positivismo jurídico, ou seja, a superação da ideia de norma jurídica, vigência, validade, eficácia e estrutura escalonada do sistema jurídico. Em razão disso, não se pode simplesmente aplicar as ideias do pós-positivismo jurídico, que ainda não se encontram bem definidas, em detrimento das balizas-nucleares do positivismo jurídico, a ponto de conferir ao intérprete o poder de criar normas jurídicas que violem o

---

dade, de que não existe um padrão de verdade e de justiça absoluta e valores universais, contrasta com o desenvolvimento da ideia do pós-positivismo de que é possível sustentar a injustiça ou justiça de uma conduta. Ora, como diz Hugo de Brito Machado Segundo (2009), se não existe um padrão de verdade e de justiça, como se pode defender a justiça (ou a injustiça) ou a veracidade (ou falsidade) de uma afirmação ou de uma conduta? Reconhecer que algo é relativo, insuficiente e provisório não é o mesmo que afirmar a sua inexistência ou a sua imprestabilidade.

texto constitucional e a lógica do sistema hierarquizado, ou até mesmo de desprezar as regras jurídicas existentes para passar a trabalhar diretamente com os princípios e com a técnica do sopesamento.

Contudo, o ponto de ligação das diversas concepções do pós-positivismo é o estudo da interpretação e concretização da Ciência do Direito (CARNIO, 2013), ou seja, sua *dimensão prática*, por influência da hermenêutica existencial – ser-no-mundo – de Heidegger [apud PALMER (2006) e GADAMER (2004)]. A partir das últimas décadas do século XX, passou-se a se preocupar com a interpretação e aplicação do direito posto, com o seu aspecto material.

Numa só palavra, na segunda metade desse século aperfeiçoou-se a forma de interpretar e aplicar as normas jurídicas, tomadas aqui em sentido amplo: normas-princípios e normas-regras, não se limitando o intérprete a revelar o sentido contido no texto, mas a reconstruir sentidos dos textos, a partir da pré-compreensão, das vicissitudes do caso concreto e dos valores consagrados em princípios expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.

Contudo, na linha de pensamento de Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho (2011, p. 127):

> [...] é preciso tomar cuidado para não alargar demasiadamente os horizontes da principiologia constitucional a ponto de se afirmar que toda norma é princípio e, assim, toda a Constituição pode ser ponderada. Uma adequada compreensão do que são princípios e do que são regras é necessária. A Carta contém princípios jurídicos e regras jurídicas que convivem em harmonia. Cada um deles deve ser entendido como tal; regras são regras, princípios são princípios. Por mais que se pareça óbvio, o alerta é importante [...].

Bem elucidativa é a descrição que Hugo de Brito Machado Segundo faz dessa evolução, pelo menos da evolução do método utilizado na interpretação, acrescenta-se, transcrita na sequência em suas próprias palavras:

> […] daí se pode concluir que, na segunda metade do Século XX, o que se modificou e se aprimorou foi a maneira de interpretar e aplicar tais disposições. Não é o texto da Constituição de 1988 que é "pós-positivista", mas a maneira de interpretá-lo, numa demonstração eloquente de que o método molda a forma como se vê o objeto e de que texto e norma são coisas distintas, sendo esta o sentido daquele, dado pelo intérprete (2009, p. 82).

No que se refere à teorização e aplicação do Direito Constitucional, esse movimento recebeu a denominação de neoconstitucionalismo. De forma bastante clara e pontual, o professor Humberto Ávila (2009, p. 2) destaca que não há

um conceito de "neoconstitucionalismo"[18], mas mesmo assim podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de "neoconstitucionalismo":

> [...] as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação (ÁVILA, 2009, p. 2).

E é a partir dessas premissas filosóficas que se passa a desenvolver a ideia central do trabalho, de que o aumento das prisões cautelares tem ocorrido, sobretudo em razão da utilização indevida e equivocada de teorias estrangeiras, sem a correta e necessária observância dos pressupostos estruturais de sua própria aplicação, como se a mera referência a essas teorias fosse o bastante para produzir uma melhor decisão e justificar a rejeição do plano infraconstitucional e a passagem direta para o nível constitucional e, com isso, possibilitar a utilização da técnica da ponderação entre os princípios colidentes.

Na visão desse movimento (pós-positivista ou neoconstitucionalista), seria uma forma de encarar a exigência da epistemologia contemporânea, que não mais considera como características do conhecimento humano a objetividade, a neutralidade, a clareza e a certeza (MACHADO SEGUNDO, 2008), como pretendia o positivismo jurídico.

3.1. Análise dos votos "vencedores" do julgamento do Habeas Corpus *126.292/SP*

Passa-se, pois, a estudar os votos "vencedores" do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17.02.2016,

18. O autor, após destacar a inviabilidade de esboçar uma teoria única do "neoconstitucionalismo", destaca que é um movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional (ÁVILA, 2009).

que, em maioria (7 a 4), tornaram possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sem que se comprometa o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Não se pretende, em razão dos limites do trabalho, destacar os múltiplos aspectos dos votos, senão extrair deles suas ideias principais. Da mesma forma, serão analisados somente os votos "vencedores", iniciando-se pelo voto do Relator, min. Teori Zavascki. Foram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

Segundo o Ministro Relator,

> [...] o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.

De plano, verifica-se o pressuposto de partida adotado pelo Ministro para solução do caso: a teoria de sopesamento de valores de Ronald Dworkin e Robert Alexy (ALEXY, 2017), embora não a mencione expressamente. Para o Ministro Relator, o que está em conflito são os princípios da presunção de inocência e da efetividade da função jurisdicional do Estado, e a partir da ideia de sopesamento deve prevalecer o princípio da função jurisdicional penal.

Em seguida, destacou que "[...] a execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988" [...]. No seu entendimento, [...] "ilustram essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24.09.2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias [...]".

Continua o Ministro, dessa feita alertando que:

> [...] a alteração dessa tradicional jurisprudência veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 05.02.2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação [...].

Destacou ainda o Ministro Relator que:

> [...] o reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório ("princípio da presunção de inocência") teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos [...].

Sustenta, ainda:

> E que essa nova ideologia agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com vários desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, e o da possibilidade de contraditá-las [...].

Aduz que:

> [...] o plexo de regras e princípios previsto na legislação releva o quão distante estamos da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, e que por conta disso, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência [...].

Contudo, continua o Ministro,

> [...] a eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado [...].

Por essa razão,

> [...] ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória [...].

Arremata:

> [...] realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual [...].

Cita como exemplo a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferida por órgão colegiado.

E aponta que essa visão não destoa do que ocorre no cenário internacional, tal como na Inglaterra, nos Estados Unidos, no Canadá, na Alemanha, na França, em Portugal, na Espanha e na Argentina. Em seguida, volta a reafirmar que os recursos extraordinários "[...] destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo", e não ao reexame de provas, e que isso ficou mais evidenciado com a EC 45/2004, "[...] ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida [...]".

Justifica essa assertiva no fato de que, "Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado [...]". Destaca, com apoio na constatação do ministro Joaquim Barbosa, que menos 4% dos recursos extraordinários são providos, e que esse fenômeno também se reproduz no STJ.

Outro fato importante destacado pelo Ministro Relator é que

> [...] o último marco interruptor do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis

> (art. 117, IV, do CP), de modo que os recursos extraordinários [...] além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal [...], sendo, pois, mais um motivo razoável a ser utilizado no sopesamento.

Conclui o Ministro dizendo que, "[...] nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional [...]", observando que:

> [...] essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência [...].

O ministro Edson Fachin sustentou "[...] que não pode dar a essa regra constitucional ('CF/88, art. 5º, LVII') caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais [...]", devendo interpretá-la "[...] em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo [...]".

Segundo o ministro Edson Fachin,

> [...] a Lei 7.210/1984, artigos 147 e 164, [...] que porventura possa ser interpretada como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixa de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei 8.038/90 [...].

No mais, nenhum dado relevante foi acrescentado, e mais uma vez foi aplicada a teoria do sopesamento de valores de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

O ministro Luís Roberto Barroso sustenta:

> [...] que a prisão, nesse caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura

> sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e XXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa [...].

Para justificar seu pensamento, destaca, ainda, que:

> [...] há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infindável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. [...].

Mais uma vez verifica-se a aplicação da teoria do sopesamento de valores. Como revela o próprio Ministro, "[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes [...]". Salientou, também, que se trata de ocorrência de mutação constitucional.

Destacou que,

> [...] no mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 01.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões [...].

No entender do ministro Luís Roberto Barroso, "[...] essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal [...]". Desse modo, se o citado artigo permite a prisão por argumentos infraconstitucionais (Lei 9.760/89 e art. 312 do CPP), com mais razão deve admiti-la por argumento diretamente constitucional, quando já há certeza acerca da autoria e da materialidade da conduta. Mais à frente, sustenta que há argumento infraconstitucional legitimador da prisão cautelar, que é o art. 312 do Código de Processo Penal. Conclui sua interpretação acerca da legislação infraconstitucional da seguinte forma: "[...] acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário [...]". Foi o único ministro que tratou expressamente do sopesamento de valores, inclusive citando Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A ministra Rosa Weber nada de relevante trouxe para o deslinde do caso, limitando-se a reproduzir as ideias dos ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. O ministro Luiz Fux entendeu que:

> [...] presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: '*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada*'. Não há necessidade do trânsito em julgado [...].

Não acrescentou nada de relevante que não tivesse sido explorado pelos demais ministros.

A ministra Cármen Lúcia também não trouxe fundamento diverso do que já tivesse sido trabalhado pelos demais Ministros.

Por último, o ministro Gilmar Mendes também não acrescentou nenhum argumento que não tivesse sido utilizado pelos ministros anteriores. A ideia central de seu voto reside no entendimento de que,

> [...] esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos [...].

Após um breve estudo dos votos vencedores, extrai-se que todos fizeram uso da teoria da ponderação de Ronald Dworkin e Robert Alexy, deixando explícito que o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade deve ceder diante da efetividade da função jurisdicional penal. Os demais argumentos utilizados por cada ministro são secundários e decorrem

da conclusão da adoção do sopesamento de princípios. Na verdade, construíram teses e levantaram argumentos para justificar a prevalência da efetividade da função jurisdicional penal sobre o princípio da presunção de inocência.

Somente os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso construíram argumentos não utilizados pelos demais ministros para afastar a aplicação da legislação penal infraconstitucional que se mostrasse incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Inicialmente, serão lançados argumentos contrários à tese sustentada pelos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso de que a legislação infraconstitucional não impediria a execução da pena antes de esgotadas as instâncias extraordinárias, para, em seguida, tecerem-se críticas à própria adoção da tese de ponderação, ideia central de todos os votos vencedores.

O ministro Edson Fachin entendeu que a Lei 7.210/84 – arts. 147 e 164 – não pode ser utilizada para impedir a execução da pena antes de esgotadas as instâncias extraordinárias porque é anterior à Lei 8.038/90, que passou a permitir a execução da pena enquanto o réu aguardasse o julgamento dos recursos extraordinários e o trânsito em julgado da condenação, tendo em vista não serem os referidos recursos dotados de efeito suspensivo.

O argumento, contudo, se mostra falho, com a devida vênia. Ora, o dispositivo segundo o qual lei posterior derroga lei anterior também deveria ter sido utilizado em relação ao art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011, que revogou tacitamente a Lei 8.038/90 no que se refere à prisão cautelar, como se interpreta de seu texto, por ter firmada a ideia de que:

> [...] ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Em verdade, nenhuma referência ao citado artigo foi feita pelo ministro Edson Fachin, mesmo se tratando de norma infraconstitucional contrária ao entendimento por ele construído. Além de ignorá-la, não a declarou inconstitucional. Cuidou da ponderação, mas não justificou a não aplicação da regra infraconstitucional, que ainda se encontra válida no sistema jurídico.

A prevalecer o argumento do Ministro de que lei posterior revoga a anterior, a Lei 8.038/90, por ele utilizada para sustentar a revogação da Lei 7.210/84, foi revogada pela Lei 12.403/2011, tendo em vista que a prisão cautelar passou a

ser possível somente quando preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP, e não como derivação lógica da inexistência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, independentemente da necessidade e adequação.

O ministro Luís Roberto Barroso sustentou que o art. 283 do Código de Processo também não obstaculiza a ponderação de bens jurídicos porque, se autoriza a decretação da prisão temporária ou preventiva a partir de argumentos puramente infraconstitucionais – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (Lei 9.760/89) ou "por conveniência da instrução criminal" (CPP, art. 312) –, com mais razão deve permitir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Conclui o Ministro, é a legislação infraconstitucional que deve ser lida à luz da Constituição, e não o contrário.

Apesar de mais estruturado e elaborado que o fundamento empregado pelo ministro Edson Fachin, o argumento utilizado também não resiste a uma discussão aprofundada.

A doutrina tradicional de Robert Alexy, citada para fundamentar o sopesamento de princípios e afastar a aplicação do art. 283 do Código de Processo Penal, não deve ser empregada no sopesamento entre princípios e regras. Há sopesamento entre princípios, mas não entre regras ou entre regras e princípios. O art. 283 do CPP é uma regra fundamental, e não um princípio, logo, não poderia ser sopesado com o princípio da efetividade da função jurisdicional penal. Robert Alexy (2017, p. 91) é claro ao afirmar que

> […] a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

Pensar diferente é o mesmo que autorizar o sopesamento de toda e qualquer regra infraconstitucional com todo e qualquer princípio constitucional, com a prevalência sempre do princípio, não só em razão do caráter principiológico, mas também da natureza jurídica hierárquica, pois, como bem disse o ministro Luís Roberto Barroso, é a legislação infraconstitucional que deve ser interpretada à luz da Constituição, e não o contrário.

Nessa mesma entoada, o argumento utilizado também não se mostra coerente com o próprio entendimento do STF adotado no julgamento do Habeas Corpus 126.292. Explica-se. O STF passou a entender possível a prisão do réu

antes mesmo de esgotadas as instâncias extraordinárias, e sem a necessidade de sua demonstração concreta, é dizer, pouco importa se estão presentes os requisitos da preventiva e as exigências dos arts. 283 e 312 do CPP.

Logo, não faz sentido afirmar, como afirmou o ministro Luís Roberto Barroso, que, "se a regra do artigo 283 permite a prisão a partir de argumentos infraconstitucionais, com mais razão deve permitir por fundamento constitucional", porque ambas, Constituição e legislação infraconstitucional, exigem fundamentos diversos: a Constituição, no entender do STF, a partir do julgamento do *Habeas Corpus,* permite a prisão preventiva independentemente da presença dos requisitos exigidos pela legislação, e os arts. 282, § 6º, 283 e 312, todos do CPP, só permitem a prisão quando presentes os requisitos concretos para tanto.

A Constituição, à luz do que definiu o STF, permite a prisão logo após o esgotamento das instâncias ordinárias, é dizer, prisão provisória decorrente de acórdão recorrível prolatada por Tribunal de Segunda Instância. A legislação infraconstitucional, por seu turno, a partir da Lei 12.403/2001, somente admite a prisão temporária e a prisão preventiva como a *extrema ratio da ultima ratio,* aplicadas a casos de extrema necessidade e quando insuficientes as medidas cautelares substitutivas, nos termos dos arts. 282, § 6º, e 319 do Código de Processo Penal.

Outrossim, o indevido sopesamento do art. 283 do CPP com o da efetividade da função jurisdicional penal acabou por aniquilar uma das regras fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é o sistema escalonado de normas jurídicas previsto no próprio texto constitucional, em seu art. 59, por permitir que uma norma deixasse de ser aplicada sem ter sido declarada inconstitucional. Na doutrina do prof. Humberto Ávila (2009, p. 6) "[...] ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese [...]".

Portanto, a interpretação dada pelo ministro Luís Roberto Barroso ao art. 283 não se mostra coerente com o próprio entendimento do STF e com a Lei 12.403/2011, que procurou justamente reduzir o número de prisões de cinco para somente duas (prisão temporária e preventiva). A criação de uma terceira modalidade de prisão – prisão provisória decorrente de acórdão condenatório recorrível proferido por Tribunal de 2ª instância –, no sentir desses autores, é um típico caso de ampliação de prisão cautelar *ope iudicis*, a partir da indevida utilização da teoria da ponderação.

Não se propõe, nesse curto espaço de tempo, expor as críticas elaboradas, principalmente por Peter Häberle, à teoria de Robert Alexy, no que "diz respeito à falta de racionalidade na tomada de decisões, ou à falta de parâme-

tros racionais para o sopesamento" a fim de verificar o acerto ou desacerto da prevalência do princípio da efetividade da função jurisdicional penal sobre o princípio da presunção de inocência, mas sim demonstrar que a utilização da técnica da ponderação pelo STF no julgamento do Habeas Corpus 126.292 ocorreu sem a observância dos pressupostos de autorização de sua aplicação.

Não obstante essa situação, a própria ideia de ponderação, no que se refere à real hipótese de sua utilização, pode ser vista como uma máscara para esconder a subjetividade do julgador (STRECK, 2012), fato inclusive reconhecido pelo próprio Robert Alexy no posfácio da *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2017), de gravidade intensificada quando não se tratar efetivamente de ponderação, mas de aplicação epistemologicamente equivocada. Ademais disso, no caso analisado não houve a exposição do parâmetro utilizado na ponderação.

Ora, as teorias de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2017) sustentam que os princípios jurídicos podem e devem ser utilizados para solucionar os assim denominados *hard cases*, para os quais não há resposta imediata que os resolva, ou seja, não há regra jurídica que norteie a sua resolução. Nesse caso, os princípios representariam uma espécie de reforço da razão prática para o Direito e seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão (STRECK, 2012).

Infelizmente, na esteira de Juraci Mourão Lopes Filho percebe-se um uso indiscriminado para a classificação de uma situação como *hard case*. Em verdade, só o seriam aqueles para os quais não há ponderação legislativa prévia inserida em uma lei, o que autorizaria a ponderação *ad hoc* (LOPES FILHO, 2010).

Assim, pelo simples fato de o caso envolver direitos fundamentais, o STF tratou logo de utilizar a ponderação, saltando do plano legal (CPP, art. 283) para o nível constitucional (CF/88, art. 5º, LVII), como se o paradigma da ponderação fosse a regra geral de aplicação do ordenamento jurídico. Na lição do prof. Humberto Ávila (2009, p. 7), "[...] o paradigma da ponderação não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico [...]". Outrossim, a mera transposição de doutrina estrangeira sem atentar para as suas peculiaridades e a própria realidade brasileira não é a melhor maneira de se fazer doutrina.

Eis, portanto, um exemplo de aplicação indevida de teorias estrangeiras (Ronald Dworkin e Robert Alexy), e da própria ideia desenvolvida pelo neoconstitucionalismo. Conquanto não tenha feito referência expressa ao neoconstitucionalismo, resta visível que as ideias[19] que dão corpo a esse movimento

19. Ideias essas desenvolvidas pelo prof. Humberto Ávila (2009).

foram levadas em consideração na solução do caso, quais sejam, a adoção de princípios em vez de regras – aplicação do princípio da efetividade da função jurisdicional penal em vez da regra do art. 283 do CPP –, a adoção da ponderação no lugar da subsunção – ponderação do princípio da presunção da inocência *versus* princípio da efetividade da função jurisdicional penal –, justiça particular em vez de justiça geral – o princípio da presunção de inocência (CF/88, art. 5º, LVII) deve ceder diante da condenação em segundo grau –, e Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativos ou Executivos – no caso, o STF simplesmente desprezou a regra infraconstitucional constante do art. 283 do CPP e o próprio texto constitucional, o qual é claro ao mencionar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Além de incidir em equívoco ao transpor a doutrina estrangeira de Ronald Dworkin e Robert Alexy para a ordem jurídica brasileira sem atentar para as suas peculiaridades, também não andou bem o STF ao tratar a Constituição Federal de 1988 como sendo principiológica, um dos pressupostos de aplicação do movimento do neoconstitucionalismo e possibilitador do sopesamento. Um erro levou ao outro. Na verdade, a Constituição brasileira de 1988 não é principiológica, possui nítido caráter regulatório, tanto que é alcunhada de analítica (ÁVILA, 2009). Logo, a utilização de plano da técnica do sopesamento em vez da subsunção, perfeitamente possível de ser aplicada ao caso aqui discutido, menosprezou a legislação infraconstitucional e a própria função das regras e do Poder Legislativo.

Por fim, cabe ainda uma crítica epistemológica. O sopesamento realizado pelo STF, ainda que o fosse em conformidade com a teoria de Robert Alexy e Ronald Dworkin, o que não foi o caso, não poderia ir de encontro ao texto constitucional. Afinal, por que a norma construída pelo Poder Judiciário seria mais importante ou hierarquicamente superior ao texto da Constituição, que foi democraticamente posta pelo Poder Constituinte Originário, cuja titularidade pertence ao povo? Não é uma resposta simples, mas a Ciência do Direito ainda tem prestígio para orientar o melhor caminho, que se mostra muito mais seguro, objetivo e previsível que o movimento do neoconstitucionalismo, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira (ÁVILA, 2009).

4. Conclusões

Após uma análise detida dos pontos essenciais do trabalho e das características do pensamento filosófico denominado de pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, é possível concluir, em apertada síntese, que:

(a) as tentativas contemporâneas do pós-positivismo de tentar superar o positivismo jurídico são reminiscências exitosas só em mínima parte; os pila-

res fundamentais do positivismo jurídico ainda se encontram intactos e não foram abalados mesmo diante da Segunda Guerra Mundial, o grande evento histórico utilizado pelo pós-positivismo para escancarar as insuficiências do positivismo diante desses novos acontecimentos;

(b) o movimento neoconstitucionalista utilizado na teorização e aplicação do Direito Constitucional não pode ser visto como ciência, mas simples movimento de reunião de várias experiências estrangeiras, cuja aplicação exige criticidade na análise de suas peculiaridades, dos pressupostos de utilização e de sua adequação com o sistema jurídico brasileiro, o que infelizmente não ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, já que o caso – execução provisória de pena antes de esgotadas as instâncias extraordinárias – foi considerado indevidamente um *hard case* tão somente para permitir a utilização do sopesamento de princípios e a aplicação direta da Constituição, mesmo existindo legislação no plano legal capaz de solucioná-lo e que não se mostra incompatível com a Constituição;

(c) conquanto sejam amplamente estudados, citados, investigados e utilizados para fundamentar decisões, inclusive do STF, em julgados de direitos fundamentais, é possível enxergar que, além da indevida aplicação direta da Constituição, desprezando as regras e a técnica da subsunção, o uso indiscriminado do movimento do neoconstitucionalismo pelo Poder Judiciário apresenta forte caráter casuístico e solipsista, por conferir ao julgador uma exacerbada margem de discricionariedade incompatível com as estruturas do Estado Democrático de Direito; a segurança jurídica, a estabilidade e a credibilidade do ordenamento jurídico são valores caros e alheios a qualquer teoria;

(d) o que se tem constatado é que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo não oferecem uma metodologia para controlar a própria atividade interpretativa e impedir os decisionismos judiciais, e que essa ausência de método tem proporcionado, além do surgimento de decisões questionáveis do ponto de vista da epistemologia, como ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 126.292, profundos ataques aos comandos do Poder Legislativo, subjugando a importância da generalidade das regras e a sua função na ordenação de condutas;

(e) mostra-se urgente um profícuo estudo da teoria do pós-positivismo e do movimento do neoconstitucionalismo pela doutrina brasileira para contorná-los aos limites constitucionais, e impedir a crescente caminhada de sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais poderes. Essa sobreposição se mostra preocupante e tem sido fundamentada a partir da mera transposição de modelos estrangeiros sem uma necessária análise de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. E o mais alarmante é que essa falha está sendo cometida por quem deveria proteger a Constituição;

(f) a partir do julgamento do citado *Habeas Corpus* abriu-se uma grande porteira para o Estado de Direito brasileiro ser governado por normas individuais oriundas do Poder Judiciário em vez de regras gerais editadas antecipadamente pelo Poder Legislativo. Essa inversão de papéis é extremamente preocupante. Inicia-se uma longa e perigosa "aventura" jurídica, cuja maior certeza, por mais paradoxal que seja, é a própria incerteza: não se sabe ao certo a próxima norma a ser "criada" pelo Poder Judiciário.

Como decorrência da utilização indevida e equivocada das teorias estrangeiras, tem-se evidenciado um indevido alargamento das prisões cautelares no Brasil, contrário ao movimento legislativo da Lei 12.403/2011, que conferiu à prisão cautelar o caráter da *extrema ratio da ultima ratio*, o que implica dizer que só pode ser aplicada em casos de necessidade concreta e quando não for possível a sua substituição por medidas cautelares substitutivas ou alternativas.

5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede)*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan.-mar. 2009. Disponível em: [http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595]. Acesso em: 01.05. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional:* pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Opinião Jurídica,* Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus, n. 6, ano 3, p. inicial-final, 2º sem. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BERTUOL JUNIOR, Altecir. Sobre princípios e regras: uma crítica à teoria dos princípios de Humberto Ávila. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 239-259, jan.-mar. 2016.

BIANCHINI, Alice et al. Impactos das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares:* comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Reunião Especial de Jurisdição*. 2017. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e-7d6f2edee274f93861 747304.pdf]. Acesso em: 13.04.2017.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico. Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, ano 47, n. 186, p. 275-290, abr.-jun. 2010.

CARNIO, Henrique Garbellini. O que é direito? Acepções teórico-filosóficas. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (Coord.). *Temas aprofundados:* magistratura. Salvador: JusPodivm, 2013.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 41, p. 91-102, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan.-mar. 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O limite à atuação jurisdicional dos direitos fundamentais com reserva legal. *Encontro Nacional do CONPEDI*, 19, 9 a 12 jun. 2010, Fortaleza. *Anais*... Fortaleza, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do ordenamento jurídico:* liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação

de uma justiça possível. 2009. 266 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Por que dogmática jurídica? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, n. 27, p. 59-86, jul.-dez. 2008.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13. rev. e atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica.* Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Expansão do direito penal e a relativização dos fundamentos do direito penal. *Revista de Estudos criminais,* São Paulo, ano X, n. 42, p. 123-142, 2011.

SANTOS, Cleopas Isaías. A prisão temporária no projeto de reforma total do Código de Processo Penal (PLS 156/09). *Revista de Estudos Criminais*, v. 36, p. 143-158, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.

SOARES RICARDO, Maurício Freire. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional:* teoria da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Do panprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194, p. 7-21, abr.-jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan.-jun. 2011a.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso:* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan.-jun. 2011c.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan.-jun. 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 906/287-316 e Doutrinas Essenciais Processo Penal 1/147-175 (DTR\2011\1314); e
- Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal, de Ricardo Jacobsen Gloeckner – *RBCCrim* 117/263-286 (DTR\2016\114).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\3255.

A hipnose forense como método de investigação criminal

Forensic hypnosis as a method of criminal investigation

Jamilla Monteiro Sarkis

Graduada em Direito pela UFMG. Mestranda em Direito pela UFMG.
Advogada penalista.
jamilla.sarkis@gmail.com

Túlio Vianna

Doutor em Direito pela UFPR com Pós-Doutorado na Università di Bologna.
Professor de Direito Penal dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.
prof@tuliovianna.org

Recebido em: 11.09.2017
Aprovado em: 11.11.2017
Última versão dos autores: 20.11.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apresentar a hipnose forense aos profissionais do Direito, considerando sua utilidade como ferramenta auxiliar em investigações criminais, a despeito de todas as lendas e receios que cercam a prática da hipnose. Para isso, é feita uma abordagem sobre a história da hipnose, a fim de desmistificar sua prática e aproximar suas técnicas da realidade jurídica. A partir dessa contextualização, desenvolve-se a hipótese de que a hipnose forense pode funcionar como um método de potencialização da memória de indivíduos que participaram de algum delito – como vítimas, testemunhas ou até mesmo investigados – com base em pesquisas práticas e teóricas e busca-se traçar limites para sua utilização, levando em conta os benefícios e prejuízos que pode gerar para a investigação e para os sujeitos envolvidos.

Abstract: This article claims to present the forensic hypnosis to professionals in law, considering its utility as a support tool in criminal investigations, despite all the legends and fear that surround the practice of hypnosis. Therefore, the history of hypnosis is studied to demystify its practice and approach its techniques to the legal reality. Based on this context, develops the hypothesis that forensic hypnosis can work as a method of memory enhancement for individuals which somehow were part of a crime – as victims, witnesses or even suspects – based on a theoretical and practical analysis, and tries to draw some boundaries for its use, regarding the results of the benefits and damages that it can cause to investigations or to involved subjects.

Sarkis, Jamilla Monteiro; Vianna, Túlio. A hipnose forense como método de investigação criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 243-271. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

Palavras-chave: Hipnose – Hipnose forense – Investigação criminal – Método alternativo – Memória.

Keywords: Hypnosis – Forensic hypnosis – Criminal investigation – Alternative method – Memory.

Sumário: 1. Introdução: a relevância científica do estudo da hipnose e sua aplicação forense. 2. Uma visão geral sobre a hipnose. 3. Hipnose forense em teoria. 4. Hipnose forense na prática. 5. A experiência brasileira. 6. O bom uso da hipnose forense. 7. O mau uso da hipnose forense. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução: a relevância científica do estudo da hipnose e sua aplicação forense

Qualquer menção à hipnose é suficiente para gerar as mais variadas sensações: da dúvida ao ceticismo, do medo de ter a mente controlada por outra pessoa até o prazer em assistir aos espetáculos de entretenimento.

No atual estágio de desenvolvimento científico da Psicologia e da Medicina, a efetividade da hipnose já está mais que comprovada. Estudos publicados em celebradas revistas de neurociência e neurologia comprovam que esse fenômeno não apenas existe[1] como tem larga aplicabilidade no tratamento clínico para dores crônicas (inclusive em pacientes com câncer)[2], depressão[3], tabagismo[4] e outras doenças psicossomáticas.

1. Nesse sentido: SCHULZ-STÜBNER, S. et al. Clinical hypnosis modulates functional magnetic resonance imaging signal intensities and pain perception in a thermal stimulation paradigm. *Regional Anesthesia and Pain Medicine,* v. 29, n. 6, p. 549-556, 2004; HALES, A.; WESSELMANN, E.; WILLIAMS, K. Prayer, self-affirmation, and distraction improve recovery from short-term ostracism. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 64, p. 8-20, 2016; OAKLEY, D.; HALLIGAN, P. Hypnotic suggestion: opportunities for cognitive neuroscience. *Nature Reviews Neuroscience,* v. 14, n. 8, p. 565-576, 2013; JENSEN, M.; DAY, M.; MIRÓ, J. Neuromodulatory treatments for chronic pain: efficacy and mechanisms. *Nature Reviews Neurology*, v. 10, n. 3, p. 167-178, 2014; DERBYSHIRE, S. et al. Cerebral activation during hypnotically induced and imagined pain. *NeuroImage,* v. 23, n. 1, p. 392-401, 2004; DEELEY, Q. et al. Modulating the default mode network using hypnosis. *International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis*, v. 60, n. 2, p. 206-228, 2012; VANHAUDENHUYSE, A.; LAUREYS, S.; FAYMONVILLE, M. Neurophysiology of hypnosis. *Neurophysiologie Clinique/Clinical Neurophysiology*, v. 44, n. 4, p. 343-353, 2014.
2. Veja-se: GENIUS, M. L. (1995) The use of hypnosis in helping cancer patients control anxiety, pain, and emesis: a review of recent empirical studies. *American Journal of Clinical Hypnosis,* 37: 316-325.

Além dos usos terapêuticos, a hipnose de entretenimento é bastante popular, tanto em apresentações de palco quanto televisivas.

Há pouco mais de meia década, a hipnose vem também despertando interesse na área forense, mais especificamente em investigações criminais. Seu destaque como método alternativo de investigação criminal teve início nos Estados Unidos, no final da década de 1950 (NIEHAUS, 1998, p. 3-6), a partir do caso *Cornell vs. Superior Court of San Diego*[5].

A história teve início com a descoberta do corpo de Maria Martin próximo a um cemitério. A vítima encontrava-se vestida, mas sem roupas íntimas, com algumas feridas no corpo e rolinhos nos cabelos. Próximo ao cadáver, foi encontrado um copo com álcool e marcas de um carro. As impressões deixadas pela roda do veículo encontradas ao lado do corpo de Maria coincidiam com as marcas do carro de Paul Le Clair Conrey, visto com Maria em um bar na noite anterior. Em seu automóvel, foram encontrados outros vestígios da presença de Maria, como um rolinho de cabelo.

Em decorrência de uma amnésia alcoólica, Conrey não conseguia se lembrar do que havia acontecido e, por isso, não tinha como se defender das imputações que lhe foram feitas.

Nesse contexto, o advogado de defesa, Richard Cornell, procurou um hipnólogo, na tentativa de auxiliar na recuperação das memórias de Conrey. Entretanto, o promotor de justiça e o xerife locais não permitiram que Conrey, à época preso preventivamente, fosse submetido à hipnose.

A promotoria também se manifestou contrariamente, alegando que um método pouco usual como a hipnose deveria ser afastado do cenário forense. O juiz responsável pelo caso, porém, entendeu que o fato de um método ser pouco usual não era suficiente para esgotar sua credibilidade.

Assim, Conrey foi submetido ao transe hipnótico e se recordou dos eventos que ocorreram naquela noite: ele havia saído com alguns amigos para um bar e, ao deixar o local, foi abordado por Maria, que pediu uma carona.

---

3. Recomenda-se a leitura de: ALLADIN, A. Evidence-based hypnotherapy for depression. *International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis*, v. 58, n. 2, p. 165-185, 2010.
4. Discutido em: ELKINS, G.; MARCUS, J.; BATES, J.; HASAN RAJAB, M.; COOK, T. Intensive hypnotherapy for smoking cessation: a prospective study 1. *Intl. Journal of Clinical and Experimental Hypnosis*, 54(3), 303-315, 2006.
5. Disponível em: [http://scocal.stanford.edu/opinion/cornell-v-superior-court-26946]. Acesso em: 08.04.2017.

No caminho, o casal decidiu procurar um local ermo para manter relações sexuais. Porém, ao chegarem ao cemitério, Conrey acabou caindo no sono. Quando acordou, Maria não estava mais no carro e ele decidiu ir embora. Essas informações se adequaram às demais evidências trazidas ao processo: enquanto Conrey estava dormindo, Maria decidiu sair do carro para urinar e por isso tirou sua calcinha. Por ter bebido muito, ela tropeçou e caiu.

Com as novas informações, Conrey – inicialmente acusado de homicídio doloso – foi condenado na modalidade culposa e escapou da pena de morte prevista na legislação estadual.

Desde então, inúmeros estudos – tanto na área da Psicologia como no âmbito criminal – foram desenvolvidos em torno do que se entende, hoje, por hipnose forense.

Uma dessas pesquisas, conduzida pelo Departamento de Psicologia da Universidade de Queensland (Austrália), concluiu pela ampla aceitação e encorajamento do uso de hipnose como ferramenta de investigação criminal por parte de policiais que participaram de procedimentos bem-sucedidos (MCCONKEY; SHEEHAN, 1987, p. 39).

Apesar disso, não existe consenso acerca da aplicação da hipnose forense como método de investigação criminal. Grande parte das divergências é fundada na errônea crença de que a hipnose é um processo sobrenatural ou místico, quando na verdade se trata de um processo natural, já amplamente reconhecido pela ciência.

A hipnose forense, por sua vez, é um tema que vai muito além de legislações ou dogmática. Desconhecido pela grande maioria dos profissionais do Direito, as aplicações desse método no Direito merecem atenção, e sua aplicabilidade ao redor do mundo, e também no Brasil, torna premente uma análise crítica e completamente amparada na legalidade.

2. Uma visão geral sobre a hipnose

A história da hipnose remonta à antiguidade (DELL'ISOLA, 2016, p. 43). O primeiro registro de que se tem notícia é o papiro egípcio de Ebers, do ano XVI a.C., que relata técnicas de hipnotização similares às que são utilizadas hoje e descreve uma aplicação terapêutica da hipnose. Na Grécia, a prática de hipnose com a finalidade de cura também pode ser encontrada nos vários registros médicos do Templo de Esculápio, do ano V a.C.

Na modernidade, mais precisamente no século XVIII, o grande responsável pela divulgação dos fenômenos da hipnose foi o austríaco Franz Mesmer.

Sua teoria era a de que todos somos cercados por um campo magnético, e que a cura para as doenças poderia não estar na ciência, mas no realinhamento do campo magnético de cada indivíduo.

A comunidade médica da época rechaçou os métodos de Mesmer, e ele foi obrigado a deixar seu país para praticar medicina na França, onde conquistou uma incrível popularidade. O resultado de seu trabalho causou desconfiança em Luís XVI, e uma comissão científica encomendada pelo Rei concluiu que não havia quaisquer evidências científicas na prática do chamado Mesmerismo[6].

Mesmo com todo o preconceito que cercava a hipnose, vários profissionais continuaram a estudar seus benefícios. O termo "hipnotismo" foi utilizado pela primeira vez pelo cirurgião inglês James Braid[7]. Na mitologia grega, *Hypnos* é a personificação do sono.

De fato, quando submetidas à hipnose, as pessoas experimentam uma sensação de relaxamento que aparentemente pode se confundir com o estado de dormência. Mas a diferença, como explica Alberto Dell'Isola, é significativa: "Durante o sono, sua mente age como um barco à deriva: você parece não ter controle sobre seus pensamentos. Por outro lado, durante a hipnose, você se interessa e participa ativamente daquilo que está pensando" (2016, p. 40).

O próprio Braid (1899, p. 17) advertiu que o termo "hipnotismo" poderia gerar certos inconvenientes, reconhecendo que a hipnose não seria equivalente ao sono, e sim um fenômeno peculiar e independente.

Sigmund Freud também se utilizou da hipnose em tratamentos clínicos[8]. Suas experiências permitiram que se aproximasse fenômeno do inconsciente e, em um de seus trabalhos, escreveu que "Todo aquele que já tenha acumulado algumas experiências pessoais com o hipnotismo há de se lembrar da im-

6. Pintar; Lynn (2008) comentam todos esses detalhes históricos de maneira pormenorizada.

7. Mais detalhes em Sauret (2006) e Oliveira Filho (2009, p. 22).

8. Sobre a relação entre Freud, psicanálise e hipnose, veja-se trecho da obra *Psicanálise em perguntas e respostas*: verdades, mitos e tabus de David E. Zimerman: "A técnica da hipnose pertence ao passado da psicanálise. No início da construção da ciência psicanalítica, Freud tentou utilizar o método hipnótico como forma de descobrir e fazer vir à tona os traumas e sentimentos reprimidos no inconsciente do paciente, porém cedo o abandonou por duas razões: a primeira é que ele reconheceu que era um mau hipnotizador, e a segunda razão é porque logo se deu conta de que a hipnose não permitia a dissolução das resistências que impediam o caminho para o inconsciente e, tampouco, que o paciente assumisse, trabalhasse e elaborasse essas resistências" (2009, p. 40).

pressão que lhe causou o fato de, pela primeira vez, poder exercer sobre a vida psíquica de uma pessoa aquilo que até então tinha sido uma influência inimaginável, e de poder efetuar com a mente humana" (1986, p. 27).

Já no século XX, experimentos clínicos conduzidos por Milton Erickson comprovaram a eficácia clínica da hipnose (NIEHAUS, 1999, p. 24). A partir daí, associações médicas e psicológicas ao redor do mundo passaram a reconhecer a hipnose como ferramenta de grande potencial médico[9].

Definir o que é hipnose não é uma tarefa fácil ainda hoje. Os conceitos desse fenômeno são geralmente divididos entre duas teorias: de não estado e de estado.

As teorias de não estado, como a *behaviorista*, definem a hipnose como um comportamento de atenção concentrada. Para Skinner (1978), o comportamento hipnótico estaria ligado a uma forma diferenciada de imposição através da linguagem. O autor exemplifica essa teoria: quando dizemos a um sujeito em transe que um mata-moscas é um guarda-chuva, ele passa a transferir o comportamento que daria ao guarda-chuva para o mata-moscas. Sua atitude, nesse sentido, seria apenas uma forma de atender a um controle verbal e de reagir a um comando.

Já as teorias de estado, por exemplo, a teoria neodissociativa de Hilgard (1994, p. 69), consideram que a hipnose vai além da interpretação de um papel atribuído ao sujeito em transe pelo hipnotizado, caracterizando-se como um estado de alteração da consciência. Na visão de Hilgard, as induções hipnóticas criam uma divisão das funções executivas cerebrais e são capazes de alterar seus arranjos hierárquicos e subestruturas.

Recentes estudos no ramo da neurociência têm contribuído para a confirmação das chamadas teorias de estado, demonstrando que sujeitos hipnotizados apresentam alterações cerebrais.

Pesquisas realizadas por Rainville e Price (2003, p. 105), da Universidade de Quebec (Canadá), com a utilização de eletroencefalograma concluíram que a prática de rotinas hipnóticas reflete alterações específicas na atividade cerebral, especificamente em estruturas relacionadas à facilitação (relaxamento) e absorção (foco e concentração).

Em outro trabalho, focado nos efeitos da hipnose sobre a inibição da dor, pesquisadores da Universidade de Illinois (Estados Unidos) também constataram

9. Na definição da American Psychological Association, trata-se de um procedimento no qual o hipnotista faz sugestões ao sujeito para que alcance relaxamento e foco. Disponível em: [http://www.apa.org/topics/hypnosis/]. Acesso em: 04.04.2017.

alterações eletromagnéticas características dos efeitos anestésicos no cérebro de sujeitos submetidos à hipnose clínica (SCHULZ-STÜBNER, et al., 2004, p. 555)[10].

Do ponto de vista clínico e forense, Roy Udolf (1983, p. 3) esclarece que a hipnose não é uma condição em que os princípios elementares do comportamento humano são interrompidos. Pelo contrário, a hipnose é uma ferramenta que intensifica sensações, percepções, memórias e pensamentos.

E é exatamente em relação à memória que a hipnose se aproxima da realidade jurídica. Por se tratar de um processo de construção, a memória sofre alterações ao longo do tempo e se acomoda em diversas formas e sentimentos (MCCONKEY; SHEEHAN, 1995, p. 5).

A hipnose, nesse sentido, pode potencializar, a partir do estado de relaxamento e concentração, o acesso do sujeito a fatos e informações que tem dificuldade de se lembrar.

Especialmente no contexto forense, as memórias sofrem diversas influências: dor, ansiedade, trauma[11]. Com a inibição desses fatores negativos, a partir da indução ao estado de relaxamento, a recuperação da memória pode ser facilitada (UDOLF, 1983, p. 33).

No entanto, esse uso investigativo da hipnose não escapa de críticas. Em um estudo laboratorial realizado na década de 1980 e publicado pela Associação Americana de Psicologia, profissionais da Universidade da Califórnia reuniram 89 voluntários e exibiram a eles um filme com cenas de crimes e violência. Depois, colheram os depoimentos dos voluntários como se fossem testemunhas de delitos a partir de dois métodos distintos: entrevista cognitiva[12] e hipnose.

10. No mesmo sentido: DERBYSHIRE, Stuart W. G. et al. Cerebral activation during hypnotically induced and imagined pain. *Neuroimage,* 23.1 (2004): 392-401.

11. Ibbotson (2012, p. 393) explica o funcionamento neurofisiológico da memória traumática. Esse tipo de recordação ativa dois sistemas independentes, um explícito (consciente) e outro implícito (inconsciente). A memória explícita abrange detalhes de circunstâncias, como o contexto, a experiência e as pessoas envolvidas. Esse procedimento é mediado pelo hipocampo e outras partes do lobo temporal. Já a memória implícita é a reverificação da resposta fisiológica ao evento, como as alterações na pressão arterial, da respiração e no pulso. Esse setor da memória é mediado pela amígdala e suas conexões neurais. Esses dois sistemas diferentes funcionam em conjunto para produzir a memória completa e suas associações fisiológicas e emocionais.

12. "A Entrevista Cognitiva (EC) é um processo de entrevista que faz uso de um conjunto de técnicas para maximizar a quantidade e a qualidade de informações obtidas de uma testemunha. [...] Dito de uma forma ampla, a EC é estruturada em sete etapas,

A conclusão dos pesquisadores foi a de que a *performance* das testemunhas, quando submetidas ao método da entrevista cognitiva, tiveram um desempenho superior em relação ao método da hipnose forense (GEISELMAN; FISHER; MACKINNON; HOLLAND, 1985, p. 410).

Apesar da validade e eficácia do método da entrevista cognitiva, a metodologia desse tipo de estudo é passível de questionamentos. E isso porque os estudos realizados em laboratório não são capazes de reproduzir elementos essenciais de uma situação criminal e, consequentemente, não simulam as mesmas emoções (SMITH, 1983, p. 406 já advertia essa falha).

As circunstâncias de um crime real são muito mais traumáticas, assustadoras e fortes quando comparadas a um filme, por mais violento que seja[13]. E é exatamente em razão dessas reações humanas que o método hipnótico contribui na potencialização das memórias.

De acordo com Wester e Hammond (2011, p. 250), já foram documentados 110 estudos que confirmaram a real possibilidade do completo esquecimento por parte das vítimas acerca de abusos sexuais sofridos na infância. Na hipnose forense, esse dado é relevante para confirmar que vítimas e testemunhas estão expostas a situações emocionalmente intensas que bloqueiam as recordações e que essa técnica pode auxiliar a memória a resgatar algumas lembranças.

Para entender essa questão, basta imaginar que os fatos – sejam pequenos detalhes ou grandes ocasiões – são armazenados individualmente em pastas de um grande arquivo. A hipnose é um método para guiar e facilitar a busca do sujeito pelas informações arquivadas em pastas que ele não consegue acessar facilmente, seja por medo, seja por trauma ou ansiedade. Por isso, o grande princípio da hipnose é focar naquilo que se pretende ampliar (YAPKO, 2015, p. 1).

---

sendo cada uma composta por etapas e técnicas específicas, as quais encontram-se fundamentadas em diferentes princípios teóricos. Segundo Ainsworth (1998), as etapas são as seguintes: (1) estabelecimento de *rapport* e personalização da entrevista; (2) explicação dos objetivos da entrevista; (3) relato livre; (4) questionamento; (5) recuperação variada e extensiva; (6) síntese e (7) fechamento. Cada uma destas etapas tem um objetivo específico, contribuindo para o sucesso da entrevista como um todo" (PERGHER; STEIN, 2005, p. 11-15).

13. Myers (p. 260-261) explica que, em situações de estresse, os hormônios produzem mais energia da glicose para abastecer a atividade cerebral, sinalizando para o cérebro que algum evento importante ocorreu. Por isso, quanto mais marcante a experiência, mais intensas e confiáveis são as memórias. A clareza das recordações de eventos surpreendentes e significativos é chamada por alguns psicólogos de "efeito *flash*". O autor esclarece que, ainda que as memórias *flash* se destaquem pela vivacidade, elas também podem resultar em erros ou ser infiltradas por informações equivocadas.

Além da indução ao relaxamento, a hipnose pode ser aplicada na recuperação de memórias passadas, aquelas que se relacionam a fatos ocorridos há muito tempo, a partir da regressão, técnica na qual é sugerida ao sujeito uma espécie de volta ao tempo.

Udolf (1983, p. 32) destaca que, nesses casos, o sujeito não é submetido à reexperiência de um evento passado, mas incitado a se imaginar em uma ocasião passada, como se estivesse representando um papel teatral em sua própria história.

A partir desse apanhado geral acerca da hipnose e sua aplicabilidade no contexto da investigação criminal, torna-se necessário traçar parâmetros para a utilização policial e judicial dessa ferramenta, a chamada hipnose forense.

3. Hipnose forense em teoria

A hipnose forense consiste no uso da hipnose para propósitos investigativos, em relação a casos criminais (ou cíveis) e mediante requerimento da acusação ou da defesa (NIEHAUS, 1998, p. 34).

Aqui, dois apontamentos devem ser feitos: i) a hipnose não resolve crimes. Sua aplicação no contexto forense é só uma ferramenta que pode ou não potencializar os resultados de uma investigação criminal[14]; ii) a hipnose forense não é uma mágica ou um procedimento milagroso[15]: o sujeito a ser submetido ao transe deve agir de acordo com sua vontade e precisa estar disposto a ajudar[16].

---

14. Nesse sentido, Zelig (2981, p. 402) esclarece que, independentemente dos mecanismos psicológicos que acabam impedindo a recuperação das memórias, estudos de casos individuais e alguns relatórios não publicados indicam que a hipnose tem eficácia na potencialização das recordações de testemunhas quando os métodos tradicionais de investigação não produzem resultados exitosos.

15. Heap (2008, p. 763) busca as origens do preconceito nos tribunais em relação ao uso da hipnose forense. Os autores concluíram que muitas informações equivocadas e desencontradas sobre a natureza da hipnose chegam ao conhecimento do público, mas que existe pouca consciência do progresso científico que os estudos sobre hipnose têm resultado nos últimos anos. Para os autores, juízes, policiais, advogados, assim como a população em geral, não possuem muitas informações sobre a hipnose, e também podem acreditar que o hipnotizador é uma pessoa com poderes especiais ou envolvida com bruxaria.

16. Deve-se considerar que a testemunha não pode ser obrigada a se submeter a qualquer procedimento para potencialização da memória. Em "A duty to remember, a right to forget?" (em tradução livre, "O dever de relembrar, um direito de esquecer?"), Bublitz e Dresler (2015, p. 1302) apontam que o emprego de técnicas para melhorar

A forma mais comum de aplicação da hipnose forense é na facilitação da memória de testemunhas e vítimas. Pessoas suspeitas de terem cometido algum crime, em regra, não são submetidas a essa técnica, pois, como a hipnose mantém a consciência, o indivíduo pode se aproveitar da ferramenta para mentir, na tentativa de prejudicar as investigações a seu favor.

Nesse sentido, McConkey e Sheehan[17] (1995, p. 140-144) fazem uma consideração importante: a hipnose não pode ser vista como um acesso pleno à verdade.

Niehaus (1998, p. 16) comenta que existem três elementos cruciais para o sucesso da sessão de hipnose forense. Esses elementos são requisitos básicos para a hipnose, e que se aplicam à hipnose forense: o consentimento do participante, a comunicação entre o operador e participante e a confiança do participante no operador, compreendida pela liberdade em relação aos medos ou relutâncias (ELMAN, 1970, p. XII).

O primeiro elemento importante para o êxito da hipnose forense é que a pessoa submetida à técnica queira participar do procedimento, por livre e espontânea vontade. Comenta o autor que é impossível hipnotizar uma pessoa à força, de modo que o indivíduo a ser hipnotizado tem pleno controle da situação (NIEHAUS, 1998, p. 15).

O segundo fator indispensável para o sucesso da sessão é a confiança do indivíduo no hipnotista. Só assim a pessoa será capaz de se entregar completamente à hipnose e de colaborar para as investigações com suas recordações. A forma como essa confiança deve ser estabelecida pode variar entre cada profissional e, também, de acordo com a personalidade do sujeito a ser hipnotizado (UDOLF, 1983, p. 40).

Por fim, para o sucesso da hipnose, o indivíduo a ser hipnotizado precisa se libertar do medo. Esse terceiro elemento é crucial porque se, por qualquer

---

as memórias com base no interesse público deve ser questionado. O risco é o de ampliar o alcance dos poderes governamentais sobre a memória de registros externos diretamente nas mentes e cérebros. Os autores chamam a atenção para uma hipótese perigosa: e se os Estados decidirem potencializar apenas as memórias daqueles que podem favorecer suas causas? O passado não poderia ser alterado por meio de uma melhoria seletiva das recordações? E se outras lembranças fossem apagadas ou subjugadas? Como poderia ser procedimentalizado o uso dessas ferramentas? São questões que merecem uma discussão cuidadosa.

17. Os autores indicam alguns sinais que podem ser úteis ao hipnotista para detectar se o sujeito está mentindo (simulando o transe), por exemplo, demonstração de raciocínio lógico, utilização de referências não sugeridas pelo profissional, reações exageradas e falta de envolvimento das sugestões.

motivo, houver qualquer temor em relação à hipnose, o sujeito não conseguirá atingir o estado de relaxamento necessário.

Especificamente na hipnose forense, também é importante que o hipnotista não receba muitas informações sobre o caso em investigação. A explicação para isso é muito simples: o método hipnótico é construído, em grande parte, pelas sugestões feitas pelo hipnotista ao sujeito. Assim, o profissional que conduz o procedimento não pode fazer sugestões que influenciem a testemunha e contaminem o caso.

O tipo penal, o local e a data em que aconteceu o crime são informações suficientes para que a hipnose transcorra bem e gere resultados. Com esses elementos, o hipnotista pode direcionar o sujeito e conduzir sua volta ao passado em tempo e lugar definidos.

A sessão de hipnose forense – assim como acontece na hipnose clínica – geralmente se divide em três fases: o *pretalk*, a indução e o transe.

A primeira fase é uma conversa inicial entre o hipnotista e o sujeito a ser hipnotizado e tem o objetivo de diminuir a insegurança, apreensão e ansiedade. Além de explicar o procedimento e dirimir possíveis dúvidas, é estabelecido um vínculo de confiança entre os dois, chamado de *rapport*[18].

Formada uma conexão entre o hipnotista e o sujeito, passa-se a induzir a hipnose. Os métodos de indução aplicados pelo hipnotista podem variar, e, de acordo com Udolf (1983, p. 40), o emprego de técnicas diferentes não compromete o resultado.

Uma vez induzido à hipnose, o sujeito entra no chamado estado de transe hipnótico. O objetivo final é que haja um rebaixamento do senso crítico e a instalação do pensamento seletivo do indivíduo. Dave Elman (1977, p. 26) explica que a faculdade crítica da mente é a parte pela qual passam os julgamentos e opiniões. Por exemplo, é o que distingue o frio do calor, o salgado do doce ou o claro do escuro. Com o rebaixamento dessa faculdade crítica, de

18. Dell'Isola (2016, p. 49) dedica uma sessão de seu livro *Mentes fantásticas* para trabalhar as mais variadas técnicas de *rapport*. Sua definição também é precisa: "*Rapport* é um termo bastante conhecido na hipnose e se refere ao vínculo de confiança que é estabelecido entre duas pessoas enquanto se comunicam, seja no trabalho, em uma conversa informal ou em uma sessão de terapia. De acordo com o contexto em que ele surge, ele adota formas e conceitos variados. Como dissemos anteriormente, os psicanalistas costumam chamar o *rapport* de 'transferência'. O psicoterapeuta Carl Rogers costumava dar a esse vínculo outro nome: empatia. Independentemente do contexto ou do nome que se dê a esse fenômeno, o *rapport* é o grande responsável pela maior parte do processo de hipnose ou de persuasão".

modo que não seja possível distinguir o grande do pequeno ou o longe do perto, é possível substituir o julgamento convencional pelo pensamento seletivo.

Durante o transe hipnótico, o hipnotista passa a dar sugestões ao indivíduo após o rebaixamento do senso crítico. São três as técnicas mais comuns de sugestão na hipnose forense: hipermnésia, regressão e cinema (UDOLF, 1983, p. 40).

A regressão, já mencionada na seção anterior, consiste na sugestão dada ao indivíduo para reviver determinada situação passada. No caso da hipnose forense, essa situação é conexa a um delito testemunhado pelo sujeito em transe.

A técnica conhecida como cinema é uma forma de regressão. Nela, o sujeito é sugestionado a testemunhar os eventos em questão como se fosse espectador de um filme. Udolf (1983, p. 40) esclarece que essa técnica envolve a disponibilização de uma espécie de controle imaginário ao sujeito, que pode acelerar, pausar, pular e até mesmo aumentar as cenas a que assiste. Como espectador, e não como parte da história, a testemunha tende a lidar melhor com sentimentos negativos, como medo e ansiedade.

O método do cinema é bastante criticado, especialmente porque as imagens do filme visto pelo indivíduo não seriam, necessariamente, memórias. Algumas fantasias poderiam ser produzidas, de modo que a testemunha seria direcionada a acreditar em qualquer coisa que sua imaginação fosse capaz de produzir (nesse sentido, UDOLF, 1983; ORNE, 1982).

A sugestão da hipermnésia, por sua vez, seria a mais adequada ao contexto forense. Sua finalidade é tão somente facilitar a habilidade de recordar. Dell'Isola (2016, p. 38) alerta que, ainda que a hipnose possa ser usada para potencializar a memória, os efeitos da suposta hipermnésia decorrente das sessões de hipnose também podem ser falsos ou distorcidos.

Na prática, as características individuais de cada caso concreto são fatores decisivos para a escolha, por parte do hipnotista, das técnicas de indução e sugestões a serem empregadas na oitiva de cada sujeito.

4. Hipnose forense na prática

A literatura estrangeira é bastante extensa em relação a relatos de casos concretos (nesse sentido, as obras de UDOLF, 1983; NIEHAUS, 1998; MCCONKEY & SHEEHAN, 1995 e outros). Há, entretanto, uma abordagem que se encaixa perfeitamente ao escopo deste trabalho na obra de Hibbard e Worring (1981, p. 210-216), dois investigadores de polícia do estado de Illinois (Estados Unidos) que atuaram por anos como hipnotistas forenses.

Em *Forensic hypnosis:* the practical application of hypnosis in criminal investigations[19], os autores compartilham algumas experiências obtidas em casos nos quais atuaram. Para que o leitor possa visualizar a aplicação da hipnose no contexto forense, foram selecionadas e traduzidas três histórias narradas pelos autores estadunidenses.

No primeiro caso, uma jovem de vinte e três anos voltava para casa em uma via expressa, aproximadamente à meia-noite, na companhia de sua filha de dois anos, que dormia no banco da frente. Enquanto pegava um atalho em direção a seu destino, os faróis do carro iluminaram a silhueta de um homem que passava na direção contrária. Ele atravessou na frente de seu carro e, enquanto diminuía a velocidade, ela pôde observar suas roupas e maneira de caminhar.

No dia seguinte, foi encontrado o corpo de uma moça abandonado em uma vala ao lado da via expressa. Ela havia sido estuprada e estrangulada. Por coincidência, as duas moças se conheciam da época de escola.

Os investigadores de polícia não conseguiram obter nenhuma informação a partir do testemunho da mulher. Ela alegava que a fisionomia e os trejeitos do homem haviam se apagado de sua memória. De início, a jovem aceitou ser submetida às sessões de hipnose. Porém, mudou de ideia em seguida. Ao conversar com a testemunha, os hipnotistas perceberam que sua rejeição à hipnose se justificava pelo medo que ela sentia de identificar o suspeito, que poderia vir a atentar contra a sua vida e a de sua filha.

Para estabelecer um vínculo de confiança com a testemunha, o hipnotista demonstrou que, considerando a velocidade do carro e a escuridão da noite, o homem jamais seria capaz de identificá-la como responsável por seu reconhecimento. Após compreender a situação, a ansiedade da mulher diminuiu consideravelmente e os procedimentos de indução e transe foram bem-sucedidos. Ela conseguiu descrever detalhadamente as características do suspeito, e, por meio dessa identificação, a polícia pôde concluir o caso.

Para Hibbard e Worring (1981, p. 212), esse caso demonstra a variedade de razões psicológicas pelas quais os sujeitos resistem, consciente ou subconscientemente, à hipnose forense. Mesmo que haja interesse e vontade em colaborar com a solução do caso, alguns problemas criados pela mente do indivíduo podem ser uma barreira para a investigação criminal.

No segundo caso, a única testemunha de um homicídio era a esposa da vítima. Em uma tarde de verão, ela atendeu a campainha de sua casa e se deparou

19. HIBBARD, Whitney S.; WORRING, Raymond W. *Forensic hypnosis*: the practical application of hypnosis in criminal investigations. Springfield: CC Thomas, 1981.

com um homem que pedia informações sobre um carro que estava parado na porta da residência com uma placa de "vende-se".

Antes mesmo que ela pudesse responder, seu marido assumiu a conversa e ela voltou para a cozinha. Seu único contato com o estranho fora pelo olho-mágico, por aproximadamente cinco segundos. Enquanto cozinhava, a mulher ouviu três disparos de arma de fogo e, ao correr para a sala, encontrou o corpo do marido.

Após três semanas de investigação e nenhum resultado, a única testemunha foi convidada a participar de uma sessão de hipnose. A mulher estava assustada, quieta e retraída. O relaxamento só foi possível depois que o hipnotista garantiu à testemunha que ela não precisaria reviver o momento em que encontrou o marido morto. Em transe, a mulher foi capaz de descrever as características principais do homem que havia atirado em seu marido.

Foi produzido um retrato falado do suspeito e compartilhada sua imagem entre as delegacias da cidade. Um homem com as mesmas características foi reconhecido pelos investigadores da delegacia especializada em narcóticos, que o haviam prendido em flagrante por tráfico de drogas alguns dias antes. O suspeito foi reconhecido pessoalmente pela testemunha.

A terceira história aconteceu nos arredores de uma escola infantil. Um jovem de dezesseis anos andava de bicicleta na rua de uma escola quando ouviu os gritos de uma mulher, vindos de uma das salas de aula. Em seguida, ele observou um homem deixando o local e saindo de carro. A vítima era uma professora que foi esfaqueada enquanto limpava sua sala.

O hipnotista, durante o *pretalk*, havia identificado que o rapaz era um estudante de origem humilde e que havia desistido do colégio. Ao longo da sessão de hipnose, o jovem foi capaz de descrever o sujeito com precisão, mas não conseguiu dar nenhuma informação sobre o carro utilizado para a fuga.

O investigador, então, sugeriu à testemunha que visualizasse um quadro-negro coberto com uma cortina de veludo. Quando essa cortina fosse retirada, a placa do carro utilizado pelo suspeito estaria escrita no quadro. A sugestão não funcionou, e o hipnotista precisou elaborar uma nova hipótese. Dessa vez, sugeriu entregar ao indivíduo um poderoso binóculo imaginário, capaz de visualizar a placa do carro mesmo em alta velocidade. Ao se aproximar das lentes mágicas, a testemunha foi capaz de ditar os números da placa, e, mais importante, identificou sua cor, que remontava aos veículos de outro estado.

No final da sessão, o hipnotista percebeu que, além de ter desistido da escola, o jovem tinha muitos problemas com seus professores. Por isso, foi incapaz de aceitar a sugestão do quadro-negro, que lhe remetia às salas de aula.

Na visão de Hibbard e Worring (1981, p. 212), a identificação rápida por parte do condutor da hipnose de que determinada sugestão é falha e a habilidade de encontrar novas sugestões são fundamentais para o sucesso do procedimento.

5. A experiência brasileira

Experiências bem-sucedidas de utilização da hipnose forense também foram registradas no Brasil. O Instituto de Criminalística do Paraná conta com um Laboratório de Hipnose Forense, o único da América Latina, inaugurado em 1998[20].

Desde sua criação[21], o laboratório já atuou em mais de 800 casos, principalmente na oitiva de vítimas e testemunhas e na descrição de características físicas para representação facial (o chamado retrato falado)[22].

20. Informações disponíveis em: [http://www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=10]. Acesso em: 14.04.2017.

21. O médico psiquiatra e hipnólogo Rui Sampaio relata o surgimento da hipnose forense no Instituto de Criminalística do Paraná. A fase experimental "Teve início em 1983 com um caso de atropelamento seguido de morte em uma via de trânsito rápido em Curitiba. Numa manhã, por volta das 7 horas, uma pessoa idosa foi atravessar a via rápida de trânsito, em frente a um posto de combustível, ocasião em que foi atropelada e morta, no local, por um veículo da marca Volkswagen, do tipo Kombi, que se evadiu do local. A única testemunha a observar os fatos foi um frentista do posto de combustível, que notou alguns detalhes do veículo atropelador e tentou auxiliar a vítima no local. Aproximadamente 40 dias após os acontecimentos, a testemunha não se lembrava mais dos dados observados, isso pelo trauma emocional sofrido e, também, pelo tempo decorrido do acidente. Submetido à hipnose, a testemunha descreveu o veículo como sendo uma Kombi, de cor branca, placa de cor vermelha, o que caracterizaria veículo de aluguel, além de fornecer as duas letras e dois números da placa identificadora do veículo. Talvez, o detalhe mais importante tenha sido lembrar-se de um caminhão, do tipo baú, escrito na sua lateral, em formato de meia-lua, 'MÓVEIS... e tal', correspondente a uma fábrica de móveis existente no bairro Santa Felicidade, em Curitiba. O motorista desse caminhão tentou interceptar a Kombi quando a mesma estava se evadindo do local, sem lograr êxito. Ao entrar em contato com o motorista desse caminhão, na fábrica de móveis, o mesmo havia anotado os numerais da placa da Kombi, que fugiu e foi por ele perseguida, sem saber que tinha ocorrido o óbito da vítima no local do atropelamento. De posse desses numerais, o mesmo 'jogou no bicho', porém não acertou, mas deixou o papel onde constavam os numerais em uma gaveta da marcenaria da fábrica de móveis. Com esses dados, foi possível identificar o veículo atropelador e consequentemente o seu proprietário e condutor, junto ao órgão de trânsito. Esse veículo, após a identificação e a apreen-

O responsável pelo laboratório de hipnose forense no Brasil é o médico e psicólogo Rui Sampaio. Em artigo para o *Manual brasileiro de hipnose clínica* (2013, p. 569-583), Sampaio explica como os casos chegam até seu departamento: os órgãos que mais solicitam essa espécie de procedimento são as delegacias especializadas em crimes sexuais, homicídios, crimes de trânsito e sequestros.

O autor comenta que, nos casos em que a Polícia ou até mesmo o Ministério Público entendam que a hipnose pode auxiliar no desfecho do procedimento criminal, é expedido um ofício ao núcleo de hipnose forense, acompanhado dos dados da testemunha ou vítima a ser ouvida e do boletim de ocorrência.

Além disso, apesar de não constituir um meio de prova específico, o potencial da hipnose forense como método de condução das investigações às provas da autoria e materialidade das infrações também já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça[23]:

> Na investigação criminal, a hipnose é utilizada como ferramenta de auxílio para elucidação de casos em que a testemunha ou vítima tem algum bloqueio mental decorrente do trauma sofrido. Vítimas de estupro, sequestro, assalto e atropelamento podem ter dificuldades para dar informações para confecção do retrato falado ou de características do local do crime, por exemplo (STJ, AgRg no AREsp 256650 PR 2012/0239135-8, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 11.03.2014, *DJe* 26.03.2014).

A hipnose forense como ferramenta auxiliar às investigações criminais é uma realidade, ainda que pouco explorada, no Brasil e em diversos outros sistemas jurídicos. O que não significa, obviamente, que essa prática deva ser aplicada em qualquer caso, com qualquer pessoa, por qualquer motivo.

---

são, passou por perícia técnica, que constatou avarias recentes na parte frontolateral direita, compatíveis com o atropelamento, inclusive com microrrespingos de sangue. Diante das evidências periciais, houve a confissão do condutor, alegando que fugiu do local por medo de linchamento. Hipótese esta infundada, pois, como foi dito, a única pessoa a presenciar o fato foi o frentista do posto de combustível. Esse caso, além de ser o primeiro efetuado dentro do Instituto de Criminalística, foi uma das investigações em que a hipnose auxiliou as investigações a resolver 100% o crime" (SAMPAIO, 2013, p. 569-570).

22. Informações disponíveis em: [http://www.policiacientifica.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=90]. Acesso em: 14.04.2017.

23. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná já consignou que "A hipnose é usada em crimes que deixam trauma na vítima, como por exemplo, estupro e sequestro" (TJPR, ED 0677501-3/01, rel. Des. Marcus Vinícius de Lacerda Costa, 5ª Câmara Criminal, j. 30.06.2011).

Como todo método de investigação criminal, a hipnose forense precisa ser submetida a um rigoroso controle de legalidade, a fim de que sejam evitados abusos e excessos acusatórios.

6. O bom uso da hipnose forense

Estabelecer regras para a prática da hipnose forense é reconhecer a necessidade de minimizar o risco de contaminação dos depoimentos de testemunhas pelas sugestões do hipnotista, que acarreta a produção de falsas memórias; e garantir a admissibilidade das evidências geradas a partir dos depoimentos prestados sob hipnose perante o Judiciário.

Nos Estados Unidos, o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) estabeleceu regras rígidas, baseadas nas diretrizes do Departamento de Justiça, para o uso da hipnose forense como método auxiliar de investigação (UDOLF, 1983, p. 49). As Forças Armadas também já estabeleceram políticas para a aplicação da hipnose nas investigações criminais (UDOLF, 1983, p. 50). Além disso, cada departamento de polícia também tem competência para estabelecer suas diretrizes para a prática da hipnose forense.

A literatura especializada (UDOLF, 1983; AULT, 1980; NIEHAUS, 1998; TETEN, 1979; DOUCE, 1979 e outros) também estabelece alguns padrões que devem ser atendidos para garantir a legalidade das investigações realizadas com o apoio da hipnose forense.

A partir de uma análise das diretrizes estabelecidas pelos departamentos e agências de polícia e pelos estudiosos da área, é possível definir um guia de boas práticas da hipnose forense.

O primeiro passo para o bom uso da hipnose forense é reconhecer suas limitações. Por isso, a técnica não deve ser usada como método substitutivo aos procedimentos ordinários de investigação, e sim como uma forma complementar de buscar a solução dos casos criminais.

Outro fator importante é definir quem pode ser submetido à hipnose forense. Dentre os sujeitos das investigações criminais, recomenda-se que a técnica hipnótica seja utilizada apenas em vítimas e testemunhas. Os suspeitos, em regra, não costumam ser submetidos à hipnose pela possibilidade de mentirem em transe.

Niehaus (1998, p. 87) comenta que a aplicação desse método no interrogatório de suspeitos pode gerar resultados desastrosos. Em um caso envolvendo o Departamento de Polícia de Indiana (Estados Unidos) em 1982, uma mulher alegou ter sido golpeada na cabeça por um homem que invadiu sua casa

e atirou em seus dois filhos. Ela não conseguiu identificar o homem, que dizia estar usando uma máscara de *Halloween*. Seus filhos também não puderam auxiliar no reconhecimento, porque estavam dormindo quando foram alvejados.

Apesar dos depoimentos da mulher, todas as provas reunidas pela investigação indicavam que ela seria a responsável pelos tiros. Na casa, não havia sinais de arrombamento ou da presença de outras pessoas. A polícia sugeriu que a mulher fosse submetida ao polígrafo (aparelho que registra variáveis biológicas para detectar mentiras) e a testes de estresse, mas os resultados foram inconclusivos.

Com dificuldade para concluir o caso, os investigadores decidiram submeter a mulher à hipnose, mesmo cientes de que ela seria suspeita. Durante a sessão de hipnose, a mulher descreveu o homem que teria invadido sua casa, cujas características se assemelhavam às de seu pai. Posteriormente, ela se arrependeu das declarações e afirmou que seu alter ego teria sido responsável pelos tiros.

A polícia se utilizou dos elementos obtidos na sessão de hipnose para conseguir um mandado de busca e apreensão na casa, onde localizaram a máscara de *Halloween*. Quando o caso foi a julgamento, todas as provas apreendidas na casa foram consideradas inadmissíveis, porquanto obtidas através de informações reveladas pela suspeita durante a hipnose. As acusações foram retiradas e a polícia de Indiana sofreu diversas críticas.

Essa colocação, apesar de válida, é passível de críticas, principalmente considerando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, o argumento de que o indivíduo suspeito de ter cometido determinado delito pode mentir sob hipnose porque é parte interessada nas investigações também se aplica às vítimas. Afinal, ninguém mais interessado na prestação jurisdicional que o sujeito afetado pela conduta criminosa.

Além disso, como assinala Udolf (1983, p. 48), as informações obtidas em sessões de hipnose forense também dependem de posterior verificação, como qualquer outra prova. O depoimento de uma pessoa, seja em transe hipnótico, seja em um depoimento comum, não pode ser suficiente para a condenação de outrem.

Nesse sentido, se a palavra do suspeito submetido à hipnose coincidir com os outros elementos probatórios reunidos durante as investigações, não existe razão para sua inadmissibilidade. O caso *Cornell vs. Superior Court of San Diego*, que ilustrou a primeira seção deste trabalho, é um exemplo de que a pessoa suspeita pelo crime pode ser submetida à hipnose e que este método pode, inclusive, compor os meios de defesa.

Sobre uma possível confissão obtida mediante técnicas hipnóticas, deve-se destacar que a maioria dos estudiosos da hipnose afirma que o sujeito em

transe não faz ou fala nada contra a sua vontade. Niehaus (1998, p. 13) explica que, durante a sessão de hipnose, o sujeito consegue ouvir e compreender tudo o que é dito, porquanto consciente[24].

Além disso, Udolf (1983, p. 44), citando Dilloff (1977), complementa que a hipnose não é capaz de forçar a obtenção de informações a partir de pessoas relutantes ou resistentes. Hibbard e Worring (1981, p. 255) também apontam que é mínima a chance de uma pessoa em transe dizer algo contra sua vontade.

Os autores, inclusive, só consideram essa hipótese porque descrevem um estudo (1981, p. 256) no qual apenas cinco entre 26 voluntários revelaram, em transe, um número sobre o qual deveriam guardar segredo, mas atentam para o fato de que nenhum dos voluntários estava sendo ameaçado ou teria qualquer consequência negativa a partir da revelação do segredo.

Assim, alguns autores[25] defendem que, em qualquer sinal de perigo, o sujeito é capaz de deixar espontaneamente o transe e se defender. Dessa forma, se o hipnotista der ao sujeito em transe uma sugestão que ele entenda ser ofensiva ou até mesmo perigosa, o sujeito muito provavelmente despertará e confrontará a situação.

Feita essa observação, outras diretrizes para o sucesso da hipnose forense merecem destaque.

O profissional selecionado para executar a técnica da hipnose forense também deve se encaixar em algumas especificações. O FBI só usa hipnotistas profissionais – devidamente licenciados e treinados especificamente para essa finalidade – em suas investigações (AULT, 1980).

Segundo Udolf (1983, p. 49), o FBI também permite que seus investigadores conduzam a sessão após a submissão do sujeito ao transe hipnótico realizada por um hipnotista, em uma espécie de trabalho conjunto.

Esse contexto é admitido porque os profissionais da hipnose, geralmente psicólogos ou psiquiatras, não têm formação jurídica e não sabem avaliar se suas sugestões estão dentro ou fora dos parâmetros de legalidade. A sua atuação, nesse sentido, seria meramente facilitadora.

Para Janofsky (2006, p. 477), as técnicas de coerção e até mesmo de engano podem ser apropriadas na prática da psicologia e psiquiatria clínica, quando

24. Niehaus (1998, p. 13) descreve a sensação do transe hipnótico como se um aluno estivesse na sala de aula, entediado, e começasse a sonhar acordado, numa espécie de devaneio. Se, de repente, o professor faz uma pergunta ao aluno, ele desperta e volta a participar da aula normalmente.

25. Nesse sentido, Niehaus (1998, p. 13) e Hibbard; Worring (1981, p. 120).

utilizadas paternalisticamente, para oferecer benefícios e até mesmo proteger o paciente. No entanto, são inaceitáveis na prática forense, em que a verdade é fortemente valorizada e o profissional tem o potencial de causar sérios danos à investigação e ao próprio sujeito.

Outra questão interessante é apontada por Niehaus (1998, p. 90), que sugere que todas as sessões de hipnose forense devem ser filmadas ou, no mínimo, gravadas em áudio.

O autor justifica a importância desse registro pelo poder das sugestões na hipnose, que podem ser malconduzidas ou direcionadas a certas respostas, além da criação de memórias falsas. Os registros garantem posterior controle da integridade do procedimento e futura fiscalização pelos órgãos competentes[26]. Além disso, possibilitam o acesso e o uso das declarações pela defesa, pela acusação e até mesmo pelo juiz que vai processar e decidir o caso no futuro.

Importante destacar que, assim como qualquer outra prova produzida na fase inquisitorial, isto é, durante o inquérito policial, os depoimentos de testemunhas, vítimas ou acusados colhidos pelo método da hipnose forense devem ser submetidos também ao contraditório judicial, conforme determina o art. 155 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, as declarações devem ser confirmadas durante a fase de instrução, de modo que a gravação das sessões de hipnose possibilita que ambas as partes se pronunciem oportunamente sobre os resultados decorrentes da hipnose forense.

Cabe, ainda, ressaltar que as provas obtidas por meio do método da hipnose forense se sujeitam ao mesmo tratamento das demais provas e devem ser confrontadas com o restante do conjunto probatório formado no processo. Vale lembrar que, no processo penal brasileiro, nem mesmo a confissão é prova absoluta, cabendo ao Juízo verificar se entre ela e as demais provas produzidas ao longo da instrução processual existe compatibilidade ou concordância, nos termos do art. 197 do Código de Processo Penal[27].

---

26. Considerando a introdução da prática no Brasil e o modelo adotado no Paraná, essa fiscalização caberia ao Instituto de Criminalística e, em última instância, também aos Conselhos Regionais e Federal de Psicologia, nos termos da Resolução CFP 013/2000, que aprova e regulamenta o uso da hipnose como recurso auxiliar de trabalho do psicólogo. Disponível em: [https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2000/12/resolucao2000_13.pdf]. Acesso em: 12.11.2017.

27. Nesse sentido, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná: "Portanto, não foi levado em consideração para condenação tão somente o retrato falado obtido mediante

7. O mau uso da hipnose forense

Assim como um investigador pode contaminar uma prova, por exemplo, as impressões digitais na cena do crime, ou como um médico-legista pode emitir conclusões erradas em um laudo pericial, uma sessão de hipnose forense mal-conduzida é potencialmente muito danosa.

De acordo com Udolf (1983, p. 45), além da suscetibilidade do indivíduo às sugestões, a hipnose amplia no sujeito o senso de conformidade e o desejo de satisfazer o hipnotista, ou seja, de dizer a ele aquilo que acredita que queira ouvir. Por isso, qualquer ensejo do profissional no sentido de demonstrar suas vontades tende a contaminar todos os resultados obtidos durante a sessão[28].

A hipnose, diferentemente do que acontece com outras ferramentas de investigação, cria um vínculo interpessoal entre o indivíduo e o profissional, e a qualidade dessa relação interfere na precisão das informações obtidas. Por isso, o hipnotista precisa ser o mais neutro possível, a ponto de gerar no sujeito a confiança necessária para o procedimento, mas sem pressionar ou influenciar – mesmo que indiretamente – suas respostas.

Diante disso, o hipnotista não deve, por exemplo, ser policial ou mesmo contratado pelas partes. A figura do policial no contexto da hipnose forense tende a gerar uma submissão negativa por parte do sujeito, que acaba temendo não conseguir colaborar e até mesmo inventando fatos apenas com o intuito de satisfazer as pretensões da autoridade policial[29].

---

hipnose, mas sim, todos os demais elementos que comprovaram de forma eficaz a autoria e materialidade do ilícito penal praticado por W. C. S." (TJPR, ACR 0246956-7, rel. Des. Lídio José Rotoli de Macedo, 4ª Turma, j. 15.04.2004).

28. Sheehan sugere algumas práticas profissionais envolvendo hipnose e memória que são aprovadas pela Associação Australiana de Psicologia: obter consentimento informado sobre os procedimentos terapêuticos; registrar memórias intactas no início da terapia; estar familiarizado com a pesquisa em memória e hipnose; esclarecer que o cliente – e não o terapeuta – é responsável pela precisão relatada de memórias; e estar ciente de possíveis vieses quanto à precisão das memórias recuperadas quando referentes a eventos traumáticos (2001, p. 56).

29. Em um estudo realizado em laboratório por Hastie; Landsman e Loftus, foram analisados os efeitos sociais e operativos dos depoimentos prestados por testemunhas oculares. A partir de uma simulação, os pesquisadores concluíram que existe uma grande pressão social sobre as testemunhas, que se sentem obrigadas a prestar as informações mais completas e apuradas possível e, por isso, acabam por inserir em seus depoimentos algumas impressões pessoais, na tentativa de adivinhar o que aconteceu e satisfazer as expectativas geradas pela investigação (1978, p. 8).

Até porque, como destaca Udolf (1983, p. 46), é possível imaginar que alguns profissionais, assim como acontece em qualquer área, podem se utilizar de métodos antiéticos e excessivos para produzir determinadas provas que corroborem suas conclusões sobre o caso, a despeito de serem verdadeiras ou falsas.

A maior expressão do mau uso da hipnose forense, no entanto, e ao mesmo tempo o maior risco que esse método envolve, é a criação de falsas memórias.

Vários estudos no campo do funcionamento da memória demonstram que, ao vivenciar um evento, as pessoas focam em apenas alguns aspectos da situação, de modo que não armazenam na memória todas as informações referentes ao fato. Logo, na tentativa de recordar sobre o evento, o indivíduo pode acrescentar falsas informações em suas próprias lembranças. Essas falsas informações são chamadas de falsas memórias (FEIX; PERGHER, 2010, p. 209).

Stein e Neufeld (2001, p. 180) explicam que o fenômeno denominado falsas memórias pode surgir de duas maneiras. A primeira forma é espontânea e ocorre quando a distorção da memória se dá internamente, a partir de uma autossugestão do indivíduo. Essa autossugestão, por seu turno, acontece quando o sujeito "recupera a memória da essência sobre o fato vivido, uma vez que a memória literal do que ocorreu não está mais acessível devido, por exemplo, à interferência pelo processamento de novas informações".

Nesses casos, quando a pessoa é provocada a se manifestar acerca de determinada memória, acaba comparando a memória que tem da essência da situação vivenciada com as novas informações armazenadas, e "julga lembrar da segunda informação devido à similaridade de significado desta com o evento realmente vivido" (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 180).

O segundo meio pelo qual surgem falsas memórias se dá via implantação externa através de sugestões, deliberadas ou acidentais. Nesses casos, o efeito da sugestão na memória é definido "como uma aceitação, e subsequente incorporação na memória original, de informação posterior ao evento ocorrido" (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 180).

Como a técnica da hipnose é construída em torno de sugestões, o risco de implantação de memórias falsas deve ser considerado. Como comenta Dell'Isola (2016, p. 65), "não são poucos os casos de psicoterapeutas que implantam memórias falsas na consciência de seus clientes"[30].

30. Dell'Isola (2016, p. 65) exemplifica: "Em 1986, Nadean Cool, uma ajudante de enfermagem em Wisconsin, procurou ajuda terapêutica de um psiquiatra para auxiliá-la a superar um evento traumático. Durante a terapia, o psiquiatra usou hipnose e outras técnicas sugestivas para trazer à tona recordações de um abuso que Cool supostamente

Há que se ressaltar, todavia, que o problema das memórias falsas não é exclusivo da hipnose. Principalmente no contexto forense, a forma pela qual é extraído o depoimento de vítimas ou testemunhas em muito contribui para a ocorrência de distorções das lembranças[31].

Apesar da relevância desse tema no processo penal, são raros os autores que fazem menção às falsas memórias e ao severo impacto que geram no âmbito penal.

Gustavo Noronha de Ávila e Alexandre Morais da Rosa (2016) ressaltam a influência das memórias na produção de provas no processo penal, principalmente nos depoimentos de testemunhas e no reconhecimento de pessoas – e explicam que nossas lembranças funcionam de três maneiras básicas, a saber, como processos de aquisição, consolidação e evocação.

Entre as fases da obtenção da memória, da estabilização de recordações e da lembrança específica de um evento, diversos fatores, tanto cognitivos quanto externos, podem contribuir para o surgimento de memórias falsas.

Em obra dedicada ao tema, Gustavo de Ávila (2013, p. 103) aponta que a emoção é um desses fatores, senão o mais importante deles, exatamente por-

---

teria experimentado. No processo, ela foi convencida de que tinha memórias reprimidas de ter estado em um culto satânico, comido bebês, sido estuprada, feito sexo com animais e ter sido forçada a assistir ao assassinato da sua amiga de 8 anos. Ela chegou a acreditar que teve mais de 120 personalidades – crianças, adultos, anjos e até mesmo um pato –, tudo isso porque lhe foi dito que ela havia passado por um severo abuso sexual e físico na infância. O psiquiatra também executou exorcismos nela, um dos quais durou cinco horas, e incluiu o uso de água-benta e gritos para que Satanás deixasse o seu corpo. Quando Cool percebeu finalmente que aquelas falsas recordações foram implantadas, processou o psiquiatra por negligência profissional. Depois de cinco semanas de julgamento, o caso dela foi resolvido fora do tribunal por 2,4 milhões de dólares, em março de 1997. Nadean Cool não foi a única paciente a desenvolver falsas recordações como resultado de uma terapia questionável. Em 1992, no Missouri, um conselheiro de igreja ajudou Beth Rutherford a se lembrar, durante terapia, que o seu pai, um clérigo, havia estuprado-a regularmente dos 7 aos 14 anos, e que sua mãe às vezes o ajudava, segurando-a. Sob a direção do terapeuta, Rutherford desenvolveu recordações de seu pai engravidando-a duas vezes e forçando-a a abortar o feto ela mesma com um cabide. O pai teve que retirar-se do posto de clérigo quando as alegações se tornaram públicas. Mais tarde, um exame médico em Rutherford revelou, porém, que ela ainda era virgem aos 22 anos e nunca tinha estado grávida. A filha processou o terapeuta e recebeu 1 milhão de dólares de indenização, em 1996" (2016, p. 499).

31. No estudo conduzido por Scoboria; Mazzoni e Kirsch, concluiu-se que os métodos de questionamento confusos e imprecisos, que acabam enganando as testemunhas, têm efeitos infinitamente mais negativos quando comparados com o uso da hipnose forense para a potencialização da memória (2006, p. 354).

que as memórias não se restringem a uma área específica do cérebro, chegando necessariamente às áreas nas quais as emoções exercem influência.

Aury Lopes Jr. (2016) também dedica parte de sua obra para analisar o impacto das recordações viciadas sobre a prova testemunhal, exatamente porque casos assim ocorrem com regularidade[32].

O autor destaca que a diferenciação entre memórias verdadeiras e falsas é muito complexa e que só é possível quando se demonstra que os fatos não condizem com as memórias falsas. Quando essa distinção entre veracidade e incerteza não é plausível, as consequências das falsas recordações podem ser gravíssimas (LOPES JR., 2016, p. 499).

Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 182) esclarece que inexiste um método ou teste que seja capaz de detectar essas falsas memórias porque a pessoa que transmite essas informações acredita que está falando a verdade. Esse fator diferencia, portanto, uma falsa memória de uma mentira.

No livro *Prova penal e falsas memórias*, Cristina di Gesu (2010) comenta que a forma imprecisa como são conduzidas as investigações policiais pode servir como um conjunto de exercícios imagéticos para contribuir com a imaginação de vítimas e testemunhas[33].

Para demonstrar essas falhas, Memon (2007) elencou os erros mais frequentes cometidos pelos investigadores, dentre os quais se destacam a ausência de solicitação de relato livre, em que a testemunha conta a sua visão dos fatos; o excesso de perguntas fechadas, cujas respostas podem ser apenas sim

32. O autor traz como exemplo o caso brasileiro da Escola Base (1994) e sugere o estudo de outras ocorrências: "Caso Frank Lee Smith, condenado à morte nos Estados Unidos pelo homicídio de Sandra Whitehead; Caso MacMartin, ocorrido nos anos 80 no subúrbio de Los Angeles, onde os empregados da pré-escola Virginia MacMartin foram acusados de violentar sexualmente um menino de 2 anos e meio; Caso Friedman, também ocorrido nos anos 80 nos Estados Unidos, dando origem ao documentário *Capturing the Friedmans*, de 2003; Caso Orteu, considerado o 'Chernobyl Judiciário' francês, cujo processo iniciou em 2000; Caso da Casa Pia, um internato de Lisboa, cujas notícias iniciam em 2002, divulgando que crianças e adolescentes que lá residiam haviam sofrido abusos sexuais por parte de pessoas influentes e até um ex-ministro português".

33. A autora trabalha um caso concreto (2010, p. 122) no qual um homem foi denunciado pelo crime de estupro de vulnerável por ter "colocado, sem penetrar, o pênis na vulva da vítima, bem como obrigado-a a beijar seu órgão sexual". Quando solicitado à vítima – uma criança – que descrevesse o órgão genital do réu, ela disse que "tinha aproximadamente 1,20m, era cinza com preto e branco, tinha olhos, mas não tinha boca; tinha pés, parecia uma lagartixa".

ou não; a realização de perguntas sugestivas ou confirmatórias; e a interrupção do relato.

Considerando o problema das falsas memórias, uma solução interessante seria a coexistência entre a hipnose forense e o método da entrevista cognitiva, já mencionado anteriormente.

A entrevista cognitiva se desenvolve em cinco etapas (STEIN, 2010, p. 212). Primeiramente, o entrevistador estabelece *rapport* com o sujeito. Em seguida, procura possibilitar a recriação do contexto original. Essas duas fases são importantes para que o entrevistado estabeleça, consigo mesmo, condições favoráveis para acessar com maior facilidade as informações registradas em sua memória.

Na terceira etapa da entrevista, o sujeito deve ser instigado a fazer um relato livre sobre os fatos investigados. Depois disso, o profissional se utiliza de técnicas de questionamento, com base apenas nas informações relatadas pelo entrevistado, com o objetivo de obter maiores detalhes e explicações. Por fim, para fechar a entrevista, o profissional oferece ao entrevistado uma síntese das informações obtidas e confere, junto com ele, a precisão dos dados coletados.

Colocar em prática as técnicas da hipnose forense em conjunto com os procedimentos estabelecimentos na entrevista cognitiva exige maior preparação do profissional responsável por conduzir as sessões, mas os resultados podem ser aferidos com maior segurança e qualidade.

8. Conclusão

Hipnose não tem nada de magia, de místico ou de sobrenatural.

Hipnose é uma poderosa ferramenta que há décadas vem sendo utilizada por terapeutas para tratar transtornos psicológicos e por médicos e dentistas para controlar e aliviar a dor. Infelizmente, essa poderosa ferramenta ainda é quase que completamente desconhecida pelos criminalistas brasileiros.

Nas relações jurídico-penais, a memória exerce um papel de extrema relevância. Não são raros os casos criminais em que a autoria e a materialidade são investigadas exclusivamente a partir de provas produzidas em depoimentos de vítimas, testemunhas e suspeitos. E, se essas memórias podem ser imprecisas ou falhas, por que não viabilizar instrumentos que possam maximizar sua utilização?

A hipnose forense é um método que pode, em muitos casos, auxiliar de forma decisiva na elucidação de casos criminais que não poderiam ser solucionados por outros meios. Aceitar essa premissa é reconhecer que existem alternativas para além dos métodos investigatórios tradicionalmente aplicados.

Evidentemente que a hipnose forense jamais pode ser utilizada fora dos parâmetros da estrita legalidade e com absoluto respeito às garantias constitucionais do réu. E é fundamental também que sejam seguidos rigorosos padrões de qualidade técnica para evitar a criação de memórias falsas e outros graves prejuízos para a elucidação do caso.

Cercada de todas essas cautelas, porém, a hipnose forense se apresenta como uma ferramenta extremamente valiosa, que não deve ser menosprezada pelos juristas. O uso da hipnose forense no Brasil pode contribuir em muito para a elucidação de casos criminais de alta complexidade, com um custo relativamente reduzido se comparada a outras técnicas investigativas.

Resta aos juristas acordarem desse sono profundo em relação à técnica da hipnose e incorporá-la à prática forense, assim como já fazem há décadas os psicólogos, médicos e outros profissionais da área de saúde.

Que este artigo seja como um estalar de dedos ao final do qual estarão todos: bem despertos!

9. Bibliografia

AULT, R. L., Jr. Hypnosis, the FBI team approach. *FBI Law Enforcement Bulletin*, n. 49, 1980, p. 5-8.

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

ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSA, Alexandre Morais da. Você precisa saber o que são falsas memórias. *Empório do Direito*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/voce-precisa-saber-o-que-sao-falsas-memorias-por-gustavo-noronha-de-avila-e-alexandre-morais-da-rosa/#_ftn9]. Acesso em: 05.05.2017.

BRAID, James. *Neurypnology.* G. Redway, 1899.

BUBLITZ, Christoph; DESLER, Martin. A duty to remember, a right to forget? Memory manipulations and the law. In: CLAUSEN, Jean; LEVY, Neil (eds.). *Handbook of neuroethics*. London: Springer, 2015.

DELL'ISOLA, Alberto. *Mentes fantásticas*. São Paulo: Universo dos Livros, 2016.

DERBYSHIRE, Stuart W. G. et al. Cerebral activation during hypnotically induced and imagined pain. *Neuroimage,* 23.1 (2004): 392-401.

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DOUCE, R. G. Hypnosis: a scientific aid in crime detection. *Police Chief*, n. 46, p. 60-80, 1979.

ELMAN, Dave. *Explorations in hypnosis*. Nash Publish, 1970.

ELMAN, Dave. *Hypnotherapy*. Westwood Publish, 1970.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian M. *Falsas memórias:* fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FREUD, Sigmund. Resenha de "Hipnotism", de Auqust Forel (1889). *Textos Escolhidos de Psicanálise de 5. Freud*, Rio de Janeiro, Imago, v. 2, p. 27-44, 1986.

GEISELMAN, R. E.; FISHER, R. P.; MACKINNON, D. P.; HOLLAND, H. L. Eyewitness memory enhancement in the police interview: cognitive retrieval mnemonics versus hypnosis. *Journal of Applied Psychology*, 1985, 70(2), 401.

HASTIE, Reid; LANDSMAN, Robert; LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness testimony: the dangers of guessing. *Jurimetrics Journal,* p. 1-8, 1978.

HIBBARD, Whitney S.; WORRING, Raymond W. *Forensic hypnosis:* the practical application of hypnosis in criminal investigations. Springfield: CC Thomas, 1981.

HILGARD, E. R. Dissociation and theories of hypnosis. In: FROMM, E.; NASH, M. R. (eds.). *Contemporary hypnosis research*. New York: Guilford Press; 1994.

IBBOTSON, Geoff. Post-traumatic stress disorder (PTSD). In: BRANN, Les; OWENS, Jacky; WILLIAMSON, Ann (eds.). *The handbook of contemporary clinical hypnosis*: theory and practice. Chichester: Wiley-Blackwell, 2012.

JANOFSKY, Jeffrey S. Lies and coercion: why psychiatrists should not participate in police and intelligence interrogations. *J Am Acad Psychiatry Law,* v. 34, n. 4, p. 472-478, 2006.

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

MCCONKEY, Kevin M.; SHEEHAN, Peter W. *Hypnosis, memory, and behavior in criminal investigation*. New York: Guilford Press, 1995.

MEMON, A. *A entrevista cognitiva:* técnicas para incrementar a qualidade e quantidade de informações nos relatos testemunhais. Manual de treinamento em entrevista cognitiva. Porto Alegre, 2007.

HEAP, Michael. Hypnosis in the courts. In: NASH, Michael R.; BARNIER, Amanda J. (eds.). *The Oxford handbook of hypnosis*: theory, research and practice. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MYERS, David G. *Psicologia*. 9. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

NIEHAUS, Joe. *Investigative forensic hypnosis*. Boca Raton: CRC Press, 1998.

OLIVEIRA FILHO, João Baptista de. Técnicas modernas de transe hipnótico. *Anais do II Congresso Brasileiro de Hipnose Clínica e Hospitalar*, Rio de Janeiro, 2009.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista cognitiva e terapia cognitivo-comportamental: do âmbito forense à clínica. *Revista Brasileira de Terapias Cognitivas*, v. 1, n. 2, p. 11-20, 2005.

PINTAR, Judith; LYNN, Steven Jay. *Hypnosis:* a brief history. Chichester: Wiley-Blackwell, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAMPAIO, Rui Fernando Cruz. Hipnose forense, técnica auxiliar à criminalística e às investigações criminais. In: FERREIRA, Marlus Vinícius Costa. *Manual brasileiro de hipnose clínica*. São Paulo: Atheneu, 2013. p. 569-583.

SAURET, M. Psicanálise, psicoterapias, ainda... In: ALBERTI, S. *Psicanálise e saúde mental:* uma aposta. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2006.

SCHULZ-STÜBNER, Sebastian et al. Clinical hypnosis modulates functional magnetic resonance imaging signal intensities and pain perception in a thermal stimulation paradigm. *Regional Anesthesia and Pain Medicine,* 29.6 (2004): 549-556.

SCOBORIA, A. L. A. N.; MAZZONI, Giuliana; KIRSCH, Irving. Effects of misleading questions and hypnotic memory suggestion on memory reports: a signal-detection analysis. *International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis,* 54.3 (2006): 340-359.

SHEEHAN, Peter W. *A survey of the police use of hypnosis in Australia*. Disponível em: [http://crg.aic.gov.au/reports/16-86.pdf]. Acesso em: 14.04.2017.

SHEEHAN, Peter W. Memory and hypnosis – general considerations. In: BURROWS, Graham D.; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. (eds.). *International handbook of clinical hypnosis*. Chichester: Wiley-Blackwell, 2001.

SKINNER, B. F. *O comportamento verbal*. São Paulo: Cultrix, 1978.

SMITH, Marilyn C. Hypnotic memory enhancement of witnesses: does it work? *Psychological Bulletin,* v. 94, n. 3, p. 387, 1983.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: por que lembramos de coisas que não aconteceram? *Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR,* v. 5, n. 2, 2001.

TETEN, H. D. A discussion of the precepts surrounding the use of hypnosis as an investigative aid by the Federal Bureau of Investigation. *American Psychological Association*, 87th Annual Convention, New York City, 1979.

TIMM, H. W. Suggested guidelines for the use of forensic hypnosis techniques in police investigations. *Journal of Forensic Science,* v. 29, n. 3, p. 865-873, 1984.

UDOLF, Roy. *Forensic hypnosis:* psychological and legal aspects. Lexington: Lexington Books, 1983.

VREDEVELDT, Annelies; BADDELEY, Alan D.; HITCH, Graham J. The effectiveness of eye-closure in repeated interviews. *Legal and Criminological Psychology*, v. 19, n. 2, p. 282-295, 2014.

WAGSTAFF, Graham F. Hypnosis and the law examining the stereotypes. *Criminal Justice and Behavior*, v. 35, n. 10, p. 1277-1294, 2008.

WAGSTAFF, Graham F. Hypnosis and witness recall: discussion paper. *Journal of the Royal Society of Medicine*, v. 75, n. 10, p. 793, 1982.

WESTER, William C.; HAMMOND, D. Corydon. Solving crimes with hypnosis. *American Journal of Clinical Hypnosis*, v. 53, n. 4, p. 249-263, 2011.

ZELIG, Mark; BEIDLEMAN, William B. The investigative use of hypnosis: a word of caution. *International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis,* v. 29, n. 4, p. 401-412, 1981.

ZIMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas:* verdades, mitos e tabus. Porto Alegre: Artmed, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Acerca da criminologia psicanalítica, de Sheila Jorge Selim de Sales – *RBCCrim* 17/222–-256 (DTR\1997\667);
- Detector de mentiras, de Euvaldo Chaib – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/511–-513 (DTR\2012\450195); e
- Medicina legal: instrumento imprescindível na prestação jurisdicional, de Elias Farah – *RIASP* 32/305 (DTR\2013\12518).

Para além da criminologia?

Beyond criminology?

Paddy Hillyard

Professor Emérito de Sociologia na Queen's University Belfast, Irlanda do Norte.
p.hillyard@qub.ac.uk

Steve Tombs

Professor de Criminologia na The Open University, Reino Unido.
Professor de Sociologia na Liverpool John Moores University de 1998 a 2013.
steve.tombs@open.ac.uk

Traduzido por Marina Quezado Soares

Doutoranda em Direito e Ciência Política da Universidade de Barcelona. Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.
Bolsista da CAPES – Brasil.
marinaquezado@hotmail.com

Recebido em: 11.09.2017
Aprovado em: 11.11.2017
Última versão do autor (a): 20.11.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo estabelece algumas das características-chave dos debates atuais entre, de um lado, aqueles que mantêm o compromisso com o "crime" e a criminologia e, de outro, aqueles que advogam abandonar a criminologia por uma perspectiva do dano social. Para isso, o artigo inicia destacando várias críticas à criminologia que, embora não sejam novas, permitem um ponto de partida importante para a discussão do potencial de desenvolvimento de uma disciplina alternativa. Em seguida, o trabalho apresenta as razões pelas quais a abordagem disciplinar organizada em torno da noção de dano social se mostra mais produtiva que a criminológica, com potencial para maior coerência e imaginação teórica e para mais progresso político.

Abstract: This article sets out some of the key features of current debates between, on the one hand, those who would retain a commitment to "crime" and criminology and those, on the other hand, who would abandon criminology for a social harm perspective. To this end, the article begins by highlighting several criticisms of criminology that, while are hardly new, is an important starting point for a discussion of the potential of the development of an alternative discipline. The paper then proposes a number of reasons why a disciplinary approach organised around a notion of social harm may prove to be more productive than has criminology hitherto: that is, may have the potential for greater theoretical coherence and imagination, and for more political progress.

Palavras-chave: Criminologia – Criminologia crítica – Dano social – Zemiologia.

Keywords: Criminology – Critical criminology – Social harm – Zemiology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma breve "crítica" à criminologia. 2.1. O crime não tem realidade ontológica. 2.2. A criminologia perpetua o mito do "crime". 2.3. O "crime" consiste em vários eventos insignificantes. 2.4. O "crime" exclui muitos danos sérios. 2.5. Construindo os "crimes". 2.6. Criminalização e castigo infligem dor. 2.7. O "controle do crime" é ineficaz. 2.8. O "crime" dá legitimidade à expansão do controle do crime. 2.9. O "crime" serve para manter as relações de poder. 3. O potencial de uma perspectiva do "dano social". 3.1. Definindo o dano. 3.2. As vicissitudes da vida. 3.3. A atribuição da responsabilidade. 3.4. Respostas políticas. 3.5. Danos massivos. 3.6. Desafios ao poder. 3.7. Uma crítica do risco. 4. Criminologia, dano social e justiça social. 5. Referências.

1. Introdução

Existem[1-2] boas razões pelas quais este é um importante momento para revisitar as críticas e debater sobre os temas em torno da criminologia e do dano social. Para começar, Van Swaaningen, em sua recente análise sobre a criminologia crítica (1997, 1999), sustentou que seu apogeu havia passado e que "a criminologia havia se afastado das questões epistemológicas e sociopolíticas e retornado a sua velha orientação empirista como uma ciência aplicada... abastecida pelos temas da política cotidiana e orientada pela agenda de seus financiadores"[3] (VAN SWAANINGEN, 1999, p. 7). De maneira similar, Muncie observou que a crítica ao "crime" e à criminologia, avançada pelos "criminólogos radicais" nos anos 1970, é um "debate inacabado", que foi "impedido pela hegemonia crescente das abordagens realistas" a partir dos anos 1980 (MUNCIE, 1999, p. 6). Embora possamos não concordar com todos os detalhes da análise de Van Swaaningen (nem com os de Muncie) sobre o estado da crimi-

1. As citações do texto estão traduzidas, livremente, para o português, com a referência, em nota de rodapé, ao trecho no idioma original.
2. N.T. Texto em inglês, intitulado "Beyond criminology?", originalmente publicado no livro de P. Hillyard, C. Pantazis, S. Tombs e D. Gordon (eds.) *Beyond criminology*: taking harm seriously. London: Pluto Press, 2004, p. 10-29. Versão em castelhano publicada sob o título "¿Mas allá de la criminología?" na *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 4, 2013, p. 175-196, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Tradução ao português autorizada pelos autores.
3. "Criminology has shifted away from epistemological and socio-political questions and returned to its old empiricist orientation as an applied science... fuelled by the political issues of the day, and geared by the agenda of its financiers" (VAN SWAANINGEN, 1999, p. 7).

nologia crítica, seu chamado ao seu rejuvenescimento requer uma avaliação sobre as perspectivas próprias da criminologia, e é no espírito dessa exigência que essa reavaliação dos limites da criminologia se faz necessária e é ainda mais proveitosa se é um exercício que analisa os méritos ou deméritos da criminologia junto a uma gama de discursos alternativos.

Voltemo-nos, então, a um breve relato sobre algumas das críticas-chave da criminologia que foram feitas, nos últimos 30 ou 40 anos, por diversos cientistas sociais críticos. Faremos isso focando criticamente no conceito de crime, que permanece central para a disciplina de criminologia, os processos de criminalização e o sistema de justiça criminal. Quando nos referirmos a "crime", estaremos nos referindo à construção dominante de crime à qual a criminologia esteve, e permanece, ligada.

2. Uma breve "crítica" à criminologia

2.1. O crime não tem realidade ontológica

Talvez a crítica mais fundamental da categoria de crime seja a de que ela não tem realidade ontológica. Todos crescem "sabendo" o que é crime. Desde pequenas, as crianças desenvolvem construções sociais dos ladrões e outros personagens criminosos que habitam nosso mundo social. Mas, em realidade, não há nada intrínseco a qualquer evento ou incidente particular que o defina como "crime". Crimes – e criminosos – são eventos e personagens fictícios no sentido de que tiveram que ser construídos antes de que pudessem existir. Esse é um aspecto que foi reiterado muitas vezes por vários autores: Box, Christie, Hulsman, Mathiesen, De Hann e Steinert, para nomear alguns. Crime é, assim, um "mito" da vida diária.

A ausência de uma qualidade intrínseca de um ato que defina um fato como crime pode ser enfatizada pela referência a uma variedade de "crimes". Assim, por exemplo, a violência de rua, o roubo ou o desautorizado uso de um veículo, o estupro, a fraude com cartões de crédito, o uso ou venda de certas drogas ilegais, ou pregar (consensualmente) o prepúcio a uma árvore[4], são todos atos definidos como crimes e contra os quais se deve reagir (e normalmente se reage) com punição. Entretanto, essas "situações problemáticas", como Huls-

4. N.T.: Os autores referem-se, aqui, ao que ficou conhecido coloquialmente na Inglaterra como "the Spanner case", um julgamento que culminou na condenação de um grupo de homossexuais masculinos por práticas sexuais sadomasoquistas consentidas, nos anos 1990.

man (1986) as denomina, podem ocorrer e ocorrem em tipos de situações totalmente diferentes e por razões diversas. Hulsman sustenta que, dado que há uma heterogeneidade de problemas com os quais se lida sob o título de "crime", uma resposta padrão em forma de punição da justiça criminal não pode *a priori* ser considerada efetiva. Além disso, ele mostrou que as pessoas envolvidas em eventos "criminais" não aparentam pertencer a uma categoria especial de pessoas. Resumidamente, ao menos que tenhamos uma história sobre o que é crime e quem é um criminoso, é impossível reconhecer qualquer dos dois. Isso não quer dizer negar, é claro, a existência de eventos muito desagradáveis que todos chamam de crime.

2.2. A criminologia perpetua o mito do "crime"

A criminologia não tem sido autorreflexiva e aceitou, no geral, a noção de crime. Isso é tão considerado como um conceito não problematizado que poucos manuais a questionam. *The Oxford handbook of criminology* é um exemplo ilustrativo. As primeiras duas edições (MAGUIRE et al., 1994, 1997) não continham qualquer discussão sobre a noção de "crime". Foi assim até a terceira edição, quando essa lacuna foi corrigida com um capítulo escrito por Lacey (2002). Esse capítulo fornece uma análise compreensiva da relação entre as construções legais e sociais do crime e adota a noção de "criminalização" para mostrar as maneiras pelas quais essas duas construções sobre o crime constantemente interagem. Ainda assim, a autora não vai tão longe quanto Hulsman para sugerir que não há realidade ontológica do crime e que não há análise sustentável para a maneira pela qual o direito criminal falha em capturar as formas mais prejudiciais e dominantes de dano.

Ao mesmo tempo, apesar da crítica teórica pós-moderna, a criminologia continua produzindo metateoria para explicar o "crime" ou produzindo outro *tour* gastronômico desde Lombroso até a teoria da tensão (*strain theory*). Ainda há a crença dentro da criminologia de que é possível explicar por que as pessoas cometem crimes, apesar de o "crime" ser uma construção social. O enfoque da disciplina ainda está no conteúdo, não no contexto social, político e econômico da produção dos regimes da verdade. Como Carol Smart indicou, no início da década passada, "uma coisa que a criminologia não é capaz de fazer é desconstruir o crime" (1990, p. 7).

2.3. O "crime" consiste em vários eventos insignificantes

O termo "crime" sempre evoca um certo nível de gravidade, tanto popularmente quanto – em uma grande extensão – academicamente. Entretanto, a

grande maioria dos eventos que são definidos como crimes não é grave e não marcaria, como indicou Hulsman (1986), pontos particularmente altos na escala das dificuldades pessoais. Uma leitura das Estatísticas Criminais da Inglaterra e País de Gales, até 2002 uma publicação anual de Home Office, ilustra esse ponto. A polícia registra detalhadamente centenas de eventos criminosos, muitos dos quais envolvem pouco prejuízo físico ou financeiro e que, em muitas ocasiões, não envolvem vítimas. Além disso, muito dos eventos menores definidos como crimes estão cobertos por seguro e as pessoas são capazes de obter compensação pelos danos causados, inclusive pelos danos que nem ocorreram ou foram superdimensionados. Parece existir uma expectativa de que, se o dano potencial está assegurado, é legítimo – e não visto como criminoso pelas pessoas – que se façam falsas reclamações a fim de recuperar parte dos custos pagos pelo seguro.

É importante enfatizar que essa inclusão de um vasto número de eventos menores que pontuaria relativamente pouco na escala de gravidade não é simplesmente uma função da definição do crime no direito penal. Precisamos ter claro que, entre todos esses casos que são definidos como crime pela lei, há processos de seletividade dentro dos quais crimes são selecionados para controle pelas agências do sistema penal e que tais eventos, uma vez selecionados, são então definidos pelos tribunais, levando a que alguns, mais que outros, sejam definidos como mais graves através da aplicação consistente de punições mais rigorosas. Assim, Reiman apresenta uma teoria da derrota pírrica (*pyrrhic defeat theory*) do sistema de justiça criminal e da política criminal, na qual argumenta que: "as definições de crime no Direito Penal não refletem nem os únicos nem os mais perigosos comportamentos antissociais"; "as decisões sobre quem prender ou acusar não refletem nem os únicos e nem os mais perigosos comportamentos legalmente definidos como criminosos"; "as condenações criminais não refletem nem os únicos e nem os mais perigosos indivíduos entre todos aqueles presos e acusados"; e que "as condenações penais não refletem o objetivo de proteger a sociedade dos únicos e dos mais perigosos indivíduos entre os condenados, quando aplicam punições proporcionais à nocividade do crime cometido"[5] (REIMAN, 1998, p. 61).

5. "'The definitions of crime in the criminal law do not reflect the only or the most dangerous of antisocial behaviours'; 'the decisions on whom to arrest or charge do not reflect the only or the most dangerous behaviours legally defined as criminal'; 'criminal convictions do not reflect the only or the most dangerous individuals amongst those arrested and charged'; and that 'sentencing decisions do not reflect the goal of protecting society from the only or the most dangerous of those convicted by meting out

2.4. O "crime" exclui muitos danos sérios

Muitos eventos e incidentes que causam sérios danos não são cobertos pelo Direito Penal ou, se podem ser tratados por ele, são ignorados ou resolvidos sem recurso a ele. Box, com efeito, desenvolveu esse ponto em seu clássico livro, *Power, crime and mystification* (1983), levantando questões em torno dos crimes corporativos, da violência doméstica, a agressão sexual e os crimes da polícia, todos amplamente marginais às agendas legais, políticas e também acadêmicas dominantes e que, ao mesmo tempo, criam danos amplificados, especialmente a pessoas desfavorecidas e desprovidas de poder.

Não há dúvida, assim, de que a indevida atenção dada a eventos que são definidos como crimes distrai a atenção sobre danos mais graves. Mas isso tampouco quer dizer que colocar a atenção em determinados crimes desvia a atenção de outros mais socialmente urgentes – em muitos aspectos, isso realmente os exclui. O objetivo de preservar o rótulo de "crime" para uma discreta gama de fenômenos era, por fim, a essência da famosa resposta de Tappan (1947) à tentativa de Sutherland (1940, 1945, 1949) de delinear um olhar criminológico sobre o "crime de colarinho branco", e essa questão definicional continua sendo exercitada por aqueles que focam no crime corporativo e no crime estatal em particular (FRIEDRICHS, 1992, 1998). Assim, tentativas de tratar o crime corporativo e de Estado consumiram, em ambas as áreas, uma quantidade significativa de tempo e esforço intelectual no exercício de estabelecer – e então justificar – como e por quê algumas atividades dos Estados e das corporações podem e devem ser tratadas através da criminologia. Da mesma forma como quando se analisou o uso do termo *safety crimes*[6], isso é mais que irritante – tem profundos efeitos na própria empreitada (TOMBS, 2000). Por exemplo, no contexto dos *safety crimes*, um olhar sobre as lesões ocupacionais registradas implica referência a mais de um milhão de lesões de trabalho por ano na Grã-Bretanha, ou seja, a restrição ao termo "crime" significa que só umas mil ofensas à saúde e à segurança são processadas com êxito. Essas são diferenças enormes que acarretam implicações em termos de o que pode ser feito com esses dados conceitual, teórica e politicamente (TOMBS, 2000). As-

---

punishments proportionate to the harmfulness of the crime committed'" (REIMAN, 1998, p. 61).

6. N.T.: "Safety crimes" é o termo utilizado por Steve Tombs em vários trabalhos publicados, sozinho e em coautoria, para se referir aos crimes contra a vida, a saúde e a segurança dos trabalhadores e a partir do qual analisa as mortes, lesões e danos produzidos no âmbito do trabalho, a ação das corporações e os delitos de colarinho branco.

sim, enquanto se mantêm comprometidas com o crime e com a lei, as tentativas de introduzir preocupações atualmente marginais dentro da disciplina da criminologia (e, também, da justiça criminal) – por exemplo, ofensas cometidas por Estados ou corporações – aumentaram enormemente a tensão teórica e prática. Assim mesmo, Christie (1986) argumentou que essas não são simples tensões, mas facetas necessárias dos sistemas de justiça criminal.

2.5. Construindo os "crimes"

Na ausência de uma qualidade intrínseca no evento ou incidente para diferenciá-los, o Direito Penal usa vários testes e regras complexas para determinar se um crime foi ou não cometido. Um dos testes mais importantes é o conceito de intencionalidade (*mens rea*) – a mente culpada. Ele se aplica, principalmente, mas não exclusivamente, ao indivíduo. Por exemplo, o altamente questionável conceito de conspiração é usado para processar grupos de pessoas (HAZELL, 1974). Em alguns contextos, a simples omissão é suficientemente censurável para ser chamada de crime. Cada um desses testes é um artifício em vários aspectos. É, por exemplo, impossível olhar dentro da mente de uma pessoa e medir sua intenção, entender o que estava passando pela sua cabeça naquele momento ou até mesmo saber o que pensaria ou faria uma pessoa sensata. Dessa forma, a intencionalidade (*mens rea*) tem que ser avaliada por representações através do exame das palavras e feitos da pessoa, especulando com as respostas que seriam dadas por uma pessoa ideal/comum ficcional. Ademais, é discutível se um magistrado ou júri podem tomar sua decisão sobre a culpabilidade somente por meio do mero processo de aplicar os testes legais técnicos apropriados.

As justificativas complexas do direito em relação à definição de crime, embora não estejam exclusivamente focadas no indivíduo, têm um efeito individualizador que se estende para além da noção de intenção *per se*. Assim, mesmo quando o "crime" não requer prova de intenção da parte de um indivíduo – por exemplo, no caso da responsabilidade de uma empresa por um homicídio culposo –, o *ethos* individualizador do Direito Penal age contrariamente ao processamento eficaz de tais eventos; em contextos onde tais acusações são feitas, como nos "desastres" de Zeebrugge ou Southall[7], as acusações por homicídios imprudentes foram direcionadas contra indivíduos de nível de

7. N.T.: Os autores se referem, aqui, ao naufrágio da balsa Herald of Free Enterprise, em 6 de março de 1987, a poucos minutos do porto de Zeebrugge, na Bélgica, com a morte de 193 pessoas, e à colisão do trem Great Western Express com outro trem

responsabilidade relativamente baixo na cena do incidente, como o contramestre assistente ou o condutor do trem (ver TOMBS, 1995; SLAPPER; TOMBS, 1999, p. 30-34, p. 101-107; e TOMBS, 2004).

É digno de nota, também, que a noção de intenção pressupõe, e então concretiza, uma hierarquia moral que, uma vez examinada, é contrária ao senso comum, certamente desde o ponto de vista do dano social. Até onde conhecemos, esse ponto é originalmente levantado por Reiman de maneira simples, mas surpreendente. Reiman contrasta os motivos (e a culpabilidade moral) da maioria dos atos reconhecidos como homicídios intencionais com o que ele chama de danos indiretos de assassinos ausentes, termo com o qual ele se refere, por exemplo, às mortes resultantes da recusa de empregadores em investir em segurança da fábrica ou nos métodos de trabalho, da falsificação de dados sobre segurança de novos produtos pelos fabricantes, do despejo ilegal de substâncias tóxicas no meio ambiente, e daí por diante. Reiman nota que os assassinos intencionais normalmente cometem atos contra um (ou raramente contra mais de um) indivíduo específico, um extremo válido para a Grã-Bretanha contemporânea, apesar dos pânicos morais sobre o *stranger danger*[8]. Assim, em tais casos, o autor – que, em muitos aspectos, preenche nosso perfil arquetípico de um criminoso – "não mostra desdém geral pela vida de seus semelhantes" (REIMAN, 1998, p. 67). Reiman contrasta tais formas de homicídio intencional com as mortes que resultam de danos "indiretos". Para ele, a relativa culpabilidade moral do assassino intencional e a de um executivo de uma mineradora que reduz as medidas de segurança são muito distintas e, tal como nota, contrárias àquele entorno no qual o direito opera. O executivo da mineradora "não queria causar dano a ninguém em particular, mas ele *sabia que seus atos poderiam causar dano a alguém* – e, uma vez que alguém é lesionado, a vítima é alguém em particular. Não há nenhuma base moral para tratar o dano direto como criminoso e o indireto como meramente regulatório"[9] (REIMAN, 1998, p. 67-70).

---

em Southall, oeste de Londres, no ano de 1997, quando sete pessoas morreram e 150 ficaram feridas.

8. N.T.: "Stranger danger", segundo o *English Oxford living dictionaries*, é o perigo potencial às crianças representado por pessoas desconhecidas (estranhos) que podem aproximar-se delas, como algo em relação a que as crianças devem estar alertas. Disponível em: [https://en.oxforddictionaries.com/definition/stranger_danger]. Acesso em: 23.10.2017.

9. "Wanted to harm to no-one in particular, but he knew his acts were likely to harm someone – and once someone is harmed, the victim is someone in particular. There is

Assim, Reiman conclui, o primeiro é menos provável de representar uma ameaça generalizada para os demais que o segundo. Para Reiman, e seu argumento é convincente, a indiferença é pelo menos tão culpável quanto a intenção, se não mais, e deveria ser tratada como tal por qualquer sistema de justiça criminal (ver PEMBERTON, 2004). Ademais, a maior culpabilidade moral que está atada tanto legal quanto popularmente a atos intencionais pode também permitir que aqueles implicados em crimes corporativos racionalizem as consequências de seus atos (ver SLAPPER; TOMBS, 1999, p. 105-107, 118-122; e PEMBERTON, 2004).

2.6. Criminalização e castigo infligem dor

Definir um evento como um "crime" tanto coloca em marcha quanto é um produto do processo de criminalização. O Estado se apropria do conflito e impõe punição (CHRISTIE, 1977). O Estado – pela via do sistema de justiça criminal – passa a buscar a imposição de sofrimento, uma vez que o crime e o criminoso foram definidos. Ele impõe punição aos ofensores, da qual a pena de prisão é a principal opção e símbolo (BLAD et al., 1987). Christie (1986) intencionalmente chama esse processo de "distribuição da dor". O sistema de justiça criminal distribui dor em todas as formas de punição. Ele rejeita a alegação de que a prisão, por exemplo, busca reabilitar, deter ou fornecer um castigo justo.

Com efeito, a imposição de dor pelo Estado através do sistema de justiça criminal é um processo que envolve uma série de fases discretas, mas mutuamente reforçadoras: definir, classificar, publicar, dispor e punir o indivíduo referido. Além disso, esses mesmos processos criam danos sociais maiores – que podem ter pouca relação com a ofensa original ou a dor causada – como a perda de um trabalho, de uma casa, da vida familiar e o ostracismo pela sociedade. Mais ainda, tais processos anulam a possibilidade de políticas sociais ou outras respostas a tais eventos (como veremos a seguir).

2.7. O "controle do crime" é ineficaz

A perspectiva de controle do crime manifestamente falhou. Sob quase todos os fundamentos declarados publicamente para buscar sua legitimidade, os sistemas de justiça criminais são ineficazes. Ademais, mesmo na base de uma

no moral basis for treating one-on-one harm as criminal and indirect harm as merely regulatory" (REIMAN, 1998, p. 67).

superficial definição de "crime", o número de eventos definidos como "crime" foi aumentando continuadamente, já há muitos anos, com apenas uma pequena recente queda (HOME OFFICE, 2003). Muitos dos que são definidos como criminosos retornam ao crime depois da imposição de dor. Por exemplo, um relatório recente no Reino Unido afirmou que, "dos prisioneiros libertados em 1997, 58% foram condenados por outro crime dentro dos 2 anos seguintes. 36% reingressaram em outra sentença de prisão" (SOCIAL EXCLUSION UNIT, 2000, p. 1). Se um carro quebrasse em 60 de 100 viagens, nos livraríamos dele.

O sistema de justiça criminal não funciona de acordo com os seus próprios objetivos. Supõe-se que fará algo sobre certos problemas (crime) na sociedade. Opera processando aqueles indivíduos (criminosos) responsáveis por certas ações. E o problema se considera solucionado se o ofensor recebeu uma punição do sistema de justiça criminal. Em seu clássico texto *Prison on trial* (1990), Mathiesen colaciona evidências de uma grande variedade de fontes (penais, sociológicas e criminológicas) a respeito da defensabilidade da prisão. Ele alega que não há nenhuma justificativa teórica para a prisão – baseada na prevenção especial, reabilitação, incapacitação, dissuasão individual, prevenção geral ou qualquer cálculo neoclassicista puro da justa pena proporcional – que seja capaz de defendê-la. Apesar do fato de que nunca foi possível funcionar de acordo com qualquer dos fundamentos indicados, a prisão continua a existir, e até mesmo a proliferar-se. Pilger recentemente observou que, nos Estados Unidos, "mais pessoas estão agora empregadas no que se conhece como as "indústrias prisionais" do que em qualquer outra das 500 maiores empresas do país, com exceção da General Motors"[10] (PILGER, 1998, p. 70). Assim, Mathiesen (1990) chama a prisão de fiasco, argumentando que ainda temos prisões porque existe uma generalizada e persistente ideologia da prisão nas nossas sociedades, e expõe várias funções ideológicas das prisões nas sociedades capitalistas com um avançado Estado de bem-estar social. Em resumo, para ampliar o ponto de Mathiesen, as atividades de controle do crime têm justificativas reais para além das de controle do crime.

2.8. O "crime" dá legitimidade à expansão do controle do crime

Porque o crime é tão frequentemente considerado isoladamente em relação a outros danos sociais, ele dá legitimidade para a expansão da indústria do

10. "More people are now employed in what are known as the 'prison industries' than in any of the country´s top 500 corporations, with the exception of General Motors" (PILGER, 1998, p. 70).

controle do crime. Como Christie (1993, p. 11) apontou, essa indústria soluciona dois grandes problemas que as sociedades modernas enfrentam: o acesso diferencial ao trabalho remunerado e a desigual distribuição da riqueza. Faz isso proporcionando lucro e trabalho enquanto produz o controle daqueles que, de outra maneira, causariam problemas. Sucessivos governos, desde a década de 1990, fizeram do controle do crime sua principal prioridade. No Reino Unido, as quantias comprometidas para a lei e a ordem aumentaram mais que qualquer outra área dos gastos públicos, e, como resultado, o sustento de mais e mais pessoas está dependente do crime e do seu controle. As ordens sociais modernas se caracterizam cada vez mais por uma irreconhecida, mas aberta, guerra entre homens jovens, principalmente de contextos pobres e desfavorecidos, e um exército de profissionais na indústria do controle do crime (BOX, 1983; CHRISTIE, 1993; REIMAN, 1998). Ao mesmo tempo, muitas fábricas se diversificaram para fornecer equipamentos na guerra contra o crime.

Como Hulsman (1986) mostrou, o sistema de justiça criminal é caracterizado por uma incontrolabilidade fundamental. Para Henry e Milovanovic, os esforços para controlar o crime convencional abastecem a máquina do crime: "Intervenções de controle levam a atividade criminal a novos níveis em investimento e respectiva autoinovação. [...] A indignação pública clama por mais investimento nas medidas de controle que logo alimentam mais ainda o ciclo" (1996, p. x-xi)[11].

Com efeito, a pesquisa criminológica moderna, com sua produção de "resultados científicos", tem um papel nesse ciclo ao concretizar e afirmar a realidade (ibid.). Em termos gerais, vários novos cursos sobre crime, criminologia e justiça criminal foram estabelecidos nas universidades do Reino Unido para treinar pessoal, enquanto se produz uma grande expansão na coleta e na análise da inteligência criminal e na disseminação de notícias sobre crime.

2.9. O "crime" serve para manter as relações de poder

O conceito de crime mantém as relações de poder existentes de múltiplas formas, mais ou menos sutis. Em primeiro lugar, embora a lei penal tenha o potencial de capturar alguns dos eventos prejudiciais à coletividade perpetrados nos escritórios e nos corredores do Estado, ela, em grande medida, ignora essas atividades e centra-se nos atos e comportamentos individuais das ruas.

11. "Control interventions take criminal activity to new levels on investment and self-enclosed innovation. [...] Public horror and outrage call for more investment in control measures that further feed the cycle" (HENRY, S.; MILOVANOVIC, D, 1996, p. x-xi).

Isso é, em parte, resultado da natureza individualizadora da fundamentação judicial e de sua busca centrada no sujeito responsável. É, em parte, também, um produto do papel-chave que tem a noção de uma versão muito particular de crime e seus discursos na nossa cultura. Em segundo lugar, por seu foco no indivíduo, as determinantes estruturais que levam a eventos danosos – como a pobreza, a privação social e o crescimento das desigualdades entre ricos e pobres – podem ser ignoradas. Em terceiro lugar, a indústria do controle do crime é agora uma força poderosa em sua própria maneira; tem um interesse pessoal em definir eventos como crime. Em quarto lugar, os políticos usam o crime para mobilizar apoio tanto para seus próprios objetivos quanto para manter o apoio eleitoral para seus partidos. Por fim, invocando a "teoria da derrota pírrica" de Reiman, ele argumenta que o efeito rede da maneira como a realidade social do crime foi criada e reproduzida através do sistema de justiça criminal e da política criminal é a perpetuação da "implícita identificação do crime com atos perigosos dos pobres"[12] (REIMAN, 1998, p. 61). Assim, o crime, em muitos tipos diferentes de relações, serve para manter as relações de poder existentes.

Com efeito, desde sua criação, a criminologia desfrutou de uma relação íntima com os poderosos, uma relação determinada amplamente pela sua incapacidade de submeter a crítica a categoria de crime – e as agendas disciplinares estabelecidas por ela – ditada pelo Estado e em torno da qual o sistema de justiça criminal tem sido organizado (FOUCAULT, 1980; COHEN, 1981; GARLAND, 1992, 1997).

3. O potencial de uma perspectiva do "dano social"

Essa seção elenca algumas razões por que uma perspectiva disciplinar organizada em torno do conceito de dano pode ser tanto mais coerente e imaginativa teoricamente quanto mais progressiva politicamente. Consideradas conjuntamente, essas preocupações – englobando as atividades deletérias de Estados locais e nacionais e das corporações sobre a vida das pessoas, quer seja com respeito à falta de comida, moradia e aquecimento inadequados, a baixos ingressos, à exposição a várias formas de perigo, à violação de direitos humanos básicos e à vitimização por várias formas de crime – produzem uma sensação de necessidade de encontrar uma disciplina que possa abrigar uma variedade de danos que afeta muitas pessoas por todo o seu ciclo vital. Portan-

12. "The implicit identification of crime with the dangerous acts of the poor" (REIMAN, 1998, p. 61).

to, buscamos uma perspectiva disciplinar que possa englobar os danos prejudiciais ao bem-estar das pessoas desde o nascimento até a morte.

Claro, quando falamos de bem-estar das pessoas, não nos referimos (simplesmente) a um indivíduo atomizado, ou a homens e mulheres e suas famílias, as unidades sociais que frequentemente experienciam o dano. É evidente que várias formas de danos não estão distribuídas aleatoriamente, mas recaem sobre pessoas de diferentes classes sociais, gêneros, graus de capacidade física, grupos étnicos e raciais, diferentes idades, preferências sexuais, e assim por diante. Ademais, um enfoque da perspectiva do dano social poderia centrar-se em zonas geográficas específicas, com o que, apesar da enorme bagagem ideológica que acompanha tal termo, poderia ser possível implementar o termo "comunidade" positivamente dentro dos discursos da ciência social. A noção de uma "comunidade prejudicada" poderia abrigar grupos de pessoas em qualquer forma de coletividade que fosse física ou financeiramente prejudicada por qualquer meio.

3.1. Definindo o dano

Isso ainda, com certeza, deixa uma terrível quantidade de trabalho a ser feito em termos de definir, com precisão, o que significa dano social. E a esse respeito isso representa, precisamente, o mesmo problema que a criminologia teve que enfrentar, durante muito tempo, embora muito evitado ou ignorado especialmente pela criminologia dominante. Intuitivamente, como já dissemos, queríamos que o termo englobasse uma ampla variedade de eventos e condições que afetam as pessoas durante o seu ciclo vital. Ao mesmo tempo, um problema possível da perspectiva do dano social relaciona-se a sua amplitude, sua natureza englobadora. Aqui, começamos a apontar – a tentar apontar, já que muitos dos capítulos do livro[13] elaboram substancialmente o que queremos dizer – a variedade de tipos de danos com os quais a perspectiva do dano social estaria preocupada.

Uma perspectiva do dano social englobaria danos *físicos*. Eles incluiriam as mortes prematuras ou lesões graves devidas à iatrogenia clínica, os tipos de violência como os "acidentes" de trânsito, algumas atividades no trabalho (remunerado ou não), a exposição a vários poluentes ambientais, as agressões, doenças, a falta de alimentação e de alojamento adequados, a morte, a tortura e a brutalidade cometidas por agentes do Estado.

13. N.T.: Os autores se referem ao livro onde o presente artigo foi orginalmente publicado: HILLYARD, P.; PANTAZIS, C.; TOMBS, S.; GORDON, D. (eds.). *Beyond criminology?* Taking harm seriously. London: Pluto Press, 2004.

Englobaria, também, danos *financeiros* e *econômicos*, que incorporariam tanto a pobreza quanto as várias formas de perda da propriedade e de recursos. Esta última subcategoria é altamente problemática, porque nossa sociedade opera no princípio da perda financeira como a força motriz da nossa organização social – mas estamos pensando particularmente aqui em uma variedade de formas de fraude, que inclui a venda fraudulenta de pensões e hipotecas, a apropriação indevida de recursos pelo governo, corporações privadas e indivíduos privados, o aumento nos preços das mercadorias e serviços através da cartelização e dos pactos de fixação de preços e a redistribuição da riqueza e do ingresso dos mais pobres aos mais ricos através da taxação regressiva e das políticas de bem-estar. Ampliar a noção de dano financeiro ou econômico significará tomar consciência dos efeitos pessoais e sociais da pobreza, do desemprego e assim por diante.

Outra área possível de interesse e ainda muito mais problemática é a referente aos danos *emocionais* e *psicológicos*. Esses tipos de danos são muito mais difíceis de medir e relacionar a causas específicas. Entretanto, há evidências, como mostram alguns capítulos deste livro[14], de que esses tipos de danos são significativos em muitos contextos diferentes.

Finalmente, uma compreensão desenvolvida do dano social poderia incluir a referência à "segurança cultural" (ALVESALO, 1999, p. 4), englobando noções de autonomia, desenvolvimento e crescimento e acesso aos recursos culturais, intelectuais e de informação geralmente disponíveis em qualquer sociedade.

Há objeções óbvias a serem levantadas a tais tentativas de apenas começar a definir os danos. Na melhor das hipóteses, poderia ser objetado que dano não é mais definível que crime e que ele tampouco carece de realidade ontológica; na pior das hipóteses, poderia ser dito que as definições de dano descendem a um puro relativismo, à produção de orientações políticas particulares para o mundo. Retornaremos a essas objeções mais adiante. Aqui, entretanto, dois pontos precisam ser enfatizados.

Primeiro, definir o que constitui dano é um processo produtivo e positivo – muito mais positivo que simplesmente apontar para uma lista de indagações delimitadas por um *corpus* existente de direito criminal. Com efeito, uma perspectiva do dano social deve ser parcialmente definida em seu caráter operacional e em seus esforços para medir os danos sociais. O ponto é que, se estamos tratando de medir tanto a natureza quanto o impacto relativo dos danos que as

14. N.T.: Idem, nota anterior.

pessoas sofrem, é ao menos razoável levar em consideração as próprias expressões e percepções das pessoas sobre quais são esses danos! Assim, um campo de investigação é (parcialmente) definido pela compreensão das pessoas, suas atitudes, percepções e experiências mais do que o que é predeterminado pelo Estado. Portanto, parte do "problema" de definir o dano social não é um problema em absoluto, mas um aspecto positivo – sua definição está parcialmente constituída por sua operacionalização.

Em segundo lugar, essas objeções parecem ser prematuras e altamente pessimistas. Apesar de alguns fenômenos sociais serem difíceis de definir, há vários exemplos que tentamos acessar e medir através de uma série de indicadores. O importante é o que esses indicadores são e como eles são selecionados. Por exemplo, na década de 1990, o governo britânico começou uma tentativa de medir a "qualidade de vida", à primeira vista um fenômeno altamente intangível. Mas, apesar do fato de ser um fenômeno de difícil definição e leitura, uma série de medidas representativas foi utilizada. Outra vez, essas medidas podem ser objeto de controvérsia, mas essas controvérsias residem mais nos detalhes substantivos do que na validade ou viabilidade do exercício.

Embora precisemos aceitar, então, que há dificuldades reais, em primeiro lugar, para identificar uma variedade de danos que poderiam estar compreendidos dentro da rubrica de dano social e, em segundo, para desenvolver uma série de formas válidas de medi-los, vemos isso mais como questões técnicas do que como obstáculos insuperáveis para o desenvolvimento desse projeto disciplinar. Com efeito, se desistíssemos na primeira dificuldade de definição nessa tentativa de estender a consideração da utilidade da perspectiva do dano social, então estaríamos aceitando que a criminologia foi um conjunto de discursos mais útil só porque seus objetos de referência – a lei, o crime – permitiram-lhe avançar de maneira menos "controvertida". Isso seria problemático, para dizer o mínimo – com respeito à grande quantidade de energia empregada para tentar incluir nessa disciplina os crimes de colarinho branco, os crimes corporativos e os crimes de Estado. Em vez de fracassar ante essa primeira dificuldade, vamos, então, explorar quais argumentos podem ser propostos em favor do desenvolvimento de uma perspectiva do dano social. Na próxima seção, propomos seis argumentos que podem produzir uma variedade de benefícios teóricos, conceituais, empíricos e politicamente orientados.

3.2. As vicissitudes da vida

Talvez o maior benefício de uma análise do dano é que ele seria a base para desenvolver uma imagem muito mais precisa sobre o que mais afeta as pessoas durante o seu ciclo vital. O dano pode ser traçado e comparado no tempo.

Enquanto o crime é traçado temporalmente e, cada vez mais, espacialmente, é raramente comparado com outros eventos danosos. Portanto, as estatísticas criminais produzem uma imagem muito distorcida do total de dano presente na sociedade, gerando medo de um tipo específico de dano e perpetuando o mito do crime. Uma imagem mais comparativa e ampla permitiria uma compreensão mais adequada da importância *relativa* dos danos sofridos pelos diferentes grupos de indivíduos. Finalmente, a ênfase no dano social facilitaria também o enfoque sobre os danos causados por condições ou situações crônicas – como a exposição a poluentes do ar ou a várias ameaças à saúde no trabalho, a má alimentação, a moradia inadequada, o desemprego, a violência estatal etc. –, em oposição aos eventos discretos que os propósitos da criminologia e do Direito Penal tendem a prover. Todos esses enfoques seriam benéficos para as pessoas e, além disso, poderiam fornecer uma base para uma política social mais racional – políticas, prioridades e gastos poderiam ser determinados mais com base nos dados e menos nos preconceitos e mantras (a necessidade aparentemente irresistível de reduzir as "cifras do crime"). Assim, um enfoque no dano poderia ter benefícios para Estados locais e nacionais – apesar de termos que reconhecer que esse enfoque representaria uma potencial ameaça a esses Estados, já que as atividades (ou inatividades) estatais são facilmente identificadas como *fontes* de dano.

3.3. A atribuição da responsabilidade

O estudo do dano permite uma investigação muito mais ampla sobre quem ou o que deve ser responsável pelo dano causado, não restringida pela limitada noção de responsabilidade individualizada ou das formas de representação da intenção buscadas pelo processo penal. Ele permite, por exemplo, considerações sobre a responsabilidade corporativa e coletiva. Assim, enquanto a responsabilidade por um grave acidente ferroviário é frequentemente impossível de determinar legalmente de maneira satisfatória, as empresas implicadas em cuidar das vias e dos operadores dos trens têm alguma responsabilidade moral pelos incidentes de fatalidades múltiplas? Com efeito, a Comissão Legal do Reino Unido (1996) recentemente recomendou que a responsabilidade penal deveria ser estendida às entidades corporativas. Enquanto isso poderia ampliar o âmbito de aplicação do Direito Penal em geral, o âmbito restrito da responsabilidade criminal permaneceria. Um estudo do dano permite um enfoque mais agudo sobre a responsabilidade política e ministerial. No Reino Unido, a responsabilidade ministerial parece diluir-se cada vez mais nos últimos anos, com a resistência dos ministros a demitir-se diante de casos de grandes catástrofes ou outros eventos danosos. O estudo do dano também levanta novas possibili-

dades interessantes de atribuição de responsabilidade com relação ao fracasso em lidar adequadamente com problemas sociais. Dorling (2004), por exemplo, indicou que algumas áreas não registraram nenhum homicídio entre 1981 e 2000, enquanto outras tiveram dez ou mais casos; estas últimas áreas estão altamente correlacionadas com a pobreza. Evidentemente, fatores estruturais, mais que individuais, são responsáveis. Essa conclusão, assim, traz a interessante questão de se a atribuição de responsabilidade recai somente no assassino individual ou também naqueles que falharam em erradicar a pobreza ou que foram responsáveis por sua reprodução.

3.4. Respostas políticas

Uma perspectiva do dano social poderia permitir uma maior consideração na hora de adotar respostas políticas adequadas para reduzir os níveis de dano. O objetivo de bem-estar deveria ser reduzir a extensão dos danos que as pessoas experimentam do nascimento à morte. Como indicamos, o enfoque da criminologia e o uso do Direito Penal tendem inevitavelmente a gerar respostas à ilegalidade que implicam alguma forma de retribuição ou punição por parte do Estado. E mais: esses processos estão nas mãos de juízes, magistrados, advogados etc., que não são representativos da população em geral e nas mãos de quem os sistemas de "justiça" têm demonstrado, cada vez mais, que operam problematicamente (como se pode ver, por exemplo, em NAUGHTON, 2004). Uma perspectiva do dano social, entretanto, provoca um conjunto de respostas muito diferentes ao dano. Requerer respostas políticas traz a politização de um tema – mais que entregá-lo a uma elite não eleita, em muitos casos não responsabilizável e certamente não representativa. Assim, as respostas aos danos sociais requerem debates sobre as políticas, os recursos, as prioridades etc. Sem desconsiderar as limitações dos processos políticos formais nas chamadas democracias liberais ocidentais, esses são certamente foros mais apropriados para debates que sistemas de justiça criminal, relativamente fechados e dominados pelas elites.

Com efeito, essa mudança da justiça penal para uma política social definida em sentido amplo levanta problemas de eficácia e justiça. Há alguns que desejarão ampliar o âmbito do Direito Penal para fazer frente às atividades e omissões que até agora não estão criminalizadas ou o estão de maneira "insuficiente". Por exemplo, ao menos desde que Sutherland propôs o termo *crime de "colarinho branco"*, em 1939, sucessivas gerações de criminólogos advogaram por uma criminalização mais eficaz dos criminosos de colarinho branco e dos criminosos corporativos, sobretudo em nome de algum tipo de justiça social – ou seja, se os delinquentes das classes baixas devem ser tratados com dureza,

uma igualdade de dor deve se estender a outros tipos de delinquentes. Esses argumentos passaram quase inadvertidos, com o que o tratamento desses criminosos, em todas as etapas do processo legal, continua sendo muito favorável se comparado com o dos criminosos das classes baixas (SLAPPER; TOMBS, 1999; TOMBS, 2004).

Isso nos sugere algo sobre a natureza do sistema – do sistema penal – a que se dirigem esses argumentos. Ademais, deve-se acrescentar que, embora esses argumentos resultem exitosos, poderiam tender a legitimar a existência de um sistema de controle social ampliado, dentro do qual os membros mais fracos e vulneráveis de nossas sociedades sempre sofreram de maneira desproporcional. Por outro lado, mas relacionado com o anterior, os chamados a uma criminalização mais efetiva devem ser conscientes da "flexibilidade" desse sistema e da obstinação de seu funcionamento altamente desigual. Portanto, aqueles de nós que propusemos reformas no modo como, por exemplo, os criminosos corporativos são tratados devemos ter claro que, sempre que falamos das implicações políticas ou propomos reformas em relação ao tratamento dos delitos corporativos, essas reformas poderiam ser desenvolvidas em formas que não havíamos previsto. Ou seja, as reformas "progressistas" que buscam alterar o funcionamento básico de um sistema de justiça criminal muito desigual podem ser, e com frequência o são, postas ao revés e, em última instância, podem servir para exacerbar as estruturas existentes de desigualdade e vulnerabilidade. As intenções por trás das propostas claramente não determinam seus reais usos (ALVESALO; TOMBS, 2002).

3.5. Danos massivos

Uma perspectiva do dano social poderia traçar, de maneira mais precisa, os casos de danos massivos. Como vimos, uma debilidade fundamental do crime e da criminologia é que estão primordialmente relacionados com as ações, omissões, intenções e as relações entre os indivíduos e, portanto, não podem abarcar os crimes corporativos e de Estado. Muito frequentemente, os debates sobre esses temas acabam, ultimamente, envolvidos em uma discussão estéril sobre se tais danos devem ou não constituir crimes. Basicamente, o que temos aqui são tentativas de colocar dentro de uma disciplina organizada em torno de noções individualistas de ação e intenção danos – tanto crônicos quanto agudos – ocasionados por práticas rotineiras, procedimentos operativos uniformes, linhas de responsabilidade organizacional e prestação de contas, *modus operandi* gerais, culturas do medo, indiferença e inconsciência etc., além das entidades burocráticas que não são reduzíveis às ações, motivos e in-

tenções dos agentes humanos individuais que as constituem. Há, de maneira simples, uma falta de espaço.

Os mesmos grandes esforços são então feitos – se os "crimes" foram identificados – na tentativa de determinar as respostas políticas eficazes dentro do sistema de justiça criminal existente. Esse esforço enorme poderia ser melhor utilizado para determinar respostas mais apropriadas de política pública. Assim, por exemplo, o desenvolvimento de mecanismos para fazer com que as atividades dos serviços de segurança internos envolvidos em ações "antiterroristas" sejam mais transparentes e publicamente responsáveis tendem a ser mais eficazes que utilizar o Direito Penal para determinar que grau de responsabilidade certos indivíduos sustentam para determinadas transgressões, tais como os efeitos de uma política de "atirar para matar". Propor mudanças nas estruturas de governo ou na natureza da propriedade das empresas parece ser mais efetivo que buscar identificar diretores de empresas que poderiam representar o espírito da corporação e que, então, tinham a informação para prevenir que um determinado "acidente" ou "desastre" ocorresse. O ponto não é que os remédios proporcionados pelo Direito Penal ou Civil não valem de nada; mas que, ao se manterem ligados ao crime, à lei e à justiça criminal, produzem uma miopia entre muitos criminólogos para respostas de políticas públicas e sociais mais amplas e, ao menos potencialmente, mais eficazes.

3.6. Desafios ao poder

Foucault, além de ter sido muito crítico com a criminologia, chamou a atenção para a importância da relação entre poder e saber e a necessidade de resistir ao exercício do poder que é articulado em todas as formas de relação. Particularmente, alertou-nos sobre a produção do que ele chama de "regimes de verdade", e isto deveria levar-nos a perguntar sobre as pretensões do saber: quem está produzindo esses discursos e por quais razões? (FOUCAULT, 1979). Muitas feministas também se engajaram numa crítica a longo prazo dos discursos em torno do crime e da criminologia, algumas argumentando em favor de um abandono desta última. Posições similares foram tomadas por alguns dos marxistas que trabalharam dentro e fora do National Deviancy Symposium na Grã-Bretanha.

De outro lado, e não sem ironia, vale a pena reiterar, como já indicamos, que agora há um questionamento talvez menos fundamental da natureza da criminologia como um conjunto de práticas discursivas ou como uma disciplina do que há 30 ou 40 anos. Isso se deve, com não pouca importância, à diminuição da teorização em criminologia, às pressões para obter financiamento externo para a pesquisa acadêmica, à maior atenção posta na utilidade a curto prazo

como base para tais pesquisas etc. (COHEN, 1981; ROCK, 1994; HILLYARD; SIM, 1997; PARTINGTON, 1997; HOLDAWAY; ROCK, 1998; HILLYARD et al., 2004). Apesar de Foucault ser um ponto de referência frequente para a criminologia contemporânea, o significado epistemológico de grande parte de sua obra parece ter sido deixado de lado.

Um desafio e tanto ao discurso dominante sobre crime e criminologia poderia ser um novo discurso ou disciplina sobre o dano social. Isso não quer dizer que essa disciplina possa escapar do nexo poder-saber. Na verdade, o estabelecimento de uma disciplina em torno do dano social não entraria no terreno discursivo virgem, já que os Estados historicamente definiram o dano em termos individualistas, termos institucionalizados através de discursos médico-legais e profissionais. Mas, enquanto a perspectiva do dano social pode, ao menos, buscar desenvolver explicações sociais, as origens da criminologia se movem para um individualismo altamente problemático. Assim, defendemos que a perspectiva do dano social, com seu ponto de partida explicitamente político (veja-se adiante), sua base na reflexividade intelectual e seu compromisso com a recuperação dos saberes subjugados, poderia implicar uma forma mais progressiva de poder-saber que a que a criminologia veio representando em seus cem anos ou mais de história.

Deve ser notado aqui, também, que tal perspectiva parece colocar desafios bem diferentes às estruturas de poder imbricadas dentro e em torno de Estados locais e nacionais. Com muita frequência, os produtos da fundamentação criminológica foram usados para reforçar os Estados, fornecendo justificativas para a extensão das atividades estatais em nome de uma justiça criminal mais efetiva. Posto que os produtos da pesquisa em torno do dano social são mais capazes de implicar os Estados, então a relação com eles será bem diferente – é provável que haja menos simbiose em termos de atividade e interesses. Com efeito, os vínculos cada vez mais próximos e complexos entre os Estados locais e o capital local, nacional e transnacional significam que esses desafios são tanto políticos quanto econômicos. No que diz respeito aos desafios às estruturas de poder existentes nesse sentido, então, uma ênfase no dano social pode ter um potencial de transformação muito maior que a criminologia.

3.7. Uma crítica do risco

Os discursos do risco são atualmente populares, particularmente seguindo o trabalho de Giddens (1991) e Beck (1992). Nossa sociedade é cada vez mais definida como uma "sociedade de risco", onde o seguro se converteu no mecanismo-chave com o qual lidamos com a loteria da vida. Uma nova forma de

conhecimento baseada em decisões atuariais, probabilidades e bases de dados está sendo desenvolvida. Feeley e Simon (1992), como é sabido, aplicaram a noção de risco à evolução da política criminal e argumentam que houve uma mudança de enfoque na reabilitação e reforma para um enfoque baseado no risco. O sistema penal está agora preocupado em reduzir o risco no controle de populações perigosas, e uma criminologia atuarial substituiu uma criminologia de reabilitação. Poderíamos argumentar que um discurso em torno do dano colocaria um desafio para as formas excessivamente individualistas (PEARCE; TOMBS, 1998) e apolíticas (RIGAKOS, 1999) de análises adotadas pela noção de risco como tem sido ela dominantemente interpretada e desenvolvida. O risco tem profundas raízes históricas localizadas no mercado e associadas com os problemas e dificuldades relacionados à acumulação e investimento de capital. Logo foi desenvolvida dentro das indústrias química e nuclear, como uma forma importante de definir as atividades legais de corporações e do Estado através da referência a cálculos tecnicistas como as análises de custo-benefício, as avaliações quantitativas de risco, as noções de risco aceitável baseadas no custo de vida etc. Como Garland (1997) sugere, o seguro promoveu uma forma de "autonomia das responsabilidades" e "desdramatizou" os conflitos sociais que surgem da vida econômica. O dano foca nas coletividades, não para calcular o risco individual, mas para buscar uma resposta coletiva para reduzi-los. Assim mesmo, abre discussões sobre os conflitos na vida econômica em torno das diferenças de riqueza e das oportunidades na vida. Nesse sentido, uma perspectiva do dano social seria mais positiva.

4. Criminologia, dano social e justiça social

Deve ser enfatizado, mais uma vez, que não estamos defendendo que a perspectiva do dano social tem necessariamente superioridade sobre a criminologia. A questão-chave está em considerar, onde há inúmeras demandas, de acordo com qual perspectiva se produzirá mais justiça social. Essa é, em última instância, uma questão política. Além disso, defendemos que essas questões políticas devem ser enfrentadas tanto no nível estratégico quanto no tático. A longo prazo, estrategicamente falando, a criminologia deve ser abandonada, porque seu foco sobre o crime, a lei e a justiça sempre foi inadequado no sentido de que comportou, em parte, uma reprodução do que Braithwaite chamou de "uma administração da justiça criminal classista" (1995, p. 118). Mas isso não quer dizer negar a tática politicamente progressista de abordar o crime, o direito e a justiça criminal como lugares ou objetos de luta, o que facilita o desenvolvimento de uma ação focada no político.

Uma mudança para a perspectiva do dano social não pretende, assim, nenhum abandono de tais lutas. De toda forma, o compromisso com uma perspectiva do dano social carrega consigo dois corolários claros. Primeiro, que a atividade intelectual e política não privilegia a lei como um lugar de atividade ou luta; e, segundo, que a atividade intelectual e política pode tratar do dano sem fazer referência à lei. Essas são questões de tática política de curto e médio prazo. Além disso, são táticas que não podem ser adequadamente adotadas tomando como ponto de partida a criminologia, que é necessariamente direcionada a lidar com o crime, o direito e a justiça criminal.

Uma mudança para o "dano social", assim, não implica uma *restrição* a nosso trabalho e a atividades políticas com a lei, e ao mesmo tempo não é simplesmente um abandono desse enfoque. Enquanto as críticas à criminologia – já revistas – são bem-feitas, tendem em direção à reificação da criminologia, quando uma das tarefas da criminologia crítica foi, e certamente permanece sendo, remodelar a natureza e os limites da disciplina. O problema para nós está em quando esse objetivo tático é confundido com um fim estratégico. A criminologia pode ser remodelada, mas apenas dentro de alguns limites. Nós certamente reconhecemos a força da discussão de Carlen de que é perfeitamente possível para qualquer forma de ciência social crítica reconhecer o poder ideológico do referente empírico sem que nossa empreitada radical se veja subvertida por ele: "não há nenhuma razão por que eles (teóricos radicais) não possam levar a sério (ou seja, reconhecer) e ao mesmo tempo negar os efeitos ideológicos do material referente empírico... a tarefa principal da teoria é engajar-se na luta por controlar o poder sobre o 'significado das coisas'"[15] (CARLEN, 1992, p. 54-62).

Assim, pode-se aceitar a pobreza dos discursos criminológicos dominantes e aproximar-se deles como um objeto de luta. Entretanto, estrategicamente e a longo prazo, essa luta pode apenas ter uma limitada variedade de resultados (ainda que mais ou menos favoráveis), porque essa disciplina tem certos elementos necessários ou regras de formação.

Nossa visão, assim, é que, em geral, todas as formas de teorizar e de prática intelectual tendem a coisificar, apoiar e reforçar esse mesmo fenômeno que está no centro de sua atividade. As disciplinas produzem e reproduzem seus objetos de estudo. Portanto, não importa quão desconstrutiva, radical ou crítica

15. "There is no reason why they [radical theorists] should not both take seriously (that is recognise) and deny the empirical referent's material and ideological effects... the very task of theory is to engage in a struggle for power over the 'meaning of things'" (CARLEN, 1992, p. 54-62).

uma criminologia seja, o próprio fato de interessar-se pela criminologia legitima algum objeto como "crime".

Nesse contexto, vale enfatizar que nos referimos, continuamente, neste artigo, ao potencial da criminologia e ao potencial de uma perspectiva do dano social. Mas a criminologia foi estabelecida como uma disciplina por mais de 100 anos e, enquanto seria simplesmente errado alegar que não contribuiu para nenhuma mudança social progressiva, é ao menos instrutivo que devamos ainda expressar seus efeitos progressivos mais em termos de potencial. Com efeito, há uma margem ampla para debate sobre se esses casos particulares de mudanças sociais progressistas não teriam sido alcançados de maneira mais eficiente através de meios bem diferentes da criminologia e da referência ao ou o uso do Direito Penal. Ainda que escolhamos a visão indulgente e concedamos à criminologia seus efeitos progressistas, continua claro que os custos desse progresso, enquanto a criminologia se estabeleceu ela própria como uma disciplina, foram altos. Como está agora bem documentado, um dos efeitos constantes da categoria de crime e dos sistemas de justiça criminal – ambos amplamente aceitos pela maioria dos criminólogos e formas de criminologia – é a reprodução e exacerbação das desigualdades sociais e econômicas. Como Reiman (1998) tão sucintamente colocou no título de seu agora clássico texto, um efeito-chave do espelho distorcedor dos danos em torno dos quais os sistemas de justiça criminal são organizados é que "The rich get richer, the poor get prison" (Os ricos ficam mais ricos, os pobres vão para a prisão). Com efeito, os contornos desse espelho distorcedor não são imprevistos, mas sim parte integral da natureza dos sistemas de justiça criminal contemporâneos. E é essa natureza integral que explica a obstinação das construções sociais dominantes sobre o crime – reproduzida, claro, pelos criminólogos – em face da enorme quantidade de escrutínio crítico ao qual foram e continuam sujeitos.

Enquanto a criminologia pode ser, e os criminólogos certamente foram, responsáveis por importante trabalho teórico e prático progressista, os esforços de mais de 100 anos de enfoque no crime como objeto foram acompanhados por: um deprimente e quase cíclico caminho em volta de uma série de becos sem saída na procura das "causas" do crime; uma vasta expansão dos sistemas de justiça criminal que, ao mesmo tempo, provaram-se ineficazes na base de quase qualquer fundamentação publicamente fornecida para eles; e os processos de criminalização, sempre crescentes, como uma sucessão de criminólogos críticos demonstrou. Se a criminologia se encontra agora bem estabelecida como disciplina, os custos da legitimidade e profissionalização foram e continuam sendo altos em comparação com qualquer índice de justiça social. Por outro lado, poderíamos argumentar que, no que diz respeito a uma disciplina

alternativa, como uma baseada no dano social, ela poderia ter algum êxito. Mas isso traz consigo obstáculos, e é possível que alguém alegue que eles são mais problemáticos que os que existem no fazer da criminologia, já que os perigos associados à última são ao menos conhecidos (formalmente), enquanto aqueles relacionados ao dano social são relativamente desconhecidos.

A curto e médio prazos, temos que notar que, quer surja ou não um novo enfoque disciplinar, devemos aceitar que discutir questões levantadas sobre o dano social não implica fazer uma simples escolha, de uma só vez, entre representar esses casos como crimes ou como danos; cada um deve formar parte de uma estratégia política efetiva. O que acrescentaríamos é que é crucial que, se ou quando falamos de crime ou dano, tenhamos claro sobre o que estamos falando em cada ocasião, ou seja, a descrição e as análises não devem deslizar entre os dois, para não fornecer um argumento de cobrança dos críticos de que esses trabalhos carecem de rigor ou estão enviesados. A esse respeito, o desenvolvimento de uma disciplina organizada em torno do dano social pode provar-se progressista, sempre que forneça uma base disciplinar e os canais por meio dos quais o tratamento do dano social possa – quando seja apropriado – prosseguir.

5. Referências

ALVESALO, A. Meeting the expectations of the Local Community on safety – what about whitecollar crime? In: *27th Annual Conference of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, 1999, Palanga.

ALVESALO, A.; TOMBS, S. Working for criminalisation of economic offending: contradictions for critical criminology? *Critical Criminology*: *An International Journal*, n. 11, p. 1-20, 2002.

BECK, U. *Risk society*: towards a new modernity. London: Sage, 1992.

BLAD, J. R.; VAN MASTRIGT, H.; UILDRIKS, N. A. *The criminal justice system as a social problem*: an abolitionist perspective. Rotterdam: Erasmus University, 1987.

BOX, S. *Power, crime and mystification*. London: Tavistock, 1993.

BRAITHWAITE, J. White-collar crime. In: GEIS, G. (ed.). *White-collar crime*: classic and contemporary views. 3. ed. New York: The Free Press, 1995.

CARLEN, P. Criminal women and criminal justice: the limits to, and potential of, feminist and left realist perspectives. In: MATTHEWS, R.; YOUNG, J. (eds.). *Issues in realist criminology*. London: Sage, 1992.

CHRISTIE, N. Conflicts as property. *British Journal of Criminology*, n. 17, p. 1-19, 1977.

CHRISTIE, N. Suitable enemies. In: BIANCHI, H.; SWAANINGEN, R. van (eds.). *Abolitionism*: towards a non-repressive approach to crime. Amsterdam: Free University Press, 1986.

CHRISTIE, N. *Crime control as industry*: towards gulags, Western style. London: Routledge & Kegan Paul, 1993.

COHEN, S. Footprints on the sand: a further report on criminology and the sociology of deviance in Britain. In: FITZGERALD, M.; MCLENNAN, G; PAWSON, J. (eds.). *Crime and society*: readings in history and theory. London: Routledge/Open University, 1981.

DORLING, D. Prime suspect: murder in Britain. In: HILLYARD, P. et al. *Beyond criminology?* Taking harm seriously. London: Pluto Press, 2004.

FEELEY, M. M.; SIMON, J. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, n. 30, p. 449-474, 1992.

FOUCAULT, M. *History of sexuality*. London: Allen Lane, 1979. v. 1.

FOUCAULT, M. Prison talk. In: GORDON, C. (ed.). *Power/knowledge*: selected interviews and other writings 1972-1977 by Michel Foucault. New York: Pantheon, 1980.

FRIEDRICHS, D. White-collar crime and the definitional quagmire: a provisional solution. *Journal of Human Justice*, n. 3, 2, p. 18, 1992.

FRIEDRICHS, D. (ed.). *State crime*: defining, delineating and explaining state crime. Aldershot: Ashgate, 1998. v. 1.

GARLAND, D. Knowledge in criminal justice and its relation to power. *British Journal of Criminology*, n. 32, 4, p. 403-422, 1992.

GARLAND, D. Of crimes and criminals: the development of criminology in Britain. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R; REINER, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology.* 2. ed. Oxford: Clarendon, 1997.

GIDDENS, A. *The consequences of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1991.

HAZELL, R. *Conspiracy and civil liberties*: a Cobden Trust Memorandum (Occasional papers on social administration, n. 55). London: The Social Administration Research Trust, 1974.

HENRY, S.; MILOVANOVIC, D. *Constitutive criminology*: beyond postmodernism. London: Sage, 1996.

HILLYARD, P.; SIM, J. The political economy of socio-legal research. In: THOMAS, P. (ed.) *Socio-legal studies*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

HILLYARD, P.; PANTAZIS, C.; TOMBS, S.; GORDON, D. (eds.). *Beyond criminology?* Taking harm seriously. London: Pluto Press, 2004.

HOLDAWAY, S.; ROCK, P. E. Thinking about criminology: facts are bits of biografy. In: HOLDAWAY, S.; ROCK, P. E. *Thinking about criminology*. London: UCL Press, 1998.

HOME OFFICE. *Crime in England and Wales 2002-2003*. London: Home Office, 2003.

HULSMAN, L. Critical criminology and the concept of crime. In: BIANCHI, H.; VAN SWAANINGEN, R. (eds.). *Abolitionism:* towards a non-repressive approach to crime. Amsterdam: Free University Press, 1986.

LACEY, N. Legal construction of crime. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1997.

MATHIESEN, T. *Prison on trial*. London: Sage, 1990.

MUNCIE, J. Decriminalising criminology. *British Criminology Conference*, Liverpool, 11-15 jul. 1999.

NAUGHTON, M. Re-orientating miscarriages of justice. In: HILLYARD, P. et al. *Beyond criminology?* Taking harm seriously. London: Pluto Press, 2004.

PARTINGTON, M. Socio-legal research in Britain: changing the funding enviroment. In: THOMAS, P. (ed.) *Socio-legal studies*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

PEARCE, F.; TOMBS, S. Hegemony, risk and governance: "social" regulation and the US chemical industry. *Economy and Society*, n. 25, 3, 1996.

PEARCE, F. *Toxic capitalism*: corporate crime and the chemical industry. Aldershot: Ashgate, 1998.

PEMBERTON, S. A theory of moral indifference: understanding the production of harm by capitalist society. In: HILLYARD, P. et al. *Beyond criminology?* Taking harm seriously. London: Pluto Press, 2004.

PILGER, J. *Hidden agendas*. London: Vintage, 1998.

REIMAN, J. *The rich get richer and the poor get prison*: ideology, class and criminal justice. 5. ed. Boston: Allyn and Bacon, 1998.

RIGAKOS, G. Risk society and actuarial criminology: prospects for a critical discourse. *Canadian Journal of Criminology*, n. 41, p. 137-150, 1999.

ROCK, P. The social organization of British criminology. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

SLAPPER, G.; TOMBS, S. *Corporate crime*. London: Longman, 1999.

SMART, C. Feminist approaches to criminology, or postmodern woman meets atavistic man. In: GELSTHORPE, L.; MORRIS, A. (eds.). *Feminist perspectives in criminology*. Milton Keynes: Open University Press, 1990.

SOCIAL EXCLUSION UNIT. *Reducing re-offending by ex-prisoners*. London: Cabinet Office, 2000.

SUTHERLAND, E. White-collar criminality. *American Sociological Review*, n. 5, p. 1-12, 1940.

SUTHERLAND, E. Is "White-collar crime" crime? *American Sociological Review*, n. 10, p. 132-139, 1945.

SUTHERLAND, E. *White-collar crime*. New York: Holt Reinhart and Winston, 1949.

TAPPAN, P. Who is the criminal? *American Sociological Review*, n. 12, p. 96-102, 1947.

TOMBS, S. Law, resistance and reform: "regulating" safety crimes in the UK. *Social & Legal Studies*, n. 4, 3, p. 343-365, 1995.

TOMBS, S. Official statistics and hidden crime: researching safety crimes. In: JUPP, V.; DAVIES, P.; FRANCIS, P. (eds.). *Doing criminological research*. London: Sage, 2000.

TOMBS, S. Workplace injury and death: social harm and the illusions of law. In: HILLYARD, P. et al. *Beyond criminology?* Taking harm seriously. London: Pluto Press, 2004.

VAN SWAANINGEN, R. *Critical criminology*: visions from Europe. London: Sage, 1997.

VAN SWAANINGEN, R. Reclaiming critical criminology: social justice and the European tradition. *Theoretical Criminology*, n. 3, 1, p. 5-29, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais critical criminology: current dimensions, meanings and perspectives, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 104/279-303 (DTR\2013\9088); e
- La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o "las teorías criminológicas no son inocentes", de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 76/265-291 (DTR\2009\15).

Direito penal e orientação sexual em contexto: a produção da hostilidade a gays e lésbicas através da proposta de criminalização da homossexualidade em Uganda

Criminal law and sexual orientation in context: the production of hostility to gays and lesbians through proposal of criminalization of homosexuality in Uganda

Renata Reverendo Vidal K. Nagamine

Pós-doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais na Universidade Federal da Bahia (bolsista Capes). Pesquisadora-colaboradora do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), em projeto temático financiado pela Fapesp. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, com pesquisa doutoral financiada pelo The Ryoichi Sasakawa Young Leaders Fellowship Fund e pesquisa de mestrado financiada pela Capes.
renagamine@gmail.com

Recebido em: 09.08.2017
Aprovado em: 08.11.2017
Última versão da autora: 24.11.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo aborda o projeto de criminalização da homossexualidade em Uganda e como ele pode ter concorrido na produção social da hostilidade a gays e lésbicas no país. Propõe-se analisar as articulações entre direito penal, práticas sexuais e orientação sexual em contexto. Pressupõe-se que a análise da produção discursiva em torno dessa situação específica possibilita apreender ideias, convenções sociais e normas culturais que informam as diferentes posições em disputas acerca dos direitos de gays e lésbicas. O argumento do artigo consiste em que, no caso de Uganda, observa-se um momento particular do que se pode considerar ser um processo de transformação de cidadãos em inimigos do Estado, para o qual o projeto de lei concorreu não só pela repressão a homossexuais, mas

Abstract: This article approaches the Anti-Homosexuality Bill introduced to the Parliament of Uganda in September, 2009, as well as how it might have fostered the production social hostility to gays and lesbians in the country. It aims at analyzing how criminal law, sexual practices, and sexual orientation are intertwined in context. It assumes that the analysis of the discursive production about this specific situation allows us to better understand ideas, social conventions, and cultural norms that inform different positions in dispute concerning the rights of gays and lesbians in other corners. The main argument of the article is that, in Uganda, we capture a particular moment of a process of transformation of fellow citizens in public enemies, and the Anti-Homosexuality Bill have concurred to it not only by proposing

Nagamine, Renata Reverendo Vidal K. Direito penal e orientação sexual em contexto: a produção da hostilidade a gays e lésbicas através da proposta de criminalização da homossexualidade em Uganda. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 142. ano 26. p. 301-339. São Paulo: Ed. RT, abr. 2018.

por estimular uma produção discursiva através da qual outros poderes podem operar. O artigo resulta de pesquisa qualitativa, em que foram empregadas as técnicas de pesquisa documental e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Crime – Inimigo público – Sexo – Sexualidade – Direitos humanos.

to repress homosexuals, but by fostering discourses through which other powers can operate. The article is result of qualitative research, in which we have used documental research and bibliographical review.

Keywords: Crime – Public enemy – Sex – Sexuality – Human rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. O projeto ugandense de Lei Anti-Homossexualidade. 3. Limites jurídicos e judiciais à promoção da hostilidade a gays e lésbicas. 3.1. O caso Kasha Jacqueline e outros c. Rolling Stone e outro. 3.2. Da Alta Corte de Uganda à Corte Distrital do Distrito de Massachusetts. 4. Entre o crime de sodomia e os direitos de liberdade: o caso Kasha Jacqueline e outros c. Advogado Geral e outro. 5. A proibição da promoção das práticas sexuais não naturais. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O problema[1] da regulação e repressão penal das práticas homossexuais e ou da homossexualidade compreende 73 entre 229 países[2], que se concentram no continente africano e no Oriente Médio. Só na África somam-se 35 países em que os atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo e ou a homossexualidade são ilegais[3]. Entre esses países observam-se três tendências: algumas antigas colônias, principalmente britânicas, mantiveram em vigor a regulação e a repressão dos atos homossexuais herdadas da legislação colonial; outros, como a República Sul-Africana e Moçambique, descriminalizaram-nos; outros ainda, como a Nigéria, ampliaram a regulação herdada e endureceram a repressão dos atos homossexuais, passando a criminalizar a própria homossexualidade, tomada como identidade.

1. Este artigo resulta de pesquisa de doutorado feita no Programa de Pós-Graduação em Direito entre 2014 e 2017, tendo por área de concentração o Direito Internacional, com financiamento do The Ryoichi Sasakawa Young Leaders Fellowship Fund.
2. Esses dados foram coletados junto no banco de dados colaborativo Equaldex, um banco que reúne, *inter alia*, dados sobre a ilegalidade dos atos homossexuais e da homossexualidade em todos os países do globo. O banco de dados pode ser acessado no *site* [www.equaldex.com].
3. Os dados sobre o número e a porcentagem de países por continente em que os atos homossexuais e/ou a homossexualidade são ilegais foram coletados no banco de dados colaborativo Equaldex, que pode ser acessado no *site* [www.equaldex.com].

Longa e acaloradamente debatida por teóricos do direito e da política[4], a relação entre direito penal, práticas sexuais e homossexualidade passou a tocar o direito internacional dos direitos humanos a partir dos anos 1980, por força de decisões da Corte Europeia[5] que determinaram a ilegalidade internacional da manutenção em vigor de leis de sodomia. Seu argumento era que tais leis violavam a obrigação dos Estados de respeitar o direito à vida privada e familiar. Mais recentemente, sobretudo a partir dos anos 2000, a manutenção em vigor de leis criminalizando atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo também tem suscitado produções discursivas e ações globais, resultando no engajamento das Nações Unidas, do sistema interamericano de direitos humanos e de Estados nacionais em campanhas transnacionais[6] para afastar o direito penal como meio de regular e reprimir certos modos de construção da diferença[7].

Neste artigo, propõe-se analisar as articulações entre direito penal, práticas sexuais e orientação sexual a partir da discussão sobre projetos de lei propostos ao Parlamento de Uganda com vistas a criminalizar a homossexualidade e a propaganda da homossexualidade. Tem-se por pressuposto que, a partir de 2010, instaurou-se em torno da situação de gays e lésbicas em Uganda uma controvérsia global, que o engajamento de Altos Comissários, como Navi Pil-

4. DEVLIN, Lord Patrick. Morals and the criminal law. In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 24-48; HART, H. L. A. Immorality and treason. In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1991; DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the enforcement of morals. *The Yale Law Journal*, v. 75, p. 986-1005, 1965-1966; HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987; SANDEL, Michael J. Moral argument and liberal toleration: Abortion and homosexuality. *California Law Review*, v. 77, n. 3, p. 521-538, 1989; FINNIS, John. Law, morality, and "sexual orientation". *Notre Dame Law Review*, v. 69, 1994, p. 1049-1076; PERRY, Michael J. The morality of homosexual conduct: A response to John Finnis. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 9, p. 51-74, 1995.
5. EUROPEAN COURT of Human Rights. *Dudgeon v. The United Kingdom*. Judgment, 23 September 1981; EUROPEAN COURT of Human Rights. *Norris v. Ireland*. Strasbourg, Judgment, 26 October 1988.
6. NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal K. Os direitos de pessoas LGBTI em Uganda: redes transnacionais de advocacy e a Lei Anti-Homossexualidade. *Lua Nova*, v. 92, p. 273-302, 2014.
7. NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal K. *Direitos de identidade sexual*: a não discriminação por orientação sexual no direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: FDUSP, 2017.

lay, e de Secretários-Gerais da ONU, como Ban Ki-moon, evidencia[8]. Pensa-se que analisar a produção discursiva em torno dessa situação específica possibilita, assim, apreender ideias, convenções sociais e normas culturais que informam as diferentes posições em disputas acerca dos direitos de gays e lésbicas.

O argumento do artigo consiste em que, no caso de Uganda, observa-se um momento particular do que pode ser considerado um processo de transformação de cidadãos em inimigos do Estado, ou da produção de outros internos ao espaço da cidadania. Como chegamos a mencionar pontualmente no artigo, esse processo não tem curso apenas em Uganda. O que estamos chamando aqui de recrudescimento da hostilidade a gays e lésbicas pode ser apreendido nos mais diferentes contextos locais, inclusive no Brasil, com episódios recorrentes de atos violentos contra pessoas LGBT[9], entre os quais homicídio e "estupro corretivo", e a ampla circulação de uma retórica depreciadora de certos modos da construção da diferença em matéria de gênero e sexualidade. Mas em Uganda, a exemplo do que acontece em outros países africanos, como a Nigéria, e não africanos, como a Rússia, o recrudescimento da hostilidade a gays e lésbicas tem resultado em esforços pela inscrição da discriminação em lei, o que torna o fenômeno ugandense um objeto privilegiado para se observar como o direito tem respondido a eles.

Trata-se de um trabalho eminentemente empírico, no qual se empregou metodologia qualitativa para análise de dados coletados em pesquisa documental. A pesquisa documental foi feita entre os anos de 2010 e 2016, junto a jornais e revistas ugandenses, britânicos, norte-americanos e brasileiros, como o *Daily Monitor*, o *Guardian*, o *New York Times*, o *Washington Post* e a *New Yorker*; ONGs ugandenses, como a Sexual Minorities Uganda (SMUG) e internacionais, como a International Lesbian and Gay Association (ILGA); or-

8. UNITED NATIONS. *Confront prejudice, speak out against violence, Secretary-General says at event on ending sanctions based on sexual orientation, gender identity*, SG/SM/13311-HR/5043, 10 December 2010 (Meetings coverage and press releases); UNITED NATIONS Human Rights Office of the High Commissioner, Navi Pillay. *What David Kato's death can teach the world*. 1 February 2011; UNITED NATIONS Human Rights Office of the High Commissioner, Navi Pillay. *Prejudice fuels the denial of rights for LGBT people*, 20 May 2014.

9. O termo "LGBT" é acrônimo de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais, estando reunidos no termo "transgêneros", ao seu turno, travestis e transexuais. Trata-se da categoria mais recorrente, atualmente, entre os movimentos sociais de diferentes contextos locais para se advogar por direitos relacionados com a orientação sexual e a identidade de gênero. Ele também tem sido usado por parte da literatura e por organizações internacionais, como a ONU e a OEA.

ganizações internacionais, como a ONU e a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos; plataforma de vídeos, p.e., Youtube, e redes sociais, p.e. Twitter, seguindo tanto ativistas LGBT, como Kasha Jacqueline e Frank Mugisha, quanto cristãos, como o ugandense Martin Ssempa e o norte-americano Lou Engle, um missionário cristão conservador de projeção internacional. Há, ademais, uma útil filmografia sobre o assunto, composta pelos documentários *Call Me Kuchu* e *God Loves Uganda*, a assinalar o interesse e as articulações globais a propósito da situação de gays e lésbicas em Uganda.

Os dados coletados são analisados tendo por referencial teórico o pensamento de Hannah Arendt, Michel Foucault e Judith Butler, ou seja, teóricos que não se ocuparam da interpretação das normas jurídicas, mas dos efeitos políticos e sociais de seus usos. Os três autores abordam os efeitos das normas jurídicas para as relações na esfera pública, no caso de Arendt; para a produção do campo de poder em que os sujeitos se constituem, no caso de Foucault; para a constituição e desconstituição dos sujeitos na esfera pública, no caso de Butler.

Em termos teóricos, entende-se que cidadãos ugandenses não heterossexuais podem ser transformados em inimigos públicos porque, como se sabe da leitura que Arendt faz dos gregos antigos, o humano é construído *inter omnes esse*, *i.e.*, mediante a inserção em uma comunidade de pertencimento constituída por uma igualdade que só pode ser artificial e em que as falas têm sentido e as ações significado[10]. São frágeis os meios jurídicos de se assegurar a possibilidade dessa presença *inter omnes*, e o que se logrou forjar na ordem do pós-Segunda Guerra foi o direito humano a ter uma personalidade jurídica[11], o que significa dispor de um direito de ser sujeito de direitos e estar inserido em alguma esfera de legalidade, concebida aqui, em linha com Arendt, como uma esfera de igualdade perante a lei. Para Arendt, a igualdade só pode ser artificial, dado que os seres humanos são naturalmente diferentes uns dos outros[12]. Daí poder-se entender que Arendt aponta para um humano intersub-

10. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

11. Nos termos do artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, "todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei".

12. ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Sand Diego-New York-London: Harvest Books-Harcourt Brace & Company, 1976; ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

jetivo, *i.e.*, construído nas relações com outros formalmente iguais a si e naturalmente únicos.

Essas relações não seriam, para a autora, escolhidas, mas decorrentes de que "não os homens (*sic*), não o Homem (*sic*), vivem na Terra e habitam o mundo"[13]. No pensamento arendtiano, a pluralidade constitui, nesse sentido, um fato social, ou, em suas palavras, uma "lei da Terra". Mas ela também é um valor fundamental a ser preservado. Sem a pluralidade, também se perde a possibilidade de liberdade, que Arendt restringe à esfera da política[14]. Nesse pensamento, cabe, então, ao direito preservar a esfera da política *qua* esfera de igualdade e, desse modo, impedir tanto a "normalização" quanto a produção da desigualdade a partir da diferença. É esse o papel que a cidadania cumpre no pensamento arendtiano.

Contudo, também não há garantia da atuação reguladora da cidadania, de que ela corrija a produção de desigualdade a partir da diferença, de modo que inimigos públicos podem ser fabricados nesse espaço de igualdade. Arendt aborda como se dá esse processo empírico-teoricamente em suas *Origens do totalitarismo*. Pensando com ela a partir da experiência nacional-socialista, pode-se cogitar de que a produção de inimigos públicos no espaço da política se dê no jogo de dois movimentos: a progressiva redução das pessoas, por definição únicas, a um traço social compartilhado que as explicaria integralmente, tornando as suas palavras sem sentido e suas ações sem significado; o progressivo deslocamento dessas pessoas do centro para as margens da cidadania. Esses dois movimentos convergiriam para o ponto em que a produção de um não humano, ao mesmo tempo, explica e justifica colocá-lo à margem, não mais *na margem* daquele espaço de igualdade.

É difícil para Arendt explicar esse processo porque sua esfera da política é distinta da social, em que se opera, como ela escreveu em *A condição humana*, por normalização[15]. Em contrapartida, é sobre a constituição e atuação de normas sociais, entre as quais as normas jurídicas, como produtoras de subjetividades, mais do que reguladoras de condutas, que Michel Foucault se debruçará. Em sua *História da sexualidade*, Foucault analisa um processo desse

13. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 9.

14. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

15. FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*: vontade de saber, I. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

tipo, que teria dado à luz o homossexual. Com sua abordagem genealógica das ideias, das práticas e dos saberes, Foucault argumenta que a "invenção" do homossexual é o aparecimento de uma identidade marcada pela sexualidade como traço individual forjado no concurso entre direito, religião e ciência no século XIX[16]. Em sua linha de argumentação, o homossexual seria uma identidade com registro civil e integralmente explicada por sua sexualidade, *i.e.*, que seria periférica e desviante da heterossexualidade, a sexualidade cientificamente normal. Isso não significa que antes do século XIX não tenha havido relações entre pessoas do mesmo sexo: essas pessoas existiram e foram conhecidas como pederastas, sodomitas. Mas, nesse caso, os interditos e regulações recaíam sobre os atos, sobre certos atos sexuais, não produzindo uma subjetividade específica, uma individualidade. O argumento de Foucault consiste nisso: que, a partir da incorporação de discursos jurídicos e religiosos pela ciência, aquelas relações passaram a concorrer com diversos saberes na produção de uma identidade, de um indivíduo cujas palavras e ações se explicavam pelo fato de se relacionarem com pessoas do mesmo sexo. Há, com isso, uma explosão discursiva sobre o sexo, que propicia a incidência desses poderes-saberes[17].

Mas a construção da homossexualidade como sendo da ordem do inato parece reforçar, paradoxalmente, o caráter identitário da sexualidade, o homossexual como indivíduo marcado pela sexualidade, e a sexualidade como lugar de uma verdade de si. A categoria "orientação sexual" aparece, historicamente, para concorrer na construção da não heterossexualidade como natural, não construída, e como sendo determinada ao sujeito, não escolhida. Foucault pode não ter pensado nela porque a consagração dessa categoria acontece nos anos 1980, sendo contemporânea do seu falecimento. Mas Judith Butler avançará a reflexão foucaultiana pensando a formação da subjetividade como um processo que se dá no jogo (outro) entre o constrangimento das regulações e a autonomia.

Trata-se, para Butler, de práticas que têm lugar em meio a outras práticas, essas historicamente constituídas, que conformam normas culturais operantes no meio social. Essas normas, ao mesmo tempo, constrangem as práticas do sujeito, aí incluídas as práticas discursivas, sem poder determiná-las inteiramente, porque qualquer repetição pode ser uma transformação, e elas também sempre podem ser apropriadas criativamente pelos atores.

16. FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*: vontade de saber, I. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

17. FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*: vontade de saber, I. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

A ascensão da "orientação sexual" evidencia essas apropriações criativas. Trata-se de uma categoria que emerge em um mercado de ideias, realçando a naturalidade da não heterossexualidade, o que foi estratégico para os movimentos LGBT na formulação de demandas por direitos. Sua consagração teria tido lugar com a mudança do foco de demandas desses movimentos da liberdade sexual, inclusive da liberdade em relação ao Estado, para os direitos individuais e familiares, que tenderiam a ser mais facilmente afirmados a grupos discriminados por traços inatos ou imutáveis por desígnio. Pode-se pensar que a naturalidade de um traço saturaria a injustiça da discriminação nele baseada.

Com base no que foi dito, percebe-se que a categoria "orientação sexual" seria produto de uma espécie de renaturalização do sexo, em resposta a distorções criadas pela produção da sexualidade para a incidência de poderes científicos, jurídico-penais e religiosos. Essa ascensão e consagração da orientação sexual afetam a incidência dos poderes científico-jurídico-religiosos? Elas afetam a produção discursiva sobre o sexo?

Uma análise da situação de Uganda pode facilitar a formulação de respostas a essas perguntas. Essa situação possibilita observar como governos, políticos profissionais, instituições e líderes religiosos, ONGs ugandenses e internacionais se articulam para responder a demandas de gays e lésbicas ugandenses, que também se articulam com governos, políticos profissionais, instituições e líderes religiosos e ONGs internacionais para formular demandas e responder a seus detratores. Nesse processo político, relatos de recrudescimento da hostilidade a gays e lésbicas passaram a circular em escala global[18]. Sustentar-se-á, aqui, que a criminalização da homossexualidade, entendida como traço identitário, transforma o direito penal em um direito penal do inimigo. O direito, mobilizado, sobretudo, por ativistas LGBT, tem constituído uma barreira à transformação de cidadãos em inimigos públicos; porém, quando acionado pelo Estado para mobilizar seu aparato penal, essa barreira pode ser removível. Em que termos se propõe a criminalização da homossexualidade em Uganda? Como a proposta é percebida no contexto local e em outros contextos? Ela chega a modificar esses contextos?

18. UNITED NATIONS. *Confront prejudice, speak out against violence, Secretary-General says at event on ending sanctions based on sexual orientation, gender identity*, SG/SM/13311-HR/5043, 10 December 2010 (Meetings coverage and press releases); UNITED NATIONS Human Rights Office of the High Commissioner, Navi Pillay. *What David Kato's death can teach the world.* 1 February 2011; UNITED NATIONS Human Rights Office of the High Commissioner, Navi Pillay. *Prejudice fuels the denial of rights for LGBT people*, 20 May 2014.

Na seção seguinte se abordará o projeto de Lei Anti-Homossexualidade ugandense, bem como se recuperará o debate local e global acerca das propostas legislativas e do recrudescimento da hostilidade a gays e lésbicas em Uganda[19]. Nesse debate são percebidas tensões entre uma rede cristã conservadora e outra que atua na defesa dos direitos de gays e lésbicas em Uganda. Na sequência se procurará enfocar a mobilização dos direitos humanos e dos direitos constitucionais para responder aos constrangimentos e usos do direito penal em relação a gays e lésbicas no país. Propõe-se analisá-la, nos limites de uma pesquisa empírica documental. Em conclusão, serão indicados alguns caminhos para se enfrentar o difícil problema ilustrado pela situação de gays e lésbicas em Uganda.

2. O projeto ugandense de Lei Anti-Homossexualidade

Em setembro de 2009, um projeto de Lei Anti-Homossexualidade foi proposto pelo deputado David Bahati ao Parlamento de Uganda. O projeto criminalizava outras condutas senão a "sodomia", entendida como a prática dos chamados "delitos não naturais" e as "práticas indecentes", e lhes cominava penas mais severas.

Conforme o Código Penal de Uganda[20], os atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, ou "atos homoeróticos", podem ser enquadrados como *indecent practices*, ou "práticas indecentes" (art. 148)[21]. Esse crime não compreende um rol de condutas típicas, mas prevê que um ato enquadrado como tal seja punido quando praticado em público ou em local privado, por maiores ou menores, *i.e.*, independentemente do local e da idade dos seus autores. Conforme o direito penal ugandense, os atos homoeróticos ainda podiam configurar *un-*

19. Um estudo mais abrangente e rico em informações sobre o assunto foi efetuado pelo pastor anglicano zambiano radicado nos Estados Unidos Kapya Kaoma, que também é pesquisador em Religião e Sexualidade do centro de pesquisa Political Research Associates. Trata-se de *Globalizing the culture wars*: U.S. conservatives, African churches, and homophobia (Boston: Political Research Associates, 2009).

20. O Código Penal de Uganda data de 1950, quando Uganda ainda era uma colônia britânica, e foi reformado nos anos 1990 pelo presidente Yoweri Museveni.

21. No original, "Indecent practices. Any person who, whether in public or in private, commits any act of gross indecency with another person or procures another person to commit any act of gross indecency with him or her or attempts to procure the commission of any such act by any person with himself or herself or with another person, whether in public or in private, commits an offence and is liable to imprisonment for seven years".

natural offences, ou "delitos não naturais", sendo definidos como a conjunção carnal de qualquer pessoa contra a ordem da natureza, a conjunção carnal com um animal e a permissão para que se tenha uma conjunção carnal não natural[22]. De acordo com o Código Penal de Uganda, essas condutas podem ser punidas com a pena de prisão perpétua (art. 145) e sua tentativa com a pena de prisão não superior a sete anos.

O projeto de Lei Anti-Homossexualidade de 2009, que está na origem da controvérsia global envolvendo gays e lésbicas em Uganda, propunha a criação de delitos adicionais aos de "práticas indecentes" e "delitos não naturais", como os de "homossexualidade" e o de "homossexualidade agravada". O delito de homossexualidade[23] consistiria em atos sexuais praticados entre pessoas do mesmo sexo ou do mesmo gênero, significando "gênero" macho ou fêmea. No entender de Sylvia Tamale, professora na faculdade de direito da Universidade Makerere, o delito de homossexualidade ampliava a criminalização da sodomia por tipificar o toque entre pessoas do mesmo sexo "com a intenção de praticar a homossexualidade", o que daria margem a toda sorte de arbítrio[24]. Já o delito de homossexualidade agravada consistiria na prática do delito de homossexualidade em condições particulares: (i) com menor de 18 anos, alternativamente; (ii) por portador de HIV; (iii) por parente ou pessoa que tenha a guarda da vítima ou autoridade sobre ela; (iv) tendo por vítima pessoa com deficiência ou (v) tendo por autor quem cometa o delito em série[25]. O projeto punia as formas tentadas[26] desses dois delitos, a incitação e a conspiração para a sua prática. Para a homossexualidade, a pena cominada era a de prisão perpétua; para a homossexualidade agravada, a pena capital.

---

22. No original, "Unnatural offences. Any person who—

    (a) has carnal knowledge of any person against the order of nature;

    (b) has carnal knowledge of an animal; or

    (c) permits a male person to have carnal knowledge of him or her against the order of nature, commits an offence and is liable to imprisonment for life".

23. H. D. BAHATI, The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009, item 2.

24. TAMALE, Sylvia. 2009. A human rights impact assessment of the anti-homosexuality bill. *East African Journal of Peace and Human Rights*, v. 15, n. 2, p. 53.

25. H. D. BAHATI, The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009, item 3.

26. H. D. BAHATI, The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009, item 4.

Outros delitos ainda eram cogitados. O projeto criminalizava o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que formalmente não existia em Uganda (item 12)[27]. Criminalizava a "promoção da homossexualidade", tipificando atos como a veiculação de filmes, revistas e material virtual para fins de homossexualidade ou de promoção da homossexualidade e levantar recursos para patrocinar a homossexualidade ou atividades relacionadas a ela (item 13)[28], o que abria caminho para a repressão e punição do ativismo LGBT e da informação sobre sexo seguro entre gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros. Por fim, não revelar a prática da homossexualidade por outrem passava a configurar crime quando se tratasse de alguém com autoridade sobre o delinquente, como religiosos e médicos ou pais e mães (item 14)[29]. Para o casamento com pessoa do mesmo sexo, previa-se a pena de prisão perpétua; para a promoção da homossexualidade, a fiança ou prisão de cinco a sete anos; para o delito de não revelar a prática da homossexualidade, a fiança ou prisão não superior a três anos. Para todos os delitos se aplicaria a jurisdição extraterritorial da lei ugandense (item 16).

Em memorando, são enumerados os objetivos que se pretendiam alcançar com tais proposições: (i) proibir e punir o comportamento homossexual; (ii) proibir a promoção da homossexualidade; (iii) restringir o casamento como um ato a ser praticado por um homem e uma mulher; (iv) proibir a ratificação de tratados, convenções, protocolos, declarações internacionais contrários às normas de direito interno[30]. David Bahati, seu autor, assume que seu intuito primordial é proibir a promoção ou o reconhecimento de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo em instituições públicas com o apoio de qualquer entidade governamental em Uganda ou de ONG de dentro ou fora desse país.

Na prática, isso significa que ONGs ugandenses estariam proibidas de advogar por direitos de gays e lésbicas em organizações internacionais, como a ONU, e em outros Estados. Cuida-se, portanto, de criar obstáculos em Uganda e a ugandenses à afirmação de direitos de gays e lésbicas e, para tanto, de

27. Conforme o projeto, "a person who purports to contract a marriage with another person of the same sex commits the offence of homosexuality and shall be liable on conviction to imprisonment for life". H. D. BAHATI, The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009, item 12.

28. H. D. BAHATI, The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009, item 13.

29. H. D. BAHATI, The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009, item 14.

30. H. D. BAHATI. The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009.

impossibilitar o próprio ativismo em defesa desses direitos. Tais proposições consistem, assim, em uma espécie de legislação preventiva a avanços registrados alhures, que são retratados em Uganda como uma ameaça ou um perigo à família, aos valores e à tradição ugandenses, à reprodução da nação.

Na opinião de Tamale[31], o rigor das penas e os contornos das normas e categorias penais relacionadas com a regulação do comportamento sexual em Uganda tornariam o projeto injustificado. Para a jurista, ele não traria ganho em termos de regulação ou proteção de terceiros, e poderia acarretar perda de recursos externos importantes para Uganda. Alguns aspectos técnicos do projeto seriam, além disso, dignos de nota no entender de Tamale. Em ato público na Universidade Makerere, ela ressalta que o aspecto mais "chocante" do projeto de Bahati é a proposição que impõe a sanção de nulidade para a aprovação ou ratificação de qualquer tratado ou ato jurídico de organização internacional que contenha normas contrárias ao disposto na lei projetada. Do ponto de vista do direito constitucional, a proposição implicaria, segundo Tamale, uma usurpação dos poderes do presidente de celebrar tratados pelo Parlamento. Já da perspectiva do direito internacional, Uganda não poderia se desobrigar dos seus compromissos internacionais unilateralmente, dado que o próprio direito internacional o interdita, e o princípio do *pacta sunt servanda*, inscrito na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), impõe o cumprimento de boa-fé dos diplomas legais internacionais. No ato público e em artigo publicado no jornal ugandense *Daily Monitor*[32], Tamale acrescenta à série de distorções criadas pelo projeto a aplicação extraterritorial das normas. No direito ugandense, a extraterritorialidade, afirma ela, seria reservada aos crimes contra a segurança do Estado, *i.e.*, a traição, o terrorismo e a incitação à guerra. Pode a homossexualidade ser-lhes equiparada e considerada mais séria do que crimes como o homicídio e o estupro? pergunta Tamale[33].

31. TAMALE, Sylvia. 2009. A human rights impact assessment of the Anti-Homosexuality Bill. *East African Journal of Peace and Human Rights*, v. 15, n. 2, 2009, p. 54-56.

32. TAMALE, Sylvia. Why anti-gay Bill should worry us. *Daily Monitor*, November 3, 2009.

33. Tradução livre do original: "And how exactly will they enforce this provision? Is the government going to storm the bedrooms of consenting adults, or deploy spies to follow them when they travel abroad in order to establish who they have slept with and how they did it? Does this include heterosexual couples that engage in anal sex? What about our constitutional right to privacy?". TAMALE, Sylvia. A human rights impact assessment of the Anti-Homosexuality Bill. *East African Journal of Peace and Human Rights*, v. 15, n. 2, 2009, p. 55.

Com a propositura do projeto de lei, instaura-se uma polêmica em Uganda, e também em escala global, sobre a legalidade do uso do direito penal para a repressão e regulação dos atos homossexuais e da homossexualidade à luz dos direitos humanos. Entre seus protagonistas figuram instituições e líderes religiosos, missionários e políticos conservadores, o movimento LGBT ugandense, ONGs internacionais, políticos estrangeiros e diplomatas, relatores especiais, órgãos e agências especializadas da ONU, seu Alto-Comissariado para os Direitos Humanos e Secretário-Geral.

De acordo com a socióloga Margaret Keck e a cientista política Kathryn Sikkink, as molduras mais eficientes para a articulação de campanhas transnacionais em matéria de direitos humanos são a proteção da integridade física do indivíduo contra o Estado e a proteção de minorias em relação aos anseios e valores das maiorias, no registro da "igualdade de oportunidades perante a lei"[34]. O enquadramento dos direitos de identidade sexual nos direitos humanos teria sido possibilitado por dois fatores. O primeiro seria a construção da homossexualidade e da diversidade sexual como uma questão de orientação sexual, um aspecto da individualidade que seria inato ou, no mínimo, fora da esfera de autonomia individual para fins de afirmação de direitos. O segundo seria uma crescente aceitação social da homossexualidade, que teria criado condições para a afirmação gradual de direitos de gays e lésbicas[35].

Teria sido, em parte, pelo concurso entre esses fatores e os sentidos emprestados aos direitos humanos, como proteção da integridade física e garantia da igualdade perante a lei, que o projeto de lei apresentado ao Parlamento de Uganda suscitou um acalorado debate global. Nele, ativistas ugandenses e estrangeiros, políticos e a imprensa norte-americana e britânica realçam a influência que pastores, missionários e ativistas cristãos norte-americanos têm na produção e difusão de uma "homofobia" que seria estranha às tradições africanas e teria culminado na elaboração do projeto de Bahati. O internacio-

34. KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond border*: Advocacy networks in international politics. Ithaca: Cornell University Press, 1998, p. 29.

35. Para se ter uma ideia mais clara da sincronia entre a sua maior aceitação em democracias liberais e o recrudescimento da hostilidade a gays e lésbicas em países da África, p.e., considere-se que, apenas no período em que a polêmica acerca do projeto de lei em Uganda tem lugar, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi instituído na Cidade do México (janeiro de 2010), em Portugal (maio de 2010), na Islândia (junho de 2010), na Argentina (julho de 2010), na França (fevereiro de 2013), no Brasil (maio de 2013), no Reino Unido (julho de 2013), no Uruguai (outubro de 2013) e nos Estados Unidos (junho de 2013 e junho de 2015). Dados coletados no banco colaborativo Equaldex, que pode ser acessado no *site* [www.equaldex.com].

nalista queniano e professor na Buffalo University Makau Mutua escreve, em 2009, que a "homofobia" em Uganda e no continente africano seria tributária da fé cristã e islâmica, radicalmente hostil a gays e lésbicas e difundida por colonialistas europeus[36].

De acordo com o que reportaram jornais dos Estados Unidos e da Inglaterra, a influência de evangélicos norte-americanos em Uganda realçada por Mutua era fruto, principalmente, (i) de laços pessoais; (ii) da presença e do intercâmbio de organizações e missionários ligados, entre outros, a Lou Engle, da TheCall, e ao famoso pastor Rick Warren; (iii) da intervenção do líder cristão conservador Scott Lively em um seminário sobre homossexualidade em Kampala[37]. Nesse seminário, Lively discorre sobre as causas da homossexualidade e as ameaças postas pelo "movimento gay" à família tradicional. Esclarece que não se trata de desrespeitar escolhas pessoais ou atentar contra gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros: ao contrário, ele afirma respeitar a "opção" pela homossexualidade e as práticas homossexuais, contanto que elas tenham lugar na esfera privada. Sua preocupação é a defesa das crianças e da família.

O seminário de Lively teria impactado os ugandenses. Dias depois, foi realizado um encontro para discutir as palestras dos convidados norte-americanos[38]. Nele, repercute o alerta de Lively de que era imperioso obstar qualquer medida de afirmação de direitos de homossexuais em Uganda, para que a "pérola da África" não "caísse na mesma situação do Ocidente", onde os direitos humanos foram "manipulados" em prol da "agenda LGBT", acabando por justificar o que o pastor reputa serem ofensas ao direito natural e interpretações dos direitos humanos dissonantes dele.

Para que o projeto de lei ganhasse tamanha repercussão, teriam contribuído outros fatores. Um deles seria o fato de que várias democracias liberais, como Canadá, Estados Unidos, Noruega, Reino Unido e Suécia, destinavam recursos

36. MUTUA, Makau. It is nonsense to assert that being gay is unAfrican. *Sunday Nation*, 31 October 2009.

37. O seminário de Lively e um encontro posterior a ele dedicado a discutir suas intervenções foram registrados oficiosamente em vídeo por Kapya Kaoma. O vídeo foi postado anos depois, em 2014, no canal do Political Research Institute no Youtube. O seminário de Scott Lively está disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=e9F9k-4guN3M&index=55&list=LL-pQclyuiT-MmMHYp4ZZs7g]. Acesso em: 06.05.2015.

38. Tal como o seminário de Lively, este encontro foi registrado oficiosamente por Kaoma e publicado pelo *Political Research Institute*. O vídeo está disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=-e5_vxGjetI&index=56&list=LL-pQclyuiT-MmMHYp-4ZZs7g]. Acesso em: 06.05.2015.

a programas implementados pelo governo de Uganda para a prevenção e o tratamento do HIV-AIDS. Nesse grupo de países as reações ao projeto foram articuladas considerando que "homens que faziam sexo com homens" acabariam excluídos dos programas: afinal, o projeto lhes impunha um segredo acerca da homossexualidade. Questionava-se se era justo que recursos públicos de sociedades democráticas, em que gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros tinham mais ou menos direitos, fossem destinados a um país em que eles eram perseguidos, com a ação ou a omissão do Estado, e em que o acesso a serviços universais, como o de saúde e de educação, lhes era negado.

Respondendo a esses movimentos, alguns políticos e líderes religiosos locais denunciavam as conexões internacionais do movimento LGBT ugandense, o que tem procedência se se considera que as origens das demandas por direitos ligados à orientação sexual na África remetem à criação e ou ao fortalecimento de ONGs locais dedicadas a ações de prevenção e tratamento do HIV-AIDS[39]. Essa associação entre a ação contra o HIV-AIDS e o ativismo LGBT decorria, em parte, de que, em seus primeiros anos nos países desenvolvidos, a epidemia atingiu principalmente a "comunidade gay", de modo que a prevenção do contágio exigia intervenções pontuais junto a ela. Na África, ela teria atingido homens que se declaravam heterossexuais e que teriam se contaminado em relações sexuais com prostitutas ou outros homens. Mesmo assim, a associação entre HIV-AIDS e homossexualidade teria feito com que a atuação de ONGs internacionais sediadas em países desenvolvidos para conter o avanço da epidemia enfrentasse maiores resistências em países africanos. De sorte que, quando os direitos de gays e lésbicas adentram a esfera pública ugandense, eles são percebidos como estranhos ao contexto nacional, desimportantes diante das questões distributivas e um instrumento do imperialismo ocidental. Nesse contexto, a legitimação da homossexualidade pelo "movimento gay" é apresentada como elemento de uma ideologia que ameaça a família tradicional e a soberania nacional.

No caso de Uganda, essas associações grassam em uma sociedade que padece de violações de outros direitos humanos: civis e políticos, direitos econômicos e sociais. Em Uganda, em outros países africanos em que há um recrudescimento dos esforços por inscrever a hostilidade a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros no ordenamento nacional, a atenção ocidental aos direitos de identidade sexual, comparada com o que lhes parece ser um descaso com violações de direitos que acometem a maioria, reflete uma escala de prioridades que não corresponde à hierarquia de prioridades local. Aos olhos da

39. WEEKS, Jeffrey. *Making sexual history*. Cambridge: Polity Press, 2000.

maioria, os direitos de gays e lésbicas concorreriam com essas prioridades, criando um antagonismo entre distribuição e reconhecimento, para falar de acordo com Nancy Fraser[40].

Por isso, um aspecto a considerar na análise do fenômeno é que, se ideias, instituições e líderes cristãos conservadores norte-americanos não tivessem encontrado ressonância na sociedade ugandense, um projeto tão severo e juridicamente desnecessário como o de Bahati não teria angariado apoio popular.

Em pesquisa de opinião pública feita em 2013, o Pew Research Center publicou que 96% da população de Uganda considerou que a homossexualidade não deveria ser aceita no país[41]. Porcentagens semelhantes teriam sido registradas nos demais países da África subsaariana, como Nigéria (98%), Senegal (96%), Gana (96%) e Quênia (90%). Segundo o Pew Research Center, a rejeição da homossexualidade se mostrou maior nas sociedades em que porcentagens maiores da população consideraram que a religião era importante. Outras pesquisas mostram que a religião é considerada importante para 93% da população de Uganda, que é composta por 41,9% de católicos, 42% de protestantes (históricos, evangélicos ou adventistas do sétimo dia), 12,1% de muçulmanos, 3,1% de outras religiões e 0,9% sem religião[42]. Com isso não se quer sugerir que a religião seja determinante de posturas ou disposições de hostilidade a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros[43]: tanto não é assim que, como se sabe, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi instituído em países de larga tradição católica[44] e protestante, como a anglicana Inglaterra e a católica Irlanda.

40. Para as implicações mútuas entre reconhecimento e distribuição ver FRASER, Nancy. *Justice interruptus*: critical reflections on the "postcolonialist" condition. New York-London: Routledge, 1997; FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?* A political philosophical exchange. Translated by Joel Gold et al. London-NewYork: Verso, 2003.

41. PEW Research Center. *The global divide on homosexuality*. O relatório completo está disponível em: [http://www.pewglobal.org/files/2014/05/Pew-Global-Attitudes-Homosexuality-Report-REVISED-MAY-27-2014.pdf]. Acesso em: 01.04.2016.

42. Os dados fornecidos por essas diferentes pesquisas estão reunidos no banco de dados NationMaster. Eles estão disponíveis em: [http://www.nationmaster.com/country-info/profiles/Uganda/Religion]. Acesso em: 01.04.2016.

43. Sobre o assunto, ver NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal K.; NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Aquém do fundamentalismo, além da tolerância: hostilidade e hospitalidade no debate sobre direitos de gays e lésbicas. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n. 26, p. 279-305, ago. 2017.

44. Citem-se como exemplos Espanha, Portugal, Argentina, Uruguai, Brasil e Irlanda. Nesse mesmo sentido, é interessante observar que muçulmanos vivendo em demo-

Mas, com base nesses dados, pode-se argumentar que, em determinados contextos, ela concorre para a produção de hostilidade em relação àqueles modos da construção da diferença.

Ilustrativamente, o reverendo Amos Kasibante escreve do Reino Unido ao jornal ugandense *Daily Monitor* para ponderar que se fala em "soberania nacional" no debate sobre o projeto de lei como se ela fosse absoluta, sendo que, em outra oportunidade, o próprio presidente de Uganda teria declarado que interviria em um Estado vizinho em que houvesse um genocídio. Por isso, a relatividade dos direitos humanos invocada pelos defensores do projeto de lei seria, em sua opinião, limitada aos interesses dos outros, ou um argumento de conveniência. Para o arcebispo anglicano H. L. Orombi[45], "a homossexualidade não é um direito humano", mas um pecado, só que as igrejas estão comprometidas com o cuidado pastoral, e o projeto de lei de Bahati acabaria por impossibilitá-lo. O lendário diretor executivo da Human Rights Watch Kenneth Roth[46], que se encontrava em Kampala para a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, pondera em entrevista que há espaço para interpretações diferentes dos direitos humanos e eles não são absolutos, mas representam um limite ao que os governos podem fazer. Daí porque, desde uma perspectiva informada pela crença nos direitos humanos, o voto popular não poderia justificar práticas como a tortura de uma minoria ou a proibição do sexo consensual entre adultos.

Ativistas e ONGs relatam que, com o projeto de Lei Anti-Homossexualidade, a vulnerabilidade de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros em Uganda teria se tornado ainda maior. Ocasionalmente, essa afirmação será contestada por políticos ugandenses e demais entusiastas do projeto. Mas um sinal do potencial do projeto em uma sociedade hostil a certos modos da construção da diferença se deu em outubro de 2010. Um jornal local chamado *Rolling Stone* estampou em sua capa a manchete "100 pictures of Uganda's top homos leak", com o chamado *Hang them*, em português, "Enforque-os". Uma série de

---

cracias liberais também podem apoiá-lo expressivamente, como aconteceria na Alemanha. Essas informações estão disponíveis em: [https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/press/press-releases/press-release/pid/muslime-in-deutschland-mit-staat-und-gesellschaft-eng-verbunden/]. Para informações adicionais sobre as atitudes desses muçulmanos, consultar o *site* do Bertelsmann Stiftung.

45. BUTAGIRA, Tabu et al. Anglicans say No to gays bill. *The Daily Monitor*, February 10, 2010.

46. OLUKA, Benon Herbert. "Homosexuals also have their rights". *The Daily Monitor*, June 20, 2010.

matérias na mesma linha foi publicada na sequência. Em entrevista registrada no documentário *Call me kuchu* e concedida no calor dos acontecimentos, o editor do jornal, Giles Muhane, esclarece que o chamado ao enforcamento de homossexuais não era dirigido aos ugandenses, mas ao Estado. Em cima de duas fotos, uma do ativista e fundador do movimento LGBT ugandense David Kato, lê-se "Escândalo nacional" e sob a manchete, entre os subtítulos, "We shall recruit 1.000.000 innocent kids by 2012", ou "Nós devemos recrutar 1.000.000 de crianças inocentes até 2012". O título da matéria reforça a ideia de que os homossexuais representam uma ameaça para as crianças ugandenses. Nas páginas no interior do jornal também se lê, em tom não menos alarmante, "Hang them: They are after our kids!", "Enforque-os: eles estão atrás das nossas crianças!!"[47].

Jornais europeus e norte-americanos repercutiram imediatamente a matéria. O *Guardian* ponderou que, com uma tiragem de 3.000 números por edição, o *Rolling Stone* não chegaria a ser assunto não fosse sua campanha contra gays e lésbicas. No próprio *Guardian*, bem como em outros veículos de mídia impressa e na CNN, ativistas ugandenses denunciavam que a legislação proposta por Bahati tinha incitado um discurso de ódio e instaurado um clima de terror entre homossexuais no país, inclusive os associando ao terrorismo[48]. ONGs e ativistas ugandenses mantinham contato com as Nações Unidas e representações diplomáticas em Uganda, como a sueca. ONGs internacionais pressionavam o governo de países que tinham condições de influenciar Uganda, com destaque para os Estados Unidos, para impedir que o projeto se tornasse lei.

47. O papel dos meios de comunicação na incitação a atos que configurariam crime de genocídio foi objeto de discussão em julgamento de Jean-Paul Akayesu na Primeira Câmara do Tribunal Internacional Penal para Ruanda. INTERNATIONAL CRIMINAL Tribunal for Rwanda. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 100. Também fica clara na seguinte passagem: "On April 12 1994, after public authorities announced over Radio Rwanda that 'we need to unite against the enemy, the only enemy and this is the enemy that we have always known...it's the enemy who wants to reinstate the former feudal monarchy', it became clear that the Tutsi were the primary targets. During the week of 14 to 21 April 1994, the killing campaign reached its peak". INTERNATIONAL CRIMINAL Tribunal for Rwanda. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 110.

48. Essa associação e seus efeitos aparecem, p.e., em cena do documentário *God loves Uganda*, em que David Kato mostra uma matéria de jornal em que se tece essa associação e comenta seus efeitos para gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros em Uganda. Não se ignora que o documentário seja uma representação da realidade. Sua fala é recuperada, aqui, apenas para a descrição das ações dos próprios ativistas.

Como o movimento LGBT ugandense tem enfrentado essas tensões? Na seção seguinte, aborda-se uma das suas principais estratégias, o acionamento dos tribunais nacionais e internacionais. Com base na literatura em Relações Internacionais[49], pode-se entender que, no caso de Uganda, essa tem sido uma estratégia privilegiada em função, por um lado, dos constrangimentos criados por tratados internacionais de direitos humanos e por normas constitucionais, e, por outro, de a saliência da hostilidade a gays e lésbicas no país tornar pouco provável uma mudança de percepções e atitudes sociais a curto prazo. Ela parece, ao contrário, estimular a sua reprodução pelas instituições que respondem à lógica eleitoral, como o Parlamento.

3. Limites jurídicos e judiciais à promoção da hostilidade a gays e lésbicas

3.1. O caso Kasha Jacqueline e outros c. Rolling Stone e outro

Em 2010, Kasha Jacqueline, David Kato e Onziema Patience[50], ativistas ugandenses de projeção internacional, entraram com uma ação contra o jornal *Rolling Stone* e seu editor, Gilles Muhane, perante a Alta Corte de Uganda[51]. Na ação, Jacqueline, Kato e Patience pediam à Alta Corte uma ordem judicial impedindo a publicação de "informação injuriosa" contra eles, além de compensação financeira e custas processuais a serem pagas pelos requeridos.

49. KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond border*: advocacy networks in international politics. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

50. Os ativistas LGBT ugandenses Kasha Jacqueline e Onziema Patience, ao lado de Frank Mugisha, tornaram-se verdadeiros ativistas transnacionais. Desde a apresentação do polêmico projeto de lei ao Parlamento de Uganda, eles têm informado funcionários da ONU e de embaixadas de países ocidentais dos acontecimentos no país, em especial, dos atos e discursos do governo, de parlamentares e ministros de Estado diretamente relacionados com os interesses do coletivo LGBT. Kasha Jaqueline, p.e., pode ser vista em vídeo de encontro com ícones do ativismo LGBT na campanha da ONU Livres e Iguais. Onziema Patience, entre outros, tem espaço no jornal *Huffington Post*. Para considerar apenas os eventos mais recentes, eles foram convidados de honra da Parada LGBT de Nova York, no final de junho de 2015, e, em julho do mesmo ano, Mugisha já falava na London School of Economics sobre LGBTs em Uganda.

51. THE REPUBLIC OF UGANDA. The High Court of Justice. Kasha Jacqueline, David Kato Kisuule and Onziema Patience vs. Rolling Stone Ltd. and Giles Muhane. Before: Hon. Mr. Justice V. F. Musoke-Kibuuka. *Kampala*, 30 December 2010.

Na ação, Jacqueline, Kato e Patience argumentam que a matéria do *Rolling Stone* os expunha à violência, ao ódio e ao linchamento, consistindo em uma ameaça à sua dignidade e em violação da proibição do tratamento desumano. O chamado público a enforcá-los, sobretudo em uma sociedade em que a autotutela é comum, configurava, segundo eles, uma ameaça ao seu direito à vida. Por fim, a publicação violava seu direito à liberdade e seu direito à privacidade. Já Muhane e o *Rolling Stone* argumentam que a identidade homossexual de Jacqueline, Kato e Patience era pública, dado o seu próprio ativismo. Sustentam, além disso, que o perigo supostamente oferecido à sua vida era uma mera especulação, porque a matéria não incitava à violência contra os homossexuais cujos nomes e endereços tinham sido publicados. Por fim, argumentam que a homossexualidade era crime em Uganda, previsto pelo artigo 145 do Código Penal ugandense, de modo que, "[t]endo admitido serem homossexuais, eles não vêm com as mãos limpas à corte e a equidade lhes negaria os remédios buscados por meio da ação"[52]. Para eles, os direitos humanos e, em especial, o direito à privacidade não podiam abrigar crimes, nem criminosos.

Desconsiderando a intenção dos editores, o juiz do caso, Musoke-Kibuuka, afirma que, ao publicarem a identidade e o endereço de homossexuais com um chamado para que eles fossem enforcados por "estarem atrás das nossas crianças", o jornal e seu editor os teriam destacado dos outros membros da comunidade, "aqueles que seriam igualmente dignos". Nas palavras do juiz, "se uma pessoa só é digna da morte, e arbitrária, então sua dignidade humana é colocada no mais baixo patamar. Ela está sob ameaça de abuso ou infração"[53]. Na mesma linha de argumentação, o juiz entende que o direito dos reclamantes à privacidade foi violado porque a identidade deles, ainda que pública, foi associada com o propósito de lutar contra o "gayzismo" e as atividades dos gays. Por fim, o juiz reafirma o argumento do representante de Jacqueline, Kato e Patience de que a ação não é sobre homossexualidade, mas sobre violação e ameaça de violação da dignidade humana de homossexuais, do seu direito à

52. Tradução livre do original: "[A]dmit being homosexuals they had not come to court with clean hands and equity would deny them the reliefs sought by them through this motion".

53. Tradução livre do original: "If a person is only worthy of death, and arbitrarily, then that person's human dignity is placed at the lowest ebb. It is threatened to be abused or infringed". THE REPUBLIC OF UGANDA. The High Court of Justice. Kasha Jacqueline, David Kato Kisuule and Onziema Patience vs. Rolling Stone Ltd. and Giles Muhane. Before: Hon. Mr. Justice V. F. Musoke-Kibuuka. *Kampala*, 30 December 2010, p. 8-9.

proteção contra tratamento desumano e do seu direito à privacidade pela matéria e outras publicações do *Rolling Stone*. Mesmo assim, esclarece que a norma que criminaliza atos homossexuais não criminaliza a pessoa ou a "condição gay" em termos gerais e abstratos[54]. O escopo da norma penal era, a seu ver, mais restrito e estaria limitado aos atos especificamente proibidos, *i.e.*, a penetração anal, o sexo oral e qualquer ato sexual com animais.

Proferida em meio à controvérsia global acerca do projeto de Lei Anti-Homossexualidade de 2009 e a uma escalada da hostilidade a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros no país, essa decisão assume importância histórica. Nela, os direitos fundamentais e a proteção contra o tratamento desumano são usados como uma barreira aos poderes do Estado de agir em relação a homossexuais, ainda que eles desloquem a homossexualidade do centro da discussão para nele situar a "pessoa humana". No caso *Jacqueline, Kato e Patience c. Rolling Stone e Giles Muhame*, esse deslocamento acaba por realçar a força dos direitos e das ideias de dignidade e tratamento desumano como barreiras em processos oficiais e sociais de produção de estigma acerca de identidades dissidentes e de transformação de concidadãos em inimigos públicos.

3.2. Da Alta Corte de Uganda à Corte Distrital do Distrito de Massachusetts

Segundo relatos de ativistas em artigos e entrevistas, em documentários e filmes, ações estratégicas de mobilização legal, como aquela iniciada por Jacqueline, Kato e Patience, não foram suficientes para conter a escalada da hostilidade a reais ou supostos homossexuais no país. Um sinal da sua persistência, a despeito da vitória judicial do movimento, seria a trágica morte de David Kato, um dos "pais" do movimento LGBT ugandense, em 2011. Para a polícia local, Kato foi vítima de um latrocínio sem qualquer relação com sua homossexualidade. Mas ativistas ugandenses, ONGs internacionais e jornais de circulação global, como o *New York Times*, o *Guardian* e o *Huffington Post*, lançaram a suspeita de que o crime teria sido motivado pela orientação sexual, pelo próprio ativismo de Kato e por seu êxito na Alta Corte.

A Secretária de Estado Hillary Clinton, a BBC e a CNN declararam que estariam atentos às investigações. O ugandense *Daily Monitor* também não aceitou a versão da polícia e considerou que, independentemente da causa do crime, o assassinato de Kato invocava a larga e difundida "homofobia" em Uganda.

54. THE REPUBLIC OF UGANDA. The High Court of Justice. Kasha Jacqueline, David Kato Kisuule and Onziema Patience vs. Rolling Stone Ltd. and Giles Muhane. Before: Hon. Mr. Justice V. F. Musoke-Kibuuka. *Kampala*, 30 December 2010, p. 9.

Para o *Daily Monitor*, o crime indicaria a necessidade de discutir e forjar um consenso sobre como assegurar os direitos de gays e lésbicas ugandenses, sem desrespeitar os "direitos da maioria". O editorial do jornal pondera que o debate é prejudicado por dois motivos. O primeiro é o fato de ambos os lados se considerarem absolutamente certos, moralmente retos, tensionando a disputa a ponto de impossibilitar qualquer entendimento, a construção de qualquer alternativa aos seus projetos. O segundo é a influência de atores estrangeiros dos dois lados da disputa. A paz social não emergiria, segundo ele, de processos sociais que resultam na transformação de cidadãos em inimigos públicos, e essa transformação teria gerado estímulo à articulação do movimento LGBT ugandense com instituições internacionais e mesmo outros Estados.

A transformação de gays e lésbicas em inimigos públicos passou a ter maior consequência prática no período por força da resolução do Conselho de Direitos Humanos, que recomenda que a orientação sexual seja considerada uma causa de perseguição para fins de concessão de asilo[55]. Ela se mostra importante, ademais, para o acionamento da corte distrital do Distrito de Massachusetts pela SMUG contra Scott Lively, ainda em 2013, com fundamento no Alien Tort Statute, ou Alien Tort Act[56], sob a alegação de que Lively tinha papel crucial numa perseguição generalizada e sistemática de LGBTs em Uganda. Em decisão de 14 de agosto de 2013, afastando o pedido de recusa da ação, a corte norte-americana aceita o enquadramento proposto pela SMUG. Ela declara que os atos alegados configuram uma perseguição generalizada e sistemática por motivo de orientação sexual e, como tal, crime contra a humanidade. Com isso, Lively passa a responder judicialmente por ajudar ou incitar a violação de uma norma internacional, considerada pela corte norte-americana tão séria quanto era a pirataria na época da consagração do estatuto[57].

Na decisão, a corte distingue "discriminação", "perseguição" e "crime contra a humanidade", que nesse caso consiste na perseguição como crime contra a humanidade. Sustenta que a discriminação é definida por um Comentário Geral do Comitê de Direitos Humanos de 1989, enquanto a segunda e a ter-

55. Ver: UNHCR, Guidance note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity, p. 3.

56. Nos termos do 28 U.S. Code 1350, "the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States".

57. UNITED STATES. United States District Court for the District of Massachusetts. *Sexual Minorities Uganda v. Scott Lively*. Memorandum and Order regarding Defendant's Motion to Dismiss. August 14, 2013, p. 36 e ss.

ceira são definidas pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) e são, portanto, criminalmente reguladas. Perseguição e crime contra a humanidade encerrariam uma conduta discriminatória, distinguindo-se da discriminação pela intensidade e distinguindo-se uma da outra por ser a perseguição como crime contra a humanidade generalizada ou sistemática[58]. Um ponto comum a todas – discriminação, perseguição e perseguição como crime contra a humanidade – é que a orientação sexual não figura entre as causas pelas quais se interdita literalmente a discriminação. Esse silêncio da letra do direito internacional não chega a ser, no entanto, um problema para a corte, que pondera que a cláusula de salvaguarda contida nessas normas dá abrigo a qualquer grupo tomado como alvo[59].

Em consonância com a literatura de Relações Internacionais sobre ativismo transnacional[60], o recurso dos ugandenses ao Judiciário norte-americano

58. UNITED STATES. United States District Court for the District of Massachusetts. *Sexual Minorities Uganda v. Scott Lively.* Memorandum and Order regarding Defendant's Motion to Dismiss. August 14, 2013, p. 21-26.

59. Conforme a Corte, "it is noteworthy, however, that virtually all of these instruments provide savings clauses. See Rome Statute art. 7(1)(h) (including 'other grounds that are universally recognized as impermissible under international law' in the definition). Even when they do not, international courts have interpreted the identity of the group requirement broadly to encompass persecution of a discrete identity". UNITED STATES. United States District Court for the District of Massachusetts. Sexual *Minorities Uganda v. Scott Lively.* Memorandum and Order regarding Defendant's Motion to Dismiss. August 14, 2013, p. 26. De fato, no caso *Naletilic*, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia entendeu que "a discriminatory basis exists where a person is targeted on the basis of religious, political or racial considerations, i.e. for his or her membership in a certain victim group that is targeted by the perpetrator group. The Chamber concurs with the view expressed in the Kvo ka Trial Judgement that the targeted group does not only comprise persons who personally carry the (religious, racial or political) criteria of the group. The targeted group must be interpreted broadly, 1571 and may, in particular, include such persons who are defined by the perpetrator as belonging to the victim group due to their close affiliations or sympathies for the victim group. The Chamber finds this interpretation consistent with the underlying ratio of the provision prohibiting persecution, as it is the perpetrator who defines the victim group while the targeted victims have no influence on the definition of their status. The Chamber finds that in such cases, a factual discrimination is given as the victims are discriminated in fact for who or what they are on the basis of the perception of the perpetrator". INTERNATIONAL CRIMINAL Tribunal for the former Yougoslavia. *Prosecutor v. Mladen Naletilic and Vinko Martinovic*. IT-98-34-T, 31 March 2003, para. 636.

60. KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond border*: advocacy networks in international politics. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

pode ser colocado em relação com (i) a escalada da repressão social e estatal a homossexuais em Uganda; (ii) o bloqueio dos canais internos de diálogo e negociação, evidenciado pela falta de efetividade das decisões judiciais pró-gays e lésbicas; (iii) a estrutura internacional de oportunidade, em que ugandenses não podem acionar um sistema regional de direitos humanos efetivo para proteger seus interesses e não contam com uma instância judicial global dedicada à matéria (lembrando que o Comitê de Direitos Humanos, a cuja jurisdição Uganda está submetida desde 1995, é um órgão quasi-judicial). Com base nessa mesma literatura, pode-se entender que, no caso, aciona-se a estrutura nacional de outro Estado, por força do enquadramento do que se pode tomar por uma campanha anti-LGBTs em Uganda como crime contra a humanidade, uma vez que, pelo que disse a própria corte, a situação estaria fora da sua jurisdição não fosse esse enquadramento. Para a possibilidade de acioná-la, ainda pode ter contribuído a sensibilidade ao problema nos Estados Unidos, onde, menos de um mês antes, a Suprema Corte tinha apreciado dois casos paradigmáticos em matéria de direitos de identidade sexual, o *United States* v. *Windsor* e *Hollingsworth* v. *Perry*, com decisão favorável a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros.

Em resposta a essa escalada do movimento LGBT à esfera internacional, o movimento cristão conservador adota uma retórica anti-imperialista para combater a integração de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros nos limites da cidadania. O uso dessa retórica sugere que o anti-imperialismo tem ressonância em sua audiência. Na seção a seguir, apresenta-se outro caso apreciado pela Alta Corte de Uganda, o único a discutir frontal e substancialmente a proibição da sodomia no país.

4. Entre o crime de sodomia e os direitos de liberdade: o caso Kasha Jacqueline e outros c. Advogado Geral e outro

Não obstante as recorrentes associações do ativismo LGBT com o Ocidente e a insistência em enquadrá-lo como instrumento do imperialismo ocidental, ambas as vias – a mobilização legal e as campanhas transnacionais – foram acionadas pelo movimento LGBT ugandense para impedir que o projeto de Lei Anti-Homossexualidade entrasse em vigor. Foram coordenadas campanhas transnacionais, que mobilizaram toda a rede de ativismo LGBT – inclusive de ONGs e órgãos da ONU dedicados aos direitos humanos – e foram bem-sucedidas em ações pontuais. Entre seus êxitos relativos se encontram algumas modificações efetuadas na versão original do projeto entre 2010 e 2014. Penas para os novos delitos foram abrandadas e suprimiu-se a previsão da pena capi-

tal para a homossexualidade agravada. Por força dessas ações transnacionais, sua própria tramitação no Parlamento de Uganda teria sido retardada.

Em 2013, uma versão modificada do projeto de Lei Anti-Homossexualidade foi, entretanto, aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo presidente de Uganda, Yoweri Museveni, em fevereiro de 2014, às vésperas das eleições presidenciais[61]. Em abril de 2014, a Corte Constitucional de Uganda declara a inconstitucionalidade da lei[62], fundamentando a sua decisão em uma questão processual, ou seja, sem entrar no mérito do debate e se pronunciar sobre a legalidade da repressão penal da homossexualidade. Já em 24 de junho de 2014, a Alta Corte proferiu uma decisão contrária a demandas de gays e lésbicas por direitos de cidadania, como a liberdade de reunião e de expressão, no caso *Jacqueline e outros c. The Attorney General e outro*.

O caso tem origem na ação proposta pelos ativistas ugandenses Kasha Jacqueline, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema e Geoffrey Ogwaro contra o Advogado-Geral e o reverendo Simon Lokodo perante a Alta Corte de Uganda em 2012[63]. Jacqueline, Mugisha, Onziema e Ogwaro contestam judicialmente a legalidade do encerramento de uma oficina em direitos humanos que acontecia em um hotel na cidade de Entebbe por determinação de Lokodo, que à época era ministro da Ética e da Integridade. Sucintamente, Jacqueline, Mugisha, Onziema e Ogwaro argumentam que o encerramento forçado da oficina pelo ministro e o Advogado-Geral violava sua liberdade de reunião, de expressão, de tomar parte em ações pacíficas para influenciar políticas de governo por meio de organizações civis e seu direito de receber tratamento igual perante a lei, haja vista que outras oficinas aconteciam no mesmo lugar e transcorreram normalmente.

61. Destaca-se, aqui, a pressão dos Estados Unidos, que entre 2010 e 2014 incluíram os direitos de identidade sexual em sua avaliação do histórico de respeito aos direitos humanos dos Estados e os inseriram oficialmente, como "direitos de LGBTs", em sua agenda de política externa.
62. THE REPUBLIC OF UGANDA. Constitutional Court of Uganda. *Constitutional Petition* n. 08 of 2014. Prof. J. Oloka-Onyango et al. vs. Attorney General. Kampala, April 2014. Nessa decisão, a Suprema Corte não discute o teor do projeto de lei, não apreciando, assim, a constitucionalidade da regulação e repressão da homossexualidade pelo direito penal que se pretendia com ele. Ela se baseia, unicamente, em questões processuais. Por isso, optou-se por não a discutir neste artigo, que não tem o direito ugandense por objeto.
63. THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota.

O caso tem importância prática e também histórica. Sua decisão é proferida após a declaração da inconstitucionalidade da lei recém-sancionada[64], e ainda em meio à polêmica acerca das ações e omissões do Estado diante da hostilidade a gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros em Uganda. A controvérsia jurídica nele pode ser resumida na tensão entre liberdade de reunião com os delitos não naturais e o atentado ao pudor. Trata-se de saber se a restrição da liberdade é justificada à luz da Constituição de Uganda e de suas obrigações internacionais de direitos humanos.

Para enfrentar essa questão central, era preciso esclarecer outra: a organização da oficina configuraria ou não crime em Uganda? Duas teses se contrapõem a respeito. Os requerentes sustentam que o direito ugandense interdita praticar atos homossexuais, e não sugeri-los. Além disso, eles não os estavam praticando, nem manifestando a intenção de praticá-los. Sua oficina era dedicada ao planejamento e treinamento em direitos humanos. Já o Advogado-Geral e o ministro Lokodo argumentam que a oficina era atendida apenas por homossexuais e tinha em vista encorajá-los a se engajarem e promoverem suas práticas sexuais. Em um país em que tais práticas configuram crime, aquelas eram atividades inaceitáveis. No entender do juiz, o direito ugandense interdita tanto os crimes não naturais quanto a incitação e a conspiração para a sua prática[65]. Acolhendo os elementos trazidos pela defesa, o juiz afirma que há ampla demonstração de que os requerentes são membros da "comunidade LGBTI"[66] de Uganda.

---

64. THE REPUBLIC OF UGANDA. Constitutional Court of Uganda. *Constitutional Petition* n. 08 of 2014. Prof. J. Oloka-Onyango et al. vs. Attorney General. Kampala, April 2014.

65. THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota, p. 6-7.

66. O termo é usado pelo próprio juiz da causa. Optou-se por recuperá-lo, aqui, por questões metodológicas, já que se escolheu trabalhar com fontes primárias, tomadas como documentos a informar sobre os fatos e juízos descritos. Também pareceu interessante lançar mão do que se pode chamar de "termo nativo", aqui, por se entender que a referência à "comunidade LGBTI" assinala uma atenção – atenção, não deferência – ao movimento, que ele assim parece ter em vista. No limite, ele parece mesclar a linguagem propriamente jurídica com a do ativismo, tanto do ativismo pró-LGBT quanto do ativismo cristão conservador. THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota, p. 5.

O Advogado-Geral e o ministro argumentam, ao seu turno, que as organizações das quais Jacqueline, Mugisha, Onziema e Ogwaro são membros atuam em parceria com organizações estrangeiras para encorajar homossexuais a aceitar, continuar e aperfeiçoar as práticas condenadas, bem como para treinar jovens a se engajarem na prática de sexo seguro com pessoas do mesmo sexo. O juiz não só acolhe sua argumentação, como conclui que essas atividades configuram encorajamento a se engajar e ou a promover práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo[67].

Passa-se, então, a discutir se o ministro Lokodo agiu no interesse público ou se violou os direitos constitucionais e direitos humanos dos requerentes. Em linhas gerais, o juiz entende que o ministro agiu no interesse público, buscando proteger os padrões morais da sociedade ugandense. A proteção da moral pública é, para ele, um interesse legítimo e as práticas homossexuais afrontam os valores morais ugandenses. Por isso configuram crime, e, por configurarem crime, encorajá-las ou promovê-las é "inaceitável" e "injustificável". Embora a liberdade de reunião seja assegurada a todos indistintamente, ela não é "inderrogável", afirma o juiz: ela pode ser limitada, contanto que sua restrição não escale a perseguição política e seja justificada em uma "sociedade livre e democrática". No caso, uma limitação desse tipo era justificada, a seu ver, por a liberdade de reunião ter sido usada para incitar a prática de condutas criminosas. Segundo o juiz, os direitos humanos, em que os participantes na oficina eram treinados, não passaram de um pretexto para a promoção dos atos criminosos. Não se trataria, em suma, de um exercício válido do direito de liberdade, e, sim, prejudicial ao interesse público e, portanto, suscetível à derrogação[68].

Um aspecto interessante a se observar nesse caso é a farta referência a diplomas legais e a jurisprudência internacional e estrangeira. O juiz ugandense se debruça com parcimônia sobre a decisão da Corte Europeia ao caso *Baczkowski e outros c. Polônia*, em que a Polônia foi condenada por impedir a reunião de um grupo "pró-homossexuais", limitando injustificadamente os direitos de li-

67. THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota, p. 10.

68. THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota, p. 11-14.

berdade. Ele então argumenta que, apesar das semelhanças, o caso que aprecia é diferente, pois a homossexualidade não é crime na Europa e as normas europeias refletem os padrões e valores morais europeus. Esses padrões e valores não seriam os mesmos em Uganda ou nos países africanos.

Em seu posicionamento, o juiz parece invocar as normas e os valores africanos a assinalar que os padrões legais e morais ugandenses são compartilhados em escala continental. Nesse sentido, afirma:

> Como argumentaram, corretamente, os requeridos, a jurisprudência internacional é considerada um precedente legal a depender se as regras e os princípios citados são expressamente reconhecidos pelos Estados africanos e refletem práticas africanas. Esta corte anota que o reconhecimento de homossexuais como minoria, cujos atos são legitimamente protegidos, não é um princípio de direito, nem uma normal geralmente reconhecida por todos os Estados africanos, nem os atos homossexuais são aceitos como prática africana[69].

Esse seu argumento pode ser rebatido de algumas maneiras. Pode-se interpelar seu essencialismo e indicar as distorções e exclusões que ele engendra. Pode-se ainda apostar no potencial de uma abordagem crítica do universalismo dos direitos humanos, fundadana ideia de não discriminação em dignidade e direitos. Pode ser rebatido, enfim, pelas circunstâncias do próprio continente africano, em que as leis de sodomia foram descriminalizadas pela República Sul-Africana, em 1998, e a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, ou "CADHP", adotou uma "Resolução sobre a Proteção contra a Violência e outras Violações de Direitos Humanos contra Pessoas com base em sua Orientação Sexual ou Identidade de Gênero Reais ou Imputadas"[70] em maio de 2014. Nessa resolução, a Comissão condena a crescente violência fundada nes-

69. Tradução livre do original: "As rightly argued by the respondent, international jurisprudence is considered as a legal precedent depending on whether the cited rules and legal principles are expressly recognized by African states and reflect African practices. This court takes note that the recognition of homosexuals as a Minority whose acts are legitimately protected is not a principle of law and norm generally recognized by all African states nor are homosexual acts recognized as an accepted African practice". THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota, p. 21-2.

70. AFRICAN COMMISSION on Human and People's Rights. *ACHPR. 275:* Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons

sas razões e, em especial, o que ela refere por "ataques sistemáticos" perpetrados pelo Estado ou por atores não estatais.

Um aspecto secundário da sentença, mas também importante para o que se discute aqui, é a ideia de "igualdade perante a lei" com a qual o juiz trabalha. Como se disse, a violação da igualdade formal foi um argumento apresentado pelos requerentes e também não acolhido pelo juiz. Para refutá-lo, ele afirma que a igualdade formal implica a sujeição de todos e de tudo, *i.e.*, de todas as pessoas em solo ugandense, inclusive no exercício dos seus direitos.

> Onde a lei proíbe atos homossexuais e as pessoas conscientemente os promovem, elas estão agindo contrariamente à lei. Tais pessoas não podem alegar que as ações tomadas para impedir o descumprimento da lei configuram uma negação de igual proteção da lei porque pessoas cumpridoras da lei não sofreram igual restrição[71].

Para o juiz, o (des)cumprimento da lei parece ser um critério determinante de maior ou menor igualdade da pessoa em dignidade e direitos. Esse critério leva à conformação de dois grupos distintos de pessoas também com relação aos direitos de gays e lésbicas: as cumpridoras e as descumpridoras da lei. Considerando apenas esses dois grupos, gays e lésbicas figurariam no grupo dos descumpridores da lei e, por força disso, seriam merecedores de um tratamento desigual no que se refere aos direitos de liberdade. Os termos da sentença em *Jacqueline e outros* possibilitam cogitar, assim, que o critério do (des)cumprimento da lei tem o condão de des(con)figurar ao menos certos atos como discriminatórios.

Nesse caso, a homossexualidade assume lugar central na discussão do direito, em contraposição ao seu deliberado afastamento em decisões anteriores. Em *Jacqueline e outros*, a homossexualidade é fundamental na interpretação das normas constitucionais e internacionais efetuada pelo juiz do caso, que se

---

on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity. Luanda, Angola, from 18 April to 12 May 2014.

71. Tradução livre do original: "Where the law prohibits homosexual acts and persons knowingly promote those acts, they are acting contrary to the law. Such persons cannot allege that the actions taken to prevent their breach of the law amount to denial of 'equal protection' of the law because the law abiding people were not equally restricted". THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota, p. 23.

furta a se manifestar sobre a constitucionalidade das chamadas leis de sodomia e declara que não está emitindo juízo de valor sobre a homossexualidade. Sua atitude furtiva contrasta, todavia, com a atenção que ele dedica ao caso decidido pela Corte Europeia contra a Polônia, em especial, com seu empenho em assinalar as diferenças entre ele e o caso ugandense. Na discussão sobre essa decisão, o juiz silencia sobre o fato de que ela não é crime naqueles países por decisão da própria Corte Europeia, que em três oportunidades, entre 1980 e 1990[72], entendeu que a simples existência de leis de sodomia, efetivadas ou não, violava o direito ao respeito pela vida privada, assegurado pela Convenção Europeia.

No entender da Corte Europeia e do Comitê de Direitos Humanos, o uso do direito penal para a repressão da prática de determinados atos sexuais consensuais entre adultos em privado em nome da proteção da moral seria absolutamente injustificado em uma sociedade democrática. Com esse entendimento, a Corte contribuiu para retirar a vida privada de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros em solo europeu dos domínios do direito penal e situá-los no direito civil.

Pode-se se supor, com base no que se disse, que a decisão da Suprema Corte de Uganda declarando a recém-sancionada Lei Anti-Homossexualidade inconstitucional não encerrou o assunto no país. Pelo contrário, ela parece ter animado uma dinâmica de ganhos relativos entre o movimento LGBT e cristãos conservadores atuantes em Uganda. A sentença do juiz Musota, da Alta Corte, e a da Suprema Corte são proferidas em um contexto em que os obstáculos postos ao projeto de Lei Anti-Homossexualidade teriam acabado por levar seus propositores a substituí-lo por um projeto de criminalização da "promoção da homossexualidade". Com esse novo projeto, os detratores dos direitos de gays e lésbicas pretendem circunscrever – na prática, inviabilizar – a atuação de organizações não governamentais dedicadas aos direitos de identidade sexual, inclusive aquelas cuja ação se orienta para a prevenção e o tratamento do HIV-AIDS.

5. A proibição da promoção das práticas sexuais não naturais

Em setembro de 2014, na sequência da declaração de inconstitucionalidade do projeto de "Lei Anti-Homossexualidade" e da decisão sobre a legalidade do fechamento da oficina em direitos humanos realizada pelo movimento LGBT,

72. Referimo-nos aos casos *Dudgeon v. The United Kingdom* (1981), *Norris v. Ireland* (1988) e *Modinos v. Cyprus* (1993).

os detratores dos direitos de gays e lésbicas em Uganda apresentam ao Parlamento o projeto de "Lei sobre a Proibição da Promoção das Práticas Sexuais Não Naturais"[73].

No novo projeto, não se fala mais em "homossexualidade", mas são retomados os termos do Código Penal de Uganda, que regula os "delitos não naturais", especificando, porém, que se trata de atos homossexuais ou com transexual. Subjacente a ele resta o raciocínio de que, como a proibição da prática dos crimes não naturais não tem sido suficiente para coibir o ativismo LGBT no país, é preciso ampliar o uso do direito penal para alcançá-lo. Para tanto se proíbe a "promoção" dos atos que configuram aqueles crimes, sendo essa promoção entendida como "recrutar, encorajar, solicitar ou incitar uma pessoa a se engajar em práticas sexuais não naturais, oferecendo dependências, distribuindo material textual ou visual ou qualquer outro meio para fazer com que uma pessoa se interesse por práticas sexuais não naturais"[74]. Já a "prática sexual não natural" consiste em "um ato sexual entre pessoas do mesmo sexo, ou com ou entre pessoa transexual, um ato sexual com um animal e sexo anal, no sentido do artigo 145 do Código Penal"[75].

Pela legislação proposta, a "promoção" dessas práticas sexuais e a cumplicidade em sua promoção constituem crimes autônomos e são punidas com pena de até sete anos de prisão. O crime compreende um longo rol de atos típicos[76], somando 29 no total, entre os quais (i) publicar, imprimir ou distribuir qualquer documento ou informação que facilite, intencionalmente ou não, engajar-se em práticas sexuais não naturais; (ii) locar ou sublocar dependências para esses fins; (iii) adotar ou facilitar a adoção de uma criança para engajá-

73. THE REPUBLIC OF UGANDA. *The Prohibition of Promotion of Unnatural Sexual Practices Bill*, 2014. Draft of 29th October, 2014.

74. Tradução livre do original: "'promotion' means recruiting, encouraging, soliciting, or inciting a person to engage in unnatural sexual practices by providing premises, distributing textual or visual material or any other means to interest a person in unnatural sexual practices [...]". THE REPUBLIC OF UGANDA. *The Prohibition of Promotion of Unnatural Sexual Practices Bill*, 2014. Draft of 29th October, 2014, p. 2.

75. Tradução livre do original: "'unnatural sexual practice' means a sexual act between persons of the same sex, or with or between transsexual person, a sexual act with an animal, and anal sex, withing the meaning of section 145 of the Penal Code Act [...]". THE REPUBLIC OF UGANDA. *The Prohibition of Promotion of Unnatural Sexual Practices Bill,* 2014. Draft of 29th October, 2014, p. 2.

76. THE REPUBLIC OF UGANDA. *The Prohibition of Promotion of Unnatural Sexual Practices Bill,* 2014. Draft of 29th October, 2014.

-la nessas práticas; (iv) tentar celebrar ou celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo (item 2). Também se interdita qualquer representação, inclusive cinematográfica, de uma pessoa se engajando em práticas sexuais não naturais reais ou fictícias, sob pena de prisão de no máximo sete anos (item 4). O consentimento não seria, em nenhuma hipótese, uma excludente de ilicitude (item 8).

Como se pode notar, no projeto de Lei sobre a Proibição da Promoção das Práticas Sexuais Não Naturais, as penas para os crimes são menos rigorosas do que na Lei Anti-Homossexualidade, mas a amplitude de condutas e seus efeitos potenciais seriam ainda maiores. Principalmente, a nova lei pode acabar solapando as bases do ativismo LGBT em Uganda. Proibindo qualquer representação de práticas homossexuais e a difusão de informação que as facilite, ela põe por terra a possibilidade de se formar e replicar qualquer senso de comunidade entre gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros em Uganda, algo que teria sido fundamental historicamente para que se pudesse cogitar de uma identidade, de uma linguagem e de uma política LGBT em outros contextos[77]. Também, o controle sobre a circulação da informação acerca de práticas homossexuais dificulta as ações para a prevenção e tratamento do HIV-AIDS mais diretamente do que a Lei Anti-Homossexualidade.

O novo projeto de lei parece ter inspiração em algumas ideias de longa duração. Primeiro, ele torna manifesto que há prescrições naturais sobre os usos do corpo para a obtenção de prazer erótico e que essas prescrições excluem todo ato sexual não heterossexual. Segundo, a circulação da informação sobre práticas sexuais não naturais pode e deve ser coibida pelo direito penal, por ter o condão de comprometer a observância das prescrições naturais na matéria, sendo o direito penal um espelho do direito natural. Terceiro, o controle da produção e circulação de informação é especialmente necessário para a proteção das crianças, que, nos termos do projeto, são vulneráveis a qualquer meio de "recrutamento" para as "práticas sexuais não naturais". Ao afastar o consentimento como excludente de ilicitude, o projeto torna claro, no entanto, que, quando se trata de homossexualidade, adultos também precisam da tutela do Estado.

Os atos tipificados pelo projeto de Lei sobre a Proibição da Promoção das Práticas Sexuais Não Naturais têm lugar no espaço público, mas têm em comum o fato de tratarem em público de atos praticados em privado. Falar em

77. WEEKS, Jeffrey. *Making sexual history*. Cambridge: Polity Press, 2000; HALBERSTAM, Judith. *The queer art of failure*. Durham-London: Duke University Press, 2011. p. 44 e ss.

público sobre homossexualidade e identidade de gênero e produzir uma espécie de cultura gay, lésbica, bissexual e transgênero seria necessário para se resguardar algum espaço privado para gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros em Uganda, um espaço longe do alcance do Estado e do direito penal. Em contrapartida, falar em público sobre a homossexualidade e representá-la em artefatos culturais tem um potencial de produção de legitimidade, normalidade e igualdade que não escapa aos propositores do projeto. Bem ao contrário, é por isso que se pretende proibi-los no país.

Percebe-se, assim, como ideias de liberdade em relação aos usos do corpo e de igualdade se articulam a propósito dos direitos de gays e lésbicas em Uganda. Para começar, as relações homoeróticas estão fora da esfera de liberdade da pessoa. Como os atos homossexuais são interditados em Uganda, resta a gays e lésbicas se colocar nos interstícios da proibição dos atos homossexuais e da naturalidade das relações eróticas heterossexuais. Só lhes resta suportar, em suma, a privação de relações com pessoas do mesmo sexo – e, ainda assim, sua condição seria precária, porque a homossexualidade, a olhos hostis, não se constitui necessariamente pela prática de atos sexuais, mas pode e costuma ser imputada em decorrência de sinais de desvio da identidade de gênero. Com base no que se disse, pode-se afirmar que o fato de a ideia de liberdade em Uganda excluir o que se pode chamar de "liberdade de orientar-se sexualmente" condena gays e lésbicas a uma condição de desigualdade, por exemplo, na condução da vida privada, bem como na construção e na vivência pública da sua identidade. Nesse contexto, é tanto mais difícil modificar a condição desigual em que eles se encontram quanto mais aumentam as restrições à liberdade na matéria.

6. Considerações finais

O projeto ugandense de Lei Anti-Homossexualidade se insere em um processo de recrudescimento dos esforços por inscrever a hostilidade a gays e lésbicas em ordens jurídicas nacionais, como se testemunha em países africanos, mas também na Rússia. Em 2010, quando a polêmica em torno dele se instaura em democracias liberais ocidentais, projetos semelhantes eram propostos e ocasionalmente aprovados em países como Gâmbia, Malaui, Nigéria, Quênia e Zimbábue. Na mesma época, projetos de lei sobre a proibição da propaganda da homossexualidade eram debatidos e ocasionalmente aprovados em países do Leste europeu[78], com grande repercussão em democracias liberais e resis-

78. Este é o caso da Rússia, p.e., onde uma legislação para a proibição da "promoção da homossexualidade" foi aprovada às vésperas dos Jogos Olímpicos de Inverno, que se-

tência não só dos seus governos, mas de instituições como o Comitê Olímpico Internacional[79].

Neste artigo, procurou-se abordar alguns fatores que podem ter obstado a transformação do projeto em lei em Uganda, mostrando, contudo, que eles não impediram a propositura de um novo projeto de lei, com a proibição da promoção das práticas sexuais não naturais. O argumento do artigo era que o Judiciário tem usado o direito como uma barreira à transformação de cidadãos em inimigos públicos em Uganda e se não consegue impedir a produção de desigualdade a partir da diferença, para falar com Arendt, tem atuado para ao menos assegurar a (re)produção da humanidade de gays e lésbicas, i.e., para reconstruí-los sucessiva e resistentemente como humanos dos direitos humanos.

Pensa-se que, em conclusão, também é importante olhar além dos caminhos jurídicos (explorados ou ainda não explorados) e perceber que, com a propositura do projeto de Lei Anti-Homossexualidade, uma série de poderes e saberes entra em jogo ou ganha força a propósito de Uganda. Toda a discussão está situada em um campo de poder estruturado pelo direito, e a sua estruturação jurídica é evidenciada pela construção da naturalidade da homossexualidade consubstanciada na ideia de orientação sexual para a afirmação de direito de cidadania. Se assim é, é preciso pensar em correlações de força, como propôs Foucault, e perscrutar quais são os poderes e saberes

---

riam realizados na cidade russa de Sochi. Como se pôde acompanhar pela imprensa, a aprovação dessa lei despertou reações acaloradas em democracias liberais ocidentais, em atletas e antigos atletas, e no próprio Comitê Olímpico Internacional (COI), que acabou por incluir a orientação sexual como causa de não discriminação entre os princípios olímpicos inscritos na Carta Olímpica. Nos termos da Carta, "the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Olympic Charter shall be secured without discrimination of any kind, such as race, colour, sex, *sexual orientation*, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

79. Em resposta à adoção de uma lei desse tipo na Rússia antes dos Jogos Olímpicos de Inverno de 2014, a serem sediados em Sochi, o Comitê consagra a orientação sexual como causa de não discriminação na Carta Olímpica. Confome o sexto princípio do olimpismo, "the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Olympic Charter shall be secured without discrimination of any kind, such as race, colour, sex, sexual orientation, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". INTERNATIONAL OLYMPIC Committee. *Olympic Charter* (in force as from 2 August 2015). Lausanne: International Olympic Committee, September 2015.

que ganham a cena com a proposta de criminalização da homossexualidade e, depois, da promoção da homossexualidade no país. Emergem, então, o Parlamento, ministros de Estado, o presidente da República, que em maior ou menor medida patrocinaram as peças de legislação propostas, com apoio ou em articulação com forças religiosas ugandenses e internacionais. Essas forças compreendem igrejas, lideranças locais e estrangeiras, missionários cristãos norte-americanos. Esses dois grupos de atores se afinam pela produção de um discurso que amalgama religião, tradição, nacionalismo e ciência, com especialistas aptos a curar e reorientar gays e lésbicas sexualmente, p.e., através da reorganização da vida familiar e do reaprendizado dos papéis de gênero. Em resposta, despontam os tribunais ugandenses, como forças da racionalidade contra a irracionalidade da religião e o atraso das tradições, e uma corte norte-americana, em que a situação é configurada como perseguição sistemática e generalizada a gays e lésbicas, logo, um crime contra a humanidade. Tensionando as disputas entre atores religiosos e seculares, ainda emergem, nesse campo de poder, ativistas LGBT e de direitos humanos, diplomatas e políticos profissionais ocidentais, que, amparando atores locais, são acusados de imperialismo.

Os discursos acerca da proposta de criminalizar a homossexualidade em Uganda também são feitos para e pela imprensa local e global. Eles circulam por mídia impressa, redes sociais, relatórios de ONGs e de organizações intergovernamentais. Uganda dramatiza a situação de gays e lésbicas em um mundo moralmente centrado na ideia de direitos humanos, e, a partir de 2010, a ONU se engajará decididamente na defesa dos direitos de gays e lésbicas, que não tinham merecido muito da sua atenção até então. Em 2013, ela lança a campanha *Livres e Iguais*, que encontra nas novas tecnologias um meio de emprestar legitimidade à ideia de não discriminação por orientação sexual; de criar uma comunidade LGBT imaginada; de reduzir os custos para ações coletivas transnacionais; de fazer circular valores e ideias destinadas a mudar a percepção social da homossexualidade, do homossexual e das relações erótico-afetivas entre pessoas do mesmo sexo em diferentes contextos. Ela apela para tanto às linguagens universais do amor e dos direitos humanos. Figuras religiosas, como Madre Teresa e Desmond Tutu, assinalam um esforço por se apropriar do cristianismo para conciliá-lo com outros modos de construção da diferença. Um ano depois do lançamento da campanha, no entanto, o projeto de Lei Anti-Homossexualidade será sancionado pelo presidente Museveni, depois de idas e vindas envolvendo atores locais e globais. Em Uganda, a questão continua posta como uma tensão entre soberania, tradições e direitos da maioria contra universalismo, direitos humanos e direitos de minorias.

7. Referências bibliográficas

Fontes primárias

AFRICAN COMMISSION on Human and People's Rights. *ACHPR. 275:* Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity. Luanda, Angola, from 18 April to 12 May 2014.

BAHATI, David. The Anti-Homosexuality Bill, 2009. *Bills Suplement* n. 13, 25 September 2009.

BUTAGIRA, Tabu et al. Anglicans say No to gays bill. *The Daily Monitor*, February 10, 2010.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo y ninãs c. Chile*. Sentencia de 24 Febrero 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

EUROPEAN COURT of Human Rights. *Alekseyev v. Russia*. Strasbourg, Judgment, 21 October 2010.

EUROPEAN COURT of Human Rights. *Baczkowski and Others v. Poland*. Strasbourg, Judgment, 3 May 2007.

EUROPEAN COURT of Human Rights. *Dudgeon v. The United Kingdom*. Judgment, 23 September 1981.

EUROPEAN COURT of Human Rights. *Norris v. Ireland*. Strasbourg, Judgment, 26 October 1988.

INTERNATIONAL CRIMINAL Tribunal for Rwanda. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*. ICTR-96-4-T, 2 September 1998.

INTERNATIONAL CRIMINAL Tribunal for the former Yougoslavia. *Prosecutor v. Mladen Naletilic and Vinko Martinovic*. IT-98-34-T, 31 March 2003.

INTERNATIONAL OLYMPIC Committee. *Olympic Charter* (in force as from 2 August 2015). Lausanne: International Olympic Committee, September 2015.

KAOMA, Kapya. *Globalizing the culture wars*: U.S. conservatives, African churches, and homophobia. Boston: Political Research Associates, 2009.

MUTUA, Makau. *It is nonsense to assert that being gay is un African*. Sunday Nation, 31 October 2009.

OLUKA, Benon Herbert. 'Homosexuals also have their rights'. *The Daily Monitor*, June 20, 2010.

PEW Research Center. The global divide on homosexuality. O relatório completo está disponível em: [http://www.pewglobal.org/files/2014/05/Pew-Global-Attitudes-Homosexuality-Report-REVISED-MAY-27-2014.pdf]. Acesso em: 01.04.2016.

TAMALE, Sylvia. Why anti-gay Bill should worry us. *Daily Monitor,* November 3, 2009.

THE REPUBLIC OF UGANDA. Constitutional Court of Uganda. *Constitutional Petition No. 08 of 2014*. Prof. J. Oloka-Onyango et al. vs. Attorney General. Kampala, April 2014.

THE REPUBLIC OF UGANDA. High Court of Uganda. Jacqueline Kasha Nabagesera, Frank Mugisha, Julian Pepe Onziema and Geofrey Ogwaro vs. The Attorney General and Rev. Fr. Simon Lokodo. *Misc. Cause* n. 033 of 2012, Before: Hon. Justice Stephen Musota.

THE REPUBLIC OF UGANDA. The High Court of Justice. Kasha Jacqueline, David Kato Kisuule and Onziema Patience vs. Rolling Stone Ltd. and Giles Muhane. Before: Hon. Mr. Justice V. F. Musoke-Kibuuka. *Kampala,* 30 December 2010.

THE REPUBLIC OF UGANDA. *The Prohibition of Promotion of Unnatural Sexual Practices Bill*, 2014. Draft of 29th October, 2014.

UNITED NATIONS Human Rights Office of the High Commissioner, Navi Pillay. *What David Kato's death can teach the world*. 1 February 2011.

UNITED NATIONS Human Rights Office of the High Commissioner, Navi Pillay. *Prejudice fuels the denial of rights for LGBT people*, 20 May 2014.

UNITED NATIONS. *Confront prejudice, speak out against violence, Secretary-General says at event on ending sanctions based on sexual orientation, gender identity*, SG/SM/13311-HR/5043, 10 December 2010 (Meetings converage and press realeases).

UNITED STATES. United States District Court for the District of Massachusetts. *Sexual Minorities Uganda v. Scott Lively*. Memorandum and Order regarding Defendant's Motion to Dismiss. August 14, 2013.

YOUTUBE. *Africa – Uganda – Documentary BBC* – 20100704 – Antigay bill uganda Part 1 of 2. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?-v=1PK_AyZcrIY]. Acesso em: 06.05.2015.

YOUTUBE. *Africa – Uganda – Documentary BBC* – 20100704 – Antigay bill uganda Part 2 of 2. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qb-jxRlnEBp0]. Acesso em: 06.05.2015.

YOUTUBE. FULL – *Scott Liverly Uganda*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=e9F9k4guN3M&index=55&list=LL-pQclyuiT-MmMHYp-4ZZs7g]. Acesso em: 06.05.2015.

YOUTUBE. *Homophobic Uganda* – The world's most dangerous place for gays Full Documentary [FDC]. Disponível em [http://www.youtube.com/watch?v=HBp53gGALxM&list=LL-pQclyuiT-MmMHYp4ZZs7g&index=1]. Acesso em: 06.05.2015.

YOUTUBE. *Secretary of State Hillary Clinton's historic LGBT speech*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=WIqynW5EbIQ&list=LL-pQ-clyuiT-MmMHYp4ZZs7g&index=136]. Acesso em: 02.01.2017.

Fontes secundárias

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Sand Diego-New York-London: Harvest Books-Harcourt Brace & Company, 1976.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II)*: le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

DEVLIN, Lord Patrick. Morals and the criminal law. In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the enforcement of morals. *The Yale Law Journal*, v. 75, p. 986-1005, 1965-1966.

FINNIS, John. Law, morality, and "sexual orientation". *Notre Dame Law Review*, v. 69, p. 1049-1076, 1994.

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*: vontade de saber, I. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRASER, Nancy. *Justice interruptus*: critical reflections on the "postcolonialist" condition. New York-London: Routledge, 1997.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?* A political philosophical exchange. Translated by Joel Gold et al. London-NewYork: Verso, 2003.

HALBERSTAM, Judith. *The queer art of failure*. Durham-London: Duke University Press, 2011.

HART, H. L. A. Immorality and treason. In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond border*: advocacy networks in international politics. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal K.; NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Aquém do fundamentalismo, além da tolerância: hostilidade e hospitalidade no debate sobre direitos de gays e lésbicas. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n. 26, p. 279-305, ago. 2017.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal K. *Direitos de identidade sexual*: a não discriminação por orientação sexual no direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: FDUSP, 2017.

PERRY, Michael J. The morality of homosexual conduct: a response to John Finnis. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 9, p. 51-74, 1995.

SANDEL, Michael J. Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality. *California Law Review*, v. 77, n. 3, p. 521-538, 1989.

TAMALE, Sylvia. 2009. A human rights impact assessment of the anti-homosexuality Bill. *East African Journal of Peace and Human Rights*, v. 15, n. 2, p. 49-57.

WEEKS, Jeffrey. *Making sexual history*. Cambridge: Polity Press, 2000.

Filmografia

Call me kuchu. Direção de Katherine Fairfax Wright e Malika Zouhali-Worrall. 2012.

God loves Uganda. Direção de Roger Ross Williams. 2013.

Jesus camp. Direção de Heidi Ewing e Rachel Grady. 2006.

Sites *consultados*

Conselho da Europa [www.coe.int].

Conselho de Direitos Humanos [www.ohchr/org/hrc/].

Corte Interamericana de Direitos Humanos [www.corteidh.or.cr].

Equaldex [www.equaldex.com].

European Court of Human Rights [hudoc.echr.coe.int].

International Lesbian Gay Bisexual Trans and Intersex Association [www.ilga.org].

Livres e Iguais [www.unfe.org/pt].

Sexual Minorities Uganda [sexualminoritiesuganda.com].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Por um novo direito penal sexual - A Moral e a questão da honestidade, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 33/133-158 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/135-162 (DTR\2001\7);
- Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (hate crimes) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadunidense, de Roger Raupp Rios e Claudia Maria Dadico – *RBCCrim* 141/119-156 (DTR\2018\8688); e
- Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 99/187-212 (DTR\2012\451011).

Voluntarismo judicial: a internação de adolescentes por tráfico de drogas no TJSP

Judicial voluntarism: São Paulo State Court and the detention of juvenile drugs offenders

Roberto Luiz Corcioli Filho

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e da *Law Enforcement Against Prohibition* (LEAP).
rcorcioli@gmail.com

Recebido em: 03.04.2017
Aprovado em: 03.12.2017
Última versão do autor: 12.12.2017

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo foi desenvolvido a partir da seleção aleatória de alguns julgados dos últimos 12 meses do Tribunal de Justiça de São Paulo relativos ao ato infracional equiparado ao tráfico de drogas e nos quais se discutiu a medida de internação para os adolescentes. Procurou-se analisar criticamente os principais fundamentos lançados nas decisões, e, da análise dos dados, a conclusão a que se chegou com a breve pesquisa – de escopo e alcance reconhecidamente limitados – foi a de que o tribunal paulista, no que concerne ao tratamento jurídico da questão do tráfico de drogas na área infracional, faz qualquer coisa em termos de fundamentação, menos pautar-se pela racionalidade e basear-se no conjunto de conhecimento jurídico-científico firmado sobre o tema.

Palavras-chave: Infância e juventude – Tráfico de drogas – Internação – Fundamentação.

Abstract: This article is based on a random selection of judgements of the São Paulo State Court relating to detention of juvenile drugs offenders during the last 12 months. After critically analysing the main grounds on which the decisions were rendered, this brief and limited research concluded that the São Paulo State Court accepts whichever reasoning but the use of rationality and dogmatic.

Keywords: Juvenile offenders – Drug traffic – Detention – Reasoning.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves notas metodológicas. 3. A medida socioeducativa de internação em matéria de tráfico na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: confronto doutrinário e breve análise criminológica. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

Agradecimento

Agradeço a André Pires de Andrade Kehdi, Fernanda Penteado Balera, Giancarlo Silkunas Vay e Gustavo Lacerda Franco pelos preciosos comentários.

Dedico o presente trabalho aos valentes colegas de AJD, que não se omitem em desempenhar seu papel constitucional de garantidores de direitos.

1. Introdução

A presente pesquisa teve como proposta colher uma pequena amostra aleatória de julgados[1], dos últimos 12 meses, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – por meio do acesso à sua base virtual completa –, relativos a casos infracionais equiparados ao delito de tráfico de drogas e nos quais se tenha discutido a aplicação da medida de internação, analisando os principais fundamentos neles lançados, especialmente com vistas a conferir o seu grau de adesão aos saberes consolidados na doutrina de direito penal juvenil[2].

A ideia, em primeiro lugar, é apresentar um despretensioso trabalho que sirva ao propósito de destacar a necessidade de investigações mais aprofundadas e amplas na análise da jurisprudência infracional, com acesso não limitado aos seus dados[3].

1. De acordo com os critérios explanados no item 2, destinado à metodologia.
2. Conforme João Batista Costa Saraiva. Medidas socioeducativas e o adolescente infrator. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 78, p. 129, jun. 2000, "o conceito que se pretenda emprestar ao sistema jurídico adotado pelo ECA no tratamento da questão do adolescente em conflito com a Lei, o *nomen juris* deste sistema, se de 'responsabilização especial', se de 'responsabilização estatutária', se de 'responsabilização infracional', ou se de 'direito penal juvenil', desimporta, desde que tenhamos clareza que o ECA impõe sim sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania".
3. Na mesma linha da presente abordagem, *vide* a pesquisa (mais profunda e abrangente) de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, Karyna Batista Sposato e equipe,

Por meio de uma breve análise qualitativa dos principais argumentos encontrados nas decisões examinadas, os quais serviram para dar suporte à aplicação da medida de internação pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, busca-se investigar se a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (no que diz respeito à matéria selecionada) tem se mostrado preocupada com a fundamentação lógico-racional de seus argumentos, o princípio da legalidade[4] e, sobretudo, com o conhecimento científico que já se produziu na área – permitindo-se, ainda, uma breve abordagem criminológica ao longo do artigo.

2. Breves notas metodológicas

Preliminarmente, cumpre pontuar que a presente pesquisa foi desenvolvida durante o mês de maio de 2016 e se debruçou sobre uma pequena amostra aleatória de julgados dos últimos 12 meses.

Para os fins da presente pesquisa, elegeram-se os seguintes termos a serem lançados no campo "pesquisa livre" do respectivo portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "ato infracional", "tráfico" e "internação". Desmarcou-se a opção "pesquisar por sinônimos", bem como se mantiveram assinaladas as opções de "2º grau" e "acórdãos", selecionando-se, ainda, a Câmara Especial como o órgão julgador, bem como a classe processual "apelação".

Lançando-se tais termos, através de um acesso ordinário ao portal na data de 23 de maio de 2016, obtiveram-se 19 resultados (considerando-se como último documento publicado o acórdão da apelação 0014328-57.2014.8.26.0320, julgada em 16.11.2015). Já por meio de acesso exclusivo para magistrados, chegou-se a 16.228 resultados (considerando-se como último documento publicado o acórdão da apelação 0015838-16.2015.8.26.0015, julgada em 16.05.2016).

---

denominada *Responsabilidade e garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência*, produzida no âmbito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) – Projeto Pensando o Direito, Edital 01/2009 da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. A análise de alguns dos resultados de tal pesquisa redundou na publicação do artigo, de autoria das duas pesquisadoras referidas acima, A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 277-298, jan.-jun. 2011.

4. E a respeito deste, na órbita infracional, *vide* SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 141-145. Já para a legalidade no espectro mais amplo do garantismo penal, *vide* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 38-40.

O Provimento 2.241/2015 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerando a necessidade de disponibilizar para a pesquisa de jurisprudência os acórdãos e sentenças proferidos em matérias sujeitas a segredo de justiça, determinou que nos campos automáticos do sistema fossem carregadas somente as iniciais dos litigantes, bem como estabeleceu que os desembargadores e juízes deveriam substituir os nomes das partes pelas suas iniciais de modo a possibilitar a publicação do ato em repertório de jurisprudência. Porém, o art. 3º do provimento em questão estipula que "o acervo pretérito de jurisprudência e do banco de sentenças, anterior à edição deste Provimento, ficará disponível apenas aos Desembargadores e Juízes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante identificação no Portal do Tribunal".

Tem-se que o provimento em questão foi publicado em 18.02.2015, com previsão de entrada em vigor em 90 dias. No entanto, de 18 de maio de 2015 até a data da pesquisa (23 de maio de 2016) obtiveram-se 3.639 acórdãos por meio da pesquisa de acesso exclusivo para magistrados, número expressivamente superior ao encontrado na pesquisa realizada mediante acesso ordinário. Ou seja, a tal norma não vem sendo colocada em prática.

Diante de tal quadro, considerando-se i) que a presente pesquisa encontra total relação e interesse na prática jurisdicional deste pesquisador-magistrado, ii) que com ela não se feriu sob aspecto algum o segredo de justiça, iii) e que, de acordo com o provimento citado acima, os acórdãos relativos a matérias sujeitas a segredo de justiça deveriam passar a ser disponibilizados para pesquisa (contendo apenas as iniciais dos nomes das partes) desde maio de 2015 (início, justamente, do período de recorte da presente), entendeu-se plenamente viável a sua realização sobre a base ampla de julgados (3.639 acórdãos).

Aqui, vale ressaltar que o interesse público consistente na construção do conhecimento científico na área do direito penal juvenil não encontra um fim mais preciso senão o próprio fomento ao desenvolvimento dos mecanismos de proteção aos adolescentes, dentro de uma ótica limitadora do poder punitivo do Estado e que visa a assegurar amplamente o acesso de cada adolescente aos mecanismos que favoreçam o seu pleno desenvolvimento como pessoa, naturalmente dotada de dignidade.

Ainda que não se ignore o legítimo interesse social relativo à segurança pública, fato é que, entre outros diplomas, a Constituição Federal, em seu art. 227, elege o superior interesse do adolescente como norte de toda política voltada para a área.

Assim, certamente a pesquisa científica no âmbito infracional, com suas potencialidades transformadoras, vem ao encontro desse dever da sociedade brasileira de promover a proteção integral ao adolescente[5].

Feitas tais considerações iniciais, cabe, ainda, pontuar o método de seleção do material de pesquisa.

Diante da imensa base de dados disponível e do escopo do presente artigo, tem-se que se justificou, em primeiro lugar, limitar a análise sobre os julgados proferidos apenas no último ano (18 de maio de 2015 a 16 de maio de 2016). E tal já possibilitaria conhecer o entendimento de duas composições da Câmara Especial, já que houve a troca de vários de seus membros com a eleição, em dezembro de 2015, da nova cúpula do tribunal.

Entretanto, mesmo com essa significativa restrição, encontra-se, conforme adiantado acima, um universo de 3.639 acórdãos.

Tendo em vista que a presente pesquisa, além de ter uma pretensão de abrangência bastante limitada, não terá como escopo propriamente apresentar dados estatísticos a respeito dos julgados, mas especialmente abordar os fundamentos presentes nos acórdãos que impõem ou mantêm a medida socioeducativa de internação, admitiu-se um recorte aleatório bastante severo para a seleção dos julgados a serem submetidos a análise.

Para tanto, valeu-se da seleção de todos os julgados do período citado que tivessem a numeração das respectivas apelações terminada em "00" (de uma

5. Conforme mencionado acima, o art. 3º do Provimento em questão restringe o acesso ao acervo pretérito (e, na prática, também ao atual completo, na medida em que a imensa maioria das decisões continua não sendo disponibilizada para a pesquisa pelo público) a magistrados. Perdeu-se a oportunidade de disciplinar o acesso a pesquisadores, mediante, por exemplo, a sujeição de seus projetos de pesquisa a uma comissão do Tribunal que poderia ficar responsável, inclusive, por fiscalizar a salvaguarda da identidade dos adolescentes envolvidos. Assegurando que nenhum dado íntimo dos adolescentes fosse objeto de consideração, o mero conhecimento acidental, por parte dos pesquisadores, a respeito de nomes e eventuais outras informações dos adolescentes não parece que poderia caracterizar qualquer infringência à norma excepcional de sigilo, posto que sua finalidade estaria sendo amplamente resguardada. Ou seja, não haveria a exposição pública de tais dados e o acesso se restringiria àqueles que são imprescindíveis para atingir outro valor caro à sociedade brasileira. Se há interesse público em que juízes, promotores, respectivas equipes de apoio, advogados e demais profissionais que atuam na área acabem tendo acesso a tais dados ao trabalharem com os casos – o que é óbvio –, não parece haver um interesse público menor na viabilização do conhecimento científico a ser construído também por meio do acesso aos casos sob segredo de justiça.

numeração sequencial em primeira instância). De um total de 3.639 acórdãos, as respectivas apelações terminadas em 00 foram 44. Ou seja, 1,2% do universo recortado.

3. A medida socioeducativa de internação em matéria de tráfico na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: confronto doutrinário e breve análise criminológica

Antes de se apresentarem os dados obtidos e de se passar à análise dos principais fundamentos utilizados nos julgados, importante uma brevíssima explanação a respeito do órgão responsável, no Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo julgamento exclusivo da matéria em segunda instância.

Trata-se, nos termos do art. 33, parágrafo único, IV, do regimento interno do tribunal em questão, da Câmara Especial, que é presidida pelo vice-presidente do tribunal, e também integrada pelos presidentes das Seções de Direito Público, Direito Privado e Criminal, bem como pelo decano. E, atualmente, conforme se observa do *site* do tribunal, além dos titulares dos respectivos assentos na Câmara Especial, também lá atuam seis juízes substitutos em 2º grau[6] – que, conforme o regimento interno mencionado (art. 281, *caput*), estão previstos para "substituir ou auxiliar os desembargadores nos órgãos julgadores, por designação dos Presidentes das Seções, depois de colocados à disposição pelo Presidente do Tribunal".

Neste ponto, não se pode deixar de mencionar que o órgão responsável pelo julgamento exclusivo da matéria infracional em segundo grau no estado de São Paulo é composto, em sua maioria, por juízes que não gozam de plena independência funcional, posto que designáveis discricionariamente (portanto, não inamovíveis). Já, de outro lado, em relação aos membros titulares da referida câmara, também é importante consignar que lá aportam não necessariamente porque possuem familiaridade com a matéria, bem como podem sequer ter tempo de se aprofundar no tema, uma vez que, com exceção do decano (que pode ser imprevisivelmente alterado), tais membros são geralmente substituídos por completo a cada dois anos (em razão das eleições para os cargos diretivos no tribunal).

Evidente que essas características provavelmente não explicam completamente os resultados sugeridos pelas análises empreendidas por esta pesquisa,

6. Disponível em: [http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CamaraEspecial/Default.aspx?f=4]. Acesso em: 28.05.2016.

de escopo bastante limitado – vale destacar. Porém, certamente contribuem, juntamente com o pânico moral que envolve a questão das drogas na sociedade atual[7] e o neopunitivismo[8], para se procurar compreender a razão da precisa constatação de Flávio Américo Frasseto:

> As leis, dizem, envelhecem, mas a jurisprudência é sempre atual. Este ditado, se vale como regra, encontra exceção na órbita da Infância e Juventude. Aqui, podemos dizer, a lei é nova, mas a jurisprudência, envelhecida, fonte de resistência à modernização do pensamento[9].

7. Conforme PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 570, a respeito da decisão judicial, "a motivação se adaptará ao auditório que se propõe persuadir, a suas exigências em matéria de direito e de justiça, à idéia que ele se forma do papel e dos poderes do juiz no conjunto das instituições nacionais e internacionais". Nesse sentido: "as paixões e o estado de comoção criado pela demonização das drogas tidas como ilícitas é agravante que estimula o arbítrio judicial em detrimento da justiça" (VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 125). Veja-se, por exemplo, o que se consignou no acórdão relativo à apelação 0001600-76.2015.8.26.0278: "repise-se, também, que os adolescentes foram surpreendidos na posse de *considerável quantidade* de cocaína, substância altamente nociva e de grande lesividade à saúde pública, o que torna a conduta ainda mais gravosa e merecedora de repreensão estatal com maior rigor" (grifou-se). Detalhe: tratava-se de 24 porções individuais de cocaína.

8. Nesse ponto, inclusive, pode-se sustentar que a pressão ideológica para a punição rigorosa do tráfico de drogas vem implicando sério prejuízo à racionalidade do sistema, com consequências convergindo para o citado neopunitivismo. Conforme PIRES, Álvaro. *La politique législative et les crimes à "double face"*: éléments pour une théorie pluridimentionnelle de la loi criminelle (drogues, prostitution, etc.). Rapport d'expert à l'intention du Comité spécial du Sénat du Canada sur les drogues illicites. 2002. Disponível em: [http://www.parl.gc.ca/content/sen/committee/371/ille/presentation/pires-f.htm]. Acesso em: 28.05.2016, justamente em razão dessa repressão desproporcional que se vê em relação aos delitos de drogas, também em outros âmbitos colhem-se consequências dos problemas cognitivos daí decorrentes, pois é natural que uma maior repressão contra aqueles delitos implique um incremento punitivo em face de outras infrações, observando-se cada vez mais toda sorte de justificativas para acobertar fundamentações jurídicas logicamente insustentáveis. E também para uma breve análise a respeito de como a ampla discricionariedade envolvida na chamada guerra às drogas tem produzido um rebaixamento geral das garantias processuais penais, *vide* VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 105-130.

9. Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 178, jan.-mar. 2001. Apenas para não perder a oportunidade de já se exemplificar,

Com efeito, é o que parece emergir da jurisprudência considerada nesta pesquisa.

E, para que se dê início à análise dos principais fundamentos dos julgados selecionados, imprescindível partir-se de uma breve incursão a respeito dos requisitos para a aplicação da medida de internação[10] ao adolescente condenado pela prática de ato infracional, tanto à luz da legislação quanto de sua interpretação doutrinária.

Nesse sentido, em primeiro lugar, tem-se que, nos termos do § 1º do art. 112 do ECA, "a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração".

Veja-se que o Estatuto indubitavelmente consagra a responsabilização pelo fato, destacando a proporcionalidade como condicionante da resposta estatal.

E, em razão da norma do art. 113 do Estatuto, tem-se que para a determinação da medida socioeducativa "levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários" (art. 100, *caput*), sendo que os seguintes princípios, dentre outros elencados no parágrafo único do art. 100, devem também reger a aplicação da medida: "IV – interesse superior da criança e do adolescente"; "VII – intervenção mínima"; "VIII – proporcionalidade e atualidade"; "X – prevalência da família".

Mais uma vez é possível notar não apenas o destaque à proporcionalidade, como também a priorização do "interesse superior da criança e do adolescente" – a evitar que considerações focadas exclusivamente em interesses outros prevaleçam quando da determinação da medida a ser aplicada.

---

com base no material coletado através da presente pesquisa, que até mesmo na linguagem se evidencia o apego ao espírito do antigo Código de Menores, confira-se: "neste contexto, impõe-se reconhecer que a internação, de fato, é a medida que melhor vem ao encontro dos escopos estatuídos pela legislação menorista".

10. Quanto à medida de semiliberdade, ainda que não tenha sido alvo direto da presente pesquisa, vale pontuar que sua aplicação também deveria se restringir às hipóteses taxativas dos incisos do art. 122, *caput*, do Estatuto, valendo para ela o mesmo princípio da absoluta excepcionalidade da medida, bem como, nos termos do art. 120, § 2º, do Estatuto, as demais normas e princípios relativos à internação, "no que couber" – ou seja, apenas "não se estenderão disposições desfavoráveis aos interesses e aos direitos do adolescente que possam ser consideradas peculiares da internação, considerada sua maior gravidade" (BARATTA, Alessandro. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 602).

E, ao se estipular que dentre as medidas terão preferência "aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários" (e ao se consagrar expressamente o princípio da "prevalência da família"), já se extrai que a internação, evidentemente, deve ser tida por absolutamente excepcional – o que também se extrai da consagração do princípio da "intervenção mínima".

Aliás, o Estatuto foi bastante enfático quanto à excepcionalidade da medida, prevendo no *caput* de seu art. 121 que "a internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento"[11].

Acerca da excepcionalidade da medida de internação, o § 2º do art. 122 vem reforçá-la ao estipular que "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada". Ou seja, ainda que um dos requisitos previstos nos dois primeiros incisos do *caput* do art. 122 do Estatuto esteja presente em dado caso concreto, a internação apenas deveria ser aplicada caso se mostrasse a medida mais adequada ao adolescente (atentando-se para sua "condição peculiar de pessoa em desenvolvimento") em prejuízo de qualquer outra. Ostenta a medida de internação, portanto, absoluto caráter subsidiário.

Nesse sentido, Alessandro Baratta sustenta que

> [...] a institucionalização, quer na forma da internação, quer naquela de semiliberdade, deve ser considerada uma resposta em tudo excepcional, mesmo no caso de graves infrações do adolescente, e normal deve ser considerada, em todos os casos, a aplicação de outras medidas socioeducativas, e, principalmente, de proteção, aptas a favorecer a integração social do adolescente infrator e a compensação de gravíssimos déficits econômicos e de atenção familiar e social, dos quais ele é normalmente vítima[12].

11. Isso sem contar que, nos termos do art. 35, *caput* e inciso I, da Lei 12.594/2012, "a execução das medidas socioeducativas reger-se-á" pela observância ao princípio da "legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto". Realmente, de acordo com Andrew von Hirsch e Andrew Ashworth. *Proportionate sentencing*: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 43, analisando a literatura relativa à observância da proporcionalidade nas sentenças infracionais, tem-se que os adolescentes devem ser punidos com menor intensidade em razão de sua menor culpabilidade e porque as punições são por eles sentidas de modo mais pesado. Se adultos condenados por tráfico podem obter a "substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixação do regime inicial aberto" (TJSP, Apelação 0002469-56.2012.8.26.0274, rel. Des. Borges Pereira, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 24.05.2016), evidente que adolescentes em igual circunstância nunca poderiam ser submetidos a uma medida de internação.

12. In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 604.

Vale destacar, inclusive – segundo Emílio García Mendez –, que

> [...] os instrumentos internacionais são tão categóricos neste ponto que permitem afirmar que "invertem o ônus da prova", no sentido de que praticamente obrigam a demonstrar ao sistema de Justiça que todas as alternativas existentes à internação já foram tentadas ou, pelo menos, descartadas racionalmente e equitativamente[13].

Nesse ponto, não é açodado antecipar que *racionalidade* e *equidade* não foram propriamente atributos encontrados na imensa maioria das decisões analisadas na presente pesquisa.

Seja como for, todavia, considerações a esse respeito apenas deveriam ter vez caso preenchido ao menos um dos requisitos previstos nos dois primeiros incisos do art. 122, *caput*, do Estatuto: "I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves"[14]. Veja-se que o *caput* do artigo em questão não deixa dúvida – ou pelo menos não deveria deixar: vale-se do vocábulo "só" para restringir categoricamente a possibilidade de aplicação da internação nos casos elencados nos incisos que apresenta. De fato, conforme Emílio García Mendez, "o art. 122 deve ser entendido no sentido de constituir uma especificação taxativa do caráter breve e excepcional da privação da liberdade, estabelecido no art. 121"[15].

---

13. In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 606. Conforme o autor, "os três instrumentos internacionais que se referem explicitamente ao tema da privação da liberdade dos jovens (Convenção Internacional, Regras de Beijing e Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade) são absolutamente claros em caracterizar a medida de privação de liberdade como sendo de: a) última instância; b) caráter excepcional; e c) mínima duração possível".
14. Quanto ao inciso III ("por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta"), tem-se que é aplicável em sede de execução de medida – e não para a sua imposição inicial, que é o objeto do presente estudo.
15. In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 609. Também destacando a necessidade da observância ao princípio da legalidade e a absoluta excepcionalidade das medidas privativas de liberdade, *vide* BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente*: proteção, punição e garantismo. Curitiba: Juruá, 2013. p. 140-143. Para os autores, "restou indiscutivelmente ultrapassado o malicioso posicionamento no sentido de que a privação de liberdade pode ser sempre imposta ao adolescente, porque tem em vista a sua recuperação" (p. 142-143), não apenas em razão dos estritos requisitos elencados nos incisos do art. 122, *caput*, do Estatuto, mas também com vistas à absoluta excepcionalidade da medida, já que se priorizam as medidas em meio aberto (§ 2º do mesmo artigo).

Ora, e tal realmente não poderia deixar de ser, dado que uma abordagem honesta do sistema socioeducativo não permite que se esconda o caráter sancionador das medidas nele previstas e, assim, a imprescindível necessidade de limitar o poder punitivo estatal por meio de um sistema de garantias[16] – que, inclusive, deve ser tomado emprestado da órbita penal.

Nesse sentido, imprescindível reproduzir a primorosa lição de Carlos González Zorrilla:

> Chamar as coisas por seu nome é pôr claridade na questão. E toda restrição de liberdade imposta coercitivamente como consequência da violação de uma norma é, queira-se ou não, *um castigo*, *uma sanção*; e não reconhecê-lo assim só aumenta a sensação de mistificação, de manipulação, experimentada pelos próprios menores, que sentem como se lhes castiga chamando-se o castigo de "tratamento" e acrescentando que se lhes é imposto não como consequência de seus atos, mas "em seu próprio bem". Em segundo lugar, porque chamar as coisas por seu nome torna impossível seguir interpretando que não são aplicáveis aos menores todas as garantias constitucionais que regulam a imposição de sanções num autêntico Estado de Direito (comissão de um fato delituoso, possibilidade de defesa, garantia jurisdicional etc.). E, por último, porque chamar de sanção as sanções restitui à Justiça o papel que lhe é próprio; e diferencia a resposta que dela é exigível e que está em condições de dar daquelas outras respostas que, consistentes em assistência, ajuda e proteção, são atribuições de outros organismos da Administração, mas não, obviamente, dos órgãos jurisdicionais[17].

Evidente que o rol do art. 122, *caput*, do Estatuto, a par de taxativo, não possibilita qualquer interpretação ampliativa (extensiva)[18]. Prescindível poderia ser considerado, inclusive, o emprego do vocábulo "só" – mas, conforme se

16. E, para uma abordagem ampla de tal sistema aplicado à infância e juventude, *vide* COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 93-160.

17. La Justicia de Menores em España. Epílogo à obra de DE LEO, Gaetano. *La justicia de menores*: la delincuencia juvenil y sus instituciones. Barcelona: Teide, 1985. p. 139-140. Apud ALVES, Roberto Barbosa. In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 31. No mesmo sentido, *vide* MENDEZ, Emílio García. . In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 606.

18. Nesse sentido, acerca da legislação penal, *vide*, por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 159-160.

verá pela análise jurisprudencial, talvez a práxis esteja mesmo a demandar ainda maior clareza com vistas a evitar o arbítrio.

De fato, a jurisprudência infracional firmada no estado de São Paulo em matéria de tráfico de drogas não apenas vem aplicando uma interpretação ampliativa àquilo que a norma indubitavelmente restringiu ("só"), como também amplamente parece ignorar o caráter absolutamente excepcional da medida de internação, valendo-se de um conjunto de argumentos que, de um lado, toma emprestado o irracionalismo penal punitivista e, de outro, resgata uma "falsa terminologia tutelar"[19].

Do universo de 44 casos[20], 6 não diziam respeito a tráfico[21] e 1 dizia respeito a tráfico em concurso com roubo (apelação 0005600-84.2014.8.26.0495). Em apenas 1 caso se observou a absolvição do adolescente (tendo sido mantida a condenação do outro adolescente envolvido – 0000300-73.2015.8.26.0571). Em todos os outros (relativos a tráfico), foram mantidas as respectivas sentenças condenatórias (em nenhum caso o adolescente tinha sido absolvido em primeira instância).

Quanto à medida socioeducativa aplicada, observou-se o seguinte: i) em um caso não se analisou o acerto da medida de internação aplicada em primeiro grau, pois não foi alvo de insurgência das partes (apelação 0006900-35.2014.8.26.0575); ii) em dois casos a medida de semiliberdade foi mantida (apelações 0020300-08.2014.8.26.0320 e 0000100-85.2015.8.26.0015, sendo que nesta última destacou-se, inclusive, que a medida "afigura-se relativamente branda, conquanto não possa ser agravada", pois a acusação não havia recorrido);

19. De fato, segundo Emílio García Mendez. . In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 606, "tradicionalmente, os sistemas de Justiça de 'menores' produzem uma alta quota de sofrimentos reais encobertos por uma falsa terminologia tutelar".

20. Apelações: 0000100-85.2015, 0000200-21.2015, 0000200-78.2015, 0000200-95.2014, 0000300-73.2015, 0000500-25.2015, 0000500-86.2015, 0000700-16.2015, 0000800-52.2014, 0000900-71.2015, 0001000-58.2015, 0001400-21.2015, 0001500-79.2014, 0001600-76.2015, 0002500-32.2015, 0003200-46.2014, 0003300-12.2015, 0004000-20.2015, 0004300-77.2014, 0004700-98.2014, 0005100-03.2014, 0005100-24.2014, 0005600-21.2014, 0005600-84.2014, 0006000-31.2015, 0006300-77.2014, 0006900-35.2014, 0006900-69.2014, 0007000-84.2015, 0008500-23.2015, 0008900-05.2013, 0009000-10.2014, 0009100-09.2014, 0012700-17.2014, 0013800-77.2014, 0016900-54.2014, 0019100-65.2015, 0020200-24.2014, 0020300-08.2014, 0022300-17.2014, 0023900-34.2014, 0029800-43.2014, 2000800-89.2014, 3000100-77.2013.

21. Apelações: 0001000-58.2015.8.26.0471, 0000800-52.2014.8.26.0482, 0000900-71.2015.8.26.0320, 0008500-23.2015.8.26.0554, 0004700-98.2014.8.26.0302, 0019100--65.2015.8.26.0114.

iii) em um caso alterou-se a medida de semiliberdade para internação (apelação 0001400-21.2015.8.26.0197); iv) em dois casos houve a alteração de medida(s) em meio aberto para internação (apelações 0008900-05.2013.8.26.0361 e 0009100-09.2014.8.26.0286); v) e em dois casos houve a alteração de internação para medida(s) em meio aberto (apelações 0000200-78.2015.8.26.0552 e 0000300-73.2015.8.26.0571). Em dois dos casos houve a perda de objeto do recurso quanto à análise da medida (de internação anteriormente imposta), pois as internações já tinham sido cumpridas antecipadamente (apelações 0000200-21.2015.8.26.0571 e 0029800-43.2014.8.26.0015). Em todo o restante manteve-se a medida de internação aplicada em primeira instância.

O argumento amplamente preferido pelos julgadores, independentemente de se verificar ou não a reiteração na prática infracional, no sentido de justificar a internação para o ato equivalente ao tráfico fora o de que este se trata de delito hediondo. Em seguida, observaram-se diversas referências ao desiderato de *internar para proteger* – assim como a menção ao histórico infracional ostentado pelo adolescente (que, de todo modo, não configurou sequer metade dos casos em que se impôs ou manteve a internação em razão do tráfico).

Em considerável número de casos fez-se menção à reiteração (a autorizar a internação) restar caracterizada com a anotação anterior de prática infracional ainda que única – por mais que em vários desses casos concretamente considerados sequer se tenha apontado, de fato, tratar-se de hipótese de reiteração infracional. E também em considerável número de casos sustentou-se a "tese" de que o ato infracional relativo ao tráfico envolveria, sim, violência e grave ameaça à pessoa.

De acordo com os julgadores da apelação 0013800-77.2014.8.26.0302, "não se mostra razoável, tampouco proporcional, interpretar-se de forma literal o disposto no artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, excluindo-se da abrangência da norma delito de extrema gravidade e que demanda pronta intervenção estatal".

E essa interpretação não literal (ampliativa do campo punitivo em prejuízo do adolescente) encontra sua justificação precisamente na ideia, presente na jurisprudência pesquisada, de que o que se busca é a "proteção integral da criança e do adolescente e prioridade de atendimento" (ainda a apelação 0013800-77.2014.8.26.0302). Ora, de fato, se a internação "não vem como pena, senão como programa de reabilitação" (apelação 0020200-24.2014.8.26.0071 e, no mesmo sentido, apelação 0005600-21.2014.8.26.0322), não haveria mesmo razão, nesse sentido, em observar limites para a intervenção do poder (que não seria *punitivo*) estatal na vida do adolescente.

Portanto, a condição essencial para se propiciar um amplo campo de arbítrio na área infracional é nunca, em hipótese alguma, permitir sua aproximação com a seara penal[22] – ainda que a práxis desta não seja tão diferente em sua carga punitivista; mas ao menos já não se observa em tal campo o uso hipócrita da promessa de que a pena, em verdade, virá em benefício do condenado (mesmo não sendo rara a fé na sua função *ressocializadora*, como se sabe).

Sendo assim, na perspectiva adotada pela jurisprudência selecionada, "cuidar da questão sob a perspectiva restrita da tipicidade, importaria negar vigência à proteção integral" (apelação 0000100-85.2015.8.26.0015), merecendo destaque, sempre, "o caráter protetivo da medida de Internação" (apelação 0000100-85.2015.8.26.0015)[23].

Com isso, o caminho está aberto para toda e qualquer interpretação ampliativa das hipóteses de intervenção sobre a liberdade do adolescente.

Pode-se, assim, internar para supostamente proteger o adolescente de um presumível risco advindo do fato de ele ter sido apreendido com a carga de "11 pinos de cocaína, pesando 11 gramas", "o que pode lhe trazer gravíssimas consequências no sistema criminoso em que se envolveu", segundo a interpretação do relator do julgado relativo à apelação 0003300-12.2015.8.26.0400. Afinal, segundo a análise do julgador,

---

22. Nesse sentido, chega-se a "um 'neomenorismo' fundado na pretensa proteção e ausência de limites para a intervenção socioeducativa" (MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida; SPOSATO, Karyna Batista. Op. cit., p. 283-286). Na mesma linha crítica, *vide* FRASSETO, Flávio Américo. Op. cit., p. 279. De outro lado, evidente que nos dias de hoje já não se deveria observar qualquer tentativa de não reconhecer que o Estatuto "estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo" (SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente com conflito com a lei*: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101-102).

23. "Outrossim, não se pode perder de vista que as medidas socioeducativas, em face da doutrina da proteção integral, preconizada pelo artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm o escopo primordial de ressocialização, despertando no adolescente infrator a consciência do desvalor de sua conduta, e, no caso, a internação, ao determinar seu afastamento do meio social, convida-o à profunda reflexão e reavaliação de seu comportamento, de forma a prepará-lo para a reinserção na sociedade, evitando que no futuro trilhe o doloroso caminho da criminalidade" (apelação 0000500-86.2015.8.26.0569).

> [...] é óbvio que, se receber medida em meio aberto, ao voltar para o convívio social, terá de participar, novamente, do sistema de tráfico como forma de compor o prejuízo da apreensão ocorrida. Tal situação é usual e bastante comum em casos semelhantes ao presente, que levam os adolescentes à morte, quando se negam a retornar à prática do tráfico.

De fato, conforme Sérgio Salomão Shecaira, "não raro invoca-se a necessidade de proteção à criança por estar desprotegida em face das vicissitudes da rua"[24]. Nessa linha, ainda que inserido o adolescente em seu núcleo familiar:

> O núcleo familiar mostra-se igualmente desestruturado e disfuncional, inexistindo figura de autoridade ou comando que possa, isoladamente, impor ao adolescente limites e regras a serem obedecidas, razão pela qual se faz necessário o respaldo da equipe técnica da Fundação Casa (apelação 0020200-24.2014.8.26.0071).

Não sendo necessário observar as amarras das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 122, *caput*, do Estatuto – ou, seja como for, "interpretando-as" no sentido de permitir mais do que afirmou –, valem considerações tanto enxergando violência e grave ameaça dentro de tipo penal onde não as viu o legislador, quanto absolutamente ignorando a exigência da reiteração quando se tratar de outras infrações graves[25]. E quanto a estas, ainda, cabe também ignorar a necessidade de fundamentar a existência concreta da tal gravidade.

A respeito deste último ponto, não se pode deixar de observar que com relação à conceituação da gravidade das infrações o legislador foi omisso. A in-

24. *Sistema*... cit., p. 144-145. Evidente, de outro lado, que para o autor, "se o adolescente precisa de proteção, inclusive por estar exposto a qualquer risco pessoal, isso pode desencadear o acionamento da rede protetiva, sendo a criança ou adolescente colocado em algum abrigo do Estado, mas nunca deveria ser acionado o sistema de controle juvenil, por via da persecução penal".

25. Em vários casos a ausência de anotação infracional anterior não constituiu óbice à aplicação da medida de internação. E se é verdade que em alguns dos casos se fez menção ao anterior envolvimento do adolescente com ato infracional – inclusive firmando-se a interpretação no sentido de que a reiteração infracional poderia se dar independentemente de um número mínimo anterior de condenações –, o fato é que, mesmo em tais hipóteses, vários dos argumentos usados para embasar a aplicação da medida de internação para o ato infracional equiparado ao tráfico descambavam para considerações como a gravidade abstrata da conduta, sua equiparação a um delito hediondo, as supostas violência ou grave ameaça à pessoa ínsitas a sua prática, bem como a finalidade de proteção ao adolescente.

terpretação fácil, em relação ao tráfico, vem apontar sua caracterização como delito hediondo (Lei 8.072/1990) para logo se concluir que se trataria, evidentemente, de uma infração grave.

Mesmo em se observando a ausência de reiteração, tal não constituiu óbice para a aplicação da internação em vários casos: "essa condição processual não é óbice para que a internação seja aplicada como primeira medida, apesar da ausência de violência ou grave ameaça contra a pessoa" (conforme apelação 0009000-10.2014.8.26.0624, por exemplo). Isso porque o julgador encontrou amparo na caracterização do tráfico como delito hediondo. E, ainda, arrematou que "o adolescente relacionado com o crime organizado firma verdadeiro pacto com seus componentes, o que torna o meio aberto concausa para o insucesso no cumprimento do projeto ressocializador, devido às inevitáveis interferências externas advindas das amizades e compromissos amalgamados nas ruas". No mesmo sentido, no julgamento da apelação 0001400-21.2015.8.26.0197, por meio do qual se alterou a medida de semiliberdade para a de internação, consignou-se:

> [...] compulsando os autos, verifica-se que, apesar de primário, o adolescente está inserido em contexto de risco social. Isso porque o cotidiano do jovem apresenta proximidade de convivência, afinidade e envolvimento com grupos de pessoas voltadas a propósitos escusos, o que se mostra prejudicial haja vista a imaturidade e suscetibilidade a influências externas próprias da idade, bem assim o fato de se tratar de pessoa usuária de drogas.

E, segundo os julgadores da apelação 0001600-76.2015.8.26.0278,

> [...] embora não se possa afirmar que o tráfico envolva diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado àqueles tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e traz grande desassossego à nossa sociedade, pois além de ser praticado por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros delitos graves.

Em diversos julgados[26] citou-se, inclusive, um entendimento anterior do tribunal para sustentar que não faria sentido o sistema infracional permitir a

26. Apelações 0006300-77.2014.8.26.0360, 0016900-54.2014.8.26.0071, 0004000-20.2015.8.26.0066, 0005600-21.2014.8.26.0322, 0004300-77.2014.8.26.0272, 0020200-24.2014.8.26.0071, 0000100-85.2015.8.26.0015 e 0001400-21.2015.8.26.0197.

internação em razão de meras lesões corporais, ao passo que "daria solução diversa para a traficância"[27].

Aqui, compete observar que permitir a internação em casos de violência ou grave ameaça não implica, evidentemente, impor a internação invariavelmente para todo caso que envolva uma delas – conforme já se abordou ao tratar do caráter absolutamente excepcional da medida.

Não se pode deixar de imaginar, por exemplo, um empurrão entre colegas de classe que venha a provocar um tombo e meras escoriações. O ato, sendo selecionado pelo sistema infracional e enquadrado como lesão corporal leve dolosa, admitiria internação? Parece evidente que não[28].

Da mesma forma, para se avaliar a "reiteração no cometimento de outras infrações graves" (art. 122, II), deve-se olhar para as situações em concreto.

Não basta estar diante de um ato equivalente a um delito equiparado a hediondo. O tráfico, por exemplo, tanto pode se mostrar concretamente banal (como na imensa maioria dos casos que emergem da prática judicial, em que se selecionam condutas de meros varejistas desarmados e que não atuam mediante violência ou mesmo ameaça[29]), como, em dado caso concreto, referir-se

27. "Como bem exposto pelo Des. Costabilè e Solimene, no julgamento da Apel n. 0000089-34.2013.8.26.0142: 'A circunstância elementar legal da violência ou grave ameaça, posta no inc. I do art. 122 do ECA, por ex., seria objeto de grave perplexidade: autorizaria internação por atos infracionais menos graves, como na hipótese das lesões corporais, mas daria solução diversa para a traficância, infração que, quando cometida por maiores imputáveis, é qualificada de crime hediondo (art. 2º da Lei 8.072, de 25.7.1990). Com todo o respeito, esta não parece ser a interpretação almejada pelo Legislador, relevante anotar, a propósito, que, do ponto de vista temporal, o ECA precedeu o tratamento mais rigoroso dispensado a determinados delitos, por ex. o tráfico de entorpecentes, obviamente com igual repercussão na órbita dos menores infratores. Quando editada a Lei 8.069/90, o Legislador ainda não distinguia certas categorias de infrações. Só doze dias mais tarde é que veio à luz a lei dos crimes hediondos, o que nos faz suscitar eventual descompasso entre o disposto no art. 122, I e o querer distinguir com maior rigor, posto no art. 2º da Lei 8.072/90, a propósito, anseio incontroverso de toda a sociedade, quanto mais do próprio Parlamento. Hoje, seja do ponto de vista estatístico, seja do aspecto periculosidade, a atividade própria da traficância é a mais nefasta e, por isso, deve ser combatida com o rigor máximo'."

28. Nesse sentido, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* cit., p. 210.

29. Conforme pesquisa coordenada por Luciana Boiteux (cujos resultados foram apresentados no artigo Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun.-set. 2009), "resumidamente, o perfil dos condenados por tráfico de drogas no foro central estadual da cidade do Rio de Janeiro é de primários

a uma conduta tida por efetivamente grave – sob um ponto de vista racional, minimamente embasado em evidências científicas, vale dizer.

Do mesmo modo, igualmente falha é a argumentação no sentido de que "a atividade do traficante, que vende substância causadora de dependência séria, revela traços evidentes de violência e grave ameaça à pessoa em sentido amplo", conforme constou da fundação do julgado relativo à apelação 0000200-95.2014.8.26.0590[30], porque forjar uma "interpretação" que busque enxergar violência e grave ameaça em um tipo que não as carrega é evidentemente ignorar o princípio da legalidade (para dizer o mínimo); sem contar que o argumento de reforço (no sentido de que determinada substância seria "causadora de dependência séria") foi explicitado sem preocupação com qualquer embasamento científico[31].

(66,4%), presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%), sendo que 65,4% respondem somente por tráfico (art. 33, sem associação ou quadrilha), e 15,8% em concurso com associação. Destes, 14,1% foram condenados em concurso com posse de arma, sendo 83,9% do sexo masculino, e 71,1% dos casos presos com cocaína. Destes, 36,9% receberam penas acima de 5 anos de prisão. Em Brasília-DF, o número de réus primários condenados é menor, ficando em 38%, sendo ainda um pouco inferior o percentual de presos em flagrante (83,5%), mantendo-se a prevalência de presos sozinhos em 60,5%. Na capital federal, 72,2% respondem somente por tráfico (sem associação ou quadrilha), e apenas 10,8% em concurso com associação. O percentual de condenados por tráfico de drogas em concurso com posse de armas é bastante inferior ao Rio de Janeiro (0,6%). Com relação ao sexo do acusado, 73,1% são do sexo masculino, sendo a maconha a droga mais encontrada (46,9% dos casos). No DF, 68,7% das sentenças se referem a quantidades de maconha inferiores a 100g, e em 50% dos casos, a quantidade de cocaína encontrada foi de até 106g" (p. 21).

30. Também reconhecendo essa tendência da jurisprudência a "criar uma violência 'presumida e ficta' contra toda a sociedade na prática do tráfico de drogas como forma de legitimação e adequação legal para a imposição da privação de liberdade", *vide* MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida; SPOSATO, Karyna Batista. Op. cit., p. 284. Conforme Sérgio Salomão SHECAIRA. *Sistema*... cit., p. 210, "em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, ainda que equiparado a hediondo, é inaplicável a medida socioeducativa de internação, à ausência de previsão legal. Como o Estatuto está pautado pelo princípio da legalidade, a violência ou grave ameaça devem integrar o tipo penal enquanto sua elementar. Qualquer hipótese no sentido de entender uma violência ínsita à sociedade no ato de comercialização de substâncias ilícitas constitui analogia *in malam partem*, sendo vedada no Estado Democrático de Direito".

31. Nesse ponto, conforme conclui Carl Hart, *Um preço muito alto*: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 254 e 293, com base em vários estudos científicos, "a dependência física não é o principal motivo do uso continuado de drogas", sendo "que a maioria das pessoas que usa qualquer substância ilegal faz isso sem problemas". De fato, segundo tal cien-

Aliás, vale conferir os outros fundamentos presentes nesse citado julgado, que bem demonstram o *estado da arte* do direito penal juvenil no Tribunal de Justiça de São Paulo:

> A hipótese é de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (este equiparado a crime hediondo por força do artigo 2º, da Lei 8.072/90), que é gravíssimo, e, embora muitos dos casos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário não revelem atos de violência ou grave ameaça em sentido estrito, demonstram acentuada lesividade social, enquadrando-se na hipótese permissiva do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.
>
> Referido dispositivo estabelece que, a internação somente poderá ser aplicada, quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa. Ora, a atividade do traficante, que vende substância causadora de dependência séria, revela traços evidentes de violência e grave ameaça à pessoa em sentido amplo. O tráfico, ademais, é atividade organizada, que faz girar muita divisa, cujo controle é disputado na base da extrema violência e de gravíssimas ameaças, inclusive contra usuários. E quem participa dessa cadeia, além de coadunar com tais atitudes, dela se beneficia. Até mesmo o traficante que é pego com pequena quantidade de droga gera temor nas pessoas. A meu ver, *é nítida a relação entre o ato de traficar e a violência que sua prática exige (seja física, seja moral)*. Sem falar que quem trafica dissemina o mal e traz risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos do comércio espúrio. A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é deveras perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família. Ademais, condutas como a do adolescente disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros atos infracionais e crimes graves, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. De mais a mais, a gravidade da infração pode e deve, sim, ser sopesada quando da fixação da medida socioeducativa, conforme prevê o artigo 112, § 1º, do ECA. E quando do cometimento de uma infração, cujo crime correspondente é equiparado aos hediondos, parece clara, sim, a necessidade de aplicação da medida mais severa.
>
> Ainda que fosse possível admitir que o tráfico é ato cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa – *e não é* – parece claro que o disposto no artigo

tista, diversas pesquisas por ele citadas têm demonstrado que o vício acomete apenas entre 10 e 25% dos que têm contato até mesmo com as drogas mais demonizadas na sociedade atual, como o crack, por exemplo (p. 23).

> 122, inciso I, não comporta interpretação restrita. Fosse assim, atos infracionais equiparados a crimes de menor potencial ofensivo (lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal) seriam suscetíveis de internação, enquanto o ato infracional equiparado ao tráfico (cujo tipo penal é equiparado aos crimes hediondos) não poderia ensejar essa mesma internação, em clara violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.
>
> Não se pode perder de vista, ainda, que, de acordo com o estudo psicossocial (folhas 77/749), por ocasião de entrevista realizada com a genitora do adolescente, ela relatou que seu filho estava passando muito tempo na rua, contrariamente às suas orientações, quando foi detido pelos fatos aqui tratados. O estudo aponta ainda que o menor, por falta de adequada orientação, fica exposto a situação de risco.
>
> Além disso, o relatório de diagnóstico polidimensional (folhas 88/92) deixou assentado que W. da S. R. faz uso diariamente de "cannabis sativa" e tabaco; que é a sua terceira passagem na delegacia; que está afastado da vida escolar, tendo histórico de retenção quando cursava a primeira série do E.F.I.
>
> Essas particularidades demonstram que o adolescente não possui condições de se recuperar sem a submissão à internação, como forma de fazê-lo compreender a inadequação de sua conduta e promover sua ressocialização. A pretendida aplicação de medida socioeducativa em meio aberto, no caso, mostrar-se-ia inócua, até porque seu núcleo familiar não consegue impor limites. Importante deixar anotado que, ainda que o relatório teça considerações acerca do bom comportamento do representado na Fundação CASA, tal fato não significa que a medida socioeducativa de internação seja desnecessária porque o bom comportamento é dever de todo menor internado. E bom comportamento não indica que o adolescente não esteja em vulnerabilidade social, como, inclusive, apontou o relatório (grifos no original).

Na verdade, o desrespeito ao princípio da legalidade não se restringe, evidentemente, à "interpretação" que se faz do rol do art. 122 do Estatuto. É possível observar voluntarismos judiciais também com relação à vedação a considerar negativamente eventual histórico de remissão (art. 127), bem como em relação à norma do art. 49, II, da Lei 12.594/2012, que estipula expressamente ser direito do adolescente "ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência". Confira-se:

> Compulsando os autos, verifica-se que o apelante está inserido em contexto de risco social, pois, apesar de primário, já ostenta outras passagens pela

> Vara da Infância e da Juventude, inclusive sob a imputação de tráfico de drogas. Já foi, até mesmo, beneficiado, mais de uma vez, com a concessão de remissão e submetido a outras medidas socioeducativas em meio aberto, de advertência e de prestação de serviços à comunidade, o que não se mostrou suficiente para emendar, definitivamente, o seu comportamento e afastá-lo do meio infracional (apelação 0020200-24.2014.8.26.0071).
>
> Concernente à alegação de afronta ao artigo 49, II da Lei 12.594/12 (SINASE), em que pese ser desejável a presença de familiares durante o processo de ressocialização do adolescente, a interpretação literal do sobredito dispositivo, que possibilitaria a liberação do jovem simplesmente em razão da inexistência de vaga em sua Comarca de origem, feriria o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da Constituição Federal) (apelação 0000500-25.2015.8.26.0557 e, no mesmo sentido, a apelação 0004000-20.2015.8.26.0066).

Seguindo na análise dos dados coletados, tem-se que não em raros casos se destacou a necessidade de emenda moral do adolescente, o que, na visão dessa linha jurisprudencial, poderia ser conseguido por meio da internação[32], até porque "não se deve esquecer que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo e quem o pratica tem o intuito do lucro fácil, com menosprezo do trabalho honesto, prejudicando a vida de pessoas indeterminadas" (apelação 0000700-16.2015.8.26.0530).

De fato, estão com razão Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Karyna Batista Sposato ao identificarem a configuração de "um direito penal do autor nos procedimentos da Justiça Especializada"[33].

---

32. Nesse ponto, tem-se que, conforme Mário Luiz Ramidoff (*Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo:* comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15, "a desaprovação da ação conflitante com a lei (inciso III do § 2º do art. 1º da Lei n. 12.594/2012) não pode se constituir numa desaprovação do adolescente, sob pena de assim proceder a um juízo moral, pois o que não se admite é o comportamento, mas não a exclusão – 'exclusão social'! – do adolescente". No mesmo sentido, *vide* ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. Op. cit., p. 268-269. O próprio princípio da intervenção mínima (art. 100, parágrafo único, VII, do Estatuto), que também incide quando da aplicação de medida socioeducativa (art. 113), indica o dever de se evitar ao máximo "a imposição externa de valores ou padrões de conduta" ao adolescente (DE MELO, Eduardo Rezende. In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 453).

33. Op. cit., p. 286-287: "resta evidente que o que o adolescente é tem mais peso do que o que ele eventualmente tenha feito. Esse posicionamento pode ser identificado como uma releitura discricionária e subjetiva do ECA que dá margem a políticas repressivas

Observa-se o emprego de juízos morais depreciativos a respeito de fatores que, na verdade, poderiam demandar, se o caso, a intervenção protetiva da área da infância – e não a aplicação de medida de internação sob o deturpado propósito de proteger o adolescente[34]. Sequer a própria garantia da ampla defesa, o direito de apresentar a versão que convier ao acusado – sem que disso decorra qualquer prejuízo para além da natural possibilidade de tal versão não ser admitida como verdadeira e apta a ensejar um decreto absolutório –, restou poupada. Confira-se:

> E, de acordo com o relatório de diagnóstico polidimensional de fls. 114/118, o apelante faz uso de drogas desde os 13 anos de idade, fumando cerca de três cigarros de maconha por dia e faz uso diário de tabaco e lança-perfume, bem como abandonou a escola no ano de 2012, estando em situação de evasão escolar, mantendo, portanto, rotina ociosa (apelação 2000800-89.2014.8.26.0038).
>
> O cotidiano do jovem apresenta quadro de rotina ociosa, com proximidade de convivência, afinidade e envolvimento com grupos de pessoas voltadas a propósitos escusos, o que se mostra prejudicial haja vista a imaturidade e suscetibilidade a influências externas próprias da idade, bem assim o fato de se tratar de pessoa usuária de drogas e que não estuda nem trabalha (apelação 0020200-24.2014.8.26.0071).
>
> As condições pessoais do apelante também recomendam a aplicação da medida de internação, visto que ele não exerce atividade lícita, é usuário de drogas desde os 14 anos, entrou no tráfico por dinheiro, tirava R$ 100,00 por dia e gastava com coisas de comer e drogas, conforme o Relatório Psicossocial de fls. 65/67, tudo a indicar a necessidade de segregação, tanto para a sua proteção pessoal, quanto da sociedade (apelação 0009100-09.2014.8.26.0286).
>
> As condições pessoais da menor igualmente recomendam a aplicação da medida de internação, visto que ela não estuda (embora formalmente matriculada), não trabalha, não demonstrou arrependimento, tendo preferido ocultar informações, apresentando versão fantasiosa, conforme consta do Relatório de Diagnóstico Polidimensional de fls. 120 e segs., tudo a indicar a necessidade de segregação, tanto para a sua proteção pessoal, quanto da sociedade (apelação 0008900-05.2013.8.26.0361).

---

e irracionais, tendo em vista que é o SER que é 'atacado' e não o AGIR nas práticas infracionais".

34. Ibidem, p. 284-285.

De fato, conforme Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes,

> [...] a Justiça da Infância e Juventude continua, salvo poucas exceções, contribuindo para fomentar a ideologia da formação para o trabalho, o respeito à ordem e à disciplina, a tolerância das violações por parte do Estado, agindo na camada mais excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos. Justificando o uso da opressão em uma parcela cada vez maior de pessoas – adolescentes – com o enfadonho e cínico discurso de que a intervenção é um "bem para o adolescente"[35].

Nesse sentido:

> Ressalte-se, por oportuno, que a aplicação da medida de internação poderá ser benéfica ao apelante, vez que este terá a oportunidade de continuar o seu processo de ressocialização, ser inserido no âmbito escolar, adquirir habilidades profissionais, aprender valores educacionais, e desse modo, reunir as condições necessárias para retornar à vida em comunidade (apelação 0016900-54.2014.8.26.0071 e, no mesmo sentido, apelação 0001400-21.2015.8.26.0197).

Seguindo, no julgado da apelação 0005100-24.2014.8.26.0396 citou-se a Súmula 84 do Tribunal de Justiça[36] para discordar do laudo apresentado no caso em questão (que sugeria "a inserção da menor em medida em meio aberto"), afirmando que "o perfil do adolescente recomenda a manutenção da medida extrema". Porém, não se enfrentaram os fundamentos técnicos que indicaram não se tratar de um caso para a excepcional medida de internação. Recorde-se, nesse sentido, que o § 2º do art. 122 do Estatuto "'inverte o ônus da prova', obrigando a autoridade judicial a demonstrar que não existe outra medida mais adequada que a internação"[37].

Ora, se em determinado caso concreto há laudo técnico recomendando a aplicação de medida em meio aberto e se há norma expressa do Estatuto asseverando que "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada" (art. 122, § 2º), não parece defensável a decisão que simplesmente supera a recomendação técnica – que está plenamente alinhada à ideia de excepcionalidade da medida de internação – sem enfrentar os fundamentos lá expostos, procurando superá-los racionalmente.

35. Op. cit., p. 265.
36. "O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica."
37. MENDEZ, Emílio García. In: CURY, Munir (Coord.). Op. cit., p. 610.

A mera menção ao "perfil do adolescente", sem apontar fundamentos científicos aptos a superar a conclusão técnica – que justamente se baseou também em tal "perfil" para se recomendar a aplicação de medida em meio aberto –, não parece cumprir a exigência de absoluto respeito ao "princípio da racionalidade da ordem jurídica, que é o próprio pressuposto de nossa atividade científica"[38] – atividade dos intérpretes e, também, dos próprios aplicadores das normas jurídicas.

Já no julgado da apelação 0002500-32.2015.8.26.0481, a Câmara Especial chega a fazer referência – inclusive citando, excepcionalmente, trabalho acadêmico – à chamada *doutrina jurídica da proteção integral*:

> Ao reconhecer as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, a Constituição Federal trouxe ao cenário nacional a denominada doutrina jurídica da proteção integral, segundo a qual "todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas, conforme a necessidade" [Karina Batista Sposato in *Direito Penal de Adolescentes*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52].

Porém, em seguida, vale-se justamente da ideia de proteção para justificar a medida de internação: "de fato, a prática de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes expõe o adolescente à violência física e psicológica típicas deste meio infracional e, pior, justamente no período de formação de sua personalidade, quando deveria estar assimilando valores socialmente positivos".

E, por fim, do universo de julgados analisados, destaca-se o acórdão proferido no julgamento da apelação 0000300-73.2015.8.26.0571, no qual se substituiu a medida de internação por outras duas em meio aberto, e se adotou a seguinte fundamentação:

> Primeiramente, há que se consignar que o ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes é fato grave e que consideradas as circunstâncias pessoais do adolescente, pode sim autorizar a aplicação de medida socioeducativa de internação.
>
> Entretanto, o menor A.R.d.S. não apresenta histórico infracional e está inserido no núcleo familiar, sendo razoável a aplicação ao adolescente de medida socioeducativa mais branda, posto que a descrição do fato, suas circunstâncias

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 160.

> e até mesmo a quantidade de entorpecente apreendida, bem como o uso de entorpecente pelo jovem (fls. 64), indicam que está apenas iniciando o ingresso no meio infracional.
>
> Aliás, no caso, excepcionalmente, a aplicação da medida extrema de internação poderá levar A.R.d.S., inclusive, a um maior contato com o meio infracional específico, em consequência do acesso a outros jovens internados, já profundamente comprometidos com o tráfico.

Não se pode deixar de observar, em primeiro lugar, que se considerou, genericamente, o ato infracional análogo ao tráfico como "fato grave" – mesmo não envolvendo grave ameaça ou violência à pessoa e ainda que se referindo a uma conduta que pressupõe o acordo de vontades entre aquele que vende a droga e o seu adquirente. Não se teceu qualquer crítica, portanto, à escolha arbitrária pela proibição de determinadas drogas em detrimento de outras e à criminalização seletiva que se opera de modo especialmente destacado na repressão ao tráfico, inclusive com consequências sociais bastante deletérias justamente em prejuízo de grupos sociais mais excluídos[39].

E, ao se reconhecer que no caso a aplicação da medida de internação poderia trazer consequências criminógenas ao adolescente, também se procurou destacar que tal se daria excepcionalmente – ou seja, admitindo-se que na generalidade dos casos envolvendo o ato infracional equiparado ao tráfico não seria de esperar que a internação trouxesse tal prejuízo. Ignorou-se, com isso, o natural efeito de etiquetamento[40], que pode se manifestar também como fa-

39. Para uma abordagem crítica a respeito do proibicionismo e da chamada guerra às drogas, *vide* KARAM, Maria Lúcia. *Legalização das drogas*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015. p. 79. E, neste ponto, vale também observar, com Álvaro Pires (op. cit.), que em relação aos chamados "delitos de dupla face", em que não há um conflito entre os envolvidos e não se pode identificar claramente uma vítima, como ocorre, por exemplo, com a criminalização das drogas, dos jogos de azar e da prostituição (no caso de alguns países), alguns estudos de ciências sociais têm indicado que a ação repressora policial (que se dá de modo proativo, no geral – justamente porque não há vítima a reclamá-la) tem produzido diversos efeitos perversos no sistema, destacando o autor a questão da corrupção policial, a problemática da atuação policial dentro da (ou extrapolando a) legalidade, a questão da aplicação das sanções e seus efeitos no sistema prisional, bem como, em matéria de tráfico, a desigualdade jurídica decorrente das variações da vontade política. Não por outra razão o citado autor afirma ser necessário questionar se a intervenção penal nesses casos justificaria justamente os danos e custos sociais dela decorrentes.

40. Conforme Sérgio Salomão Shecaira. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 297, "a decorrência lógica da criminalização de condutas e da persecução penal

tor criminógeno, presente já em todo e qualquer controle formal e exacerbado, certamente, em razão do cumprimento de uma medida de internação[41].

Porém, inegável que tal voto destaca-se do universo de julgados por apresentar certa racionalidade ao lidar com a questão do tráfico praticado por adolescente.

E, da mesma relatora, pode-se citar também o acórdão proferido na apelação de 0000200-78.2015.8.26.0552, no qual se substituiu a medida de internação por duas medidas em meio aberto, ante as circunstâncias pessoais do adolescente, nada obstante ter destacado a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico.

A respeito desse julgamento, interessante destacar – apesar de não ser o objeto desta abordagem – que para a manutenção da condenação do adolescente, que não fora flagrando em atos de mercancia, frisou-se que ele *fugiu ao ver a viatura*, *portava R$ 25,00* e teria *confessado informalmente* a traficância.

---

não é outra que o surgimento de um processo estigmatizante para o condenado. A pena atua como geradora de desigualdade. Ela cria uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. Levar uma conduta desviada para a esfera da reprovação estigmatizante tem uma função reprodutora do sistema de controle social. O que é uma conduta desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível. A repressão punitiva – e em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal".

41. Destacando o efeito criminógeno especificamente da internação, *vide* BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. Op. cit., p. 143. E, de modo mais amplo, a respeito de toda e qualquer intervenção da justiça da infância sobre a vida do adolescente, *vide* HART, Carl. Op. cit., p. 135: "pesquisadores canadenses realizaram um meticuloso estudo em grande escala, no qual 779 jovens de baixa renda de Montreal foram acompanhados dos dez aos dezessete anos; além deles, também eram entrevistados seus pais e professores. Anos depois, os pesquisadores examinaram as fichas policiais dos jovens, constatando que aqueles que haviam recebido alguma pena de detenção na adolescência tinham 37 vezes mais probabilidades de ser detidos quando adultos que os outros, que, com crimes semelhantes, não haviam sido encarcerados na adolescência. [...] Influências sociais exercidas pelo encarceramento na juventude são indicadores muito mais fortes de criminalidade na idade adulta que qualquer outra coisa que tenhamos identificado até agora em termos de fatores biológicos, como a ação da dopamina no cérebro. [...] Esses fatos são desalentadores porque mostram o alcance do problema, mas também parecem indicar que uma solução evidente é diminuir os índices de encarceramento juvenil".

A quantidade de droga apreendida?

> Quatro pinos de cocaína e três porções de maconha.

4. Conclusão

Conforme já alertado, o escopo limitado da presente pesquisa e a amostragem de julgados bastante reduzida redundam na impossibilidade de se fecharem conclusões peremptórias a respeito do tema.

Porém, evidente que os resultados obtidos sugerem algo.

E parece possível arriscar que seriam duas as principais conclusões extraídas da análise das fundamentações empregadas nos acórdãos selecionados pela pesquisa: i) a adesão ao Estado de Direito, à legalidade, é baixíssima no âmbito infracional; ii) e é praticamente inexistente qualquer tributo ao conhecimento científico, à argumentação racional, lógica e calcada em evidências comprováveis e demonstráveis, às preciosas contribuições das ciências sociais e dos demais saberes relacionados à área da infância e juventude, mas também à própria doutrina jurídica atinente ao direito penal juvenil.

Nesse sentido, se é fato que com o Estatuto a legislação brasileira tornou-se uma das mais avançadas do mundo na consagração de direitos às crianças e adolescentes, não menos verdadeira é a constatação de que sua aplicação tem deixado muito a desejar, inclusive na esfera da concretização de suas normas através do judiciário.

De fato, conforme também já observaram em outro estudo de jurisprudência as pesquisadoras Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Karyna Batista Sposato, "a implementação das sentenças de internação pela Justiça Especializada da Infância e Juventude em todo o país demonstra uma inequívoca carência de aprofundamento doutrinário e a presença marcante de argumentos extrajurídicos e ideológicos"[42].

Em trabalho realizado por Flávio Américo Frasseto, no início da década de 2000, analisando diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, relativos a casos provenientes da Justiça paulista, asseverou o autor que, nada obstante o Estatuto ter reconhecido as "crianças e os adolescentes como sujeitos de direito – titulares das mesmas garantias outorgadas aos adultos e não incompatíveis com a idade (art. 3º do ECA) –, um sem-número de decisões e práticas diárias contrariam, nos casos concretos, este comando"[43].

42. Op. cit., p. 279.

43. Op. cit., p. 179.

Não que na esfera propriamente penal estejamos a navegar em mares de garantismo judicial. Porém, passada uma década e meia do preciso diagnóstico de Frasseto, aparentemente o divórcio da jurisprudência infracional de qualquer discurso doutrinário minimamente aceito pela comunidade jurídica é algo ainda incomparável mesmo em relação ao punitivismo reinante na jurisprudência penal de adultos.

Nesse ponto, poder-se-ia sustentar que o grande problema da área infracional seria o seu largo campo para a discricionariedade. E, com isso, facilitar-se-ia a vida do julgador não consciente de seu papel de garantidor de direitos[44].

Se, conforme Thomas Sambuc[45], "particularmente os juízes criminais aferram-se a um senso comum longamente cultivado, ainda que teorias sociais bem fundamentadas conduzam a resultados inteiramente diversos", na área infracional tal assertiva é potencializada pela alta discricionariedade do sistema. Basta o julgador fundar sua decisão em uma particular preferência a respeito da gestão da vida social e em prol de um bem para o *adolescente desviante* que se pune, ou melhor, que se "reeduca" (conforme o discurso que emerge da pesquisa), que poderá ele dizer-se respaldado por um conjunto de normas bastante propício a tanto – ainda que, a rigor, qualquer interpretação conforme a Constituição leve, necessariamente, a uma restrição significativa dessa margem de discricionariedade e, ainda, qualquer leitura minimamente lógica, ou mesmo até literal, impeça muitos dos arbítrios cometidos (tal qual se considerar o ato equiparado ao delito de tráfico de drogas suscetível de internação em razão de supostas violência e grave ameaça relacionadas indiretamente a sua prática).

---

44. Segundo Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Karyna Batista Sposato. Op. cit., p. 293, "poder-se-ia atribuir a essa realidade interpretativa as dificuldades inerentes de uma legislação principiológica, posto que os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses, uma racionalidade material e não apenas lógico-formal e, inevitavelmente, enfrentam maiores dificuldades na formação e consolidação da jurisprudência. O fato é que os juízes podem explorar com um grau substantivo de liberdade, a polissemia, as ambiguidades, as lacunas, e a elasticidade da legislação, resultando na aplicação e utilização das medidas de internação como intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito em franco alheamento às regras e princípios processuais penais de garantia".

45. *Folgenerwägungen im Richterrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977. p. 131 e ss. Apud HASSEMER, Winfrid. Sobre a consideração das consequências na interpretação da lei penal. Trad. Mariana Ribeiro de Souza, revista por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. In: VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (Org.). *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 131.

Não parece temerário sustentar que os juízes que lidam com a questão da violência (crimes e atos infracionais – a par da crítica que se poderia fazer a respeito da restrição do entendimento que se tem do termo *violência*) tendem a abusar da margem de discricionariedade que lhes é concedida, descambando para um exacerbado punitivismo, por refletirem acriticamente os anseios sociais por uma resposta vigorosa em face do crime[46], inclusive por meio de um mecanismo inconsciente que apenas enxerga a violência no Outro, e, assim, projeta toda a sua censura interna nele[47]. Daí ser imprescindível o legislador limitá-la o mais drasticamente possível, com vistas a conferir verdadeira observância aos direitos e garantias constitucionais[48]. Mais uma vez, soma-se

46. "Quando o judiciário passa a pensar que uma de suas funções é o combate à criminalidade ele se afasta da posição de garantidor de direitos e liberdades para agir como mais uma arma apontada para a população" (VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 126). Conforme primorosa lição de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1: Teoria geral do direito penal, p. 40, vale lembrar que "a mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república". E tal não poderia ser diferente no âmbito infracional, por tudo o que já foi discutido no presente artigo. Nesse sentido, defendendo uma chamada "'Teoria Agnóstica' da medida socioeducativa", segundo a qual esta carregaria as funções, de um lado, de impedir a vingança privada e, de outro, de conter o poder punitivo estatal, *vide* ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 267-268.

47. Conforme Lídia Reis de Almeida Prado. *O juiz e a emoção*: aspectos lógicos da decisão judicial. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 50-51, "a profissão de julgar dá ensejo a muitas projeções, conforme salientado. O importante é, no interesse das pessoas envolvidas no processo, projetar menos, o que apenas se dará caso o juiz entre em contado com o infrator interior". Já refleti mais detidamente sobre o tema em A corrupção do Judiciário. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 17, n. 25, p. 433-474, jan.-jul. 2013.

48. Conforme Winfrid Hassemer. *Filosofia do direito, ciência do direito e política do direito no caso do direito penal*. Trad. Felipe Rhenius Nitzke, revista por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. In: VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (Org.). Op. cit., p. 32, "o juiz penal de hoje parece mais inclinado a buscar soluções 'sensatas' do que seguir 'cegamente' a letra da lei, atuando assim mais teleologicamente do que gramaticalmente – uma tendência perigosa para o direito penal, de se tornar um 'juiz do rei'. O legislador penal contempla isso com benevolência e ainda amplia o campo de decisão do juiz, outorgando-lhe critérios vagos de decisão". Porém, nesse ponto, conforme se discutiu ao longo do presente artigo, cabe observar que o déficit de adesão à legalidade na área infracional é tamanho que mesmo quando o legislador diz expres-

a isso também o espírito tutelar que ainda paira sobre o universo da infância e juventude[49] e chega-se a resultado como o alcançado pela presente pesquisa: o mais absoluto voluntarismo punitivista[50], alienado de qualquer fundamentação minimamente racional no sistema ou mesmo qualquer consideração razoavelmente aceita como válida pela comunidade jurídica.

Difícil admitir que haja outra área do direito na qual se identifique um descolamento mais proeminente entre o saber doutrinário e a prática jurisprudencial do que no direito penal juvenil.

Isso talvez seja um claro sintoma de que, nada obstante o lapso temporal já significativo desde a pretendida mudança de rumo na abordagem do direito da criança e do adolescente, passando-se de uma concepção meramente *tutelar* para uma noção de *proteção integral*, a prática jurisdicional tem ainda se mostrado pouco permeável a aceitar sua submissão ao Estado de Direito e à prevalência de uma concepção emancipatória que desafia a autoridade de um poder extremamente vinculado ao mesmo paternalismo patriarcal que pairava sobre a gestão da infância e da juventude que devia ter ficado no passado.

Mas não ficou.

5. Bibliografia

BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente*: proteção, punição e garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

---

samente que ato sem violência ou grave ameaça à pessoa não admite internação (salvo na hipótese de reiteração de condutas graves), ou quando estipula que na ausência de vaga de internação na localidade de residência do adolescente este deve ser admitido em programa de meio aberto (com exceção em caso de ato cometido com violência ou grave ameaça à pessoa), é frequente a mais absoluta indiferença por parte do julgador, que parece tratar o legislador – e a sociedade – da mesma forma como tratam o *menor*. Conforme lição de Alexandre Moraes da Rosa e Ana Christina Brito Lopes. Op. cit., p. 195-196, "quando as regras do jogo passam a ser o entrave para a turba sedenta pelo gozo sádico", "o princípio da legalidade é desterrado e as concepções criminológicas e infracionais arraigadas no inconsciente do um-julgador afloram".

49. Segundo Alexandre Moraes da Rosa e Ana Christina Brito Lopes. Op. cit., p. 248, "na seara da Infância e Juventude, diante da posição herdada do Código de Menores, [o julgador] pode agir como o que sabe o que é melhor para o adolescente, o responsável pelo 'conserto moral' do adolescente, agravando o quadro paranoico".

50. Nesse sentido, mencionando um "decisionismo que faz uso dos princípios a depender de sua conveniência", *vide* MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida; SPOSATO, Karyna Batista. Op. cit., p. 284.

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun.-set. 2009

CORCIOLI FILHO, Roberto Luiz. A corrupção do Judiciário. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 17, n. 25, p. 433-474, jan.-jul. 2013.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FRASSETO, Flávio Américo. Ato infracional, medida sócio-educativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 178, jan.-mar. 2001.

HART, Carl. *Um preço muito alto*: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HIRSCH, Andrew von; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing*: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *Legalização das drogas*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida; SPOSATO, Karyna Batista. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 277-298, jan.-jun. 2011.

PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIRES, Álvaro. *La politique législative et les crimes à "double face"*: éléments pour une théorie pluridimentionnelle de la loi criminelle (drogues, prostitution, etc.). Rapport d'expert à l'intention du Comité spécial du Sénat du Canada sur les drogues illicites. 2002. Disponível em: [http://www.parl.gc.ca/content/sen/committee/371/ille/presentation/pires-f.htm]. Acesso em: 28.05.2016.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos lógicos da decisão judicial. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo:* comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente com conflito com a lei*: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente com conflito com a lei*: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. Medidas socioeducativas e o adolescente infrator. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 78, p. 124-138, jun. 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (Org.). *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1: Teoria geral do direito penal.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Da condição humana do adolescente em conflito com a lei: da barbárie à civilização pelas prisões da miséria, de Heleno Florindo da Silva e Thiago Fabres de Carvalho – *RBCCrim* 130/317-348 (DTR\2017\675);
- Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre second codes no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Cristhovão Fonseca Gonçalves – *RBCCrim* 117/313-332 (DTR\2016\116); e
- O desafio do trabalho técnico com adolescentes privados de liberdade, de Fabiola Vasconcelos Barbosa Nunes e Maria Radharani Santos Rocha Fonseca – *RDIJ* 4/361-367 (DTR\2014\21003).